Проф. Э. Я. НЕМИРОВСКІЙ

УЧЕБНИКЪ
УГОЛОВНАГО ПРАВА

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

ИЗДАНІЕ
Акціонернаго Южно-Русскаго Общества Печатнаго Дѣла,
Одесса, 1919.

ОДЕССА.
Типогр. Акціонернаго Южно-Русскаго О ва Печатнаго Дѣла.
(Пушкинская ул. № 18.)
1919.

ОТЪ АВТОРА.

Выпуская въ свѣтъ «Учебникъ уголовнаго права», я имѣлъ цѣлью дать моимъ слушателямъ и слушательницамъ удобное, сжатое, но въ то же время достаточно полное и стоящее на уровнѣ современной науки учебное пособіе при прохожденіи курса. Поэтому, давая выраженіе своимъ личнымъ взглядамъ, я всюду однако ставилъ на первое мѣсто изложеніе господствующихъ въ наукѣ и положительномъ правѣ точекъ зрѣнія, оттѣняя также и тѣ измѣненія, которымъ онѣ подверглись въ послѣднее время. Болѣе подробное освѣщеніе и разрѣшеніе затронутыхъ здѣсь *принципіальныхъ* вопросовъ и связанныхъ съ ними контраверзъ желающіе могутъ найти въ вышедшей въ прошломъ году моей книгѣ «Основныя начала уголовнаго права». Тамъ же даны и относящіяся къ этимъ вопросамъ подробныя литературныя указанія. Въ настоящемъ трудѣ я ограничился только важнѣйшими указаніями литературы къ главамъ XVI—XXVIII, по вопросамъ, не затронутымъ въ «Основныхъ началахъ».

Одесса.
Ноябрь, 1918 г.

ВВЕДЕНІЕ

I. Задачи, содержаніе и методы науки уголовнаго права. Вспомогательныя дисциплины.

Положительное уголовное право.

I. Изъ всей массы правонарушеній, или деликтовъ, выдѣляется категорія такихъ, на которыя государство реагируетъ особенно рѣзко, особенно энергично. Не довольствуясь возстановленіемъ правомѣрнаго состоянія или возмѣщеніемъ причиненнаго вреда, государство вторгается тогда въ сферу наиболѣе цѣнныхъ благъ личности, лишаетъ ее свободы, имущественныхъ или иныхъ правъ, иногда жизни, примѣняетъ наказаніе. Эта категорія наказуемыхъ правонарушеній, или преступленій, опредѣляется нормами права, которыми опредѣляются также роды и виды наказанія, или карательныя средства, подлежащія примѣненію за то или другое преступленіе.

Совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ, какіе деликты составляютъ преступленія и какія наказанія они влекутъ за собою, и есть положительное матеріальное уголовное право.

Догматическое и историко-сравн. обработка его.

II. Задача науки уголовнаго права состоитъ прежде всего въ уясненіи принциповъ, лежащихъ въ основѣ положительнаго права, въ дедукціи изъ нихъ частныхъ положеній, въ раскрытіи пробѣловъ и противорѣчій, и въ сведеніи всего положительнаго матеріала въ стройную систему. Эта задача выполняется *догмой* уголовнаго права, работающей логическимъ методомъ. Существеннымъ дополненіемъ служатъ историческій и сравнительный методы, уясняя истинный смыслъ нормъ, имѣющихъ корни въ прошломъ, въ прежнемъ законодательствѣ, или заимствованныхъ изъ ино-

земнаго права, или съ нимъ сходныхъ, позволяя опредѣлить значеніе нормы въ настоящемъ или предлагая примѣры практическаго примѣненія ея на почвѣ того законодательства, откуда она почерпнута.

Уголовная политика.

III. Но наука уголовнаго права не ограничивается указанной первой задачей, а ставитъ себѣ и другія: критику дѣйствующаго права и выработку основъ для его реформы. Осуществленіе этой задачи беретъ на себя *уголовная политика*. Уголовное право преслѣдуетъ практическую цѣль—искорененіе или хотя бы уменьшеніе преступности; и уголовная политика занята выработкой наиболѣе пригодныхъ средствъ для достиженія этой цѣли.

Но не всѣ средства борьбы съ преступностью обнимаются уголовной политикой: многія изъ нихъ имѣютъ чисто предупредительный (превентивный) характеръ, стараясь предотвратить совершеніе преступнаго дѣянія, напр.: ночная охрана улицъ, помѣщеніе буйно-помѣшанныхъ въ лечебницы; далѣе цѣлый рядъ мѣръ, преслѣдующихъ иныя цѣли, служащихъ для разрѣшенія другихъ задачъ государства, которыя можно объединить подъ общимъ именемъ цѣлей и задачъ культурнаго прогресса, косвенно способствуетъ уменьшенію преступности: просвѣщеніе народа, улучшеніе матеріальныхъ условій существованія низшихъ классовъ, искорененіе пьянства и т. п. Всѣ эти мѣры превентивныя и обще-культурныя, не предполагающія совершенія преступнаго дѣянія, относятся къ области предупредительной полиціи и соціальной политики и регулируются административнымъ правомъ. Уголовная политика занята изученіемъ только тѣхъ мѣръ, которыя направлены на *личность* преступника и предполагаютъ, что совершено преступленіе. Эти мѣры представляютъ собою *или наказаніе* въ строгомъ смыслѣ слова, *или* же близкія къ нему такъ называемыя *мѣры соціальной защиты* (mesures de sureté, misure di sicurezza, sichernde Massnahmen), *имѣющія цѣлью* предупредить повтореніе преступнаго дѣянія тѣмъ же преступникомъ, *предотвратить рецидивъ*. Эти мѣры получили развитіе въ новѣйшихъ кодексахъ (напр., Норвежскомъ 1902 г.) и отдѣльныхъ новеллахъ и въ особенности въ новѣйшихъ проектахъ: швейцарскомъ (1908 г.), германскомъ (1909 г.; оба предварит. проекты) и австрійскомъ правительствен-

номъ (1912 г.). Онѣ или дополняютъ наказаніе, или назначаются вмѣсто него.

Осуществленіе уголовно-политической задачи предполагаетъ прежде всего знаніе дѣйствующаго права и его практическаго примѣненія, иллюстрирующаго его недостатки и достоинства, а также знакомство съ уголовнымъ правомъ другихъ народовъ и исторіей иностраннаго и особенно отечественнаго права: чужой опытъ даетъ много поучительнаго при оцѣнкѣ и реформѣ своего законодательства, а историческое изученіе того или иного института необходимо для опредѣленія его жизнеспособности, должно оберегать отъ поспѣшныхъ выводовъ, отъ ломки прочно утвердившихся въ сознаніи народа правовыхъ представленій и можетъ дать основу для прогноза пріемлемости нововведеній. Такимъ образомъ догматическое и историко-сравнительное изученіе уголовнаго права важно и для lex ferenda. Но этого недостаточно: уголовное право, желающее достигнуть, хотя бы въ извѣстной мѣрѣ пониженія уровня преступности, не можетъ ограничиться этимъ матеріаломъ; важный матеріалъ дается изученіемъ вліянія наказанія на преступность вообще и на преступниковъ, уже подвергавшихся ему, въ частности, т. наз. *пенологіей*, далѣе—изученіемъ причинъ преступности, указывающимъ, въ какой мѣрѣ наказаніе способно создать препятствіе ея развитію и какія иныя мѣры могутъ съ успѣхомъ вести къ той же цѣли, т. назыв. *этіологіей преступности* или *криминологіей*.

Факторы преступности

IV. Наказаніе падаетъ на личность, и эффектъ его зависитъ отъ свойствъ этой личности; тѣ мѣры, которыя пригодны для одной категоріи преступниковъ, оказываются недѣйствительными или даже вредными для другой. Необходимо раздѣленіе наказываемыхъ на классы въ зависимости отъ характеровъ преступниковъ, и въ каждомъ классѣ желательно дальнѣйшее приспособленіе карательнаго средства къ наказываемой личности—*индивидуализація наказанія*. Характеръ личности слагается подъ вліяніемъ отчасти біологическихъ условій—наслѣдственности, вырожденія, расы, темперамента и т. д. (*личный факторъ* преступности), отчасти общественныхъ—воспитанія, пережитыхъ впечатлѣній, примѣровъ, экономической обстановки и т. п. (*соціальный факторъ*), и въ нѣкоторой степени космическихъ условій (напр., климата).

Эти факторы вызываютъ къ жизни преступныя дѣянія, и цѣлесообразная борьба съ послѣдними предполагаетъ знакомство съ этими условіями, такъ какъ устраненіе или ослабленіе причинъ преступности гораздо важнѣе, чѣмъ примѣненіе наказанія, слѣдующаго за совершеннымъ уже преступленіемъ; мѣры, направленныя противъ причинъ преступности, предотвращаютъ совершеніе преступнаго дѣянія и дѣлаютъ ненужнымъ самое наказаніе; Ферри назвалъ ихъ замѣстителями послѣдняго (sostitutivi penali) или его эквивалентами.

Уголовныя антропологія и соціологія.

V. Соціальныя условія преступности изучаются *уголовной соціологіей*, и добытыя ею данныя служатъ матеріаломъ какъ для организаціи мѣръ соціальной политики, на ряду съ данными общей соціологіи, напр., для рѣшенія жилищнаго вопроса рабочихъ классовъ, вопроса о призрѣніи заброшенныхъ дѣтей,— мѣръ, регламентируемыхъ административнымъ правомъ, такъ и для уголовнаго законодательства, указывая предѣлы и степень вмѣшательства государства при помощи карательной угрозы и ея дѣйствительнаго выполненія, давая руководящую нить при разрѣшеніи вопроса о криминализаціи тѣхъ или другихъ правонарушеній, т. е. объ отнесеніи ихъ къ категоріи преступныхъ, ибо тамъ, гдѣ необходимо коренное преобразованіе правоотношеній и регулирующихъ ихъ нормъ другихъ областей права, напр., семейнаго, вещнаго, мало дѣйствительной окажется охрана ихъ санкціей наказанія. Уголовная соціологія укажетъ далѣе сравнительное значеніе цѣнностей, служащихъ объектомъ посягательства, распространенность того или другого рода преступленій и причины этого явленія. Знаніе соціальныхъ факторовъ преступности способствуетъ также надлежащему устройству и режиму мѣстъ заключенія и выбору мѣръ соціальной защиты.

Изученіе личнаго фактора преступности составляетъ предметъ *уголовной антропологіи* въ широкомъ значеніи слова, въ частности: соматологіи (изученіе тѣлесныхъ и физіологическихъ особенностей), психологіи (изученіе духовныхъ чертъ преступника) и психопатологіи (изученіе болѣзненныхъ разстройствъ психики). Эти дисциплины особенно важны для уголовнаго права: онѣ даютъ основу для выдѣленія изъ всей массы совершившихъ преступленіе категоріи

невмѣняемыхъ, не несущихъ уголовной отвѣтственности, и для подраздѣленія другой категоріи, отвѣтственной за свои поступки, на классы, различающіеся психическими особенностями. Индивидуализація наказанія, выборъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ наиболѣе пригоднаго карательнаго средства будетъ тѣмъ удачнѣе, чѣмъ лучше изслѣдованы психологическія особенности преступника. Указанныя дисциплины часто помогаютъ правильному рѣшенію вопроса и о криминализаціи дѣянія и объ оцѣнкѣ его тяжести, напр., дѣтоубійства, гомосексуализма, содоміи.

Отношеніе уголовной соціологіи и антропологіи къ угол. праву.

VI. У многихъ ученыхъ возникаетъ стремленіе ввести и эти отрасли наукъ въ науку уголовнаго права или даже замѣнить послѣднюю уголовной антропологіей (такъ Ломброзо), или уголовной соціологіей (такъ Дорадо и Ферри), или же создать особую область права или особую науку, не исключительно юридическую, о борьбѣ съ преступностью, включающую все, что имѣетъ какое-либо отношеніе къ этой борьбѣ (такъ Томсенъ). Но эти крайнія точки зрѣнія не находятъ послѣдователей: замѣна уголовнаго права антропологіей мыслима только, если признать правильнымъ утвержденіе, что преступленіе есть біологическое явленіе, узнаваемое по антропологическимъ признакамъ и требующее мѣръ защиты, однородныхъ съ мѣрами борьбы противъ другихъ вредныхъ стихійныхъ явленій, — точка зрѣнія, несомнѣнно ошибочная и окончательно опровергнутая. Уголовная соціологія также не можетъ вытѣснить науку уголовнаго права, изучающую *правовые* условія и предѣлы наказанія, какъ одного изъ средствъ борьбы съ преступленіемъ, занятую выработкой юридическихъ понятій преступленія вообще и его отдѣльныхъ видовъ и наказанія и отдѣльныхъ карательныхъ средствъ, тогда какъ уголовная соціологія изслѣдуетъ взаимоотношеніе соціальныхъ явленій преступленія и наказанія съ другими соціальными явленіями, зависимость отъ нихъ и вліяніе на нихъ, пользуясь пріемами массоваго наблюденія конкретныхъ фактовъ (статистическій методъ). Такимъ образомъ предметы и методы этихъ наукъ не совпадаютъ, и даже цѣли совпадаютъ не вполнѣ: уголовное право примѣняетъ матеріалъ, доставляемый антропологіей и соціологіей, для разрѣшенія вопроса о необходимости и степени вторженія въ правовую сферу

личности посредствомъ наказанія, а указанныя дисциплины преслѣдуютъ самостоятельныя цѣли и при томъ, если и служатъ также цѣли борьбы съ преступностью, то не одними карательными средствами или близкими къ нимъ мѣрами соціальной защиты, но и средствами, направленными къ ослабленію общихъ причинъ преступности, даютъ матеріалъ для разрѣшенія вопросовъ соціальной политики, напр. объ уменьшеніи пьянства, скученности населенія и т. п. Объединеніе же различныхъ наукъ въ одну только на основаніи ихъ значенія для борьбы съ преступностью, по идеѣ Томсена, привело бы, какъ замѣчаетъ Флоріанъ, къ какому-то хаосу.

Дѣйствительно, эта всеобъемлющая наука борьбы съ преступностью охватила бы и административное право, и всю область экономики, и даже религію и этику, ибо въ конечномъ результатѣ всѣ эти двигатели прогресса и культуры могутъ вліять на ходъ преступности. Но съ одной стороны, былъ бы очень узкимъ взглядъ, который разсматривалъ бы соціальную жизнь подъ однимъ угломъ и центръ всѣхъ общественныхъ реформъ видѣлъ лишь въ уменьшеніи преступныхъ посягательствъ, тогда какъ цѣнность культурныхъ завоеваній—напр., страхованія рабочихъ, распространенія трезвости, всеобщаго обученія—опредѣляется, конечно, не этими побочными вліяніями; съ другой стороны, программа Томсена и не столь широкая программа криминалистовъ, которые, сохраняя юридическій характеръ науки уголовнаго права, настаиваютъ на включеніи въ нее уголовной антропологіи и соціологіи (такъ проф. Чубинскій) или же только послѣдней (такъ проф. Пионтковскій, Познышевъ, Гернетъ) забываютъ о дифференціаціи наукъ и спеціализаціи знаній, наблюдаемыхъ всюду съ ихъ ростомъ, и о плодотворномъ принципѣ раздѣленія труда. Соединеніе соціологическаго и юридическаго изслѣдованія, допустивши даже возможность самостоятельной обработки матеріала, останется все же механическимъ; и, дѣйствительно, даже въ курсахъ ученыхъ, придающихъ громадное значеніе соціальному фактору преступности, какъ Листъ, Принсъ, Гарро, мы встрѣчаемъ обработку именно юридическаго матеріала и только пользованіе данными соціологіи и антропологіи, насколько это необходимо для оцѣнки положительнаго права; въ изложеніе вводятся только результаты, добытые этими науками.

Уголовная антропологія и соціологія могутъ имѣть такимъ образомъ значеніе только отдѣльныхъ отъ науки уголовнаго права вспомогательныхъ наукъ. Криминалистъ, заимствуя добытыя ими данныя, можетъ только основываться на изслѣдованіяхъ спеціалистовъ, и принимать для своихъ построеній твердо установившіеся ихъ выводы; все спорное онъ долженъ принимать съ большой осторожностью; ему до-

ступна при этомъ критика логичности выводовъ, соотвѣтствія ихъ предпосылкамъ, но не болѣе: самостоятельное установленіе фактовъ и взаимоотношенія ихъ требуетъ спеціальныхъ знаній.

Тюрьмовѣдѣнье и криминалистика.

VII. Въ самостоятельную дисциплину выдѣлилось *тюрьмовѣдѣніе*, занятое вопросами наиболѣе цѣлесообразнаго въ дѣлѣ борьбы съ преступностью устройства тюремъ и тюремнаго режима и обнимающее, кромѣ юридическаго матеріала, также множество данныхъ изъ гигіены, медицины, психологіи и различныхъ прикладныхъ наукъ (архитектуры, напр.).

Самостоятельную область представляетъ и такъ называемая *криминалистика*, собственно не наука, а искусство распознаванія и констатированія конкретныхъ случаевъ преступленія, на основаніи судебной медицины, химіи, фотографированья, дактилоскопіи, метода ассоціаціи, вообще различныхъ техническихъ пріемовъ. Основатель криминалистики проф. Гансъ Гроссъ.

Подраздѣленіе науки угол. права.

VIII. Итакъ содержаніе науки уголовнаго права составляетъ анализъ de lege lata и de lege ferenda элементовъ понятій преступленія и наказанія вообще и отдѣльныхъ ихъ видовъ. Соотвѣтственно съ этимъ наука уголовнаго права распадается на двѣ части: 1) общую, куда принято относить также изложеніе отдѣльныхъ видовъ наказанія (каратель-ныхъ мѣръ) и 2) особенную, содержащую анализъ отдѣльныхъ видовъ преступленія—разбоя, убійства, кражи и т. п.

Въ свою очередь, общая часть дѣлится на ученіе о преступленіи и ученіе о наказаніи; къ ней же относится ученіе объ уголовномъ законѣ, какъ источникѣ уголовнаго права

II. Историческій очеркъ науки уголовнаго права.

Древній періодъ.

I. Наука уголовнаго права достигаетъ полнаго расцвѣта только въ XIX вѣкѣ. Отъ древнихъ грековъ и римлянъ дошли до насъ въ сочиненіяхъ философовъ и юристовъ, посвященныхъ не уголовному праву, указанія на отдѣльныя проблемы послѣдняго, какъ сущность наказанія, его цѣль и нѣкоторыя друг. Таковы замѣчанія, разбросанныя

въ различныхъ сочиненіяхъ Платона, Аристотеля, Цицерона, Квинтиліана, Сенеки. Кромѣ того отрывки, относящіеся къ практикѣ уголовнаго правосудія, изъ не дошедшихъ до насъ, повидимому, практическихъ сочиненій Павла, Ульпіана, Модестина и друг., составили *lib. 47* и *48 Digest.*, такъ называемые *libri terribiles*. Къ уголовному праву относятся также имѣвшія значеніе учебныхъ пособій институціи Юстиніана книга IV и Гая кн. III.

Средніе вѣка и начало новаго времени.

II. Въ средніе вѣка, со времени возникновенія въ XII столѣтіи въ Италіи Болонскаго университета, libri terribiles, а также относящіяся къ уголовному праву постановленія lib. 6. и 9 Юстиніанова кодекса, затѣмъ части Corpus juris canonici, Decretum Gratiani, Decretal. Gregor. IX, Extravagant. папы Іоанна XXII, libri poenitentiales, позже статуты итальянскихъ городовъ образуютъ матеріалъ для толкованія, первоначально въ формѣ примѣчаній на поляхъ—глоссъ. При этомъ глоссаторы давали сводку прежде высказанныхъ мнѣній, присоединялись къ нимъ или критиковали, а по временамъ проводили въ толкованіяхъ и начала обычнаго права. Это *комментаторское направленіе*, древнѣйшимъ представителемъ котораго считаютъ Альберта Гандина (XIII в. „Libellus super maleficiis"), перенеслось и въ другія страны; оно удержалось *до середины XVIII вѣка, достигши особеннаго расцвѣта и вліянія въ XVI и XVII в. въ трудахъ Юлія Клара и Проспера Фаринація въ Италіи, Дамгудера и Антонія Маттея въ Голландіи*, Берлиха и *Карпцова* въ Германіи и оказавши вліяніе на знаменитый кодексъ Карла V (1532 г.) „Constitutio criminalis *Carolina*".

Уголовно-политическое движеніе XVIII в.

III. Въ XVIII в. возникаетъ сильное уголовно-политическое движеніе, направленное къ коренной реформѣ уголовнаго права и процесса и опиравшееся на требованія разума и гуманности и на новые политическіе идеалы. Важнѣйшіе представители этого движенія *Монтескье* (Lettres persanes, 1721, L'esprit des lois, 1748 г.), Вольтеръ, Руссо и въ особенности Чезаре *Беккаріа*, выпустившій *въ 1764 г.* книгу: *„О преступленіяхъ и наказаніяхъ"* (Dei delitti et delle pene). Это сочиненіе было вскорѣ переведено на всѣ европейскіе языки и оказало громадное вліяніе на всѣ передовые умы XVIII в. и на представителей просвѣщеннаго абсолютизма: Екатерину II („Наказъ"), Фридриха Великаго, Іоси-

фа II, австрійскаго. Сокращеніе области примѣненія смертной казни, устраненіе изъ кодексовъ суевѣрій: отмѣна преслѣдованій еретиковъ, вѣдьмъ и т. п., а также пытки: ограниченіе произвола суда—вотъ главныя требованія Беккаріи, Монтескье и другихъ представителей этого направленія Соотвѣтствіе наказанія тяжести преступленія Монтескье разсматривалъ, какъ тріумфъ свободы: наказаніе должно диктоваться не произволомъ судьи или прихотью законодателя, а природой совершеннаго преступнаго дѣянія. Логическимъ выводомъ отсюда было установленіе абсолютно-опредѣленной санкціи, лишеніе суда права выбирать мѣру наказанія даже въ предѣлахъ maximum'a и minimum'a (такъ франц. угол. кодексъ 1791 г.) и отрицательное отношеніе къ толкованію закона у представителей этого направленія и ихъ послѣдователей. Законъ долженъ быть точенъ и совершененъ; судья не можетъ измѣнять ничего ни въ составѣ преступленія, ни въ мѣрѣ наказанія.

Классическая школа.

IV. На рубежѣ XVIII и XIX вѣковъ появляются первыя работы Грольмана и Фейербаха, изъ которыхъ второй имѣлъ громадное значеніе для развитія науки уголовнаго права.

Въ XIX в. надолго (до конца 70-ыхъ годовъ) утвердилось такъ назыв. *классическое направленіе*, основывавшее отвѣтственность на абсолютно свободной волѣ личности и на идеѣ возмездія, подъ вліяніемъ метафизической философіи Канта и Гегеля. Особенно выдающіеся представители этой школы Кестлинъ, Бернеръ, Гельшнеръ, у насъ Спасовичъ, во Франціи и Италіи Росси, Каррара, Эли, Ортоланъ. Классическая школа сдѣлала очень много для системы уголовнаго права и внесла много цѣнныхъ изслѣдованій въ область ученія о преступленіи и особенной части нашей науки, иногда, впрочемъ, впадая въ излишній схематизмъ, граничащій со схоластикой. Изобиліе юридическихъ тонкостей, лишенныхъ подчасъ жизненнаго значенія, искусственно созданныхъ понятій, загромождало науку, а за ней и кодексы излишнимъ баластомъ.

Но главный недостатокъ этого направленія заключается въ нежизненности ученія о наказаніи Въ основу кладется *принципъ пропорціональности наказанія тяжести вины, но послѣдняя измѣряется тяжестью послѣдствій: важностью*

объекта посягательства и степенью причиненнаго ему вреда. Къ этому приводила *идея* справедливаго воздаянія—*возмездія*, въ пониманіи корифеевъ классицизма; но того же требовала и идея психологическаго принужденія, обоснованная Фейербахомъ, и позже *идея общаго предупрежденія:* чѣмъ благо выше, тѣмъ ставка наказанія должна быть больше, чтобы создать препятствіе преступному стремленію, способное перевѣсить силу этого импульса (Фейербахъ), или же, чтобы энергичнѣе защитить болѣе цѣнныя блага Съ другой стороны, *идея публично-правовая*, наслѣдіе просвѣтительной эпохи, съ боязнью произвола судей, съ ревнивой охраной индивидуальной свободы, переносила центръ тяжести при опредѣленіи наказанія на законъ, а не на приговоръ, и вмѣстѣ съ тѣмъ въ основу ставила дѣяніе, въ законѣ предусмотрѣнное. Важность дѣянія опредѣляла размѣръ наказанія, а она сама опредѣлялась снова цѣнностью объекта посягательства и степенью причиненнаго вреда. Этотъ кругъ идей такимъ образомъ ставилъ законодателю задачу установить *двѣ параллельныхъ скалы: одну благъ—по ихъ цѣнности* или общественной важности, *другую наказаній—по степени ихъ тяжести;* высшей ступени въ одной соотвѣтствовала высшая ступень въ другой. Всякій придатокъ на сторонѣ преступленія, напр.: бо́льшая стоимость похищенной вещи, взломъ, влекъ увеличеніе мѣры наказанія; всякій минусъ вызывалъ пониженіе. Изъ субъективныхъ моментовъ выдвигались только особенно яркіе (бо́льшая наказуемость умысла сравнительно съ неосторожностью), да и то часто недостаточно. Въ стремленіи сузить рамки свободы судьи, необходимо было уже въ самомъ законѣ предусмотрѣть наиболѣе типичныя особенности отдѣльныхъ преступленій, что приводило къ созданію цѣлаго ряда квалифицированныхъ (строже наказуемыхъ по закону) и привилегированныхъ (легче наказуемыхъ по закону) преступленій и такимъ образомъ къ осложненію особенной части кодексовъ; при этомъ *законъ, какъ общая формула,* все же *не могъ предусмотрѣть* всего богатства, *всего разнообразія конкретныхъ проявленій одного и того же, по законодательной терминологіи, преступленія* и назначить соотвѣтствующее данному случаю и пригодное для данной личности наказаніе; такая индивидуализація недоступна закону, знающему только понятія, а не преступни-

ковъ, живыхъ людей, объектовъ кары, столь различныхъ по своимъ характерамъ. А тѣ обстоятельства, которыя по закону вліяли на тяжесть наказанія, нерѣдко имѣли случайный характеръ и далеко не всегда свидѣтельствовали о бо́льшей опасности или большей испорченности преступника. Справедливость, на которой хотѣли основать наказаніе, была слишкомъ абстрактной.

Несостоятельность этого ученія, легшаго въ основаніе и уголовныхъ кодексовъ этой эпохи, наглядно доказывалась общимъ увеличеніемъ преступности и въ особенности ростомъ рецидива, а также оправдательными вердиктами присяжныхъ, правосознанія которыхъ не удовлетворялъ мертвый схематизмъ закона.

Факторы обновленія науки угол. права.

V. Къ концу семидесятыхъ годовъ необходимость коренной реформы ясно чувствовалась и сознавалась. Два фактора ускорили паденіе чистой юриспруденціи понятій, какъ ее окрестилъ Іерингъ: во-первыхъ и въ особенности развитіе положительнаго знанія, опытныхъ наукъ и статистики и смѣна метафизической философіи позитивною, во-вторыхъ пенитенціарное движеніе, сначала мало замѣтное, затѣмъ окрѣпшее, развивавшееся практическими дѣятелями въ области примѣненія наказанія, скопившее свой опытъ и располагавшее важнымъ для реформы матеріаломъ приблизительно къ концу третьей четверти XIX вѣка.

Пенитенціарное теченіе

1. Уже въ концѣ XVIII вѣка вопросъ о практической организаціи наказанія занималъ умы въ особенности въ Англіи и въ только что образовавшихся Соединенныхъ Штатахъ С.Америки. Съ уменьшеніемъ случаевъ, караемыхъ смертной казнью, и съ отмѣной членовредительныхъ, а позже и тѣлесныхъ наказаній, во всемъ цивилизованномъ мірѣ важнѣйшимъ и наиболѣе частымъ карательнымъ средствомъ должно было стать лишеніе свободы въ формѣ ссылки и различныхъ видовъ тюремнаго заключенія. Въ концѣ XVIII в. и началѣ XIX в. вопросы тюремной организаціи были затронуты Іереміей Бентамомъ (Théorie des peines et des recompenses, 1818) и Джономъ Говардомъ. Сочиненіе послѣдняго: «Состояніе тюремъ въ Англіи и Уэльсѣ» (1777 г., на англійскомъ языкѣ) пользовалось вполнѣ заслуженной популярностью. Оба писателя стремились къ раціональной и болѣе гуманной постановкѣ наказанія тюрь-

мой. Практическая мысль англо-саксовъ (сначала въ С. Америкѣ) направлялась къ осуществленію въ тюрьмахъ (пенитенціаріяхъ) мѣропріятій, имѣвшихъ цѣлью воздѣйствіе на личность преступника посредствомъ исправленія. Та же идея въ нѣсколько иной формѣ (приспособленіе къ условіямъ жизни на свободѣ) нашла себѣ проявленіе и въ англійской ссылкѣ въ Австралію. Уже въ началѣ XIX в. здѣсь зарождается институтъ условнаго досрочнаго освобожденія отбывавшихъ наказаніе, поощрявшій къ труду и хорошему поведенію. Здѣсь же и въ пенитенціаріяхъ практика примѣненія наказанія натолкнулась на необходимость дѣлать различія между худшими и лучшими характерами преступниковъ, проводить извѣстную классификацію въ періодѣ отбытія наказанія и воздѣйствовать на различные классы различными мѣрами, съ цѣлью достиженія болѣе благопріятныхъ результатовъ. Такимъ образомъ *практика старалась, насколько возможно, индивидуализировать наказаніе и исправить недостатки законодательства.* Въ этомъ отношеніи важны данныя англійскихъ анкетныхъ комиссій по обслѣдованію сравнительныхъ достоинствъ ссылки и тюрьмы, отчеты делегатовъ, посланныхъ въ Соединенные Штаты правительствами важнѣйшихъ западно-европейскихъ державъ для изученія организаціи пенитенціаріевъ, и возникшіе въ связи съ этимъ *въ концѣ сороковыхъ годовъ XIX в. тюремные конгрессы*, не получившіе впрочемъ дальнѣйшаго развитія до семидесятыхъ годовъ. На этой почвѣ появились и труды по тюрьмовѣдѣнью, рѣзко отличавшіеся своимъ эмпирическимъ характеромъ отъ остальной уголовно-правовой литературы и чуждые апріорныхъ положеній и метафизики. Наиболѣе извѣстныя имена этого направленія *Моро-Кристофъ, Беранже, Бонвиль де Марсанжи, Дюпесье, Миттермайеръ и Гольцендорфъ.* Въ концѣ шестидесятыхъ годовъ защитникомъ принципа индивидуализаціи наказанія, въ работѣ подъ этимъ заглавіемъ, выступилъ австрійскій криминалистъ *Вальбергъ. Съ 1872 года* возобновляются международные *пенитенціарные конгрессы* (въ Лондонѣ), повторяющіеся затѣмъ каждые нѣсколько лѣтъ, и на второмъ конгрессѣ (въ Стокгольмѣ, 1878 г.) тотъ же Вальбергъ дѣлаетъ знаменитый докладъ «О способахъ борьбы съ рецидивомъ», въ которомъ настаиваетъ на коренномъ разграниченіи случайной и привычной преступности и на-

казаній для этихъ категорій, чѣмъ намѣчается путь уголовной политики новѣйшаго времени.

Развитіе статистики и естествознанія.

2 Къ семидесятымъ годамъ истекшаго столѣтія развитіе естественныхъ наукъ и статистики расшатали зданіе метафизической философіи и устои классической школы уголовнаго права: свободу воли и возмездіе. Статистики (Кетле, Герри, Эттингенъ и др.) выяснили зависимость движенія преступности отъ общественныхъ условій—неурожаевъ, бѣдности, развитія городской жизни съ ея соблазнами, и т. п., а также отъ космическихъ, напр.: связь сексуальныхъ преступленій съ климатомъ; антропологія установила вліяніе расы, наслѣдственности, дегенераціи и т. п. Первое время впали въ преувеличенія: стерли самостоятельность личности, превратили ее въ слѣпое игралище силъ, надъ которыми она не властна. Понятія вины, отвѣтственности и возмездія должны были, при такомъ крайнемъ детерминистическомъ воззрѣніи, утратить свой смыслъ. Наказаніе можно было признавать только, какъ мѣру защиты общества противъ опасныхъ или вредныхъ его элементовъ, мѣру одной категоріи съ тѣми, которыя принимаются противъ стихійныхъ силъ.

Уголовно-антропологическая школа

VI. Эти преувеличенія выразились съ особенной яркостью въ трудахъ т. наз. итальянской антропологической школы уголовнаго права и нѣкоторыхъ психіаторовъ.

Основатель уголовно-антропологической школы—профессоръ медицины въ Туринѣ Чезаре *Ломброзо*, выпустившій въ 1876 г. сенсаціонную книгу подъ заглавіемъ: «Преступный человѣкъ» (L'huomo delinquente) и нашедшій первое время много послѣдователей, преимущественно въ Италіи, изъ которыхъ особенной извѣстностью пользуются *Гарофало* и *Ферри*, послѣдній, впрочемъ, съ значительнымъ уклоненіемъ въ сторону соціологическаго направленія. Въ Россіи къ ученію антропологовъ примкнули покойный проф. Дриль и нѣкоторые психіаторы.

Сущность уголовно-антропологическаго ученія сводится въ общихъ чертахъ къ слѣдующему: существуетъ *типъ прирожденнаго преступника;* это особая разновидность человѣческаго рода. Надѣленный особыми стигматами, или антропологическими клеймами: аномаліями и ассиметріей черепа, своеобразной физіономіей, особенными психическими чертами,

такой человѣкъ самой природой предназначенъ къ совершенію преступныхъ дѣяній; *преступность есть прирожденное, стихійное стремленіе*, и обществу остается не наказывать, не разсуждать о винѣ или справедливомъ возмездіи, а прибѣгнуть къ рѣшительнымъ *мѣрамъ социальной защиты:* примѣнять смертную казнь, пожизненное заключеніе въ тюрьмѣ или въ домѣ для умалишенныхъ (manicomio criminale), высылку къ дикимъ или на необитаемые острова, кастрированье, чтобы воспрепятствовать размноженію этой опасной разновидности. Нѣтъ надобности въ юридическихъ тонкостяхъ, въ точной обрисовкѣ отдѣльныхъ видовъ преступленій; нѣтъ надобности даже выжидать совершенія послѣднихъ, когда преступная личность познается по упомянутымъ признакамъ; если это не преступникъ, то будущій, возможный преступникъ—криминолоидъ. Объясненія преступнаго типа предлагались разныя даже самимъ Ломброзо въ различныхъ изданіяхъ его книги и въ другихъ работахъ: въ преступникѣ видѣли то возрожденіе отдаленнаго предка современнаго человѣка (атавизмъ), дикаря, то нравственно помѣшаннаго (pazzo morale), то одержимаго особымъ неврозомъ (Ферри), то эпилептика, хотя эти объясненія, иногда предлагаемыя совмѣстно (Ломброзо), противорѣчили другъ другу: такъ, помѣшательство и невростенія болѣзни, не свойственныя первобытному человѣку, а развивающіяся съ ростомъ культуры. Прирожденное и атавистическое стремленіе къ преступленію противорѣчитъ измѣняемости формъ преступности во времени и пространствѣ, факту существованія такихъ преступленій, которыя не были извѣстны прежде и стремленіе къ которымъ не могло возникнуть въ первобытномъ человѣкѣ, чтобы затѣмъ воскреснуть въ современномъ: таковы, напр., подлоги, поддѣлка монеты, ростовщичество, преступленія печати. Сами *стигматы*, приписываемые прирожденному преступнику, напр.: косоглазіе, амбидекстризмъ, прогнатизмъ (выдающійся лицевой уголъ), выдающіяся скулы, черепная ямка, изъ психическихъ—нечувствительность къ боли, отсутствіе состраданія, склонность къ татуировкѣ, къ циничной литературѣ, воровской языкъ (арго) — *оказались почерпнутыми изъ недостаточнаго количества наблюденій*, произведенныхъ слишкомъ поспѣшно, безъ надлежащей осторожности въ выводахъ и *при помощи сомнительныхъ научныхъ*

примовъ. Стигматовъ не хватало у большинства преступниковъ (у 60%), зато они встрѣчались у людей съ незапятнанной репутаціей и столь почтенныхъ, что и пылкая фантазія не могла бы усмотрѣть въ нихъ криминолоидовъ. Нѣкоторые изъ указан. стигматовъ были присущи вообще населенію той мѣстности, изъ которой происходили изслѣдуемые преступники, были признаками подвида расы, или же были распространены въ той средѣ, къ которой принадлежалъ преступникъ (напр., среди матросовъ татуировка); другія особенности объяснялись или также принадлежностью къ извѣстной средѣ (напр.; грубость, цинизмъ), или же были результатомъ бурнаго прошлаго и преступной карьеры. Если и можно говорить о типѣ преступника, то лишь преступника-профессіоналиста, бывалаго гостя тюрьмы, *о типѣ соціальномъ*, но не антропологическомъ.

Хотя антропологическая школа встрѣтила уже вскорѣ рѣзкую и основательную критику (особенно *Тарда* и Луккини), а на Парижскомъ антропологическомъ конгрессѣ 1889 г. потерпѣла рѣшительное пораженіе, однако ей принадлежитъ та заслуга, что она *вскрыла дефекты абстрактной юриспруденціи* классическаго направленія, хотя и впала въ преувеличенія и односторонность и выдвинула только цѣль обезвреженья общества (элиминаціи преступниковъ); еще болѣе важная заслуга заключается въ томъ, что *антропологи* рѣзко *подчеркнули значеніе личнаго, біологическаго фактора преступности*: наслѣдственности, темперамента и т. п, и создали противовѣсъ увлеченію статистиковъ и соціологовъ, придававшихъ исключительное значеніе общественнымъ (и космическимъ) условіямъ, соціальному фактору, превращая человѣка въ его слѣпое орудіе. Только признавая взаимодѣйствіе обоихъ факторовъ, безконечное разнообразіе ихъ сочетаній, можно объяснить различіе характеровъ лицъ, происходящихъ отъ однихъ родителей или выросшихъ въ одинаковыхъ соціальныхъ условіяхъ, и можно принимать мѣры двоякаго рода для уменьшенія преступности: однѣ, направленныя на ослабленіе вліянія общественныхъ условій (соціальная политика), другія — на ослабленіе преступныхъ свойствъ личности, которыя допускаютъ возможность воздѣйствія и измѣненія и не имѣютъ непремѣнно фатальнаго характера (уголовная политика).

Соціологическое направленіе.

VII. Идея антропологической школы о значеніи біологическаго фактора, сочетаніе ея съ идеей могучаго вліянія соціальнаго фактора и въ нѣкоторой степени космическаго, признаніе возможности измѣненія преступныхъ свойствъ личности цѣлесообразной организаціей репрессіи, въ формѣ наказанія или же еще въ формѣ мѣръ соціальной защиты, характеризуютъ *соціологическое направленіе*.

Выразителемъ его былъ до сихъ поръ *Международный Союзъ уголовнаго права*, основанный въ 1889 г. *Листомъ*, *Принсомъ* и *Ванъ-Гамелемъ*, имѣвшій уже 12 конгрессовъ, насчитывающій множество членовъ во всемъ цивилизованномъ мірѣ и распадающійся на національныя группы.

Въ Россіи во главѣ такой группы Международнаго Союза стоялъ долгое время проф. Фойницкій, нынѣ стоитъ В. Д. Набоковъ.

Международный Союзъ уголовнаго права преслѣдуетъ цѣль реформы уголовнаго законодательства на почвѣ изученія причинъ преступленія и дѣйствія на преступниковъ наказанія и другихъ мѣръ борьбы съ преступностью. *Идея возмездія, индетерминизмъ и система пропорціональности наказанія цѣнности объекта преступленія, обиліе квалифицирующихъ или же привилегирующихъ обстоятельствъ и стѣсненіе свободы судьи въ выборѣ наказанія не пользуются кредитомъ среди криминалистовъ соціологическаго направленія. Оно особенно выдвигаетъ необходимость классификаціи преступниковъ и цѣль спеціальнаго предупрежденія въ наказаніи.*

Неоклассицизмъ.

VIII. *Въ этомъ* заключается его существенное отличіе отъ взглядовъ современныхъ сторонниковъ классическаго направленія—*неоклассиковъ*, группирующихся главнымъ образомъ въ Германіи, вокругъ *Биндинга и Биркмейера*. Эта группа довольно значительна, хотя ея адепты не въ одинаковой мѣрѣ придерживаются завѣтовъ классицизма въ нашей наукѣ. Въ нѣдрахъ соціологическаго направленія также есть уклоненія отъ выше изложенной краткой программы или же различія въ степени проведенія ея. Одно крыло этого лагеря сближается съ антропологами, если не въ основаніяхъ, то въ практическихъ пожеланіяхъ, игнорируя значеніе блага—объекта преступленія—для наказанія, или же стирая грань между вмѣняемыми и невмѣняемыми и замѣняя вину опаснымъ состояніемъ личности (такъ по временамъ не

всегда устойчивый во взглядахъ Листъ, далѣе Принсъ, Ванъ-Гамель, Флоріанъ, Гриспиньи и др.; психіаторы Ашаффенбургъ, Крепелинъ и др.). Другое крыло приближается къ неоклассикамъ, признавая, хотя и въ меньшей мѣрѣ или въ иномъ смыслѣ, принципъ возмездія, больше считаясь съ цѣнностью благъ и объективными моментами, выдвигая цѣль общаго предупрежденія, но въ то же время стоя на почвѣ детерминизма, расширяя власть судьи, допуская пожертвованіе возмездіемъ для достиженія цѣлей спеціальнаго предупрежденія.

Третья школа.

Это направленіе соединительнаго характера, зародыши котораго восходятъ къ извѣстному *Адольфу Мержелю* (70 и 80-е г. XIX в.) и выразителями котораго являются Гарро, Алимена, Липманъ, Ламмашъ и др., получило въ Италіи названіе *третьей школы*. Изъ русскихъ криминалистовъ сюда примыкаютъ Н. С. Таганцевъ, Полянскій, Люблинскій.

Нѣкоторыя положенія, защищаемыя соціологическимъ направленіемъ, принимаются и классиками, напр.: условное досрочное освобожденіе, усиленіе репрессіи рецидивистовъ, часть мѣръ соціальной защиты. Многіе пункты программы реформъ спорны и въ соціологическомъ лагерѣ, напр.: понятіе уменьшенной вмѣняемости, признаки классификаціи преступниковъ, неопредѣленные приговоры, самостоятельность мѣръ соціальной защиты по отношенію къ наказанію и особенно значеніе такъ называем. опаснаго состоянія (état dangereux).

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Уголовный законъ, его дѣйствіе и примѣненіе.

I. Законъ, какъ источникъ уголовнаго права.

Принципъ «nullum crimen»....

I. Наказаніе, по современнымъ воззрѣніямъ, примѣняется только при условіи, если оно установлено положительнымъ правомъ, по общему правилу—закономъ. Этотъ *принципъ*: *„nullum crimen, nulla poena sine lege“* вытекаетъ изъ отсутствія дѣяній, преступныхъ per se, по своей природѣ, независимо отъ запрещенности ихъ закономъ подъ страхомъ наказанія, и изъ необходимости обезпечить личность отъ произвола. Наказуемо только то, что предусмотрѣно уголовнымъ закономъ, и только такъ, какъ указано послѣднимъ. Этотъ принципъ, который Листъ назвалъ „magna charta“ преступника, даетъ, дѣйствительно, важную гарантію и не только преступнику, но всякому гражданину противъ неосновательнаго и произвольнаго примѣненія наказанія, и получаетъ признаніе поэтому лишь недавно, въ связи съ утвержденіемъ идеи правового государства. Впервые онъ высказанъ въ С. Америкѣ, при возникновеніи республики Соединенныхъ Штатовъ. Нынѣ этотъ принципъ усвоенъ всѣми законодательствами культурныхъ народовъ; у насъ онъ выраженъ въ 1-й ст. Угол. Ул. 1903 г. и менѣе точно въ ст. 1-й Улож. о нак. Абсолютно—неопредѣленная санкція, предоставляющая суду назначать наказаніе по своему усмотрѣнію, нынѣ исчезла изъ кодексовъ. Такъ и ст. 147 Улож. о нак.

Исключенія изъ этого принципа.

II-1. Изъ необходимости огражденія гражданской свободы противъ произвольнаго примѣненія такого энергичнаго средства, какимъ является наказаніе, вытекаетъ непригод-

ность обычая служить источникомъ уголовнаго права, такъ какъ только законъ можетъ опредѣленно обрисовать признаки наказуемыхъ дѣяній и указать подлежащія примѣненію карательныя средства. Отрицательныя черты обычнаго права: съ одной стороны, отсутствіе точности и опредѣленности обычно-правовой нормы, съ другой стороны, часто наблюдаемая отсталость, устарѣлость обычаевъ, утратившихъ свою былую раціональность, представляютъ особенную опасность въ области уголовнаго права. И дѣйствительно, кромѣ Англіи, гдѣ и въ этой области дѣйствуетъ кромѣ законовъ и обычное право, въ остальныхъ культурныхъ государствахъ законъ единственный источникъ уголовнаго права. Это положеніе принято и въ Россіи; дѣйствіе обычая допущено лишь въ видѣ исключенія для подсудныхъ мѣстнымъ народнымъ судамъ маловажныхъ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ кочующими киргизами, инородцами Сибири и Забайкальской области, инородцами степныхъ областей, туземцами Туркестанскаго края и Ставропольской губ., самоѣдами Архангельской губ.

2. Другое исключеніе изъ принципа «nullum crimen etc» составляло право высшей административной власти въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи или на положеніи усиленной или чрезвычайной охраны, издавать обязательныя постановленія и устанавливать наказанія за ихъ нарушенія.

Элементы угол. закона.

III. Уголовный законъ состоитъ обыкновенно изъ двухъ элементовъ: предположенія или диспозиціи, гдѣ опредѣляются условія, при наличности которыхъ примѣняется наказаніе, и санкціи, гдѣ указывается родъ и мѣра наказанія. Но кромѣ законовъ этого типа, существуютъ и такіе, которые содержатъ общія положенія, соотвѣтствующія тому, что въ наукѣ составляетъ содержаніе общей части: эти законы опредѣляютъ принятыя въ данномъ правѣ карательныя средства и ихъ содержаніе, (напр.: сущность тюремнаго заключенія, какого-либо правопораженія и т. п.), причины погашенія наказанія, важнѣйшія общія понятія, напр.: вмѣняемость, умыселъ, покушеніе, и ихъ значеніе для уголовной отвѣтственности. Такіе законы обыкновенно составляютъ содержаніе начальныхъ главъ кодекса или первой его части. Но преобладающее по численности мѣсто принадлежитъ

законамъ не этого, а перваго типа, устанавливающимъ признаки различныхъ наказуемыхъ дѣяній и карательныя послѣдствія, связываемыя съ каждымъ изъ нихъ. Диспозиція въ сущности представляетъ собою первую часть условнаго періода, выраженную чаще въ сокращенной формѣ («если кто убьетъ» сокращается словами: «виновный въ убійствѣ», «за убійство»), санкція—вторую часть этого періода («подлежитъ заключенію въ тюрьмѣ»).

Виды диспозиціи.

Диспозиція можетъ быть различныхъ типовъ:

a) она точно опредѣляетъ признаки дѣянія (составъ преступленія), напр. 1462 ст. Ул. о нак.;

b) она пользуется общепринятымъ терминомъ, съ которымъ связывается опредѣленное содержаніе и въ житейскомъ словоупотребленіи, напр, выраженіями: убійство (1449 ст Ул. о нак.), обида (130 ст. Уст. о нак.);

c) она ссылается на другое постановленіе закона, гдѣ этотъ составъ уже обрисованъ (ср. ст. 1656 Улож. о нак.; ст. 132 Уг. Ул.), или имѣетъ его въ виду (ср. ст. 1644 и слѣд. Ул. о нак.);

d) она представляетъ собою бланкъ, содержаніе котораго предоставляется опредѣлить власти, имѣющей на это полномочіе (ст. 29 Уст. о нак.: «За неисполненіе законныхъ распоряженій, требованій или постановленій правительственныхъ и полицейскихъ властей, а равно земскихъ и общественныхъ учрежденій».....).

Виды санкціи.

Санкція можетъ быть трехъ типовъ:

a) абсолютно-неопредѣленная, встрѣчавшаяся въ нашемъ старомъ законодательствѣ, даже еще въ Сводѣ Законовъ (наказать, какъ ослушника указовъ, по всей строгости законовъ; въ болѣе раннихъ источникахъ: «бить нещадно»), а также въ старыхъ источникахъ другихъ странъ. Нынѣ она исчезла изъ законодательствъ;

b) абсолютно-опредѣленная, устанавливающая точно родъ и мѣру наказанія. Она удержалась въ законодательствахъ въ видѣ исключенія и лишь при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, см., напр.: ст. 427 Ул. о нак.;

c) относительно-опредѣленная санкція, устанавливающая только низшій и высшій предѣлы (minimum и maximum) наказанія за данное преступленіе; мѣру, подлежащую примѣненію въ конкретномъ случаѣ такого преступленія, выби-

раетъ судъ, на основаніи конкретныхъ обстоятельствъ. Этотъ типъ санкціи господствующій въ современныхъ уголовныхъ кодексахъ. При широкихъ рамкахъ между этими предѣлами, открывается бо́льшая возможность индивидуализировать наказаніе.

Источники уголовнаго права.

IV. Общими источниками русскаго уголовнаго права служатъ Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ, Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, и Уголовное Уложеніе.

1) При первоначальной кодификаціи въ XIX в., уголовные законы вошли въ XV т. Свода Законовъ Недостатки Свода вообще и нѣкоторые, присущіе спеціально XV т., вскорѣ вызвали потребность въ реформѣ послѣдняго. Эта реформа была осуществлена особой комиссіей подъ предсѣдательствомъ графа Блудова, выработавшею проектъ Улож. о наказ., Высочайше утвержденный, послѣ исправленій въ особой комиссіи Государственнаго Совѣта и обсужденія въ общемъ собраніи послѣдняго, въ 1845 г. (15 августа). Улож. о нак. введено въ дѣйствіе 1 мая 1846 г. Затѣмъ оно переиздано въ 1857 г., въ 1866 г. и 1885 г. Въ этомъ, четвертомъ изданіи оно дѣйствуетъ и нынѣ съ тѣми измѣненіями, которыя внесены послѣдующими законами и которыя содержатся въ продолженіяхъ къ XV т. Свода Зак. Въ составъ его Улож. о нак. введено при переизданіи Свода въ 1857 г. (1-я часть XV т.). Изд. 1885 г. не содержитъ болѣе статей, предусматривающихъ нарушенія нѣкоторыхъ спеціальныхъ правилъ (акцизныхъ, а съ сводн. продолж. 1906 г. и таможенныхъ); эти нарушенія включены въ соотвѣтствующіе Уставы (объ Акцизн. Сбор, Таможен.).

Улож. о нак. не представляетъ собою кодекса; это скорѣе переработка XV т. Свода, первоначальнаго изданія съ измѣненіями, сдѣланными путемъ заимствованій изъ западныхъ уложеній безъ заботы о согласованности началъ послѣднихъ между собою и съ постановленіями Свода и безъ приведенія къ извѣстной гармоніи постановленій Свода, относившихся къ разнымъ эпохамъ (начиная съ Соборнаго Уложенія 1649 г.) и выражавшихъ разные взгляды на наказаніе. Казуистичность, неточность языка, вредное, вносящее недоумѣніе въ истолкованіе закона многословіе, неустойчивость точки зрѣнія составителей на важнѣйшіе вопросы преступленія и наказанія, сложность пріемовъ при выборѣ конкретной мѣры наказанія, отсутствіе системы при расположеніи матеріала, при группировкѣ отдѣльныхъ преступленій—вотъ дальнѣйшіе существенные дефекты Улож. о нак.

Улож. о нак. дѣлится на XII раздѣловъ, первый изъ которыхъ посвященъ общимъ положеніямъ.

2) Трудность пользованія Улож. о нак. во вновь организуемыхъ мировыхъ судахъ, съ юридически не подготовленнымъ судебнымъ персоналомъ, привела законодателя, при изданіи Судебныхъ Уставовъ въ 1864 г., къ мысли выработать для Мировыхъ Судей особый сборникъ уголовныхъ законовъ, которые были отнесены къ ихъ вѣдомству. Такъ былъ изданъ Уставъ о наказ. въ 1864 г., куда вошли съ измѣненіями постановленія немногихъ статей Улож. о нак. и нѣкоторыя новыя.

Уставъ о нак., въ изданіяхъ 1864 и 1883 г. включенный въ Судебные Уставы, въ предпослѣднемъ изданіи 1885 года введенъ въ XV т. Св. Зак. вмѣстѣ съ Улож. о нак. Въ 1914 г. вышло новое изданіе Устава о нак., содержащее всѣ узаконенія, обнародованныя по 15 сентября 1914 г.

3) Недостатки уголовнаго законодательства вызвали необходимость въ его обновленіи. Починъ принадлежалъ Государственному Совѣту, мнѣніе котораго было утверждено императоромъ Александромъ II въ концѣ его царствованія (1879 г.). Но къ работамъ по изданію новаго кодекса приступили въ царствованіе Александра III. Новое уложеніе должно было замѣнить какъ старое Улож. 1845 г., такъ и Уст. о наказ.; постановленія о должностныхъ нарушеніяхъ дисциплинарнаго характера предположено не включать въ новое уложеніе, а изложить въ дисциплинарномъ уставѣ, и не включать также нарушеній уставовъ казенныхъ управленій и другихъ спеціальныхъ уставовъ. Въ 1881 году назначенъ Комитетъ, избравшій редакціонную комиссію, куда вошли въ качествѣ членовъ крупные русскіе ученые проф. Н. С. Таганцевъ, проф. И. Я. Фойницкій и Н. А. Неклюдовъ, а позже также В. К. Случевскій. Предсѣдателемъ былъ тов. мин. юстиціи Э. В. Фришъ. Проектъ общей части выработанъ Н. С. Таганцевымъ. Проектъ Угол. Улож., какъ названъ новый кодексъ, разсылался на заключеніе русскихъ юридическихъ обществъ и иностранныхъ выдающихся криминалистовъ; отзывы и предложенія объ измѣненіяхъ собраны въ Матеріалахъ къ Проекту редакціонной комиссіи. Проектъ былъ измѣненъ въ Мин. Юстиц. по соглашенію съ предсѣдателемъ редакціонной комиссіи.

Этотъ новый проектъ внесенъ въ 1898 г. въ Государственный Совѣтъ. Послѣ исправленій, Проектъ Угол. Улож утвержденъ 22 марта 1903 г. Николаемъ II. Но изъ 37 главъ Угол. Улож. 22 марта 1903 г. по настоящее время введены особыми узаконеніями, послѣдовавшими за его утвержденіемъ разновременно, только:

1) 7 іюля 1904 г.—главы о государственныхъ преступленіяхъ (III, IV и V, за исключеніемъ нѣсколькихъ статей) и нѣсколько статей о примыкающихъ къ нимъ преступленіяхъ, помѣщенныхъ въ другихъ главахъ.

2) 14 марта 1906 г.—глава (II) о религіозныхъ преступленіяхъ.

3) 25 дек. 1909 г.—нѣкоторыя статьи изъ главъ XXVI и XXVII о посягательствахъ на свободу и о непотребствѣ.

4) 20 марта 1911 г.—620 и 622 статьи (XXXV главы Угол. Ул.) о посягательствахъ противъ авторскаго права и привилегій на изобрѣтенья (измѣнены сравнительно съ первоначальнымъ текстомъ).

5) Кромѣ того законами 1912 г. (28 іюня и 5 іюля)—глава IV Угол. Улож. дополнена ст. 111^{1-4}, 112^{1}, 113^{1}, 118^{1}, 118^{2}, относящимися къ шпіонству и измѣнѣ, и текстъ нѣкотор. прежнихъ статей измѣненъ.

6) Ст. 279, п. 5; 450—452 Угол. Улож. (поддѣлка печати, клейма и т. п., участіе въ шайкѣ для контрабанды) введены въ дѣйствіе по примѣненію къ преступнымъ дѣяніямъ, предусм. правилами о наказаніяхъ и взысканіяхъ за контрабанду (ст. 1045 и слѣд. Уст. тамож. изд. 1910 г.), и къ нарушеніямъ, указаннымъ въ ст. 1011^{1} и 1038 Уст. тамож.

7) Въ отношеніи преступныхъ дѣяній, предусмотрѣнныхъ дѣйствующими статьями Угол. Улож., введена въ дѣйствіе и 1-я глава его, т. е. общая часть.

Въ 1909 г. введенныя до 1910 г. въ дѣйствіе статьи Угол. Улож. включены въ Продолженіе къ XV т. Св. Зак. Соотвѣтствовавшія этимъ статьямъ статьи Улож. о нак. утратили силу и значатся исключенными.

Такимъ образомъ преобладающее значеніе и нынѣ сохраняетъ Улож. о нак., которымъ предусмотрѣно большинство преступныхъ дѣяній.

Угол. Улож. 22 марта 1903 г. представляетъ собою дѣйствительно кодексъ, основанный на опредѣленныхъ

принципахъ, которые проводятся черезъ большинство его постановленій. Нельзя однако не признать, что слишкомъ долговременное составленіе Угол. Улож. невыгодно отразилось на немъ, такъ какъ многое въ наукѣ ко времени изданія кодекса подверглось пересмотру; выдвинулись по многимъ вопросамъ другія точки зрѣнія, и Угол. Улож., выработанное согласно научнымъ требованіямъ восьмидесятыхъ годовъ, сохранило цѣнность далеко не во всѣхъ своихъ частяхъ.

Кромѣ того для организаціи и режима карательныхъ мѣръ источниками уголовнаго права служатъ у насъ:

1) Уставъ о ссыльныхъ, впервые изданный въ 1822 г., включенный затѣмъ въ XIV т. Свода зак. Въ этомъ уставѣ предусмотрѣны также нѣкоторыя преступныя дѣянія, субъектомъ которыхъ могутъ быть только сосланные въ каторжную работу и ссыльно-поселенцы, и содержатся постановленія, измѣняющія для нихъ карательныя послѣдствія за преступленія, предусмотрѣнныя обще-уголовнымъ законодательствомъ. Послѣднее изд этого Устава 1909 г.

2) Уставъ о содержащихся подъ стражей, т. XIV.

3) Положеніе объ исправительно-воспитательныхъ заведеніяхъ для несовершеннолѣтнихъ, т. XIV Св.Зак., изд. 1909 г. Положеніе издано 19 апрѣля 1909 г.

Важнѣйшіе иностранные кодексы французскій (Code pénal) 1810 г., германскій 1872 г., голландскій 1881 г., итальянскій 1889 г., норвежскій 1902 г., японскій 1907 г.

Толкованіе и аналогія.

V. Примѣненіе уголовнаго закона судомъ подчинено правиламъ, общимъ и для другихъ областей законодательства.

Существовавшее въ XVIII в. отрицательное отношеніе къ толкованію, вызванное произволомъ судей предшествующаго періода, основанное на преувеличеніи идеи раздѣленія властей и на вѣрѣ въ возможность совершеннаго, все предусматривающаго законодательства, не могло выдержать столкновенія съ дѣйствительностью, и нынѣ всѣ виды и всѣ научные пріемы толкованія пользуются признаніемъ и науки уголовнаго права и уголовно-процессуальныхъ кодексовъ (см. 12 и 13 ст. Уст. Уг. Суд.).

Единственное исключеніе составляетъ *аналогія. Поскольку она можетъ подорвать принципъ «nullum crimen, nulla poena sine lege», она недопустима.* Идея преступленій естественныхъ (delicta naturalia, или sua sponte, per se sce-

lerata) нынѣ отброшена, поэтому уголовный судъ не въ правѣ создавать новыхъ составовъ преступленія, хотя бы они были весьма сходны съ предусмотрѣнными въ законѣ. Уголовный законъ—исключеніе изъ общей массы законовъ, не устанавливающихъ за нарушеніе нормъ наказанія, и, какъ исключеніе, не можетъ быть распространяемъ по аналогіи.

Если указываютъ, что иногда законъ пропускаетъ дѣянія вопіющія, что онъ не поспѣваетъ за послѣднимъ словомъ въ области преступленія (такъ Кони), то это зло можетъ быть исправлено только законодателемъ; безнаказанность такихъ дѣяній, во всякомъ случаѣ меньшее зло, чѣмъ расширеніе караемой области на почвѣ аналогіи.

Но, поскольку аналогія примѣняется не для созданія новыхъ видовъ преступленія или наказанія или отягчающихъ обстоятельствъ, она допустима и въ уголовномъ правѣ, напр.: для установленія, по тождеству основанія, обстоятельства, устраняющаго вмѣняемость, не бывшаго въ виду законодателя и пропущеннаго въ перечнѣ этихъ обстоятельствъ въ законѣ (напр., для признанія такимъ обстоятельствомъ не упомянутаго въ Ул. о нак. гипноза, по аналогіи съ 97 ст.).

Наша практика знаетъ примѣры образованія по аналогіи новыхъ преступленій: такъ, Сенатъ находилъ возможнымъ наказывать шантажъ, т. е. вымогательство имущественныхъ благъ или обязательствъ посредствомъ угрозы разглашенія позорящихъ обстоятельствъ, какъ мошенничество, а позже, какъ дѣяніе, пред. 1686 ст. Ул. о нак., хотя законъ шантажа совсѣмъ не предусматриваетъ.

Опору для аналогіи даетъ въ нашемъ правѣ ст. 151 Ул. о нак., предписывающая приговаривать къ наказанію, предназначенному за сходное по важности и роду преступленіе, если въ законѣ за подлежащее разсмотрѣнію суда преступное дѣяніе нѣтъ опредѣленнаго наказанія. Но 151 ст. говоритъ все-же о *преступномъ* дѣяніи, слѣдовательно предусмотрѣнномъ въ законѣ, который только не устанавливаетъ опредѣленнаго наказанія,—случай, встрѣчавшійся не разъ въ нашемъ Сводѣ законовъ (т. XV, ч. I) до 1845, и регулированный ст. 104 (119, по изд. 1842); оттуда это постановленіе и перешло въ Улож. о нак., тогда какъ оно устранило абсолютно—неопредѣленную санкцію, въ родѣ: „наказать по всей строгости законовъ“. Такимъ образомъ, *ст. 151*

есть результатъ недосмотра и не имѣетъ нынѣ никакого значенія Съ другой стороны, ст. 147 требуетъ примѣненія того именно наказанія, которое назначено въ законахъ за судимое дѣяніе, а Уст. Уг. Суд. упоминаетъ о правѣ и обязанности (ст. 12 и 13) суда устранять, въ порядкѣ толкованія: неполноту, неясность, противорѣчіе законовъ, коими судимое дѣяніе воспрещается подъ страхомъ наказанія, но не говоритъ еще и о восполненіи *недостатка* закона, какъ 9 ст. Уст. Гр. Суд., и указываетъ, что оправдательный приговоръ долженъ быть постановленъ и въ томъ случаѣ, когда дѣяніе окажется не воспрещеннымъ закономъ подъ страхомъ наказанія (ст. 771 Уст. У. С.).

Что касается распространительнаго толкованія, то оно допустимо и въ уголовномъ правѣ. Здѣсь не пробѣлъ закона, а неудачная редакція, суживающая истинный смыслъ закона, который и возстанавливается толкованіемъ.

Особенность примѣненія уголовнаго закона можно усматривать еще въ томъ, что, въ случаѣ сомнѣнія, предпочтеніе отдается толкованію, болѣе благопріятному для обвиняемаго—принципъ: in dubio mitius.

II. Дѣйствіе уголовнаго закона во времени, въ пространствѣ и въ отношеніи лицъ. Выдача преступниковъ.

Дѣйствіе во времени.

I. Начальный и предѣльный моменты дѣйствія уголовнаго закона опредѣляются такъ же, какъ и для законовъ другихъ областей права.

Вопросъ объ обрат. дѣйствіи угол. закона.

II. Важный и донынѣ спорный въ наукѣ вопросъ, подлежитъ ли новый законъ примѣненію къ преступнымъ дѣяніямъ, совершеннымъ до вступленія его въ силу, но судимымъ послѣ этого момента?

Незыблемо стоитъ только принципъ „nullum crimen sine lege praevia", согласно которому дѣяніе прежде ненаказуемое не можетъ быть объявлено наказуемымъ ex post и остается непреступнымъ, хотя бы позднѣйшій законъ и опредѣлилъ за такое дѣяніе карательныя послѣдствія. Такъ и ст. 74 Основн. Закон. и ст. 14 Угол. Уложс.

Если же дѣяніе было наказуемо и по закону времени его учиненія, то, 1) одни высказываются за примѣненіе всегда этого закона, хотя бы новый законъ (времени рѣшенія дѣла) былъ мягче; нынѣ этотъ взглядъ не имѣетъ сторонниковъ; 2) другіе стоятъ за примѣненіе стараго закона, но дѣлаютъ исключеніе въ пользу новаго, если онъ мягче: такъ большинство ученыхъ и законодательствъ; 3) по мнѣнію третьихъ, принципіально долженъ примѣняться *новый* законъ, но дѣлается *исключеніе въ пользу стараго, если онъ менѣе строгій:* такъ австрійск. проектъ и указъ *27 марта 1846 г.* о введеніи въ дѣйствіе Улож. о нак. 4) нѣкоторые ученые (Биндингъ, Таганцевъ и др.) за примѣненіе всегда новаго закона, хотя бы болѣе строгаго.

Ст. 14 Уг. Ул 1903 г., примыкая къ 4-ому взгляду и принимая положеніе объ обратномъ дѣйствіи новаго закона, предписываетъ однако смягчать наказаніе, опредѣленное въ новомъ законѣ, если оно строже, чѣмъ въ старомъ, въ порядкѣ 53 ст., т. е. такъ, какъ, если бы судъ призналъ наличность смягчающихъ обстоятельствъ.

Вопросъ, какой изъ законовъ строже, разрѣшается съ принятіемъ въ расчетъ особенностей даннаго подлежащаго суду случая: если, напр., новый законъ опредѣляетъ болѣе строгое наказаніе, но зато оставляетъ ненаказуемымъ покушеніе на данное преступленіе и если обвиняемому инкриминируется именно покушеніе, то подлежитъ примѣненію новый законъ, какъ болѣе мягкій in concreto; если максимумъ наказанія въ новомъ законѣ ниже, чѣмъ въ старомъ, но минимумъ выше, судъ долженъ раньше выбрать по обстоятельствамъ дѣла минимальную, максимальную или среднюю мѣру наказанія и затѣмъ рѣшаетъ, по какому закону выбранная мѣра мягче. Тотъ законъ, который устанавливаетъ болѣе короткій срокъ давности, долженъ быть признанъ болѣе мягкимъ (такъ и 14 ст. Уг. Ул. и указъ 27 марта 1846 г.).

Новый законъ, вступившій въ силу *послѣ окончательнаго рѣшенія дѣла*, подлежитъ примѣненію къ осужденному только въ томъ случаѣ, *если отмѣняетъ наказуемость* даннаго вида преступленія (такъ 74 ст. Основн. Зак. 1906 г. и Итальянское улож). Нѣкоторые ученые идутъ, впрочемъ, еще дальше.

Спорно, можно ли въ случаѣ смѣны нѣсколькихъ законовъ между моментомъ совершенія дѣянія и моментомъ рѣшенія примѣнять болѣе мягкій промежуточный законъ? Отвѣтъ долженъ быть скорѣе утвердительный.

Логически болѣе правильной представляется четвертая изъ выше приведенныхъ точекъ зрѣнія (*Биндинга*): государство, не впадая въ самопротиворѣчіе, не можетъ примѣнять къ преступнику той мѣры репрессіи, которую оно само изданіемъ новаго закона признало не надлежащей и замѣнило иной, лучшей: болѣе справедливой или вѣрнѣе ведущей къ цѣли. Это соображеніе имѣетъ одинаковую цѣнность, идетъ ли рѣчь о болѣе мягкомъ, или же о болѣе строгомъ новомъ законѣ, и 3-ій взглядъ страдаетъ непослѣдовательностью: не только законъ, понижающій наказаніе, представляетъ собою шагъ впередъ, новое завоеваніе разума, какъ утверждалъ, напр., Лассаль, но и законъ, болѣе строгій, ибо законодатель, усиливая репрессію за то или другое преступленіе или за ту или иную форму преступности, напр.: за совершеніе преступныхъ дѣяній въ видѣ промысла, за рецидивъ, сводничество, прибѣгаетъ къ этому въ силу необходимости, руководимый чувствомъ справедливости и сознаніемъ пользы этихъ суровыхъ мѣръ для безопасности общества. Съ другой стороны, доводы въ пользу стараго закона неубѣдительны; они связаны съ теоріей психологическаго принужденія и ученіемъ о договорномъ происхожденіи государства: если наказаніе имѣетъ единственную цѣль—создать противовѣсъ преступному влеченію, противопоставляя выгодѣ отъ совершенія деликта зло карательнаго послѣдствія, то наказаніе должно быть заранѣе извѣстно преступнику, чтобы онъ могъ сдѣлать сравненіе; точно такъ же на почвѣ договорной теоріи, отношеніе между преступникомъ и государствомъ, вытекающее изъ преступленія, конструируется, какъ частно-правовое, и за первымъ признается право на опредѣленное въ старомъ законѣ наказаніе (droit acquis). Съ паденіемъ обѣихъ этихъ теорій, разсматриваемое мнѣніе теряетъ точку опоры. Истинный размѣръ наказанія очень часто неизвѣстенъ преступнику, особенно при относительно-опредѣленной санкціи уголовнаго закона, а въ рѣдкихъ случаяхъ, когда преступникъ учелъ довольно точно послѣдствія своего дѣянія, не сбывшіяся его ожиданія при введеніи затѣмъ новаго болѣе строгаго закона не должны идти ему на пользу, иначе изворотливость или расчетливость преступника создавали бы ему привилегію, какъ удачно задуманная сдѣлка. Если же утвер-

ждаютъ, что послѣдствія всякаго факта нормируются закономъ, одновременнымъ послѣднему, то это положеніе само нуждается въ доказательствахъ; въ области публичнаго права, напротивъ, новый законъ примѣняется къ отношеніямъ, возникшимъ до его изданія, но еще не завершившимся; послѣдствія факта опредѣляются новымъ закономъ: если, напримѣръ, послѣднимъ вводится новая экзаменаціонная программа, то и всѣ поступившіе въ школу прежде, должны для ея окончанія подчиниться новымъ требованіямъ если устанавливается оплата процессуальныхъ бумагъ поповышеннымъ гербовымъ сборомъ, то это постановленіе распространяется и на тѣхъ, кто уже началъ тяжбу; вообще новые процессуальные законы распространяются и на дѣла уголовныя, возникшія прежде; между тѣмъ вносимыя измѣненія, какъ подсудность суду иного состава или порядокъ исчисленія голосовъ для оправданія, по справедливому замѣчанію Трегера, могутъ еще больше измѣнить къ худшему судьбу обвиняемаго, чѣмъ усиленіе наказанія въ новомъ законѣ.

Тѣмъ не менѣе *взглядъ, согласно которому примѣняется болѣе мягкій законъ, заслуживаетъ предпочтенія, по соображеніямъ политическимъ*: онъ лучше обезпечиваетъ личность отъ такихъ усиливающихъ репрессію законовъ, которые не вытекаютъ изъ указанныхъ уголовно-правовыхъ основаній, а продиктованы случайными обстоятельствами, или, что еще хуже, партійной враждой или мстительностью, направленными противъ какого-либо класса. Если нельзя не согласиться съ Н. С. Таганцевымъ, что противъ этого никакой законъ, устанавливающій только что приведенный принципъ, не можетъ служить вполнѣ надежной гарантіей, то все-же наличность такого закона создаетъ извѣстное препятствіе осуществленію подобной политики, особенно, *если принципъ провозглашается въ основныхъ (конституціонныхъ) законахъ*, которые пользуются бо́льшимъ авторитетомъ и отмѣна которыхъ предполагаетъ болѣе сложный и болѣе обезпечивающій отъ страстности и необдуманности порядокъ. При этомъ условіи, *можно непримѣнимость новой болѣе строгой кары къ прежде совершенному дѣянію разсматривать, какъ публичное субъективное право преступника.*

Дѣйствіе въ пространствѣ. Террит. принципъ

III.— 1. Уголовный законъ дѣйствуетъ на пространствѣ всей территоріи государства, за исключеніемъ частей его, имѣющихъ собственное уголовное законодательство, и распространяется на дѣянія не только подданныхъ, но и иностранцевъ (Ст. 170 Ул. о нак. и ст. 4 и 3 п. 5 ст. Угол. Ул.).

Понятіе территоріи опредѣляется началами государственнаго и международнаго права.

Слѣдуетъ отмѣтить, что суда подъ флагомъ даннаго государства разсматриваются, какъ плавающія части его территоріи, и преступное дѣяніе, совершенное на суднѣ въ открытомъ морѣ, подлежитъ дѣйствію уголовныхъ законовъ этого государства. Если же оно находится въ чужихъ территоріальныхъ водахъ, напр., бухтѣ другой державы, то къ дѣяніямъ, совершеннымъ на борту судна, примѣняются законы государства, флагъ коего оно носитъ, только, если дѣяніе совершено между членами экипажа и не нарушаетъ безопасности и спокойствія порта; въ противномъ случаѣ оно подпадаетъ дѣйствію береговыхъ законовъ. Такъ Рѣш. 1872 г. № 1329, по дѣлу Сваэлоса и континентальная (французская) практика. Англійское право признаетъ всѣ дѣянія, совершенныя на борту купеческихъ кораблей въ береговыхъ водахъ, подсудными англійскимъ судамъ и подлежащими рѣшенію по англійскимъ законамъ (или обычаямъ).

Изъятія въ отнош. лицъ.

2. Изъ указаннаго *территоріальнаго принципа* существуютъ *изъятія:* не подлежатъ отвѣтственности уголовной:

a) монархъ въ своемъ государствѣ, b) члены законодательныхъ палатъ за преступленія, совершенныя ими посредствомъ слова, при исполненіи своихъ депутатскихъ обязанностей въ нижней или верхней палатѣ, напр.: за клевету, обиду, возбужденіе, пред. 129 ст. Угол. Ул. и т. п. Въ русскомъ уголовномъ законодательствѣ объ этомъ изъятіи не упоминается, поэтому вопросъ остается спорнымъ. Далѣе, на основаніи *экстерриторіальности*, не подлежатъ дѣйствію уголовныхъ законовъ страны: c) иностранные монархи, а также регенты и президенты, пребывающіе въ этой странѣ, и ихъ семьи, поскольку они не сохраняютъ инкогнито, а также ихъ свита; d) дипломатическіе представители, если они аккредитованы при данномъ государствѣ, таковы: послы, посланники, лица, состоящія при иностранной миссіи, и ихъ семьи; представители Римскаго папы; члены постоянной палаты третейскаго суда и друг. постоян. международныхъ комиссій; консулы въ некультурныхъ государствахъ Востока; прочіе консулы не разсматриваются, какъ дипломатическіе представители; e) экипажъ иностранныхъ военныхъ кораблей за преступленія, со-

вершенныя на борту такого корабля, хотя бы во время пребыванія въ территоріальныхъ водахъ другого государства;
f) лица, принадлежащія къ иностраннымъ войскамъ, находящимся на территоріи другого государства, съ разрѣшенія послѣдняго.

Преступленія, совершенныя заграницей.

3. Съ другой стороны, государство иногда бываетъ вынужденнымъ распространить дѣйствіе своего уголовнаго закона на преступниковъ, находящихся на его территоріи, но совершившихъ преступное дѣяніе за-границей, такъ какъ при другомъ порядкѣ, при строгомъ соблюденіи территоріальнаго принципа, государство могло бы стать убѣжищемъ для своихъ подданныхъ, учинившихъ за-границей серіозныя преступленія, или же для иностранцевъ, посягнувшихъ на благо этого государства, какъ показываетъ примѣръ Англіи. Правда, преступника можно было бы выдать для суда и наказанія тому государству, на территоріи котораго онъ совершилъ преступленіе; выдача была бы даже лучшимъ способомъ обезпеченія раскрытія истины на судѣ, который располагаетъ на мѣстѣ совершенія лучшими средствами для этого *(процессуальный принципъ непосредственности)*, а также—обезпеченія болѣе правильной оцѣнки преступнаго дѣянія: соотвѣтственно условіямъ среды, въ которой оно послѣдовало. Въ пользу выдачи высказались ИнститутъМеждунар. права (Оксфордск. собраніе 1880 г.), Брюссельскій пенитенціарный конгрессъ (1900 г.) и многіе ученые (Гарро, Липманъ, у насъ Шалландъ и др.), но *принципъ невыдачи собственныхъ подданныхъ*, питаемый взаимнымъ недовѣріемъ государствъ и политическими мотивами, прочно утвердился въ международной практикѣ (исключеніе Соединенные штаты и, въ меньшей степени, Англія); далѣе везможны случаи, когда выдачи не требуютъ, напр.: государство, гдѣ совершено дѣяніе, направленное не на его благо, не заинтересовано въ преслѣдованіи преступника. Иностранца, совершившаго дѣяніе за-границей, государство, на территоріи котораго онъ находится, могло бы выслать, но высылка не обезпечиваетъ наказанія, между тѣмъ преступленіе, можетъ быть, причинило вредъ именно этому государству.

Принципы національн., реальн., космополит.

Такимъ образомъ территоріальный принципъ нуждается въ дополненіи: 1) національнымъ принципомъ, въ силу котораго собственный подданный подлежитъ суду въ отечествѣ и по отечественнымъ законамъ, хотя бы онъ совершилъ преступленіе

за-границей, если только онъ возвратился въ отечество, не будучи судимъ и оправданъ или не отбывши наказанія за-границей, и 2) принципомъ реальнымъ (или пассивно-національнымъ, или защитительнымъ), въ силу котораго уголовному суду и наказанію по законамъ государства подлежатъ находящіеся на его территоріи иностранцы, совершившіе за-границей преступленіе противъ благъ его или его подданныхъ, не оправданные или не отбывшіе наказанія за это за-границей. Въ обоихъ случаяхъ ненаказуемость или меньшая наказуемость дѣянія на мѣстѣ совершенія должны влечь ненаказуемость или смягченіе наказанія и въ мѣстѣ разрѣшенія дѣла, чтобы не поставить преступника въ условія худшія, чѣмъ при нормальной подсудности (по мѣсту совершенія); исключеніе изъ этого правила можно было бы установить только, если преступленіе направлено на важнѣйшія блага самого карающаго государства, въ защитѣ которыхъ другое государство (мѣста учиненія) не заинтересовано и посягательствъ на которыя въ своемъ уголовномъ кодексѣ не предусматриваетъ.

Дальнѣйшее распространеніе уголовнаго закона на преступленія, совершенныя за-границей иностранцами противъ иностранцевъ или противъ иностраннаго государства (такъ сторонники *космополитическаго* или *универсальнаго принципа* Таганцевъ, Сергѣевскій и мног. друг.), должно быть отвергнуто, ибо эти преступленія не затрагиваютъ интересовъ того государства, въ которомъ находится преступникъ - иностранецъ; послѣдняго оно можетъ просто выслать. Примѣненіе наказанія возложило бы на бюджетъ государства расходы, не вызываемые дѣйствительной необходимостью.

Соединеніе принциповъ территоріальнаго съ національнымъ и реальнымъ въ различныхъ пропорціяхъ принято во многихъ законодательствахъ (Улож. о нак., французскомъ, германскомъ). Гуго Мейеръ называетъ это сочетаніе принципомъ заинтересованнаго правопорядка. При этомъ часто въ въ отношеніи преступленій, совершенныхъ за-границей, для начала уголовнаго преслѣдованія выдвигаются еще процессуальныя требованія; законъ скорѣе устанавливаетъ право, чѣмъ обязанность наказанія. Космополитическій принципъ принятъ, съ извѣстными ограниченіями, въ нѣкоторыхъ законо-

дательствахъ: такъ, въ нашемъ Угол. Ул., Итальянскомъ, Норвежскомъ и Венгерскомъ кодексахъ.

Дѣйствительно международными преступными дѣяніями, посягающими на блага международнаго общенія и человѣчества и подлежащими поэтому дѣйствію законовъ всякаго государства, во власти котораго находится преступникъ, слѣдуетъ признать морской разбой (пиратство), торговлю невольниками и дѣвушками.

Постановленія русск. законодат.

4. Наше *Улож. о нак.*, провозгласивъ въ ст. 170 территоріальный принципъ, даетъ выраженіе принципамъ національному и реальному въ ст. 173, 174 и 172:

а) *русскіе подданные* подлежатъ за преступленіе, совершенное за-границей, наказанію по Улож. о нак. не на одинаковыхъ основаніяхъ, въ зависимости отъ того, было ли дѣяніе направлено противъ правъ Державной власти *Россіи*, или цѣлости, безопасности или благосостоянія ея или же правъ *русскаго* подданнаго (ст. 173); или же преступленіе было учинено противъ правъ Верховной власти *иностранной* державы или *иностранно-подданныхъ* (ст. 174): въ первомъ случаѣ (ст. 173) наказуемость безусловная, во второмъ (ст. 174) требуется, чтобы или преступникъ былъ выданъ Россіи, или же, если онъ добровольно здѣсь пребываетъ, чтобы на него поступили жалобы или обвиненія; далѣе, именно въ этомъ случаѣ предписывается, если наказаніе меньше по закону мѣста совершенія, смягчать наказаніе по соразмѣрности. Слѣдовательно ненаказуемость на мѣстѣ преступленія исключаетъ примѣненіе къ дѣянію Улож. о нак.

b) *иностранно-подданные* подлежатъ дѣйствію Улож. о нак. за преступныя посягательства, совершенныя внѣ Россіи, если они направлены были на права Державной власти ея или на права русско-подданныхъ. Законъ (172) не упоминаетъ здѣсь о посягательствахъ на «цѣлость, безопасность или благосостояніе Россіи», какъ при преступленіяхъ русско-подданныхъ.

с) Космополитическій принципъ принятъ лишь, поскольку объ этомъ имѣются международные договоры (прим. 1, ст. 172).

Угол. Улож. примѣняется къ дѣяніямъ (внѣ Россіи):

а) *россійскихъ подданныхъ* всегда, если оно тяжкое преступленіе или преступленіе (по терминологіи Угол. Ул.), если

же оно — проступокъ, то лишь, когда наказуемость его, въ случаѣ совершенія внѣ Россіи предусмотрѣна заключеннымъ ею международ. договоромъ. Въ общемъ — принципъ личный (ст. 9, ч. I);

b) *иностранцевъ*—всегда, если дѣяніе *тяжкое* преступленіе (*принципъ универсальный*); если же преступленіе, то лишь такое, которое представляетъ собою посягательство на права русско-подданныхъ или доходы россійской казны, или же такое, наказуемость котораго, въ случаѣ совершенія внѣ Россіи, предусмотрѣна договоромъ; наконецъ, если дѣяніе проступокъ, то лишь при наличности того же условія (договора); въ общемъ—принципъ реальный (ст. 9, ч. 2).

Угол. Уложс. требуетъ воспрещенности дѣянія и закономъ мѣста совершенія (ст. 10, п. 1). *Меньшая наказуемость въ послѣднемъ разсматривается, какъ смягчающее обстоятельство* (ст. 10; ст. 53). Но при тяжкихъ политич. преступленіяхъ, особо перечисленныхъ (ст. 11), эти условія и льготы теряютъ значеніе.

Угол. Улож. особо регулируетъ, сходно со многими иностранными кодексами и въ соотвѣтствіи съ заключенными Россіей договорами и съ нашей судебной практикой (на почвѣ не содержащаго о семъ постановленій Улож. о нак.), слѣдующіе случаи:

а) *наличность* вошедшаго въ законную силу *приговора иностраннаго суда* объ оправданіи или освобожденіи отъ наказанія (напр., въ силу давности) за инкриминируемое дѣяніе. Нашъ законъ непримѣнимъ (ст. 10, п. 2), приговоръ имѣетъ силу и для русскихъ судовъ — осуществленіе принципа «ne bis in idem». Ограниченіе установлено (ст. 11) для приговоровъ по обвиненіямъ въ наиболѣе тяжкихъ политическихъ преступленіяхъ; такіе приговоры не препятствуютъ уголовному преслѣдованію въ Россіи;

b) *отбытіе наказанія за-границей* полностью или частично; въ первомъ случаѣ преступникъ совсѣмъ не подлежитъ отвѣтственности, во второмъ наказаніе смягчается, какъ при наличности смягчающихъ обстоятельствъ (ст. 10, ч. 2, ст. 53). Ограниченіе, какъ и выше подъ а), для тѣхъ же преступленій;

с) *послѣдствія отбытаго за-границей наказанія*—опредѣляются въ отношеніи *русско-подданнаго* ст. 12 Угол. Ул.:

если дѣяніе каралось у насъ не ниже чѣмъ каторгой, то *судъ* назначаетъ лишеніе правъ (по ст. 25, 28—31, 34, 35), а если это было прест., пред. 99—102 ст. Уг. Ул., то сверхъ того и ссылку на поселеніе.

d) Если преступное дѣяніе, учиненное противъ иностраннаго государства, относится къ числу такихъ, по коимъ выдача не допускается (10, п. 4), преступникъ не подлежитъ отвѣтственности и по Угол. Улож.

Выдача преступниковъ.

IV. Въ связи съ вопросомъ о дѣйствіи уголовнаго закона въ пространствѣ находится другой—*о выдачѣ* преступниковъ, хотя это институтъ, скорѣе опредѣляющій не сферу наказуемыхъ дѣяній, а порядокъ осуществленія карательнаго права заинтересованнымъ государствомъ, когда преступникъ находится въ предѣлахъ другого государства, институтъ международнаго и процессуальнаго характера. *Выдача есть актъ судебной помощи, оказываемой однимъ государствомъ другому, въ интересахъ борьбы съ преступностью, и состоящій въ передачѣ преступника государствомъ, на территоріи котораго онъ находится, другому, имѣющему интересъ въ наказаніи этого преступника, какъ совершившаго посягательство на его блага или на его территоріи, или, какъ его подданнаго.* Требованіе можетъ имѣть въ виду преступника уже осужденнаго, но ускользнувшаго отъ наказанія, или же только обвиняемаго въ преступленіи. Выдача основывается на договорахъ (конвенціяхъ) или на началахъ взаимности и сообразуется съ ними, а также съ законами выдающаго государства. Такой *экстрадиціонный законъ изданъ у насъ 15 декабря 1911 г.* (Уст. Угол. Судопр 852 $^{1-25}$).

Конечно, если государство, къ которому обращено требованіе о выдачѣ, само имѣетъ интересъ въ наказаніи того же преступника, оно въ правѣ его само раньше судить и наказать и уже послѣ этого выдать, если выдача требуется не за то дѣяніе, за которое онъ судится или уже былъ наказанъ, осужденъ, оправданъ или освобожденъ отъ наказанія; въ противномъ случаѣ выдача должна быть отклонена (852 $^{4-6}$). *Другія условія выдачи:* 1) *чтобы* дѣяніе было наказуемо и по законодательству страны выдающей и, что само собою разумѣется, требующей выдачи; 2) *чтобы* право наказанія не было еще погашено по этому законодательству, напр., въ силу давности или судебнаго приговора

за то же дѣяніе (852[4]); 3) *чтобы* дѣяніе принадлежало къ тѣмъ, о которыхъ упоминается или въ экстрадиціонномъ законѣ государства или въ договорѣ (конвенціи) со страной, требующей выдачи. Обыкновенно требуется или извѣстная тяжесть наказанія—не ниже, напр., *тюремнаго заключенія (по законамъ объихъ странъ, такъ у насъ ст. 852[1])*, или дается перечень преступленій. Выдачѣ не подлежатъ также преступники, совершившіе *политическое* преступленіе. Къ этой категоріи не относятся: a) посягательство на жизнь (такъ впервые clausula Belgica—бельг. законъ 1856 г.), свободу или здоровье главы государства или членовъ его семьи, а также на честь главы государства (852[2]); b) преступленіе общее, совершенное по политическому мотиву,, напр., убійство вождя одной изъ парламентскихъ партій, или по поводу и въ связи съ политическимъ преступленіемъ—faits connexes, или одновременно съ нимъ (напр., кража). Нашъ законъ (852[2]) говоритъ о преступленіи, совершенномъ по политическому побужденію или совмѣстно съ политич. преступленіемъ; c) преступленіе, направленное на основы всякаго общественнаго строя (террористическіе акты анархистовъ—Женевскій Съѣздъ Института Межд. права 1892 г.); 4) *чтобы* преступникъ былъ иностранцемъ. Собственные подданные и натурализованные послѣ преступленія иностранцы не выдаются (852[3]). Исключенія—Англія, Сѣв. Америк. штаты; 5) *чтобы* требующее выдачи государство не отказывало въ такихъ же услугахъ (начало взаимности), или чтобы существовалъ съ нимъ договоръ (852[1]); 6) *чтобы* былъ обезпеченъ обычный порядокъ производства дѣла (852[8]).

Основанія этихъ ограниченій слѣдующія: государство не можетъ выдавать преступника, съ точки зрѣнія этого государства не заслуживающаго наказанія вообще, вслѣдствіе того, что дѣяніе ему представляется непреступнымъ или преступнымъ условно (политич. преступленія), или—въ данномъ случаѣ, потому что преступленіе погашено приговоромъ или давностью; не можетъ оказывать услугъ тѣмъ, кто въ нихъ ему отказываетъ; не можетъ довѣрять безпристрастію другого государства при рѣшеніи дѣлъ о своихъ подданныхъ (см. выше); наконецъ, государство не можетъ выдавать, если чрезвычайный порядокъ производства свидѣтельствуетъ, что предстоитъ скорѣе расправа, чѣмъ судъ. Основанія положеній подъ 3-a, b, c—это сохраненіе указанными дѣяніями ха-

рактера преступленій въ глазахъ любого государства, недостаточность политической окраски для устраненія этого характера, невозможность ставить главу государства, членовъ его семьи, видныхъ общественныхъ дѣятелей въ положеніе, худшее сравнительно съ обыкновенными гражданами.

При стеченіи требованій нѣсколькихъ государствъ, предпочтеніе должно быть отдано болѣе заинтересованному, т. е. требующему выдачи за болѣе тяжкое преступленіе (852[10]), при равенствѣ преступленій—заявившему требованіе раньше. Если всѣ требованія относятся къ одному дѣянію, предпочтеніе отдается государству, гдѣ совершено это дѣяніе, въ виду бо̀льшихъ гарантій правильнаго рѣшенія дѣла (см. выше). Такъ и ст. 852[9] (невполнѣ ясно).

Выдача относится къ опредѣленному дѣянію, указанному въ актѣ выдачи (на̀чало спеціализаціи), и за другое преступника не въ правѣ ни судить, ни наказать государство, которому онъ выданъ, ни выдать третьему государству, развѣ бы это другое преступленіе совершено было послѣ выдачи (852[7]). Условіемъ для указанной гарантіи служитъ оставленіе преступникомъ государства, которому онъ выданъ, въ опредѣленный срокъ послѣ окончательнаго освобожденія; (по ст. 852[7], срокъ 1 мѣс.). О процедурѣ выдачи см. ст. 852 [12 16]

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Наказаніе и его цѣли.

III. Наказаніе, его сущность и отличіе отъ другихъ сходныхъ институтовъ.

Стадіи развитія института наказанія.

I. Наказаніе въ своемъ историческомъ развитіи прошло различныя стадіи. Зародыши его кроются въ институтѣ кровавой *мести*, свойственномъ общинному и родовому быту и встрѣчающемся и нынѣ у народовъ первобытной культуры. Посягательства на блага лица влекли съ его стороны отплату обидчику, размѣры которой зависѣли отъ субъективнаго усмотрѣнія потерпѣвшаго или мстившихъ за него его близкихъ и отъ взаимоотношенія силъ сторонъ. Въ осуществленіи мести помогала мстителю нерѣдко вся община, если обидчикъ принадлежалъ къ другой общинѣ. Эксцессы мести, вызываемые гнѣвомъ и раздраженіемъ, влекли новый актъ мести съ противоположной стороны и давали поводъ къ раздорамъ и усобицамъ. Сознаніе вреда такого порядка приводитъ къ мысли о замѣнѣ мести *выкупомъ*, чѣмъ достигалось удовлетвореніе обиженнаго и замиреніе сторонъ путемъ соглашенія (compositio). Государственная власть, первоначально еще слабая и все еще видящая въ преступномъ дѣяніи частное дѣло непосредственно заинтересованныхъ лицъ, поощряетъ эту *систему композицій* и старается ограничить месть.

На ряду съ этимъ уже довольно рано нѣкоторыя дѣянія, затрагивающія интересы цѣлаго, какъ измѣна, или угрожающія навлечь гнѣвъ боговъ, какъ оскорбленіе святыни или находящихся подъ ихъ покровительствомъ предметовъ, вызываютъ противъ преступника реакцію общества, также проникнутую духомъ мести и выражающуюся въ различ-

ныхъ формахъ:—*принесенія въ жертву богамъ* (sacratio capitis), смертной *казни*, исключенія изъ данной общественной среды, объявленія лишеннымъ *мира* (Friedlosigkeit), влекшаго полное безправіе, позволявшаго каждому лишить жизни такого преступника, или въ формѣ сходнаго по своимъ послѣдствіямъ aquae et ignis interdictio. Даже преступленія, допускавшія выкупъ, а такихъ было громадное большинство, начинаютъ разсматриваться, какъ задѣвающія интересы общества: кромѣ уплаты потерпѣвшему (Wehrgeld, Busse германскихъ племенъ, головничество, урокъ нашего древняго права), обидчикъ вноситъ и fredum («продажа», «вира») государственной власти: это *уплата за нарушеніе мира* (Friedensgeld), заключающееся въ преступномъ дѣяніи. Публичный характеръ преступленія и кары за него выступаетъ особенно ярко въ тѣхъ постановленіяхъ древнихъ памятниковъ, согласно которымъ отказъ отъ соглашенія влечетъ для обидчика лишеніе мира (у древнихъ германцевъ) или же воздаяніе тѣмъ же зломъ, что причинено преступленіемъ,—*таліонъ* (такъ постановленіе XII таблицъ: «si membrum rupit, ni(si) cum eo pacit, talio esto).

Идея таліона долго сохраняется въ институтѣ наказанія и тогда, когда за нимъ окончательно утверждается въ окрѣпшемъ государствѣ значеніе публично-правовой реакціи на преступленія, громадное большинство которыхъ со временемъ становится въ глазахъ государства посягательствомъ на общіе интересы. Идея воздаянія, лежащая въ основѣ первоисточника наказанія мести, въ таліонѣ только нѣсколько умѣряется, отрѣшаясь отъ субъективной оцѣнки причиненнаго вреда, присущей потерпѣвшему, склонному преувеличивать его значеніе, и получая бо̀льшее соотвѣтствіе съ дѣйствительной степенью вреда, но все-таки выражаясь въ грубыхъ формахъ, безъ вниманія къ внутренней сторонѣ преступнаго дѣянія. Фактическая невозможность отплаты преступнику тѣмъ же зломъ при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, напр., имущественныхъ, поджогѣ, прелюбодѣяніи, позже поддѣлкѣ монеты, приводила къ т. назыв. *символическому таліону*, выражавшемуся въ пораженіи органа, которымъ совершено преступленіе, и въ карахъ, которыя должны были отражать свойство преступленія: вору отрубали руку, поддѣлывателю монеты заливали горло расплавленнымъ металломъ, поджигателя подвергали сожженію. Но

смыслъ наказанія не исчерпывался воздаяніемъ за преступленіе; практическія цѣли искорененія преступности посредствомъ уничтоженія преступниковъ или обезвреженья ихъ и устрашенія населенія не только не были чужды законодательствамъ, но часто, особенно въ болѣе поздніе эпохи, получали преобладающее значеніе.

Сущность наказанія. Опредѣленіе.

II. Всматриваясь въ различныя проявленія наказанія, какъ сложившагося государственнаго института, можно дать ему слѣдующее опредѣленіе:

Наказаніе есть лишеніе преступника какого-либо изъ принадлежащихъ ему благъ, какъ послѣдствіе опредѣленнаго дѣянія (или упущенія), выражающее осужденіе (порицаніе) послѣднему и личности преступника отъ имени государства и назначаемое, по общему правилу, судебными органами, съ цѣлью поддержанія ненарушимости права и охраняемыхъ имъ благъ.

Анализъ элементовъ понятія наказанія.

1. *Наказаніе есть лишеніе преступника какого-либо изъ принадлежащихъ ему благъ*, полное или же частичное. Въ различныя эпохи различныя блага служили непосредственнымъ объектомъ, на который направлялось наказаніе: жизнь, органы тѣла, здоровье, честь, свобода, имущество. Подъ благами слѣдуетъ разумѣть и различныя права и преимущества, принадлежащія преступнику, напр.: семейныя, сословныя, избирательныя, служебныя, право заниматься какимъ-либо промысломъ, профессіей, титулъ и т. п.

Благо должно принадлежать *лично* преступнику. Практиковавшееся въ эпоху мести и значительно позже распространеніе ея и наказанія на общину или семью преступника, дошедшее до XIX в. въ формѣ конфискаціи всего имущества виновнаго, нынѣ не принято, за ничтожными исключеніями, ни въ законодательствахъ, ни въ наукѣ, какъ противорѣчащее принципу отвѣтственности за вину, которая можетъ быть только личной.

2. Наказаніе есть *послѣдствіе опредѣленнаго дѣянія* или упущенія, предполагаетъ осуществленіе дѣйствующимъ субъектомъ описаннаго въ законѣ состава преступленія. Этимъ признакомъ наказаніе существенно отличается отъ мѣръ, близкихъ къ нему по внѣшнему выраженію, но принимаемыхъ въ виду опасности субъекта, въ интересахъ предупрежденія возможныхъ въ будущемъ преступныхъ дѣяній, или, въ виду падающаго на личность подозрѣнія въ

совершеніи преступнаго дѣянія, — для обезпеченія явки къ слѣдствію и суду. Первыя изъ этихъ мѣръ—*предупредительныя*—имѣютъ полицейскій характеръ и выражаются иногда въ лишеніи или ограниченіи свободы, таковы, напр.: административная ссылка или высылка, воспрещеніе пребыванія въ опредѣленномъ мѣстѣ, арестъ, надзоръ полиціи; назначаемыя за преступное дѣяніе или упущеніе, предусмотрѣнное закономъ, онѣ становятся наказаніемъ. Мѣры *обезпеченія* явки обвиняемаго къ слѣдствію и суду также выражаются въ подпискѣ о неотлучкѣ изъ опредѣленнаго мѣста жительства, въ надзорѣ полиціи, въ предварительномъ арестѣ, но эти стѣсненія свободы не суть послѣдствія преступнаго дѣянія, учиненнаго обвиняемымъ, что̀ выступаетъ особенно ярко при оправданіи его.

«Опасное состояніе».

Съ точки зрѣнія антропологической школы, основаніемъ для репрессіи долженъ служить не опредѣленный составъ преступленія, а *опасное состо̀яніе личности*; наказаніе сливается съ предупредительными мѣрами; или же, если и требуется для его примѣненія преступное дѣяніе, то развѣ лишь, какъ болѣе вѣскій симптомъ опаснаго состоянія, и наказаніе становится мѣрой защиты общества (см. ниже). Понятіе опаснаго состоянія пріобрѣтаетъ значеніе и у сторонниковъ соціологическаго направленія и нѣкоторыхъ криминалистовъ третьей школы, но не, какъ основаніе для наказанія, а, скорѣе, какъ обстоятельство, опредѣляющее родъ и мѣру послѣдняго, при наличности преступнаго дѣянія, или же ведущее къ дополненію наказанія мѣрами защиты. Вопросъ объ опасномъ состояніи ставится въ отношеніи многократныхъ рецидивистовъ, а нѣкоторыми въ отношеніи профессіональныхъ преступниковъ независимо отъ рецидива, далѣе въ отношеніи лицъ съ опасными привычками жизни (выраженіе Гарсона)—привычныхъ нищихъ, бродягъ и другихъ общественныхъ паразитовъ, напр., сутенеровъ, наконецъ въ отношеніи уменьшенно-вмѣняемыхъ: дегенератовъ, алкоголиковъ, истеричныхъ и т. п.

Но и среди ученыхъ новѣйшихъ направленій встрѣчаются противники введенія понятія «опасное состояніе» въ законодательства, какъ недостаточно опредѣленнаго (за исключеніемъ случаевъ многократнаго рецидива), открывающаго широкій доступъ усмотрѣнію суда и пенитенціар-

ныхъ органовъ и грозящаго ниспровергнуть принципъ «nulla poena sine lege». Трудность заключенія о наличности опаснаго состоянія безспорна и можетъ быть уменьшена только при перенесеніи окончательнаго рѣшенія этого вопроса къ стадіи исполненія приговора, когда есть больше данныхъ для опредѣленія личности преступника и прогноза его будущаго поведенія; важно также расширеніе рамокъ судебнаго слѣдствія, сводящагося нынѣ, за рѣдкими отступленіями, къ установленію виновности въ опредѣленномъ преступленіи безъ достаточнаго вниманія къ личности преступника. Эти измѣненія предполагаютъ спеціальную подготовку и полную независимость судебнаго персонала и лицъ, стоящихъ во главѣ пенитенціарныхъ учрежденій, и высокое правовое развитіе страны.

Элементъ правового осужденія.

3. Наказаніе выражаетъ отрицательную оцѣнку совершеннаго дѣянія и личности, его учинившей, порицаніе или осужденіе со стороны государства.

а. Это *осужденіе правовое, не совпадающее вполнѣ съ нравственнымъ* или соціальнымъ, какъ правовыя нормы, нарушаемыя преступнымъ дѣяніемъ, не тождественны съ соціальными вообще и въ частности съ этическими, хотя въ большинствѣ и диктуются этико-соціальнымъ укладомъ данной среды. Правовое или государственное осужденіе въ формѣ наказанія можетъ быть направлено и на дѣянія, этически и соціально безразличныя, каковы многіе мелкіе проступки, или даже соотвѣтствующія принципамъ нравственности и безопасныя и безвредныя для интересовъ и цѣлей общежитія. Припомнимъ подлогъ, совершенный ибсеновской Норой! При большемъ углубленіи понятія вины и при большемъ совпаденіи преступнаго поведенія съ антисоціальнымъ въ кодексахъ будущаго, съ другой стороны, при выдѣленіи изъ области преступнаго мелкихъ деликтовъ, правовое осужденіе и этико-соціальное должны все болѣе сближаться.

Это *осужденіе относится не только къ отдѣльному дѣянію, но и къ личности преступника, выражаетъ* признаніе его правовой негодности, т. е. наличности въ его характерѣ свойствъ, враждебныхъ праву и порицаемыхъ имъ,—*признаніе преступнаго настроенія личности.*

Осужденіе—только одинъ изъ элементовъ наказанія, но не единственно существенный. Наказаніе не только отрицательная оцѣнка,

не только извѣстное сужденіе, но и дѣйствіе, состоящее въ лишеніи преступника какого-либо изъ его благъ.

Только признавая этотъ элементъ въ наказаніи, мы можемъ сохранить прочно утвердившійся въ законодательствахъ, принятый громаднымъ большинствомъ криминалистовъ и вошедшій глубоко въ правосознаніе современныхъ цивилизованныхъ народовъ принципъ: наказаніе только при наличности вины и соразмѣрно съ нею, принципъ, который представляетъ собою продуктъ многовѣкового развитія уголовнаго права. *Сглаживая элементъ порицанія, придется признать возможнымъ наказаніе и безумнаго* и вообще всякаго, невиновнымъ образомъ нарушившаго норму; вмѣстѣ съ тѣмъ въ наказаніи исчезаетъ признакъ, отличающій его отъ мѣръ соціальной защиты, вообще отъ любой мѣры борьбы съ опасными или вредными для общества явленіями. На этотъ шагъ рѣшаются только нѣкоторые крайніе соціологи (Ферри, Флоріанъ, Гриспиньи, Принсъ, Ванъ-Гамель, подчасъ не всегда себѣ вѣрный Листъ), антропологи (Ломброзо) и психіаторы (Крепелинъ, Ашаффенбургъ). *При такой* крайней *точкѣ зрѣнія, наказаніе* однако сохраняетъ свое значеніе только въ отношеніи преступника, но много *проигрываетъ въ своемъ вліяніи* и на него, и особенно на все населеніе, такъ какъ не одинъ страхъ физическаго страданія удерживаетъ отъ совершенія преступнаго дѣянія, но и сознаніе заклейменности послѣдняго правопорядкомъ и связываемыя съ наказуемымъ правонарушеніемъ представленія о позорящемъ или, при дѣяніяхъ, не имѣющихъ отношенія къ нравственности, неодобрительномъ характерѣ ихъ: государство, опредѣляя за тотъ или другой деликтъ наказаніе, высказываетъ свое отрицательное отношеніе къ опредѣленному поведенію особенно рѣзко, особливо подчеркиваетъ важность защищеннаго такимъ образомъ интереса и воспитываетъ въ народной массѣ уваженіе къ нему. Вытекающія отсюда *чувства стыда и раскаянья въ преступникѣ*, а при незначительныхъ проступкахъ ощущеніе извѣстной неловкости *и чувство негодованія* или, по крайней мѣрѣ, брезгливости *въ обществѣ* по отношенію къ преступнику *суть лучшій залогъ господства права.* Въ этомъ также заключается звено, связывающее осужденіе правовое и этико-соціальное. Напротивъ, мѣры безопасности противъ безумнаго или ребенка не содержатъ элемента осужденія: помѣщеніе въ домъ для умалишенныхъ простое констатиро-

ванье факта психической болѣзни, не налагающее пятна на личность, которая вызываетъ только чувства жалости, состраданія, но не возмущенія; воспитательное воздѣйствіе на малолѣтняго свидѣтельствуетъ лишь объ отсутствіи въ немъ достаточнаго интеллектуальнаго и волевого развитія.

Правовое осужденіе и справедливое воздаяніе.

b. Если элементъ осужденія—порицанія значительно усиливаетъ обще-предупредительное дѣйствіе наказанія, то, съ другой стороны, онъ сообщаетъ послѣднему характеръ *справедливаго* воздаянія или возмездія. Наказаніе представляетъ собою не просто реакцію на преступленіе, а реакцію, заслуженную съ точки зрѣнія даннаго общества, удовлетворяющую представленіямъ послѣдняго о должномъ, конечно, только въ общемъ; въ частностяхъ наказаніе можетъ уклоняться отъ народнаго пониманія справедливости, выражая точку зрѣнія законодателя, который можетъ вліять на это пониманіе, воспитывая иныя правовоззрѣнія, но не въ состояніи совершенно порвать съ нимъ. Чѣмъ больше наказаніе совпадаетъ съ ожиданіями общества въ отношеніи преступнаго дѣянія, тѣмъ эффектъ его сильнѣе. Такимъ образомъ *идея возмездія сливается съ идеей общаго предупрежденія, которое обнимаетъ кромѣ того и устрашеніе* (такъ особенно Рих. Шмидтъ). Въ этой формѣ возмездіе поддерживается многими криминалистами—классиками, а также третьей школой и даже иногда криминалистами-соціологами.

Современное значеніе возмездія.

Общая черта различныхъ варіантовъ этой точки зрѣнія—*позитивное объясненіе возмездія*, какъ психическаго явленія, существующаго въ мірѣ дѣйствительности, постоянно наблюдаемаго и эмпирически подтверждаемаго, и вмѣстѣ съ тѣмъ *служащаго* въ рукахъ опирающагося на возмездіе государства *для достиженія полезныхъ цѣлей: „quia peccatum est et ne peccetur“ (А. Меркель)*. Посредствомъ справедливаго воздаянія государство воспитываетъ правовое чувство населенія (Шмидтъ, Меркель), даетъ удовлетвореніе ему и потерпѣвшему (Фингеръ, Ламмашъ), устраняетъ соціально вредныя послѣдствія преступленія (Липманъ, Еллинекъ), напр. соблазнъ дурного примѣра, стремленіе потерпѣвшаго и общества къ самосправѣ, усиливаетъ защиту права (Росси, Вахъ, Кюшъ), поддерживаетъ авторитетъ закона (Белингъ).

Эта точка зрѣнія существенно отличается отъ взгляда на возмездіе представителей метафизической философіи

(Канта, Гегеля и нѣкоторыхъ друг.) и ихъ послѣдователей криминалистовъ, у которыхъ положеніе о необходимости возмездія является апріорнымъ, не требующимъ доказательства, сверхопытнымъ; возмездіе далѣе не служитъ практическимъ цѣлямъ государства, и связь между возмездіемъ и государственнымъ институтомъ наказанія остается не выясненной.

Шталь пытается дать возмездію религіозное обоснованіе. Государство, по его ученію, является намѣстникомъ Бога на землѣ, и, карая, оно осуществляетъ божественную справедливость, велѣніе Господне. Болѣе важное историческое значеніе имѣютъ *теоріи нравственнаго возмездія Канта и діалектическаго возмездія Гегеля. Кантъ* постулируетъ возмездіе, какъ абсолютное требованіе человѣческаго разума (категорическій императивъ). Въ „Критикѣ практическаго разума“ знаменитый философъ говоритъ о нравственномъ возмездіи за нарушеніе нравственнаго закона, за дѣянія, противныя нравственности. Позже, въ „Метафизическихъ основаніяхъ ученія о правѣ“, Кантъ относитъ возмездіе къ преступнымъ дѣяніямъ и понимаетъ его, какъ таліонъ (смертная казнь за убійство, рабство за имущественныя преступленія, кастрація за изнасилованье). Но и Кантъ не рѣшается провести своей идеи до конца, допуская отступленія отъ начала безусловной необходимости возмездія: онъ оставляетъ, напр., ненаказуемымъ дѣтоубійство; допускаетъ помилованіе). *Гегель* (Grundlinien der Philosophie des Rechts) выводитъ возмездіе изъ логическаго развитія идеи, не допускающей самопротиворѣчія: преступленіе есть отрицаніе частной волей воли общей, выражаемой правомъ; наказаніе есть отрицаніе этого отрицанія и утвержденіе (возстановленіе) общей воли, наказаніе въ сущности демонстрируетъ ничтожность, мнимость неправды, ибо дѣйствительно только право, какъ проявленіе абсолюта. Возмездіе діалектически необходимое слѣдствіе преступленія. Бо́льшее вниманіе къ внутренней сторонѣ послѣдняго составляетъ преимущество ученія Гегеля сравнительно съ ученіемъ Канта. Изъ позднѣйшихъ философовъ можно отмѣтить Гербарта, у котораго возмездіе есть эстетическая необходимость: дѣяніе, за которое не воздано, возбуждаетъ чувство неудовольствія, дисгармоніи („die unvergoltene That missfallt“).

Многіе криминалисты не находятъ возможнымъ связывать наказаніе съ возмездіемъ, усматривая въ этомъ пережитокъ варварской эпохи, отголосокъ періода мести, нарушеніе требованій современной нравственности, или признавая возмездіе наслѣдіемъ матафизической философіи, противнымъ цѣлесообразной организаціи карательныхъ мѣръ и неспособнымъ дать надлежащій масштабъ для выбора наказанія въ конкретномъ случаѣ. Эти возраженія дѣлаются въ нашей литературѣ Н. С. Таганцевымъ, С. В. Познышевымъ, философомъ В. Соловьевымъ. Но метафизическое

обоснованіе возмездія нынѣ не поддерживается его сторонниками, и это возраженіе имѣетъ въ виду только старую точку зрѣнія; идеи талиона и мести также не находятъ защитниковъ, а вытекающее изъ справедливаго воздаянія требованіе соотвѣтствія наказанія съ тяжестью вины встрѣчаетъ сочувствіе и у сейчасъ названныхъ криминалистовъ. Въ разрывѣ съ нравственными воззрѣніями общества и въ недостаточномъ вниманіи къ интересамъ индивида скорѣе повинны противники возмездія — крайнее крыло соціологовъ и антропологовъ. Именно моментъ справедливаго воздаянія служитъ коррективомъ, сдерживающимъ началомъ при увлеченіи идеей безопасности общества отъ надвигающейся преступности, идеей, предъ послѣдовательными выводами изъ которой останавливаются сами ея сторонники.

4. Наказаніе назначается отъ имени государства органами послѣдняго. Въ правовомъ государствѣ такими органами служатъ уголовные суды: только такимъ образомъ обезпечивается личность отъ произвольнаго примѣненія наказанія и вмѣстѣ съ тѣмъ достаточно ярко можетъ выступить элементъ правового осужденія.

Наказаніе и мѣры защиты.

III. Отъ наказанія многіе криминалисты, а также новѣйшіе проекты, особенно швейцарскій, отличаютъ мѣры защиты Какъ признаки разграниченія указываются: 1) различіе цѣлей—предупрежденіе, превенція, а не репрессія, 2) отсутствіе въ мѣрахъ защиты элемента страданія, по крайней мѣрѣ оно не вызывается намѣренно, какъ при наказаніи, 3) отсутствіе органической связи такой мѣры съ преступнымъ дѣяніемъ и зависимость ея отъ опаснаго состоянія личности, 4) отсутствіе въ мѣрахъ защиты элемента осужденія (такъ особ. проф. Жижиленко).

Но *эти мѣры слѣдуетъ раздѣлить на двѣ категоріи* (Делаки, Листъ, Алимена): къ одной категоріи принадлежатъ *мѣры профилактики: лечебнаго или же воспитательнаго характера, какъ дома для умалишенныхъ* или другихъ невмѣняемыхъ, *воспитательныя заведенія для преступныхъ дѣтей*, дѣйствовавшихъ безъ разумѣнія. Преступное дѣяніе представляетъ собою въ такихъ случаяхъ только одинъ изъ симптомовъ для принятія мѣры безопасности, но не единственный: и не совершившіе преступленія буйно-помѣшан-

ные, а также безпризорныя заброшенныя родителями дѣти помѣщаются въ упомянутыя учрежденія. Если поводомъ къ этому можетъ быть и преступное (съ внѣшней стороны) дѣяніе, то лишь потому, что помѣшательство до этого момента не проявилось достаточно рѣзко, что заброшенность малолѣтняго не была замѣчена или же государство по экономическимъ соображеніямъ не въ состояніи оказать помощь безпризорнымъ дѣтямъ, пока необходимость воспитательнаго воздѣйствія не становится ясной до очевидности. *Эти мѣры дѣйствительно не заключаютъ въ себѣ осужденія личности, и только въ нихъ нѣтъ ни органической связи съ совершеннымъ дѣяніемъ, ни зависимости срока ихъ примѣненія отъ тяжести этого дѣянія:* достиженіе цѣли (излеченіе), въ отношеніи юныхъ преступниковъ достиженіе возраста, когда воспитаніе болѣе неумѣстно, опредѣляютъ моментъ прекращенія мѣры.

Другая категорія—это вводимыя проектами и новѣйшими законами *предупредительное заключеніе* опасныхъ рецидивистовъ, помѣщеніе въ *работные дома* преступниковъ, дѣяніе которыхъ вытекаетъ изъ тунеядства, привычки къ праздности развратy, изъ опасныхъ привычекъ жизни, какъ выразился Гарсонъ: таковы привычные нищіе, сутенеры, бродяги, парижскіе апаши и т. п.

Эти мѣры въ сущности *представляютъ собою продолженіе наказанія или даже его замѣну*: по проектамъ, онѣ могутъ быть назначаемы вмѣсто наказанія. Приведенныя попытки разграниченія въ примѣненіи къ этой категоріи мѣръ должны быть признаны несостоятельными: превентивная цѣль нисколько не противорѣчитъ институту наказанія; элементъ страданія присущъ и этимъ мѣрамъ защиты, такъ какъ онѣ состоятъ въ принудительномъ лишеніи свободы и въ принудительныхъ работахъ; не можетъ служить опроверженіемъ этого меньшая суровость режима сравнительно съ тюрьмой: различія въ этомъ отношеніи наблюдаются и въ разновидностяхъ тюрьмы. Далѣе эти мѣры предполагаютъ совершеніе преступнаго дѣянія и, согласно проектамъ, опредѣленной тяжести или опредѣленнаго рода и назначаются не свыше извѣстнаго максимальнаго срока, такимъ образомъ сохраняется связь съ преступнымъ дѣяніемъ, и, *если въ чемъ наблюдается различіе, сравнительно съ обычнымъ наказаніемъ, то лишь въ масштабѣ оцѣнки вины,* связываемой больше со всей лич-

ностью преступника, чѣмъ съ конкретнымъ дѣяніемъ—*различіе только количественное*. Вмѣстѣ съ тѣмъ *элементъ осужденія не чуждъ и этой категоріи мѣръ защиты:* и особыя заведенія для привычныхъ рецидивистовъ и работные дома налагаютъ пятно на тѣхъ, кто подвергался въ нихъ заключенію, иначе, при опредѣленіи судомъ только такой мѣры вмѣсто наказанія, какъ допускаютъ проекты, эти лица оставались бы совсѣмъ не опороченными, какъ остроумно замѣчаетъ Гриспиньи.

Дисциплин. взысканія. IV. Отъ наказанія слѣдуетъ отличать *дисциплинарныя взысканія*, налагаемыя различными корпораціями или союзами, (напр. семьей, школой, клубомъ, церковью), которые имѣютъ власть надъ своими членами, на этихъ послѣднихъ. Такое взысканіе опредѣляется *не отъ имени государства*, хотя иногда и органами послѣдняго, напр. начальствомъ въ отношеніи подчиненнаго, судебной палатой въ отношеніи присяжнаго повѣреннаго; и въ основаніи этой мѣры лежитъ не опредѣленный составъ преступленія и *часто нарушеніе не правовыхъ нормъ, а этическихъ, или хотя и правовыхъ, но ограждающихъ спеціальный кругъ интересовъ*: служебныхъ, коллегіальныхъ, находящихся только въ косвенной связи съ осуществленіемъ общихъ государственныхъ задачъ.

Возмѣщеніе вреда. V. Рѣзко отличается отъ наказанія *возмѣщеніе* причиненнаго *вреда*. Это различіе выражается въ функціяхъ, выполняемыхъ обоими институтами, чѣмъ опредѣляется и ихъ содержаніе: функція наказанія и характерныя его черты приведены выше, что же касается возмѣщенія вреда, то его функція состоитъ въ возстановленіи нарушеннаго дѣяніемъ (или упущеніемъ) правомѣрнаго состоянія посредствомъ предоставленія его эквивалента, отсюда и отсутствіе элемента осужденія или неодобренія въ возмѣщеніи вреда и связанная съ этимъ независимость его отъ виновнаго характера причинившаго его дѣйствія, а также единственная возможная его форма — лишеніе противной стороны равноцѣнности. Возмѣщеніе вреда можетъ падать и на третье лицо, какъ наслѣдникъ того, кто причинилъ вредъ, или лицо, обязанное, по гражданскимъ законамъ, нести такую отвѣтственность: напр., на хозяина за вредъ, причиненный приказчикомъ. Къ возмѣщенію вреда ведетъ иногда даже дѣяніе, лишенное противоправнаго характера (напр.,

содержаніе фабрики возлагаетъ на фабриканта обязанность возмѣщать пострадавшему рабочему его заработокъ), или представляющее собою осуществленіе права (напр., права принудительнаго отчужденія земли для постройки желѣзной дороги).

IV. Цѣли наказанія. Обоснованіе его.

Абсолютныя теоріи.

I. Вопросъ о цѣляхъ наказанія мало занималъ отвлеченное мышленье философовъ конца XVIII и первой половины XIX в. и криминалистовъ, находившихся подъ ихъ вліяніемъ. Ихъ больше занималъ вопросъ о такъ назыв. правѣ наказанія (jus puniendi), объ оправданіи существованія этого института. *Эти теоріи наказанія* (Канта, Гегеля, Кестлина и др.) *получившія названіе абсолютныхъ, стояли на точкѣ зрѣнія самоцѣльности наказанія*: наказываютъ, чтобы наказать, *воздаютъ* за виновное дѣяніе, *чтобы выполнить требованіе категорическаго императива (Кантъ), законъ діалектики (Гегель)* и т. п., *независимо отъ какихъ-либо полезныхъ для общества цѣлей, а только* «quia peccatum est»*). Особенно ярко эта мысль выражена въ извѣстномъ изреченіи Канта: «если бы государству предстояло завтра распаденіе, оно должно сегодня казнить послѣдняго оставшагося въ тюрьмѣ преступника». «Fiat justitia, pereat mundus!» можетъ быть девизомъ абсолютныхъ теорій. Возмездіе-наказаніе представляется необходимымъ слѣдствіемъ преступленія, вытекающимъ уже изъ самаго этого факта. Преступникъ—человѣкъ, и причиненіе ему страданія не можетъ быть оправдано никакими соображеніями полезности, а только апріорными началами возмездія въ указанной выше обрисовкѣ. Почему именно *государство* примѣняетъ наказаніе и почему оно примѣняетъ его не при *всякомъ* правонарушеніи? чѣмъ объясняется помилованье? На эти вопросы эти теоріи не въ состояніи дать отвѣта, не впадая въ противорѣчія. Независимо отъ этого и отъ другихъ возраженій, относящихся къ точкѣ зрѣнія отдѣльныхъ философовъ и ихъ послѣдователей криминалистовъ, этотъ

*) Рих. Шмидтъ впрочемъ отмѣчаетъ, что представленіе о цѣляхъ наказанія не было чуждо ни Канту, ни Гегелю: у перваго эта цѣль — удовлетвореніе общества, у второго — защита общества.

взглядъ антіисторичень и не согласуется съ цѣлевымъ характеромъ всякой дѣятельности человѣка и общества людей: безъ цѣли не предпринимается ни одна мѣра, ни одно дѣйствіе. «Цѣль—творецъ всякаго права» (Іерингъ). Даже тогда, когда наказаніе проявлялось въ формѣ таліона и выражало возмездіе, оно служило и практическимъ цѣлямъ и предназначалось къ поддержанію даннаго общественнаго уклада.

Смѣшанныя и правовыя теоріи.

II. Нѣкоторыя общія черты съ абсолютными имѣютъ теоріи, которыя, хотя и признаютъ цѣлесообразность наказанія, но ищутъ оправданія его не въ его полезномъ значеніи, чтобы не дѣлать личности орудіемъ для достиженія чужого блага, а въ чемъ-либо другомъ, какъ прирожденное чувство справедливости, ничѣмъ другимъ не объяснимое, кромѣ факта его существованія — «elle (justice) est parce qu'ell' est» (Rossi, сходно Ortolan), или естественное право обороны, существовавшее до государства и затѣмъ перешедшее къ послѣднему (Servin и нѣкот. друг.). Эти теоріи могутъ быть названы *смѣшанными*, поскольку онѣ не отрицаютъ и пользы наказанія. Близка къ нимъ и *правовая теорія* въ различныхъ ея варіантахъ: Лайстнера, Гейнце, Биндинга, Сергѣевскаго и отчасти Таганцева. Правовая теорія различаетъ право наказанія, вытекающее изъ самой идеи права, правопорядка, являющееся какъ-бы другой стороной преступленія, его необходимымъ спутникомъ (въ этомъ сходство съ абсолютными теоріями), существующее до какого бы то ни было уголовнаго закона, и обязанность наказанія для государства; эта обязанность ограничена соображеніями важности интереса: государство наказываетъ только тогда, когда зло отъ непримѣненія наказанія больше зла, заключающагося въ послѣднемъ и для государства (Биндингъ). Такимъ образомъ эта теорія, какъ и указанныя смѣшанныя, въ итогѣ рѣшаетъ вопросъ о пользованіи институтомъ наказанія со стороны государства независимо отъ идеи справедливости и т. п.; эта и тому подобныя идеи представляютъ совершенно ненужныя субъективныя построенія, не опирающіяся на факты дѣйствительности и даже разбивающіяся при столкновеніи съ ними. Да и положеніе, что наказаніе есть какъ-бы обратная сторона преступленія, что оно такое же исполненіе чего-либо въ пользу государства, какъ гражданское удовлетвореніе отвѣтчика, выводится въ итогѣ

изъ идеи цѣли: у Биндинга и Сергѣевскаго это поддержаніе авторитета права, у Н. С. Таганцева приводится въ доказательство рядъ полезныхъ для правопорядка слѣдствій наказанія. Такимъ образомъ эти теоріи имѣютъ сходство и съ относительными, или утилитарными.

Относительныя теоріи

III. Относительныя или утилитарныя теоріи исходятъ изъ полезности наказанія, какъ средства борьбы съ преступностью: у Фейербаха цѣлью наказанія служитъ устрашеніе: угроза наказаніемъ должна создать противовѣсъ преступному влеченію, противопоставляя выгодѣ, ожидаемой отъ преступленія, зло, заключающееся въ наказаніи *(теорія психологическаго принужденія);* самое примѣненіе наказанія объясняется необходимостью сообщить угрозѣ реальную силу, чтобы она не оставалась мертвой буквой. *У Грольмана цѣлъ наказанія лишеніе преступника возможности продолжать преступную дѣятельность или устрашеніе его на будущее время*, чтобы предупредить повтореніе; наказаніе служитъ средствомъ искорененія одичалости, постоянной преступной склонности, проявленіе которой представляетъ собою преступное дѣяніе; Грольманъ называетъ это политическимъ исправленіемъ преступника. *Редеръ (середина XIX в.) признаетъ цѣлью наказанія—нравственное исправленіе преступника*, который нуждается въ дополнительномъ воспитаніи и опекѣ, какъ несовершеннолѣтній; наказаніе не должно назначаться на опредѣленный срокъ, а должно прекращаться по исправленіи преступника; поэтому необходимы періодическіе пересмотры приговора.

Недостатокъ этихъ теорій, какъ и многихъ другихъ старыхъ теорій*), это *ихъ односторонность*: у Фейербаха, а также нѣсколько видоизмѣнившаго это ученіе Бауера (теорія предостереженія, подчеркнувшая укрѣпленіе угрозой наказанія чувства долга, воздѣйствіе на нравственную сторону человѣка) выдвигается вліяніе наказанія на все населеніе — идея общаго предупрежденія, но стушевывается и даже почти игнорируется вліяніе наказанія на подвергающагося ему преступника, у Грольмана и Редера наоборотъ: выдвигается воз-

*) Идеи, легшія въ основу относительныхъ теорій, а также абсолютныхъ, встрѣчаются и у древнихъ мыслителей, и у теологовъ и у представителей естественнаго права.

дѣйствіе на преступника, самое примѣненіе наказанія, и снова получаетъ одностороннее освѣщеніе: теорія Грольмана предполагаетъ существованіе только привычныхъ преступниковъ, теорія Редера не объясняетъ репрессіи тѣхъ преступниковъ, которые или не нуждаются въ исправленіи, или не поддаются исправленію. При опредѣленіи мѣры наказанія у Грольмана и Редера должна потерять значеніе объективная сторона преступленія — цѣнность объекта посягательства, у Фейербаха и Бауера—субъективная сторона—индивидуальныя особенности преступника. Ученіе Фейербаха, какъ и идея возмездія въ концепціи корифеевъ классической школы Кестлина, Бернера, Гельшнера требовали соразмѣрности наказанія съ цѣнностью попраннаго преступникомъ блага, опредѣлявшей силу преступнаго влеченія (Фейербахъ) или степень злой воли преступника (Кестлинъ и др.). Различіе характеровъ лицъ, совершившихъ одинаковыя по терминологіи закона преступленія, существованіе различныхъ классовъ преступниковъ, требующихъ и различныхъ пріемовъ репрессіи,—идеи классификаціи преступниковъ и индивидуализаціи наказанія и цѣли спеціальнаго предупрежденія или игнорировались, или, въ лучшемъ случаѣ, обращали на себя самое незначительное вниманіе: если польза временной изоляціи преступника для безопасности общества или возможность воздѣйствія на него исправленіемъ или устрашеніемъ во время отбытія наказанія и отмѣчается иногда (Фейербахъ, Кестлинъ, Бернеръ, Росси), то лишь мимоходомъ, какъ нѣчто побочное, но мѣра наказанія диктуется тяжестью конкретнаго преступленія, опредѣляемой степенью причиненнаго имъ вреда или созданной имъ опасности: *чѣмъ важнѣе объектъ посягательства, тѣмъ въ болѣе энергичной защитѣ онъ нуждается и наказаніе должно быть тѣмъ болѣе строгимъ—выводъ изъ теорій, видящихъ цѣль наказанія въ общемъ предупрежденіи; чѣмъ важнѣе объектъ посягательства, тѣмъ больше, интенсивнѣе злая воля преступника и выше вина, и наказаніе должно быть тѣмъ суровѣе—выводъ изъ теорій, усматривающихъ въ наказаніи возмездіе* или же выдвигающихъ цѣль возмездія, справедливаго воздаянія.

Нельзя не отмѣтить, что этотъ выводъ не соотвѣтствуетъ основаніямъ теоріи самого Фейербаха, хотя и дѣлается имъ: сила влеченія далеко не всегда обусловливается важностью объекта; напротивъ, наибольшее тяготѣніе къ преступнымъ дѣяніямъ наблюдается

у профессіональныхъ и привычныхъ преступниковъ, среди которыхъ много среднихъ и мелкихъ, напр., воровъ, мошенниковъ, наказаніе должно было бы находиться внѣ всякой соразмѣрности съ важностью нарушаемаго интереса. Баварскій кодексъ 1813 г., продуктъ творчества Фейербаха, дѣйствительно отличался необыкновенной строгостью наказаній, и вскорѣ потребовалось прибѣгнуть къ существенному ихъ смягченію. Кромѣ этого недостатка теорія Фейербаха страдаетъ и другими: преступникъ въ большинствѣ случаевъ не знаетъ размѣра наказанія, положеннаго въ законѣ, еще меньше можетъ угадать ту мѣру, которую изберетъ судъ, и поэтому не въ состояніи произвести сравненіе, предполагаемое Фейербахомъ: отъ преступленія удерживаетъ скорѣе мысль о неизбѣжности наказанія, чѣмъ представленіе о его тяжести (Монтескье и Беккарія). Далѣе, каждое преступленіе было бы testimonium paupertatis закона, не установившаго болѣе тяжкаго наказанія, которое склонило бы вѣсы въ пользу закономѣрнаго поведенія, и въ фактѣ преступленія оказался бы виновнымъ въ итогѣ самъ законодатель, допустившій ошибку въ выборѣ ставки наказанія.

Но жизнь и пенитенціарная практика принуждали и представителей науки даже въ эпоху господства классической школы, и законодательства дѣлать отступленія отъ указаннаго вывода—придавать значеніе при выборѣ наказанія мотиву преступленія и привычкѣ къ преступной дѣятельности (рецидивъ). Но шаги въ этомъ направленіи имѣли робкій характеръ.

Современная постановка вопроса о цѣляхъ наказанія.

IV. Только въ послѣдней четверти XIX в. ученіе о цѣляхъ наказанія пріобрѣтаетъ реальныя основанія въ связи съ данными уголовной соціологіи и антропологіи и богатымъ пенитенціарнымъ опытомъ.

Основной цѣлью наказанія слѣдуетъ признать поддержаніе непарушимости правовыхъ нормъ и охраняемыхъ ими благъ.

Наказаніе въ извѣстной мѣрѣ достигаетъ этой цѣли во-первыхъ *вліяніемъ на все населеніе*: a) *справедливой отрицательной оцѣнки преступнаго дѣянія и личности преступника*, b) *угрозы наказаніемъ*, наконецъ, c) *самаго примѣненія наказанія*. Воспитывая чувство законности и устрашая колеблющихся, государство такимъ образомъ предупреждаетъ совершеніе преступныхъ дѣяній. Это *цѣль общаго предупрежденія* (превенціи).

Но кромѣ того государство стремится *предупредить повтореніе (рецидивъ) преступленія* со стороны того, кто его

уже совершилъ, — *цѣль спеціальнаго, или частнаго предупрежденія, распадающаяся на три частныхъ цѣли*: a) *исправленіе* преступника, т. е привитіе ему соціально полезныхъ привычекъ и сообщеніе ему полезныхъ знаній, оберегающихъ отъ рецидива; b) *обезвреженье, элиминація* преступника, т. е. поставленіе его въ невозможность продолжать преступную дѣятельность; c) *устрашеніе отбывающаго наказаніе*. преступникъ на опытѣ испытываетъ чувствительность кары, и впослѣдствіи мысль о преступленіи скорѣе и ярче ассоціируется съ наказаніемъ, и эта ассоціація легче удерживаетъ отъ преступнаго дѣянія, чѣмъ могла бы этого достигнуть одна угроза, уже разъ оказавшаяся безсильной.

Общее и спеціальное предупрежденіе, будучи средствами достиженія основной цѣли, могутъ быть названы промежуточными цѣлями наказанія, какъ и тѣ пріемы (справедливая оцѣнка, устрашеніе и т. д.), которыми пользуется государство въ интересахъ общаго и спеціальнаго предупрежденія. Сюда же можно отнести и *цѣль удовлетворенія потерпѣвшаго*.

Цѣли наказанія и классификація преступниковъ

Отдѣльныя цѣли частнаго предупрежденія находятъ для себя примѣненіе въ зависимости отъ того, къ какой категоріи или къ какому классу принадлежитъ преступникъ. Большинство ученыхъ нынѣ различаетъ три класса: 1) *преступники эпизодическіе*, т. е. такіе, у которыхъ преступность исчерпывается въ отдѣльномъ дѣяніи (острая преступность), вызванномъ особенно неблагопріятно сложившимися обстоятельствами, и которые не имѣютъ тенденціи къ продолженію преступной дѣятельности. Въ этомъ классѣ можно различать преступниковъ по случаю (вслѣдствіе гнета обстоятельствъ) и по страсти (напр., ревность), какъ предлагаетъ Ферри; 2) *преступники* хроническіе, *привычные или профессіональные*, обратившіе преступленіе въ постоянное занятіе, но доступные исправленію; 3) *преступники* хроническіе *неисправимые*, т. е. такіе, надежды на исправленіе которыхъ, при существующихъ пріемахъ тюремнаго режима, труда и воспитанія, не остается.

Въ отношеніи преступниковъ третьяго класса достижима только элиминація, въ отношеніи второго класса можетъ быть

поставлена цѣль исправленія; что касается эпизодическихъ преступниковъ, то одними учеными поддерживается цѣль устрашенія, другими—цѣли возмездія и общаго предупрежденія.

Кромѣ этихъ классовъ можно еще указать на классы: a) малолѣтнихъ преступниковъ, b) уменьшенно-вмѣняемыхъ, c) преступниковъ, преступность которыхъ вытекаетъ изъ привычки къ праздности или изъ тунеядства. Выдѣленіе этихъ классовъ вызывается особенностями ихъ психическаго уклада и мѣръ борьбы съ ихъ преступностью (исправительно-воспитательныя заведенія для малолѣтнихъ, особыя заведенія для интернированья уменьшенно-вмѣняемыхъ, работные дома для преступниковъ класса c).

Идеи классификаціи преступниковъ и индивидуализаціи наказанія поддерживаются криминалистами соціологическаго направленія (Листъ, Ванъ-Гамель, Принсъ, Фойницкій, Салейль) и третьей школы (Гарро, Липманъ, Ламмашъ); что касается неоклассиковъ, то, хотя они продолжаютъ придерживаться взгляда о необходимости возмездія и пропорціональности наказанія тяжести преступнаго дѣянія, измѣряемой указаннымъ выше масштабомъ, и часто высказываются противъ разграниченія классовъ преступниковъ и противъ зависимости отъ этого цѣлей и пріемовъ наказанія, но принуждены, считаясь съ требованіями самой жизни, допустить болѣе серіозныя отклоненія отъ традиціи классической школы, напр.: особыя заведенія для опасныхъ рецидивистовъ, работные дома для лицъ, совершившихъ посягательство на сравнительно маловажныя блага, но вслѣдствіе привычки къ праздности или тунеядству. Однако эти мѣры разсматриваются не, какъ наказаніе, а какъ мѣры соціальной защиты, чтобы не приносить въ жертву основной точки зрѣнія классической школы на наказаніе (Биркмейеръ, Биндингъ, Наглеръ, Жижиленко и др.); иногда эти мѣры хотятъ даже отнести къ административному праву и къ компетенціи административныхъ органовъ. Отграниченіе мѣръ защиты отъ наказанія поддерживается иногда не только неоклассиками; но для представителей другихъ направленій нашей науки это не болѣе, чѣмъ уступка противникамъ, удобный путь для соглашенія при выработкѣ новыхъ кодексовъ, проекты которыхъ составлялись въ первые годы XX столѣтія. По существу, какъ было указано, только нѣкоторыя изъ этихъ мѣръ не имѣютъ характера наказанія.

Вопросъ о совмѣстимости общаго и частнаго предупрежденія.

Но приведеніе цѣлей наказанія въ связь съ классификаціей преступниковъ, дѣйствительно, ставитъ на очередь важный и трудно разрѣшимый вопросъ, *насколько преслѣдованіе цѣлей специальнаго предупрежденія согласуется съ цѣлью общаго предупрежденія и идеей возмездія?* Если принять тотъ масштабъ опредѣленія наказанія, который выводится обычно изъ этихъ послѣднихъ (см. выше), то во многихъ случаяхъ дѣйствительно получится противорѣчіе съ пріемами, вытекающими изъ послѣдовательнаго проведенія идеи спеціальнаго предупрежденія. Правда, привычный преступникъ, совершившій подлогъ, крупную кражу или болѣе тяжкое преступленіе, подлежитъ долгосрочному лишенію свободы и при традиціонномъ измѣреніи вины и важности дѣянія, и нѣтъ основанія при отбываніи имъ срока, опредѣленнаго въ приговорѣ, не испробовать исправительныхъ мѣръ, которыми располагаетъ хорошо устроенная тюрьма, но рѣчь идетъ не о такомъ соединеніи различныхъ точекъ зрѣнія на наказаніе; такое соединеніе всюду принято уже давно и, какъ было упомянуто, поддерживается и классической школой. Трудность вопроса проявляется тогда, когда преступленіе по общепринятой оцѣнкѣ нетяжкое, можетъ быть, даже незначительное, а преступникъ принадлежитъ къ привычнымъ или даже неисправимымъ, или же наоборотъ: преступленіе тяжкое, напр., убійство, или во всякомъ случаѣ серіозное крупная растрата, а преступникъ относится къ классу эпизодическихъ. Можно ли закоренѣлаго карманнаго вора подвергнуть элиминаціи, напр. пожизненному заключенію въ тюрьмѣ или, по крайней мѣрѣ, десятилѣтнему, а въ отношеніи матери, убившей внѣбрачнаго ребенка, кассира, проигравшаго десятки тысячъ, ограничиться краткосрочной тюрьмой или условнымъ осужденіемъ? Изъ цѣли спеціальной превенціи вытекаютъ эти выводы, даже больше: наказаніе эпизодическихъ преступниковъ часто совсѣмъ не можетъ быть оправдано, когда ни въ исправленіи, ни въ элиминаціи нѣтъ надобности, и самое «memento» на будущее (устрашеніе) представляется излишнимъ, въ виду вѣроятности, близкой къ достовѣрности, что обвиняемый не совершитъ новаго преступленія, что данное дѣяніе вызвано такими обстоятельствами, повторенія которыхъ нельзя ожидать. Одинъ изъ новѣйшихъ проектовъ (германскій) въ та-

кихъ случаяхъ, правда, при незначительности причиненнаго вреда и злой воли, слѣдовательно въ болѣе легкихъ, даетъ суду право освобождать отъ наказанія. Но эти выводы находятся въ противорѣчіи съ цѣлью общаго предупрежденія и съ справедливымъ возмездіемъ, согласно господствующему взгляду.

Выходъ изъ этого затрудненія *дается: 1) или отнесеніемъ всѣхъ отклоненій отъ принципа возмездія*, не вкладывающихся въ традиціонныя рамки, *къ особому институту мѣръ соціальной защиты* — пріемъ, несомнѣнно искусственный и недоступный пониманію широкихъ массъ населенія, *2) или же компромиссомъ различныхъ взглядовъ на наказаніе, открыто провозглашаемымъ третьей школой*, которая стоитъ за наиболѣе удачное комбинированье возмездія, общаго и частнаго предупрежденія въ интересахъ болѣе продуктивной борьбы съ преступностью и высказывается противъ доктринерской послѣдовательности въ проведеніи опредѣленнаго взгляда (Липманъ, Торпъ, Кюшъ, Видаль, проф. Мокринскій и раньше знатокъ тюремнаго дѣла Гольцендорфъ).

Эта точка зрѣнія дѣйствительно отвѣчаетъ практической политикѣ законодателей: большинство новыхъ институтовъ проникали въ дѣйствующее право, благодаря засвидѣтельствованной опытомъ ихъ полезности, благодаря полученнымъ благопріятнымъ результатамъ ихъ примѣненія; таковы: классификація преступниковъ, появляющаяся уже въ эпоху Австралійской ссылки, а позже испробованная въ тюрьмахъ, конечно, еще въ невполнѣ совершенныхъ формахъ, далѣе — условное досрочное освобожденіе, условное осужденіе, воспитательно-исправительная система въ отношеніи юныхъ преступниковъ и т. д. Много пользы при этомъ принесла дѣятельность англо-американскихъ юристовъ: тюрьмовѣдовъ и судей, которые шли впереди законодательства и создавали новые институты, основанные на идеѣ спеціальнаго предупрежденія, меньше всего безпокоясь о соотвѣтствіи или несоотвѣтствіи ихъ съ принципами возмездія и общаго предупрежденія, извѣстными однако и англо-американскому праву, также карающему и эпизодическихъ преступниковъ.

Эта практическая точка зрѣнія представляетъ только ту опасность, что, при извѣстномъ преувеличеніи цѣлей спе-

ціальнаго предупрежденія, наказаніе можетъ утратить элементъ правового неодобренія, порвать связь съ виною и выродиться въ мѣру защиты не по имени только, а по существу, какъ у крайняго крыла соціологовъ, антропологовъ и психіаторовъ. На наклонной плоскости компромисса именно идея возмездія, въ смыслѣ справедливой оцѣнки, и цѣль общаго предупрежденія могутъ дать надежную точку опоры. Поэтому не только *болѣе правильно*, болѣе научно, но и практически менѣе опасно *видѣть основную цѣль наказанія въ защитѣ правовыхъ нормъ и правовыхъ благъ посредствомъ справедливаго воздаянія, но такимъ воздаяніемъ признавать лишь то, при которомъ отрицательная оцѣнка (неодобреніе) относится не только къ преступному дѣянію, но и, главнымъ образомъ, къ личности преступника*. При такомъ углубленіи масштаба оцѣнки, наказаніе, сохраняя свою специфическую особенность: соотношеніе съ виною, можетъ въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ до сихъ поръ, осуществлять задачи и спеціальнаго предупрежденія. *Вмѣстѣ съ тѣмъ и понятіе вины должно получить нѣсколько отличное отъ общепринятаго содержаніе.*

Обоснованіе наказанія.

VI. Достижимы ли указанныя цѣли наказанія?

Наблюдаемый всюду ростъ преступности и въ особенности рецидива свидѣтельствуетъ какъ-бы о противоположномъ и внушаетъ извѣстный скептицизмъ. Мнѣніе о развращающемъ вліяніи тюрьмы, которая, въ различныхъ видахъ и варіантахъ, занимаетъ наиболѣе видное мѣсто въ современной карательной системѣ, а также о фатальномъ тяготѣніи обратно въ тюрьму выпущенныхъ изъ нея преступниковъ, распространено съ давнихъ поръ и опирается на серіозныя основанія. Но отсюда нельзя заключать о безполезности наказанія: ростъ преступности отчасти объясняется несовершенствомъ тюремной организаціи и оставленіемъ отбывшихъ наказаніе безъ попеченія, недостаточнымъ развитіемъ патроната, отчасти соціальными условіями: увеличеніемъ оборота, углубленіемъ пропасти, отдѣляющей богатство отъ бѣдности, развитіемъ городской жизни съ ея экономическими контрастами, соблазнами, нездоровой атмосферой нравственной и физической, и рядомъ другихъ условій среды. Культурные успѣхи человѣчества, съ одной стороны, дѣлаютъ болѣе совершенными карательные пріемы,

съ другой стороны, сами служатъ причиной новыхъ преступленій только иного типа. Но, *если бы исправленіе преступниковъ никогда не достигалось, чему противорѣчатъ статистическія данныя*, устанавливающія не мало такихъ примѣровъ, *то* и тогда нельзя было бы отвергать цѣлесообразность института наказанія: одно не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что на время отбытія наказанія преступникъ не угрожаетъ обществу продолженіемъ преступной дѣятельности, что *цѣль обезвреженія во всякомъ случаѣ достижима. Но не менѣе достовѣрно и огромное значеніе общей превенціи*, въ современномъ ея пониманіи. Скептицизмъ въ этомъ отношеніи, высказываемый иногда въ наукѣ (Піонтковскій, Ферри), основанъ отчасти на данныхъ, относящихся къ упорнымъ рецидивистамъ, которыхъ не останавливаетъ страхъ наказанія, для которыхъ тюрьма служитъ чѣмъ-то въ родѣ отеля для туристовъ, отчасти на преувеличеніи вліянія соціальныхъ условій, которыя все-равно толкаютъ на преступленіе съ роковой неизбѣжностью. Извѣстно изреченіе Кеттле, что ни одна подать не платится такъ исправно, какъ—платимая тюрьмѣ и эшафоту. Ферри, въ свою очередь, пытается установить законъ преступнаго насыщенія: «Какъ въ данномъ объемѣ воды, при данной температурѣ, говоритъ онъ, растворяется опредѣленное количество химическаго вещества, ни атомомъ больше, ни атомомъ меньше, такъ и въ данной соціальной средѣ, при данныхъ индивидуальныхъ и физическихъ условіяхъ, совершается опредѣленное число преступленій, ни однимъ преступленіемъ больше или меньше». Но независимо отъ того, что приводимымъ Ферри примѣрамъ недѣйствительности наказанія для уменьшенія числа преступленій можно противопоставить противоположные (такъ Тардъ), не слѣдуетъ забывать, что въ сумму соціальныхъ условій входитъ и наказаніе, что одинъ фактъ существованія послѣдняго долженъ также оказывать вліяніе на процессъ образованія рѣшенія въ отдѣльномъ случаѣ, играть роль въ выработкѣ опредѣленныхъ взглядовъ на поведеніе, согласное или несогласное съ правомъ, въ усвоеніи привычекъ и склонностей. Уже увеличеніе риска преступнаго предпріятія, а затѣмъ необходимость искать тайны затрудняютъ развитіе дѣятельности, съ которой законодатель связываетъ

наказаніе; нерѣдко также со времени криминализаціи дѣяній извѣстнаго типа, къ нимъ измѣняется и отношеніе общества, прежде проявлявшаго равнодушіе «Достаточно, говоритъ Гарро, поставить вопросъ, не увеличитъ ли числа преступленій отмѣна наказанія, какъ онъ оказывается рѣшеннымъ». Если бы нужны были еще эмпирическимъ путемъ добытыя доказательства невозможности общежитія при бездѣйствіи наказанія, то и въ нихъ, къ сожалѣнію, нѣтъ недостатка: вспомнимъ моменты случайнаго ослабленія репрессіи или даже сведенія ея на нѣтъ, вслѣдствіе временнаго безсилія власти въ періоды тяжкихъ внутреннихъ потрясеній (въ эпоху французской революціи) или ея полнаго отсутствія во время войны въ мѣстностяхъ, оставляемыхъ администраціей и войсками, въ виду наступленія непріятеля! За короткій промежутокъ времени увѣренность въ безнаказанности приводитъ къ массѣ тяжкихъ преступленій.

Конечно, не одно наказаніе имѣется въ распоряженіи государства въ борьбѣ за право; но въ рядѣ случаевъ другихъ мѣръ нѣтъ, единственный способъ реагировать на противоправное дѣяніе — подвергнуть нарушителя карѣ, напр.; при убійствѣ, изнасилованіи, измѣнѣ и т. д.; въ рядѣ другихъ случаевъ болѣе слабыя мѣры принужденія недостаточны, напр.: при поддѣлкѣ монеты, банкротствѣ, растратѣ. Правда, можетъ быть, на этотъ разъ монету не успѣли выпустить въ обращеніе, растраченное пополнено, банкротъ поквитался съ кредиторами, но въ другой разъ это не удастся, *необходимо усилить защиту правовыхъ нормъ*, охраняющихъ такіе интересы, и единственнымъ средствомъ для этого представляется наказаніе.

Но, *если эта защита дѣйствительно усиливается наказаніемъ*, что не нуждается въ дальнѣйшихъ доказательствахъ, *то этимъ дается наказанію достаточное обоснованіе; нѣтъ поводовъ искать его оправданія внѣ этой цѣлесообразности и необходимости*, и всѣ подобныя попытки излишни (такъ Гуго Мейеръ, Альфельдъ, Листъ).

Вопросъ о правѣ наказанія.

Поэтому *вопросъ о такъ называемомъ jus puniendi*, о правѣ государства примѣнять наказаніе, занимавшій, а отчасти и нынѣ занимающій почетное мѣсто въ литературѣ уголовнаго права, *поскольку онъ* выходитъ за предѣлы изложеннаго и *заключается въ установленіи правомочій государства*,

принадлежитъ къ области ученія о послѣднемъ, а не къ наукѣ уголовнаго права. Право наказанія, въ смыслѣ субъективнаго права государства примѣнять наказаніе къ преступнику, покоится на нормахъ объективнаго права, на уголовномъ законѣ, предписывающемъ наказаніе за опредѣленное дѣяніе. Насколько государство въ правѣ издавать такіе законы,—вопросъ, мыслимый только на почвѣ естественно-правовой доктрины; при иномъ взглядѣ, государство само опредѣляетъ сферу своихъ полномочій издаваемыми нормами, связано только ими и не подчинено какому бы то ни было высшему правопорядку.

О jus puniendi въ строгомъ смыслѣ принадлежащаго государству ***права*** примѣнять наказаніе, говорятъ метафизическія теоріи, выводящія это право изъ возмездія, французскія теоріи справедливости; сходно естественно-правовое направленіе Гуго Гроція—Лейбница, дедуцирующее это право изъ природы преступленія (crimen grave non potest non esse punibile), и напоминающія это воззрѣніе правовыя теоріи, далѣе теоріи, видящія въ наказаніи право обороны, и наконецъ теоріи договорнаго происхожденія государства (Θ. Гоббсъ, Пуффендорфъ, Беккарія, Руссо, Фихте), устанавливавшія jus puniendi, какъ слѣдствіе нарушенія общественнаго договора или его измѣненія новымъ договоромъ (такъ, у Фихте фикція соглашенія преступника съ обществомъ — Abbüssungsvertrag, благодаря чему вмѣсто изверженія изъ обществ. союза примѣняется наказаніе). Всѣ эти теоріи предполагаютъ право, существующее до государства и независимо отъ него,—точка зрѣнія, нынѣ имѣющая мало сторонниковъ.

Если же это вопросъ другой, только по традиціи носящій прежнее имя, — объ основаніи, въ силу котораго государство пользуется институтомъ наказанія, то этотъ вопросъ разрѣшенъ выше.

За эти предѣлы выходитъ также вопросъ о необходимости самаго государства и права; только для тѣхъ, кто ее отрицаетъ, можетъ имѣть смыслъ сомнѣніе, нужно ли наказаніе (такъ Левъ Толстой, Робертъ Оуэнъ, Прудонъ), если даже оно служитъ защитѣ права и государства*). Но

*) Проф. Познышевъ и Рих. Шмидтъ считаютъ нужнымъ дать нравственное обоснованіе наказанію; но у перваго оно сводится къ доказательству нравственной необходимости государства и права, обезпечивающихъ наибольшее возможное счастье, т. е., по справедливому замѣчанію Сергѣевскаго, принадлежитъ къ ученію о государствѣ; наказаніе же въ итогѣ объясняется все-таки его необходимостью и недостаточностью другихъ мѣръ принужденія. Шмидтъ,

нельзя себѣ представить какую бы то ни было форму общежитія, безъ извѣстной суммы правилъ поведенія, безъ возможности ихъ нарушеній и безъ необходимости бороться съ послѣдними, примѣнять ли термины «государство, право, деликтъ, наказаніе», или иные, а внѣ общественнаго союза, какъ указалъ еще Аристотель, человѣкъ немыслимъ. Только утопія, игнорирующая естественныя различія между людьми по ихъ способностямъ, силамъ, страстямъ, можетъ мечтать о свободномъ, диктуемомъ только голосомъ совѣсти выполненіи личностью обязанностей, возникающихъ изъ жизни въ обществѣ (Еллинекъ, Принсъ, А. Меркель, Биндингъ).

хотя и считаетъ вопросъ государственно-правовымъ, но полагаетъ, что важно обратить вниманіе на нравственную природу государства, притомъ не только для удовлетворенія теоретическаго и правнофилософскаго интереса, но и для практической цѣли—опредѣленія взгляда законодательной политики на наказаніе. Проанализировавъ различные виды переживаній, вызываемыхъ преступленіемъ, Шмидтъ признаетъ потребность возмездія эмпирически доказаннымъ психическимъ фактомъ, существующимъ еще до того, какъ государство примѣняетъ наказаніе къ преступленію. Потребность возмездія въ общественномъ мнѣніи и есть для государства управомочивающій принципъ. Отсюда вытекаетъ и соблюденіе возмездія при выборѣ мѣры наказанія. Принципъ цѣли—именно цѣли обезпеченія общества—можетъ привести къ самымъ крайнимъ мѣрамъ въ отношеніи индивида, но государство имѣетъ на нихъ право не болѣе, чѣмъ это дается возмездіемъ. Идея справедливости руководитъ государствомъ въ различныхъ отрасляхъ его дѣятельности, напр., финансовой, при установленіи налоговъ, она же должна опредѣлять и карательную функцію.

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ.

Ученіе о преступленіи.

А. Понятіе преступленія.

V. Преступленіе, составъ его. Классификація преступленій.

I. Преступленіе есть одинъ изъ видовъ правонарушенія. Этимъ преступленіе отличается отъ объективнаго неправомѣрнаго состоянія, которое можетъ быть вызвано стихійными силами или же вообще фактами, находящимися внѣ зависимости отъ сознательной воли человѣка, напр., дѣйствіемъ сумасшедшаго. Правонарушеніе, или деликтъ, предполагаетъ поведеніе, противорѣчащее велѣніямъ или запретамъ правовыхъ нормъ, а послѣднія могутъ адресоваться только къ людямъ и при томъ такимъ, которые способны вообще и въ данномъ случаѣ эти нормы принимать въ руководство своей дѣятельности. Всякое правонарушеніе имѣетъ эти черты, содержитъ элементъ вины, т. е. можетъ вызывать упрекъ въ нарушеніи правовой обязанности, въ несоотвѣтствіи поведенія нормѣ. Въ этомъ отношеніи между преступленіемъ и другими правонарушеніями нѣтъ разницы: типическія формы вины: умыселъ (dolus) и неосторожность (culpa) проявляются и въ гражданскомъ правонарушеніи, какъ сознательное нарушеніе чужого владѣнія, или небрежное обращеніе съ чужой вещью, вызвавшее ея поврежденіе, и въ дисциплинарномъ, какъ небрежность въ исполненіи чиновникомъ обязанностей, или сознательное несоблюденіе опредѣленнаго порядка службы. **Правонарушеніе.**

Гражданскія послѣдствія факта возможны и при отсутствіи вины (ср. выше, стр. 48), и нѣкоторые ученые, особенно цивилисты, говорятъ о „невиновномъ правонарушеніи“, относятъ къ правонарушеніямъ и дѣйствія невмѣняемыхъ (Тонъ, Бирлингъ) и признаютъ существованіе объективной неправды.

Далѣе преступленіе, какъ и всякое другое правонарушеніе, выражается въ извѣстномъ противорѣчащемъ праву поведеніи, т. е. въ положительномъ дѣйствіи—дѣяніи (содѣяніи) или упущеніи (бездѣйствіи), и направляется на охраняемый правомъ интересъ, или правовое благо. Этотъ интересъ (благо) и служитъ объектомъ нарушенія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и правовая норма, его защищающая, или, по выраженію Н. С. Таганцева, «норма въ ея реальномъ бытіи».

Споръ по вопросу, что составляетъ объектъ преступленія—благо или интересъ, нынѣ справедливо признается безплоднымъ многими авторитетными учеными, напр.: Таганцевымъ, Листомъ, Гуго Мейеромъ, Меркелемъ, и оба термина: правовое благо, правоохраненный интересъ – употребляются синонимически, и, дѣйствительно, оба одинаково полно обрисовываютъ объектъ правовой охраны. Конечно, благо можетъ быть и нематеріальное, напр., честь, твердость гражданскаго оборота, какое-либо субъективное право. Что касается нормъ, которыя въ первую очередь, уже своимъ запретомъ или повелѣніемъ, охраняютъ благо, то онѣ часто содержатся въ постановленіяхъ гражданскаго, каноническаго и друг. областей права, напр., положенія о неприкосновенности чужого имущества, о единобрачіи и т. п.; уголовный законъ присоединяетъ къ этимъ нормамъ карательную санкцію, на случай ихъ нарушенія. Иногда же тѣ или другіе императивы нигдѣ не высказаны кромѣ диспозиціи уголовнаго закона, напр положеніе о половой неприкосновенности женщины. Эти нормы Биндингъ относитъ къ праву неписанному (ungesetztes Recht), существующему и до появленія уголовнаго закона.

Единство неправды.

II. Можетъ возникнуть однако вопросъ, почему не всѣ правонарушенія наказуемы? Нѣтъ ли въ преступномъ правонарушеніи специфическихъ свойствъ, изъ которыхъ съ необходимостью вытекала бы его наказуемость? Долгое время *наука тщетно пыталась найти* эти свойства, установить *особую природу* преступленія, матеріальный признакъ, совершенно отличающій его отъ ненаказуемой неправды, въ особенности отъ неправды гражданской. Но со времени Адольфа Меркеля, подвергшаго теоретическія попытки этого рода безпощадной критикѣ въ своихъ Kriminalistiche Abhandlungen (т. I, 1867 г.), въ наукѣ прочно утвердилось мнѣніе о единствѣ неправды, о существованіи искомаго различія ея видовъ не въ особой природѣ правонарушеній преступнаго и гражданскаго, а въ особомъ характерѣ послѣдствій, что видно уже изъ факта двоякаго рода послѣдствій одного и того же дѣянія: гражданскаго удовлетворенія

потерпѣвшаго и наказанія виновнаго*), напр.: при умышленномъ причиненіи увѣчья, при кражѣ и многихъ другихъ преступныхъ дѣяніяхъ; а также изъ факта исторической измѣняемости круга преступленій, изъ которыхъ многія утратили преступный характеръ, вызывая только гражданскія послѣдствія, напр., неплатежъ долга, или же стали юридически безразличными поступками, напр., переходъ въ инославіе; а съ другой стороны, нѣкоторыя прежде непреступныя дѣянія, напр., ростовщичество, шантажъ, вызываютъ репрессію. *Только воля законодателя опредѣляетъ, преступно или не преступно то или другое правонарушеніе; наказуемость, согласно дѣйствующему праву — въ современномъ государствѣ согласно закону, — вотъ признакъ, отличающій преступленіе, выдѣляющій его изъ группы другихъ, ненаказуемыхъ правонарушеній — признакъ формальный.*

Основанія криминализаціи.

III. Чѣмъ же однако руководится самъ законодатель при криминализаціи правонарушеній, при установленіи за нихъ карательныхъ послѣдствій въ законѣ? *Основанія криминализаціи весьма разнообразны; ихъ нужно искать во всѣхъ условіяхъ культуры даннаго государства, а также въ той функціи, которая должна выполняться наказаніемъ.* Можно представить себѣ и такой порядокъ, при которомъ всякое правонарушеніе влекло бы наказаніе, но исторія не знаетъ такого примѣра. Государство во множествѣ случаевъ можетъ охранить нормы и защищаемые ими интересы, не прибѣгая къ наказанію, напр., посредствомъ принужденія къ исполненію своихъ велѣній, къ прекращенію противорѣчащаго праву поведенія, къ возстановленію нарушеннаго правомѣрнаго состоянія, къ возмѣщенію причиненнаго вреда. Уже экономія государственныхъ средствъ и силъ исключаетъ криминализацію всякой неправды, такъ какъ, поражая преступника, наказаніе задѣваетъ цѣлый рядъ другихъ интересовъ, прежде всего — семьи наказываемаго, лишаетъ общество одного изъ

*) Различіе этихъ послѣдствій вытекаетъ изъ различія функцій возмѣщенія вреда или устраненія неправомѣрнаго состоянія, напр.: признанія недѣйствительности сдѣлки, бывшей результатомъ преступленія, и—наказанія. „Гражданская неправда не есть вовсе особый родъ неправды, говоритъ Сергѣевскій, а лишь извѣстный моментъ или черта неправды вообще, заключающаяся въ способности причиненнаго вреда быть возмѣщеннымъ".

его членовъ, налагаетъ на бюджетъ государства бремя содержанія преступниковъ въ тюрьмахъ или въ мѣстѣ ссылки, и бремя издержекъ, связанныхъ съ организаціей судовъ, полиціи, съ производствомъ уголовныхъ дѣлъ, съ реклассаціей, возвращеніемъ въ нормальныя условія жизни, лицъ, отбывшихъ наказаніе. Жизнь слишкомъ полна мелкими правонарушеніями, за которыми государство не можетъ угнаться съ мечомъ кары, да и надобности не имѣетъ, достигая поддержанія нормъ другими средствами принужденія. Только тамъ, гдѣ они непримѣнимы или недостаточны, государство прибѣгаетъ къ наказанію. Каждая эпоха, каждый новый періодъ культурнаго развитія той или другой страны выдвигаетъ свои общественныя цѣнности, которыя государство находитъ нужнымъ обезпечить отъ посягательствъ; каждый такой періодъ выдвигаетъ и рядъ посягательствъ, особенно распространенныхъ, подрывающихъ устои правопорядка уже частой своею повторяемостью. Государство сельское и изобилующее городами, средневѣковое и современное, полицейское и правовое различно намѣчаетъ важность тѣхъ или другихъ интересовъ, а также предѣлы правовой регламентаціи и цѣли, достижимыя принужденіемъ, въ частности наказаніемъ, и въ циклѣ наказуемыхъ дѣяній и характерѣ карательныхъ мѣръ усматриваются существенныя различія въ зависимости отъ времени и мѣста. Колдовство и ереси, казавшіяся нѣкогда тяжкими преступленіями, нынѣ утратили свое значеніе, а преступленія печати пріобрѣли его, со времени распространенія періодической прессы; полицейское государство, расширявшее свои задачи до опеки надъ всей жизнью и дѣятельностью гражданина, находило возможнымъ примѣнять наказаніе за поступки, съ современной точки зрѣнія лишенные всякаго отношенія къ праву. Экономическія теоріи — меркантилизмъ, фритредерство, современное ученіе соціальной политики различно смотрятъ на свободу труда, и эти взгляды отразились на криминализаціи стачекъ. Сознаніе того, что цѣль искорененія тѣхъ или иныхъ соціальныхъ недуговъ при помощи наказанія не достижима, также диктовало иногда исключеніе нѣкоторыхъ дѣяній изъ цикла преступныхъ: таковы, напр., нѣкоторыя сексуальныя преступленія, имѣющія въ основѣ патологическое состояніе личности.

Иногда лучшая конструкція въ данномъ законодательствѣ какого-либо правоотношенія (напр., авторскаго права) и въ связи съ этимъ лучшее обезпеченіе защиты его въ гражданскомъ порядкѣ сокращаютъ сферу наказуемости соотвѣтствующихъ правонарушеній. Важно также, не послужитъ ли криминализація дѣянія ко вреду для другихъ серіозныхъ интересовъ государства.

Теоріи матеріальнаго разграниченія видовъ неправды.

IV.— 1 *Изъ изложеннаго вытекаетъ несостоятельность ученія естественно-правовой доктрины о преступленіяхъ естественныхъ* (delicta naturalia, per se, sua sponte scelerata), наказуемыхъ всегда и всюду (delicta juris gentium, въ отличіе отъ delicta juris civilis, создаваемыхъ даннымъ положительнымъ правомъ).

Въ связи съ антропологическимъ ученіемъ о прирожденномъ преступникѣ воскресла идея «естественнаго преступленія (delitto naturale) въ иной формѣ, подъ перомъ Гарофало, утверждающаго, что преступное дѣяніе всегда обнаруживаетъ въ преступникѣ отсутствіе чувствъ состраданія или честности, именно той средней ихъ мѣры, которая принята въ данное время у культурнаго народа. Но всѣ законодательства знаютъ множество преступныхъ дѣяній, не имѣющихъ отношенія къ этимъ чувствамъ: таковы преступленія религіозныя, печати, противъ порядка управленія, противъ нравственности и т. д.

2 Въ старой литературѣ различіе между уголовной и гражданской неправдой 1) одни (Гегель, Кестлинъ) основывали на субъективномъ моментѣ — сознательномъ противорѣчіи дѣянія праву при преступленіи и безсознательномъ при гражданской неправдѣ, чему противорѣчатъ частые случаи сознательной недобросовѣстности сторонъ въ гражданскихъ спорахъ; 2) другіе основывали на объективномъ признакѣ (Гельшнеръ) преступленіе есть посягательство на самый правопорядокъ, на объективное право, гражданская неправда посягательство на субъективное право отдѣльныхъ лицъ, но вѣдь послѣднее не можетъ быть нарушено безъ нарушенія объективнаго права, на которомъ оно покоится; далѣе преступленіе можетъ быть также направлено на субъективное право. Въ новой литературѣ сущность наказуемой неправды Биндингъ усматривалъ въ виновномъ нарушеніи публичнаго права (государства) на послушаніе (Botmässigkeit), но, если бы центръ тяжести заключался въ этомъ формальномъ моментѣ, то для наказуемости преступленія было бы безразлично значеніе блага, на которое оно направлено, что противорѣчитъ и дѣйствующему праву, и мнѣнію самого Биндинга. Другіе видятъ сущность преступленія въ противорѣчіи дѣянія средней нравственности, даннаго народа въ данное время (Флоріанъ, Колоянни) или этическо-

му минимуму (Манцини). Но право иногда караетъ и за дѣянія, имѣющія скорѣе этическій характеръ, напр., за недонесеніе, и часто за дѣянія нравственно безразличныя, напр., за полицейскія нарушенія. Впрочемъ, именно по отсутствію въ послѣднихъ аморальнаго характера, нѣкоторые ученые (Ортоланъ, Гельшнеръ, Познышевъ) предлагаютъ выдѣленіе ихъ изъ области преступнаго и даже отнесеніе ихъ къ особому кодексу (Франкъ).

Составъ преступленія.

V. Итакъ преступленіе есть правонарушеніе, съ которымъ дѣйствующее право связываетъ наказаніе, какъ послѣдствіе. Понятіе преступленія слагается во-первыхъ, изъ признаковъ, присущихъ ему, какъ правонарушенію, во-вторыхъ, изъ формальнаго признака — наказуемости, согласно дѣйствующему праву.

Первая группа признаковъ сводится къ тремъ: 1) дѣянію, или, точнѣе, поведенію, обнимающему какъ положительное дѣйствіе-содѣяніе, такъ и упущеніе, или бездѣйствіе, 2) представляющему собою внѣшнее выраженіе вины субъекта, который совершилъ это дѣяніе, 3) направленному на правовое благо (или правоохраненный интересъ) и вмѣстѣ съ тѣмъ противорѣчащему правовой нормѣ. Отсюда *полное опредѣленіе: преступленіе есть виновное противоправное дѣяніе (поведеніе), съ которымъ законъ связываетъ наказаніе, какъ послѣдствіе.*

Упомянутые три признака, относящіеся къ дѣянію, его субъекту и объекту, въ своей совокупности образуютъ *общій составъ преступленія*, свойственный каждому изъ видовъ и подвидовъ послѣдняго. Совокупность признаковъ, существенныхъ для какого-либо отдѣльнаго вида или подвида преступленія, напр.: кражи, мошенничества, убійства, носитъ названіе *особеннаго состава преступленія*. Въ составѣ преступленія различаютъ далѣе объективные признаки—дѣяніе, съ его внѣшней стороны, и объектъ *(объективный составъ)* и субъективные—внутреннюю сторону дѣянія, его отношеніе къ психикѣ субъекта, или вину послѣдняго и различныя ея формы *(субъективный составъ)*.

Ученіе объ общемъ составѣ преступленія носитъ названіе общаго ученія о преступленіи, куда принадлежитъ также ученіе о модальностяхъ (формахъ проявленія) преступнаго дѣянія: покушеніи, соучастіи, единствѣ дѣянія, такъ какъ эти модальности не составляютъ особенностей отдѣльныхъ преступленій, а относятся къ модификаціямъ преступнаго дѣйствія вообще.

Отъ признаковъ состава слѣдуетъ отличать лежащія внѣ его *условія наказуемости дѣянія*, напр. воспрещенность дѣянія, совершеннаго за-границей, по закону мѣста совершенія, какъ условіе примѣненія нашего закона (см. выше, стр 34). На эти условія вина не распространяется, моментъ окончанія преступленія, начало теченія давности не зависятъ отъ времени наступленія условія. Отъ этихъ условій отличаются *личныя исключающія наказуемость условія*, (напр. добровольная остановка при покушеніи), не исключающія преступности дѣянія и отвѣтственности другихъ соучастниковъ.

Классификація преступленій.

VI.—1. Классификація преступленій можетъ основываться или на различіи признаковъ состава, или на тяжести опредѣленнаго закономъ наказанія. Въ первомъ отношеніи можно разграничивать преступленія по различію субъективной стороны, или по различію объектовъ, или по особенностямъ преступнаго поведенія. Такимъ образомъ преступленія могутъ быть: 1) умышленныя или неосторожныя, 2) направленныя на блага частныхъ лицъ, или общества, или государства; преступленія противъ частныхъ лицъ могутъ быть направлены на личныя блага (жизнь, здоровье и т. д.) или на имущественныя и т. п.; классификація по объекту служитъ главнымъ основаніемъ системы, принимаемой уголовными кодексами при разграниченіи отдѣльныхъ видовъ и подвидовъ преступленій и при выборѣ законодателемъ мѣры наказанія; 3) преступленія могутъ быть далѣе: a) деликтами причиненія вреда (убійство, изнасилованье) или поставленія въ опасность (напр., оставленіе безъ помощи путника проводникомъ); b) *матеріальными и формальными:* при вторыхъ преступленіе исчерпывается дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ (изнасилованье, словесная обида, неприписка къ призывному участку), при первыхъ требуется наступленіе предусмотрѣннаго закономъ результата — вреда или опасности (убійство, поджогъ своего нежилого строенія по сосѣдству съ чужими). Результатъ въ сущности есть и при формальныхъ деликтахъ, но онъ сливается съ бездѣйствіемъ или дѣйствіемъ, какъ мускульнымъ движеніемъ; при матеріальныхъ—онъ отдѣлимъ во времени отъ послѣдняго и доступенъ чувственному воспріятію; c) по характеру поведенія различаются преступныя содѣянія, или положительныя дѣйствія (убійство, кража), и упущенія (бездѣйствіе), напр.,

неприписка къ призывному участку. Это различіе въ то же время и по особенностямъ нарушаемой нормы: содѣянія нарушаютъ всегда запретительныя нормы, упущенія большей частью требовательныя нормы; но возможно нарушеніе и запрета посредствомъ упущенія, какъ непредотвращеніе запрещеннаго результата.

Трехчленное дѣленіе преступленій.

2. Во многихъ современныхъ законодательствахъ принято подраздѣленіе преступленій на категоріи, *въ зависимости отъ тяжести положеннаго въ законѣ наказанія. Образцомъ* послужило трехчленное дѣленіе преступныхъ дѣяній во французскомъ уголовномъ кодексѣ (*Code pénal* 1810 г.), различающемъ по сейчасъ упомянутому признаку crimes, délits и contraventions; родовое понятіе преступленія обозначается въ литературѣ терминомъ—infraction. Указанные видовые термины обыкновенно переводятся на русскій словами: преступленія, проступки и нарушенія. Но русскому праву это подраздѣленіе неизвѣстно, и терминъ «преступленіе» употреблялся до Угол. Улож. 1903 г. въ смыслѣ родового понятія: хотя Улож. о нак. говоритъ и о проступкахъ, кромѣ преступленій, но не связываетъ съ этими выраженіями опредѣленнаго содержанія и употребляетъ оба слова часто синонимически. *Уголовное уложеніе, усвоивъ трехчленное дѣленіе, пользуется терминами: тяжкое преступленіе, преступленіе и проступокъ* (ст. 3). *Къ первой категоріи* принадлежатъ *дѣянія, влекущія* по закону, какъ высшее наказаніе, *смертную казнь, каторжныя работы или ссылку на поселеніе, ко второй*—влекущія *исправительный домъ, крѣпость, тюрьму, къ третьей* — низшія наказанія: *арестъ, денежную пеню.* Эта терминологія была вызвана желаніемъ не принижать значенія второй категоріи въ глазахъ населенія наименованіемъ этихъ дѣяній принятымъ въ литературѣ терминомъ «проступки». Вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ необходимость различать преступленіе въ тѣсномъ смыслѣ—статьи 3 Угол. Ул. - и въ широкомъ, какъ *родовое понятіе,* или же обозначать послѣднее терминомъ «преступное дѣяніе» или болѣе коротким *условнымъ терминомъ—«деликтъ».*

Нѣкоторыя законодательства усвоили двучленное дѣленіе: преступленіе и нарушеніе; такъ Нидерландское, Итальянское, Норвежское уложенія, Швейцарскій проектъ. Классификація по тяжести наказанія не имѣетъ принципіальнаго

значенія, а преслѣдуетъ практическія цѣли удобства: такъ, вмѣсто перечисленія дѣяній, подсудныхъ тому или другому суду, или вызывающихъ наказаніе и при покушеніи или соучастіи, проще обозначать ихъ общимъ терминомъ, также при опредѣленіи сроковъ давности въ зависимости отъ тяжести наказанія и т. п. Конечно, при выборѣ карательныхъ мѣръ за то или другое преступное дѣяніе, законодатель руководится сравнительной важностью послѣдняго; такимъ образомъ указанное подраздѣленіе косвенно основывается на различіи самихъ преступныхъ дѣяній, находящемъ отраженіе въ различіи карательной санкціи, но, какъ удобный по своей опредѣленности признакъ, избирается именно санкція, а не свойство преступленія. Но законодатель иногда самъ принужденъ дѣлать отступленія и обращать вниманіе при опредѣленіи подсудности, наказуемости покушенія и т. п. не на формальный моментъ — санкцію, а на существо дѣянія, такъ какъ тожество рода наказанія не всегда свидѣтельствуетъ объ одинаковомъ значеніи или природѣ преступленій, караемыхъ этимъ наказаніемъ.

Вопросъ о выдѣленіи мелкихъ деликтовъ и о полицейскихъ нарушеніяхъ.

VII. Поэтому въ послѣднее время *въ наукѣ наблюдается стремленіе отказаться отъ классификаціи трехчленной*, или вообще основанной на тяжести наказанія, *и замѣнить ее разграниченіемъ преступныхъ дѣяній въ зависимости отъ ихъ внутренняго различія*, чтобы затѣмъ общія начала матеріальнаго уголовнаго права, а также судопроизводства примѣнять только къ уголовной неправдѣ въ истинномъ смыслѣ, т. е. къ кругу болѣе важныхъ преступленій или во всякомъ случаѣ достаточно серіозныхъ, а *мелкіе деликты* выдѣлить въ особую группу или даже *отнести къ особому кодексу* и производство о нихъ, насколько возможно, упростить, сдѣлать суммарнымъ, такъ какъ принятое нынѣ объединеніе въ уголовномъ кодексѣ проявленій дѣйствительной преступности — преступленій съ нехарактерными для караемой личности мелкими деликтами препятствуетъ правильной классификаціи преступниковъ и планомѣрной организаціи репрессіи, а тожество процессуальныхъ порядковъ при преслѣдованіи тѣхъ и другихъ дѣяній не оправдывается дѣйствительной необходимостью.

Вопросы о покушеніи, соучастіи, формахъ и оттѣнкахъ вины, о мотивахъ правонарушенія, отчасти о рецидивѣ не имѣютъ значенія

при этихъ мелкихъ деликтахъ: наказаніе лишеніемъ свободы, въ особенности въ формѣ тюремнаго заключенія, начала законности въ дѣйствіяхъ обвинительной власти и непосредственности въ отношеніи показательствъ признаются неумѣстными или даже вредными при этихъ нарушеніяхъ: вмѣсто этого рекомендуется условное осужденіе, денежная пеня но безъ замѣны лишеніемъ свободы, при несостоятельности, а съ разсрочкой и отработкой долга, необязательность для прокуратуры уголовнаго преслѣдованія, если нарушеніе слишкомъ ничтожно (начало усмотрѣнія — цѣлесообразности, Opportunitätsprincip), допущеніе въ большемъ объемѣ рѣшенія дѣла на основаніи имѣющихся въ виду судьи протоколовъ и т. п.

Что касается *признака такихъ деликтовъ*, то его *нельзя усматривать* 1) *въ отсутствіи аморальнаго характера* (выше, стр. 68) или «опаснаго состоянія» совершающихъ такіе деликты лицъ (такъ Рейхардъ, сходно Пусторослевъ), такъ какъ и то, и другое возможно и при серіозныхъ преступленіяхъ, при которыхъ сейчасъ отмѣченныя реформы матеріально-правовыя и процессуальныя неумѣстны; 2) нельзя далѣе усматривать *въ отсутствіи вредныхъ послѣдствій или опасности дѣянія*, напр. въ чистомъ неповиновеніи (Биндингъ), характеризующемъ эти деликты, такъ какъ выдѣленію могли бы скорѣе подлежать и мелкіе деликты, причиняющіе вредъ, напр. срываніе цвѣтовъ въ общественномъ саду, или создающіе опасность, напр. пусканіе фейерверка по близости жилыхъ строеній, и такъ какъ государство не запрещаетъ ни одного дѣянія только ради упражненія гражданъ въ повиновеніи, а всегда имѣетъ въ виду защиту какого-либо интереса. 3) *Едва ли* также *правильно* мнѣніе тѣхъ, которые хотѣли бы *выдѣлить полицейскія правонарушенія* и такимъ образомъ воскресить *старое ученіе* (Фейербаха и Кестлина) *о существованіи особой полицейской неправды*, при чемъ нынѣ этотъ признакъ усматриваютъ а) или въ преобладаніи момента *чистаго не послушанія* надъ внутренними чертами (Гуго Мейеръ, Альфельдъ) в) или въ характеризующей эти деликты только *возможной опасности* дѣйствія (быстрая ѣзда, но по пустынной въ данное время улицѣ; такъ Ротерингъ, Франкъ), въ отличіе отъ дѣйствительной, какъ при другихъ деликтахъ или с) въ *нарушеніи обязанностей, устанавливаемыхъ нормами управленія*, въ противодѣйствіи интересамъ общаго благосостоянія (Гольдшмидтъ—„Verwaltungsdelikte“). Эти признаки спорны, и вопросъ остается не рѣшеннымъ даже по при-

знанію самихъ защитниковъ понятія полицейскихъ нарушеній: къ тому же измѣненіе постановленій матеріальнаго и процессуальнаго права большинство имѣетъ въ виду распространить не только на одни полицейскія нарушенія.

Вопросъ, при какихъ деликтахъ возможны эти измѣненія, не можетъ быть рѣшенъ при помощи опредѣленія какого-либо признака, отличающаго ихъ по существу: *различіе скорѣе количественное, чѣмъ качественное — это незначительность дѣянія съ точки зрѣнія законодателя, который и установитъ, какіе деликты могутъ быть выдѣлены.* Отсутствіе необходимости въ спеціальной превенціи и блѣдность элемента осужденія обусловливаются именно *ничтожностью* дѣянія, которое можетъ быть совершено порою и лицомъ, стоящимъ вполнѣ на уровнѣ общественной морали. Отсюда же наблюдаемое здѣсь отсутствіе дифферренціаціи оттѣнковъ вины и иногда трудность опредѣленія интереса, защищаемаго нормой.

B. Элементы преступленія. Субъективная сторона его.

VI. Понятіе и значеніе вины въ уголовномъ правѣ.

Принципъ субъектив. отвѣтственности.

I. Въ настоящее время какъ законодательствами культурныхъ народовъ, такъ и громаднымъ большинствомъ ученыхъ твердо усвоенъ принципъ — «наказаніе только при наличности вины», представляющій результатъ многовѣковаго развитія уголовнаго права (принципъ субъективной отвѣтственности).

Въ исторіи уголовнаго права принципъ субъективной отвѣтственности долго не находилъ себѣ полнаго признанія. У народовъ низкой ступени культуры наказывалось причиненіе вреда, а психологическое отношеніе личности къ вредному результату не могло получить надлежащаго значенія. Наказывался тотъ, кто былъ причиной вреда, хотя бы дѣйствіе было случайнымъ, лишеннымъ элемента вины (объективная отвѣтственность), хотя бы лицо, совершившее преступленіе, было, по современнымъ понятіямъ, невмѣняемымъ; наказывались безумные, дѣти, даже животныя. Развитію правильнаго взгляда на вину способствовали римскіе юристы, обратившіе вниманіе на волю преступника; ученіе ихъ проникло черезъ каноническое право въ законодательные памятники среднихъ вѣковъ. Итальянская средневѣковая юриспруденція также способствовала выработкѣ ученія о видахъ умысла и старалась найти признаки неосторожности.

Общепринятое опредѣленіе вины.

II. Но самое понятіе вины до сихъ поръ не получило окончательной обработки. Принято связывать вину съ отдѣльнымъ проявленіемъ воли, съ конкретнымъ дѣяніемъ, и *вина опредѣляется, какъ упрекъ, адресуемый личности за несоотвѣтствіе дѣянія нормѣ*. При этомъ *однако* мѣра наказанія зависитъ не только отъ значенія этого дѣянія: несмотря на его тожество въ нѣсколькихъ сравниваемыхъ случаяхъ, напр.,—убійства, кражи, наказаніе можетъ быть различное, даже согласно постановленіямъ старыхъ кодексовъ, какъ Улож. о нак.: придается значеніе чистосердечному раскаянію, раскрытію соучастниковъ, крайнему невѣжеству, попыткѣ загладить вредъ, или упорному запирательству, низменному мотиву преступленія и т. п. Эти обстоятельства носятъ названіе смягчающихъ или же увеличивающихъ вину, между тѣмъ они не входятъ въ составъ умышленнаго дѣянія, а относятся къ характеристикѣ личности преступника, указывая на бо́льшую или меньшую связь дѣянія съ обычными ея свойствами. Сюда же относятся рецидивъ и привычка къ преступной дѣятельности, вызывающіе существенное измѣненіе въ мѣрѣ, а часто и въ родѣ наказанія. Вліяніе на репрессію этихъ моментовъ защищается и сторонниками идеи справедливаго воздаянія и проводится въ кодексахъ, стоящихъ на этой точкѣ зрѣнія (возмездія). Такимъ образомъ *степень правовой отрицательной оцѣнки зависитъ не только отъ изолированнаго преступнаго эпизода*, оторваннаго отъ характера преступника, но и отъ этого послѣдняго; *оцѣнка относится къ самой личности и тѣмъ суровѣе, чѣмъ больше дѣяніе коренится въ ея характерѣ*, и тѣмъ мягче, чѣмъ больше дѣяніе объясняется внѣшними сильными стимулами, падая до нуля, когда гнетъ обстоятельствъ доходитъ до напряженія крайней необходимости (см. ниже). Такая оцѣнка часто наблюдается на судѣ присяжныхъ оправдывающихъ эпизодическаго преступника, совершившаго серіозное преступленіе, и не дающихъ пощады закоренѣлому мелкому мошеннику или вору. Такимъ экстралегальнымъ путемъ, присяжные, правда порою слишкомъ рѣзко, проводятъ въ жизнь воззрѣніе народа на справедливое воздаяніе.

Вина, какъ преступное настроеніе.

III. *Отсюда вытекаетъ, что вина не исчерпывается отдѣльнымъ волевымъ актомъ, отдѣльнымъ умышленнымъ или неосторожнымъ дѣяніемъ, а заключается въ наличности въ субъектѣ неудовлетворительныхъ съ точки зрѣнія правопорядка свойствъ,*

которымъ это дѣяніе въ большей или меньшей степени обязано своимъ возникновеніемъ, т. е въ преступномъ настроеніи.

Необходимость углубленія понятія вины сознается въ послѣднее время многими криминалистами, принадлежащими къ различнымъ лагерямъ: такъ, близкій къ классическому направленію *Эткеръ* отличаетъ отъ общепринятаго понятія вины абстрактной вину конкретную—«индивидуальное осуждаемое правомъ, проявляющееся въ образованіи умышленной или неосторожной воли состояніе психики въ совокупности его свойствъ, имѣющихъ значеніе для правовой оцѣнки»; такъ, далѣе, сходно съ Эткеромъ *Листъ*, отличающій отъ обычнаго формальнаго понятія вины — матеріальное: асоціальное настроеніе преступника; такъ и *Фингеръ* и принадлежащіе къ третьей школѣ *Максъ Майеръ*, *Липманъ*, и близкіе къ ней Франкъ и *Ванъ-Калькеръ*. Майеръ говоритъ о винѣ характера, Ванъ-Калькеръ проводитъ различіе между настроеніемъ и характеромъ: «характеръ обнимаетъ душевныя свойства индивида въ ихъ совокупности, настроеніе есть выраженіе этихъ свойствъ въ опредѣленной, больше или меньше отграниченной области внѣшняго проявленія воли».

При такомъ пониманіи вины, открывается возможность совмѣстить болѣе широкія задачи спеціальнаго предупрежденія съ общимъ предупрежденіемъ и справедливымъ воздаяніемъ, и исчезаетъ необходимость въ искусственно созданномъ институтѣ мѣръ соціальной защиты: классификація преступниковъ и индивидуализація наказанія не противорѣчатъ справедливости избираемыхъ рода или мѣры наказанія. *Интенсивность и качество преступнаго настроенія, находящее для себя выраженіе въ антисоціальности или наоборотъ соціальности мотива преступленія, опредѣляютъ и степень вины и правового осужденія, и характеръ спеціальной превенціи.* Преступники эпизодическіе, привычные и неисправимые - закоренѣлые, при тожествѣ инкриминируемаго имъ конкретнаго преступнаго дѣянія, проявляютъ различную степень вины; точно такъ же—преступники одного и того же класса при различіи въ свойствѣ мотива, т. е. представленія, воздѣйствующаго на волю и опредѣляющаго личность къ дѣянію при содѣйствіи всего ея психическаго уклада. *Значеніе объективной стороны преступленія также отражается на степени вины, но только въ предѣлахъ одного и того же класса:* чѣмъ важнѣе благо—объектъ посяга-

тельства, тѣмъ больше препятствій долженъ встрѣтить преступникъ въ своей психикѣ къ осуществленію дѣянія, тѣмъ больше долженъ быть внутренній разладъ; чѣмъ дальше отклоненіе отъ правомѣрной основы характера, тѣмъ она менѣе устойчива, и вина выше. Но при различной степени связи дѣянія съ характеромъ личности въ сравниваемыхъ случаяхъ, объективной сторонѣ не слѣдовало бы придавать значеніе, приписываемое ей традиціей классической школы: если преступленіе болѣе важное по цѣнности объекта совершено эпизодическимъ преступникомъ, а менѣе важное привычнымъ, то большее упорство преступнаго настроенія второго компенсируетъ и, можетъ быть, съ лихвой компенсируетъ тотъ минусъ вины, который вытекаетъ изъ меньшаго объективнаго значенія его дѣянія.

Преступное настроеніе не слѣдуетъ смѣшивать съ опаснымъ состояніемъ или съ асоціальнымъ или съ антисоціальнымъ настроеніемъ. *Отъ опаснаго состоянія преступное настроеніе отличается* 1) *тѣмъ, что оно можетъ быть и мимолетнымъ или скоро преходящимъ*, опасное состояніе есть длительное состояніе; лишь при интенсивности преступнаго настроенія (у хроническихъ преступниковъ), оно сближается съ опаснымъ состояніемъ, но не совпадаетъ съ нимъ, въ виду второго приводимаго сейчасъ отличія; 2) тѣмъ, что *опасное состояніе можетъ быть и патологическаго происхожденія* (напр., сумасшествіе), *преступное настроеніе это исключаетъ;* и только такое настроеніе можетъ быть названо преступнымъ, проявленія котораго соотвѣтствуютъ опредѣленнымъ типамъ, составамъ, обрисованнымъ въ законѣ. Этимъ *преступное настроеніе отличается также отъ антисоціальнаго* или асоціальнаго, *не всякое проявленіе послѣдняго вызываетъ правовое осужденіе* и, съ другой стороны, не всякое дѣяніе, служащее выраженіемъ преступнаго настроенія, раскрываетъ и антисоціальность личности. Можно только признать, что въ случаяхъ, *когда преступное настроеніе представляется въ то же время и антисоціальнымъ, вина тяжелѣе, осужденіе строже*, и напротивъ,—при соціальномъ или моральномъ настроеніи, выражающемся въ соціальности или этичности мотива, вина меньше, осужденіе мягче, напр., при производствѣ аборта для спасенія чести дѣвушки, при выдачѣ врачебной тайны для научнаго изслѣдованія.

Но можно ли говорить о винѣ личности? Есть ли для этого основаніе, и правильно ли поступаютъ законодательства и господствующая теорія, считая вину необходимымъ условіемъ уголовной отвѣтственности, признавая возможность послѣдней только въ отношеніи тѣхъ, у кого есть способность быть субъектомъ вины—вмѣняемость, и устанавливая признаки этого понятія?

Индетерминистическое обоснованіе вины.

IV. Классическая школа уголовнаго права, подъ вліяніемъ представителей метафизической философіи, въ особенности Канта и Гегеля, основывала вину и отвѣтственность на ничѣмъ не опредѣляемой къ дѣйствію, не имѣющей причины *абсолютно свободной волѣ человѣка, которая, при совершенно равныхъ условіяхъ, можетъ выбрать любое изъ представляющихся рѣшеній, какъ бы противоположны они ни были.* Дѣяніе можетъ быть поставлено въ упрекъ, вмѣнено въ вину личности только потому, что она могла его не совершать, поступить иначе. Способны нести отвѣтственность, вмѣняемы только тѣ, чья воля абсолютно свободна. Особенно ярко эта, *индетерминистическая* точка зрѣнія выражена *Кестлиномъ* и *Бернеромъ*, въ одной изъ его раннихъ работъ. Какъ и у философовъ, у этихъ криминалистовъ положеніе о свободѣ воли представляется апріорнымъ, не опирающимся на опытныя данныя. Иногда впрочемъ, въ особенности у позднѣйшихъ криминалистовъ (Proal, H. Meyer), замѣчается стремленіе подкрѣпить упомянутое положеніе ссылками на факты: на присущее человѣку сознаніе своей свободы хотѣть или не хотѣть чего-либо, на угрызенія совѣсти, на раскаянье тѣхъ, которые поступили противно нравственному долгу или правовой обязанности. Шаткость этихъ доводовъ давно отмѣчена критикой: свидѣтельство человѣческаго сознанія можетъ быть ошибочнымъ; свобода воли можетъ быть такимъ же самообманомъ, какъ опиравшееся на тотъ же непрочный фундаментъ представленіе о неподвижности земли. Угрызенія совѣсти, раскаянье основаны на заключеніи человѣка, что онъ могъ не совершать своего дѣянія, на увѣренности въ своей свободѣ въ выборѣ рѣшеній; но это заключеніе дѣлается только изъ части тѣхъ условій, которыя вызвали данное рѣшеніе и данное дѣяніе, тогда какъ другая часть ускользаетъ отъ обсужденія: одни условія не воспроизводятся па-

мятью совершившаго преступленіе, другія остаются недоступными познанію. Если бы вся сумма условій раскрылась послѣднему, дѣяніе оказалось бы необходимымъ. Но *признаніе воли абсолютно свободной скорѣе подрывало возможность отвѣтственности*, чѣмъ объясняло послѣднюю, *и находилось въ противорѣчіи и съ фактами обыденной жизни, и съ законами человѣческаго мышленія*. Нарушеніе liberum arbitrium indifferentiae, т. е. безразличія воли ко всякимъ мотивамъ, приведеніе воли въ дѣйствіе являлось неразрѣшимой загадкой; дѣяніе становилось какой-то необъяснимой случайностью, чудомъ, какъ если бы одна пустая чаша вѣсовъ перевѣсила вдругъ другую такую же чашу (Шопенгауэръ). Дѣяніе оказывалось не связаннымъ съ личностью, и истиннымъ его виновникомъ слѣдовало бы признать случай; вмѣстѣ съ тѣмъ понятія вины, заслуги, порока, добродѣтели, наказанія и награды теряли смыслъ. Постоянно связываемыя нами съ опредѣленной личностью ожиданія тѣхъ или иныхъ ея поступковъ, основанныя на знакомствѣ съ ея характеромъ, съ ея обычными свойствами, не находили бы подтвержденія: если бы человѣкъ могъ принять любое рѣшеніе, совершить самый неожиданный поступокъ, то выборъ друзей, повѣренныхъ, слугъ и т. д. лишенъ былъ бы разумнаго основанія. Между тѣмъ факты свидѣтельствуютъ о противоположномъ: наши ожиданія оправдываются въ большинствѣ случаевъ; если же подчасъ наступаетъ разочарованіе, то причина кроется не въ абсолютно свободной волѣ, а въ недостаточномъ знакомствѣ съ характеромъ личности. Наконецъ, что̀ важнѣе всего, наша мысль ничего не можетъ представить себѣ безъ причины. Категорія причинности присуща нашему мышленью, какъ установилъ именно Кантъ, который признаетъ ее и въ отношеніи личности, какъ эмпирическаго характера, находящагося въ мірѣ феноменовъ; абсолютная свобода воли помѣщается Кантомъ въ области трансцендентнаго, въ мірѣ ноуменовъ. Но, конечно, вопросъ объ отвѣтственности возникаетъ именно въ отношеніи эмпирической личности, существующей въ реальномъ мірѣ, и на этотъ вопросъ ученіе о свободѣ воли не даетъ отвѣта.

Крайности детерминизма. V Зависимость человѣка и его поступковъ отъ различныхъ условій, лежащихъ внѣ его, уже давно дала основаніе противоположному взгляду — детерминизму, въ различныхъ

его оттѣнкахъ. Въ наиболѣе рѣзкой формѣ эта противоположность детерминистическаго воззрѣнія выразилась въ *ученіи о необходимости дѣйствій человѣка—нецессаріонизмъ, фатализмъ*. Вѣра въ господство судьбы нашла отраженіе въ народныхъ сказаніяхъ (о вѣщемъ Олегѣ, о царѣ Эдипѣ) и поговоркахъ («отъ судьбы не уйдешь» и т. п.), и въ формѣ ученія о Божественномъ предопредѣленіи въ твореніяхъ отцовъ церкви, напр., св. Августина, Ѳомы Аквинскаго, и религіозныхъ реформаторовъ—Лютера, Кальвина.

Это ученіе приводитъ къ отысканію причины всѣхъ причинъ, первоначальной причины, которая сама не имѣла причины, т. е. снова къ господству случая, какъ и при liberum arbitrium indifferentiae, только болѣе древняго происхожденія (Биндингъ).

Въ XIX в. развитіе естественныхъ наукъ и статистики даетъ детерминизму научный фундаментъ. Статистическія изслѣдованія фактами повторяемости одного и того же приблизительно числа браковъ, самоубійствъ, преступленій, при одинаковыхъ соціальныхъ условіяхъ, установили только вліяніе послѣднихъ на личность, но не необходимость для отдѣльнаго лица, при данныхъ общественныхъ условіяхъ, опредѣленнаго образа дѣйствій; но представители матеріализма *свели психическія явленія къ физіологическимъ и физическимъ, перенесли въ область первыхъ законъ механической причинности о сохраненіи энергіи* и превратили личность въ машину, приводимую въ движеніе посторонними силами. У Ломброзо и его послѣдователей такою силою, какъ было указано, является наслѣдственность и атавизмъ.

Ученіе о соціальной отвѣтственности.

VI. Логическимъ выводомъ изъ такого взгляда на личность было упраздненіе понятій вины и отвѣтственности, по крайней мѣрѣ въ общепринятомъ смыслѣ, устраненіе въ наказаніи элемента справедливаго воздаянія, отрицаніе различія между вмѣняемыми и невмѣняемыми, такъ какъ дѣянія вторыхъ столь же необходимы, какъ и дѣянія первыхъ, а опасность для общества не менѣе велика. *Ферри*, у котораго детерминизмъ не переходитъ, впрочемъ, въ нецессаріонизмъ, а приближается къ указываемому ниже оттѣнку, тѣмъ не менѣе отбрасываетъ понятіе вины, какъ основанное на ложномъ ученіи о свободѣ воли, и *на мѣсто индивидуальной отвѣтственности ставитъ отвѣтственность соціаль-*

иуо: человѣкъ отвѣчаетъ за совершенное имъ уже въ силу того, что онъ живетъ въ обществѣ; послѣднее въ интересахъ самосохраненія должно принимать мѣры защиты противъ опасныхъ для него лицъ, совершившихъ преступленіе. *Наказаніе* и *есть* такая *мѣра соціальной защиты* и примѣняется независимо отъ того, угрожаетъ ли опасность отъ душевно-больного или нормальнаго преступника. Самое различіе между душевно-больнымъ и вмѣняемымъ часто отвергается антропологами (Ломброзо), психіаторами (Бенедиктъ, Крепелинъ) и даже крайнимъ крыломъ соціологическаго направленія или вообще, или же въ отношеніи неисправимыхъ преступниковъ, въ которыхъ склонны видѣть психически ненормальныхъ субъектовъ (такъ Листъ въ рѣчи на Мюнхенскомъ психологическомъ конгрессѣ 1896 г.). *Понятіе вмѣняемости замѣняется понятіемъ опаснаго состоянія* (Гарофало, Ванъ-Гамель, Флоріанъ). *Иногда первое сохраняется*, но не для разграниченія отвѣтственныхъ по уголовнымъ законамъ и не отвѣтственныхъ, преступниковъ и не преступниковъ, а *лишь какъ средство классификаціи* первыхъ *и выбора пригодной мѣры репрессіи*: такъ, согласно *Гриспиньи*, и невмѣняемые годные субъекты преступленія, подлежащіе отвѣтственности; карательная санкція распространяется и на нихъ и обнимаетъ различныя мѣры противъ преступниковъ, въ зависимости отъ принадлежности къ тому или другому классу; среди этихъ мѣръ и рабочій домъ, и тюрьма, и заведеніе для психически больныхъ преступниковъ (manicomio criminale); невмѣняемые только одинъ изъ классовъ преступниковъ, въ отношеніи котораго примѣняется соотвѣтствующій видъ карательной санкціи — manicomio, какъ для преступниковъ-тунеядцевъ рабочій домъ, а для какого-либо другого класса тюрьма. Никакой разницы между этими видами санкціи Гриспиньи не усматриваетъ.

Отличіе психической причинности отъ механической

VII. Детерминизмъ въ этой формѣ приводилъ къ полному перевороту установившихся въ наукѣ уголовнаго права и въ уголовныхъ кодексахъ понятій: упразднялись не только понятіе вины и существенный элементъ въ наказаніи—порицаніе, связывающіе уголовное право съ моральными основами, но и значеніе отдѣльныхъ преступленій и даже дѣянія вообще; основаніемъ репрессіи становилось опасное состояніе личности. *Но эта точка зрѣнія*, приводившая въ

сущности къ упраздненію уголовнаго права и къ замѣнѣ его мѣрами полиціи безопасности, *опиралась на ложное основаніе: на отождествленіе законовъ механической и психической причинности, отвергаемое современной психологіей и философіей* (*Вундтъ*, *Виндельбандъ*, *Лосскій*, *Бергсонъ*): личность не является только мѣстомъ прохожденія внѣшнихъ силъ и дѣяніе ихъ эквивалентомъ. *Особенность психической причинности состоитъ «въ законѣ обогащенія сознанія, нарастанія энергіи*, который въ психическомъ мірѣ вызываетъ истинныя, хотя и обусловленныя новообразованія» (Вундтъ).

„Въ процессѣ развитія эмоціональной и волевой жизни говоритъ Виндельбандъ, *осѣдаетъ* въ каждомъ одушевленномъ существѣ *ядро постоянныхъ мотивовъ*, которые готовы къ воспріятію всякаго новаго раздраженія, чтобы затѣмъ опредѣлить индивидуальную реакцію на это раздраженіе". *„Свобода выбора* обозначаетъ не что иное, какъ состояніе, въ которомъ у человѣка, дѣлающаго выборъ, въ реакціи на мгновенные мотивы проявляется вся энергія постоянныхъ мотивовъ, т. е. его постоянной сущности, его характера".

Совмѣстимость вины и отвѣтственности съ детерминизмомъ.

VIII.—1. Хотя *личность* и стоитъ въ зависимости отъ біологическихъ, физическихъ и соціальныхъ условій какъ въ своемъ развитіи, такъ и въ своихъ дѣйствіяхъ, но *не лишена извѣстной сопротивляемости, нѣкоторой относительной свободы въ смыслѣ не метафизическомъ, а психологическомъ, въ смыслѣ способности перерабатывать впечатлѣнія, реагировать на мотивы сообразно съ своей индивидуальностью* (Меркель). Дѣянія наши представляютъ собою продуктъ взаимодѣйствія внѣшнихъ условій, воспринимаемыхъ нами, и нашего «я», нашего характера. Детерминизмъ, освобожденный отъ преувеличеній, не препятствуетъ признанію самостоятельности личности, но подчиняетъ ея поступки закону достаточнаго основанія. Такъ раньше другихъ *Адольфъ Меркель* и въ Россіи *Н. С. Таганцевъ*.

Отвѣтственность и зиждется на этой самостоятельности нашего «я», нашего характера. *Признаніе личности отвѣтственною, вмѣненіе дѣянія ей въ вину содержитъ утвержденіе во-первыхъ, что оно есть продуктъ этого «я», есть выраженіе психической основы данной личности* въ большей или меньшей степени, *и во-вторыхъ, что это дѣяніе не соотвѣтствуетъ представленіямъ данной среды о должномъ, какъ они выразились въ нормахъ правовыхъ* или этико-соціальныхъ, смотря по тому, идетъ ли рѣчь объ уголовной, или

нравственной отвѣтственности. *Съ дѣянія оцѣнка переносится на личность*, и это перенесеніе оцѣнки тѣмъ болѣе основательно, чѣмъ болѣе дѣяніе лежитъ въ характерѣ, въ постоянныхъ свойствахъ личности. Если она, благодаря этимъ свойствамъ, не могла поступить иначе, то это не дѣлаетъ ея и ея поступковъ въ нашихъ глазахъ болѣе привлекательными, какъ восхищеніе прекраснымъ художественнымъ произведеніемъ и создавшимъ его художникомъ не проигрываетъ въ своей силѣ отъ мысли, что онъ не могъ, благодаря своему таланту и знанію своего искусства, выполнить работу такъ, какъ ее выполнилъ бы диллетантъ (сравненіе Меркеля). *Вопросъ о необходимости для даннаго лица*, на основаніи всѣхъ условій, вызвавшихъ данный характеръ: біологическихъ, соціальныхъ, космическихъ, *быть именно такимъ, а не другимъ остается внѣ области изслѣдованія, при этой оцѣнкѣ;* причинное изслѣдованіе останавливается на констатированіи связи дѣянія съ волящей личностью, на признаніи между ними, такъ сказать, тождества («identité individuelle», по выраженію Тарда), такъ какъ для цѣлей правовой оцѣнки дальнѣйшее объясненіе явленія, дальнѣйшее слѣдованіе по пути причинности безполезно, ибо міровой процессъ, необходимымъ продуктомъ котораго является человѣкъ, не допускаетъ этой оцѣнки; его нельзя сдѣлать отвѣтственнымъ. Наши оцѣночныя сужденія для своихъ цѣлей не могутъ пользоваться причинными отношеніями и должны абстрагировать отъ нихъ, говоритъ Виндельбандъ, точно такъ же, какъ причинная точка зрѣнія наукъ въ своемъ образованіи понятій совершенно абстрагируетъ отъ цѣнностей тѣхъ предметовъ, которыми она занимается. Обѣ точки зрѣнія имѣютъ одинаковое право на существованіе, и каждая не можетъ претендовать на исключительное значеніе, выдавать воспринятое содержаніе за совокупность реальнаго и низводить другую до уровня фикціи.

Эта постановка вопроса объ отвѣтственности принимается нынѣ громаднымъ большинствомъ криминалистовъ.

Иногда даже находятъ споръ между детерминистическимъ и индетерминистическимъ міровоззрѣніями столь же далекимъ отъ уголовнаго права, какъ споръ о безсмертіи души (Листъ, Манцини). Нельзя однако отрицать большое историческое значеніе вопроса, такъ какъ именно на почвѣ несостоятельности индетерминистическаго обоснованія вины и отвѣтственности эти понятія подверглись рѣзкой

критикѣ сторонниковъ обновленія науки уголовнаго права, и возникли крайнія тенденціи позитивизма. Съ другой стороны, именно на основѣ детерминизма есть возможность углубить указанныя понятія выявленіемъ связи поступковъ человѣка съ заложенными въ немъ психическими свойствами, дать прочные устои классификаціи преступниковъ и уяснить значеніе наказанія, какъ института, преслѣдующаго цѣли воздѣйствія на психику и преступниковъ, и всего населенія. Если велѣніе закона, если далѣе угроза наказаніемъ оказываютъ вліяніе, становятся мотивами поведенія, то этимъ признается значеніе мотивации условіями, лежащими внѣ личности, и отвергается ея абсолютная свобода рѣшать и дѣйствовать независимо отъ какихъ-либо мотивовъ. То же предполагается цѣлями устрашенія или исправленія преступника; преслѣдованіе этихъ цѣлей было бы лишено смысла при liberum arbitrium indifferentiae.

Значеніе соціальнаго сходства.

2. Приведенное обоснованіе отвѣтственности нуждается однако въ дополненіи, въ виду существованія невмѣняемыхъ прирожденныхъ—кретиновъ: отъ колыбели до могилы они остаются неизмѣнными въ своей психической основѣ, осуществляя идеалъ тождества личности; ихъ можно было бы, какъ остроумно замѣтилъ Листъ, признать образцомъ вмѣняемаго субъекта. Это возраженіе устраняется тѣмъ *дополненіемъ основанія отвѣтственности*, которое предложено *Тардомъ*, именно *необходимостью* для нея *извѣстной степени соціальнаго сходства*, т. е. сходства объектовъ оцѣнки съ оцѣнивающей ихъ средой. Рядомъ интересныхъ аналогій Тардъ показываетъ, насколько степень осужденія и тяжесть отвѣтственности зависитъ отъ этого сходства. Наши сужденія о добрѣ и злѣ, какъ и сужденія о приличномъ и неприличномъ, прекрасномъ и отталкивающемъ умѣстны только при оцѣнкѣ поступковъ тѣхъ людей, которые близки къ нашему уровню развитія интеллектуальнаго, этическаго, эстетическаго и т. п. Справедливо говоритъ по этому поводу Листъ, что «такъ какъ мы можемъ только изъ нашего сознанія заключить къ сознанію другихъ людей, только изъ нашего способа реагировать заранѣе представить себѣ способъ реагировать у остальныхъ, сходство съ нами другого, его соотвѣтствіе съ абстрагированнымъ изъ нашего опыта типомъ, есть условіе вмѣненія».

Въ сущности *отсутствіе сходства съ такимъ типомъ, съ нормальной личностью* наблюдается и у дѣтей, и у другихъ невмѣняемыхъ; поэтому признакъ соціальнаго сходства, какъ отличающій способныхъ нести уголовную отвѣтственность отъ неспособныхъ, иногда признается для практическихъ цѣлей уголовнаго правосудія достаточнымъ и безъ приведеннаго ранѣе „тождества личности“

(Алимена), но для научнаго обоснованія отвѣтственности и для установленія на судѣ въ конкретномъ случаѣ тяжести вины и этотъ моментъ сохраняетъ свою цѣнность.

Но для разрѣшенія сомнительныхъ случаевъ судебной практики критерій соціальнаго сходства не представляется опредѣленнымъ, и возникаетъ вопросъ о степени этого сходства или же о болѣе точныхъ признакахъ нормальнаго типа, уклоненія отъ котораго устраняютъ возможность вмѣненія въ вину и отвѣтственности, вопросъ о признакахъ вмѣняемости.

VII. Вмѣняемость и обстоятельства, ее исключающія. Уменьшенная вмѣняемость. Вопросъ объ уголовной отвѣтственности юридическихъ лицъ.

Различные пріемы опредѣленія вмѣняемости.

I.—1. Какъ было указано, *вмѣняемость есть способность личности быть субъектомъ вины и нести уголовную отвѣтственность. Вопросъ о послѣдней возникаетъ только въ отношеніи вмѣняемыхъ лицъ, только они годные субъекты преступнаго дѣянія.* Въ чемъ же заключается эта способность, каковы признаки вмѣняемости? Недостаточны такія опредѣленія вмѣняемости, какъ «нормальность» личности (такъ Полетти) или какъ — довольно распространенное — «нормальная опредѣляемость мотивами» (Листъ, Принсъ, Ашаффенбургъ): сейчасъ же возникаетъ снова вопросъ, какими чертами характеризуется эта нормальность, въ чемъ состоитъ нормальная опредѣляемость мотивами?

Извѣстная ненормальность, въ смыслѣ отклоненія отъ образа дѣйствія значительнаго большинства или въ смыслѣ иного реагированія на внѣшнія впечатлѣнія, чѣмъ это наблюдается у большинства, усматривается нѣкоторыми у всякаго преступника, другими у привычнаго преступника; пришлось бы признать невмѣняемыми или всѣхъ преступниковъ, или по крайней мѣрѣ послѣднихъ. Къ этому выводу (въ отношеніи неисправимыхъ) склонялся Листъ, въ своей Мюнхенской рѣчи (1896 г.).

Система перечня.

2. Отмѣченная неопредѣленность можетъ быть отчасти устранена обозначеніемъ такихъ состояній личности, которыя исключаютъ степень соціальнаго сходства, необходимую для указанныхъ въ предыдущей главѣ оцѣночныхъ сужденій, посредствомъ *перечня* этихъ состояній психики. Но та-

кая система неудовлетворительна, вслѣдствіе возможности пробѣловъ по недосмотру и еще болѣе потому, что всякое новое открытіе въ области психіатріи дѣлаетъ ранѣе данный законодателемъ перечень неполнымъ.

Біологическій критерій.

3. Такимъ образомъ, необходимо болѣе общимъ способомъ опредѣлить признаки вмѣняемости, или же невмѣняемости. *Обобщенная формула можетъ быть основана на біологическомъ критеріи: различныя патологическія состоянія психики могутъ быть сведены къ опредѣленнымъ типамъ, которые обнимутъ все разнообразіе частныхъ проявленій этихъ состояній.* Такой критерій принятъ швейцарскимъ предварительнымъ проектомъ: обстоятельствами, исключающими вмѣняемость признаются здѣсь слабоуміе, душевная болѣзнь и тяжкое помраченіе сознанія (§ 14). *Несовершенство этого пріема* состоитъ въ томъ, что *весь вопросъ о вмѣняемости въ сущности передается однимъ экспертамъ*, которые часто слишкомъ широко понимаютъ душевную болѣзнь или слабоуміе и склонны относить сюда и столь легкія уклоненія отъ нормальнаго психическаго состоянія, что для устраненія вмѣняемости, а съ нею и уголовной отвѣтственности нѣтъ основанія. При неустойчивости выводовъ экспертизы, при спорности діагноза, или недостаточной изслѣдованности даннаго вида болѣзненнаго состоянія, весьма важно взаимное пониманіе экспертовъ и судей, которымъ принадлежитъ рѣшеніе вопроса о вмѣняемости; и для судей это вопросъ не о медицинскомъ значеніи или названіи психической ненормальности обвиняемаго, а о томъ, лишаетъ ли она послѣдняго тѣхъ свойствъ, наличность которыхъ и существенна для уголовной отвѣтственности.

Элементы вмѣняемости Психологическій критерій.

4. Психическій уровень личности, при которомъ наши сужденія о ея винѣ и наше неодобреніе сохраняютъ смыслъ, долженъ заключаться въ духовныхъ способностяхъ, присущихъ среднему типу людей данной общественной среды, способностяхъ интеллекта и воли, существованіе которыхъ предполагаетъ правовая норма, обращаясь къ обществу со своими велѣніями и запретами. Лицо, стоящее ниже этого уровня, располагающее меньшей степенью соціальнаго сходства, не подлежитъ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія правовыхъ нормъ: оно, такъ сказать, несоизмѣримо съ окружающей общественной средой Необходимо только ближе обозначить

эти способности, чтобы получить *реальное опредѣленіе вмѣняемости*, т. е. установить ея элементы. Въ настоящее время почти всѣ криминалисты, за исключеніемъ тѣхъ, которые отвергаютъ это понятіе, признаютъ, что *вмѣняемость состоитъ въ способности понимать свои поступки, т. е. ихъ фактическую сторону и связь съ послѣдствіями, и оцѣнивать ихъ правовое значеніе (интеллектуальный элементъ) и въ способности управлять своими поступками, или противопоставлять извнѣ получаемымъ мотивамъ сдерживающія представленія (волевой элементъ)*. Этотъ *психологическій критерій* вмѣняемости, впервые предложенный въ нѣсколько иной, болѣе краткой, редакціи Н. С. Таганцевымъ при составленіи проекта Угол. Улож., принятъ затѣмъ не только этимъ кодексомъ, но и Норвежскимъ, а также австрійскимъ проектомъ. Для лучшаго взаимнаго пониманія экспертовъ и судей этотъ критерій дополняется біологическимъ критеріемъ. Такимъ *смѣшаннымъ критеріемъ пользуется и наше Угол. Улож.*, постановленіе котораго о вмѣняемости (ст. 39) считается образцовымъ. Вотъ это постановленіе: «*Не вмѣняется въ вину дѣяніе, учиненное лицомъ, которое во время его совершенія не могло понимать свойство и значеніе совершаемаго или руководить своими поступками, вслѣдствіе болѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности, безсознательнаго состоянія или умственнаго неразвитія, происходящаго отъ тѣлеснаго недостатка или болѣзни. О малолѣтствѣ*, какъ причинѣ невмѣняемости, Угол. Улож. говоритъ *въ особой статьѣ* (40). Было бы только точнѣе, если бы въ самомъ законѣ было указано, что рѣчь идетъ о *правовомъ* значеніи совершаемаго и если бы выраженіе «безсознательное состояніе» было замѣнено другимъ: «тяжкое помраченіе сознанія».

Смѣшанный критерій Угол. Улож.

Невмѣняемость по Улож. о нак.

5. *Улож. о нак.*, слѣдуя перечневой системѣ, кромѣ малолѣтства, *упоминаетъ* (ст. 95—98) о *слѣдующихъ обстоятельствахъ, исключающихъ вмѣняемость:* 1) безуміи отъ рожденія или сумасшествіи, 2) припадкѣ умоизступленія или совершенномъ безпамятствѣ, происходящихъ отъ болѣзни, 3) потерѣ умственныхъ способностей отъ старости или дряхлости, 4) лунатизмѣ, 5) глухонѣмотѣ отъ рожденія или наступившей въ дѣтскомъ возрастѣ. Эти психическія состоянія исключаютъ вмѣняемость лишь постольку, поскольку лишаютъ обвиняемаго одной изъ его способностей, существен-

ныхъ для вмѣняемости; Улож. о нак. пользуется неполнымъ психологическимъ критеріемъ, именно интеллектуальной его стороной: такъ, невмѣняемость признается, если безумный, сумасшедшій, находящійся въ припадкѣ умоизступленія или же въ безпамятствѣ (что само собою разумѣется) не могли, по состоянію своему въ то время, имѣть понятія о противозаконности и о самомъ свойствѣ своего дѣянія, если глухо-нѣмой ни черезъ воспитаніе, ни черезъ сообщество съ другими не получилъ никакого понятія объ обязанностяхъ и законѣ.

Значеніе нѣкоторыхъ психич. состояній.

II. Что касается симптомовъ и формъ тѣхъ психическихъ состояній, о которыхъ говорится въ Улож. о нак. и болѣе общимъ образомъ въ Уг. Улож. въ статьяхъ, посвященныхъ невмѣняемости, то это составляетъ область психіатріи, здѣсь же слѣдуетъ остановиться только на нѣкоторыхъ вопросахъ, представляющихъ особый интересъ для юриста и служащихъ къ ближайшему уясненію этихъ постановленій закона.

1) *Болѣзненное разстройство душевной дѣятельности* (ст. 39 Уг. Улож.). Эта формула обнимаетъ различныя душевныя болѣзни. Объ одномъ изъ видовъ — старческомъ слабоуміи спеціально упоминаетъ Улож. о нак. (ст. 97), другіе виды подходятъ по этому Улож. подъ понятіе сумасшествія (95 ст.), или же, если душевное разстройство имѣетъ преходящій характеръ, подъ понятіе припадка умоизступленія, происходящаго отъ болѣзни (96 ст.).

Изъ видовъ психическихъ разстройствъ представляютъ особый интересъ для юриста: 1. импульсивное помѣшательство-пораженіе волевыхъ задерживающихъ центровъ, безъ замѣтнаго поврежденія интеллекта; оно можетъ выражаться въ непреодолимомъ влеченіи къ совершенію какого-либо преступленія; 2. мономанія — видъ предыдущаго помѣшательства, проявляется въ стремленіи къ преступленіямъ опредѣленнаго вида, напр. къ кражамъ (клептоманія); субъектъ признается невмѣняемымъ и при совершеніи другого преступленія, ибо частичное помѣшательство (только въ отношеніи предмета маніи) отвергается наукой; 3. нравственное помѣшательство, выражающееся въ неспособности слѣдовать нравственнымъ началамъ; нынѣ оно отвергается психіатріей, какъ самостоятельная болѣзнь, а разсматривается, какъ симптомъ другихъ психозовъ — эпилепсіи, тупоумія.

При душевныхъ болѣзняхъ иногда наступаетъ временное выздоровленіе, которое снова смѣняется рецидивомъ психическаго разстройства. *Въ эти свѣтлые промежутки* (*lucida intervalla*) *субъектъ* однако *остается невмѣняемымъ,*

такъ какъ выздоровленіе только кажущееся: болѣзнь въ это время находится въ латентномъ (скрытомъ) состояніи. Совершенное въ такомъ промежуткѣ преступленіе не подлежитъ вмѣненію въ вину.

2) *Безсознательное состояніе* исключаетъ вмѣняемость вслѣдствіе отсутствія способности понимать свойство и значеніе совершаемаго. Улож. о нак. имѣетъ въ виду это состояніе только, если оно было слѣдствіемъ болѣзни. Такимъ образомъ не вмѣняются въ вину преступныя дѣянія, совершенныя въ болѣзненномъ бреду, въ горячкѣ, въ эпилептическомъ трансѣ, въ состояніи сомнамбулизма, о которомъ Улож. о нак. упоминаетъ въ особой статьѣ. Но оно не предусматриваетъ случаевъ безсознательнаго состоянія, происходящаго не отъ болѣзни, а напр., отъ отравленія одуряющими веществами—алкоголемъ, гашишемъ, опіумомъ, или отъ гипноза, или во время сна и просонковъ.

Изъ относящихся сюда случаевъ особенно важны тѣ, которые вызываются опьяненіемъ, и затѣмъ случаи *патологическаго аффекта* Послѣдній исключаетъ вмѣняемость и по Улож. о нак., какъ совершенное безпамятство, точнѣе тяжкое помраченіе сознанія, имѣющее въ основѣ болѣзненное предрасположеніе субъекта, напр., сильно повышенную нервную возбудимость на почвѣ серіозныхъ нервныхъ болѣзней, перенесенныхъ прежде, или вырожденія и тяжкой наслѣдственности, или алкоголизма. Только въ связи съ этими данными и представляется обыкновенно возможность констатировать патологическій аффектъ, признаки котораго трудно уловимы. *Патологическій* аффектъ объемлется 96 ст. Улож. о как.*)

Что касается помраченія сознанія алкоголемъ, то достигнувъ сильной степени (*полнаго опьяненія*) *оно должно исключать вмѣняемость. Такъ разрѣшается этотъ вопросъ на основ. 39-й ст. Уг. Ул. — это безсознательное состояніе.* Не столь опредѣленное рѣшеніе получается на почвѣ постановленій Улож. о нак. *Изъ 106 ст Ул. о нак. вытекаетъ, что*

*) Отъ патологическаго аффекта нужно отличать физіологическій, „запальчивость и раздраженіе“ нашего Ул. о нак.; послѣдній вліяетъ только на смягченіе наказанія. См. ст. 134, п. 5, 1455, ч. 2, Ул. о нак., 13 ст., п. 2 Уст. о нак.

опьяненіе само по себѣ отражается на отвѣтственности только въ томъ случаѣ, если виновный привелъ себя въ это состояніе именно съ намѣреніемъ совершить данное преступное дѣяніе; въ этомъ случаѣ опредѣляется высшая мѣра наказанія, въ другихъ же мѣра послѣдняго назначается по другимъ обстоятельствамъ дѣла. Впрочемъ, въ особенной части Улож. о нак. какъ и Угол. Ул., *опьяненіе разсматривается при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ, какъ смягчающее обстоятельство*, напр., при оскорбленіи должностного лица (286 ст. Улож. о нак.). *Если дѣяніе учинено въ припадкѣ умоизступленія, происходящемъ на почвѣ алкоголическихъ психозовъ* — delirium tremens (бѣлой горячки), dipsomania (запоя) и т. п., то *невмѣняемость основывается на 96 ст. Ул. о нак.* Но въ *другихъ случаяхъ* полнаго опьяненія, 96 ст. могла бы примѣняться при распространеніи содержащагося въ ней принципа по аналогіи, что̀ in favorem defensionis не должно бы встрѣчать препятствія и въ уголовномъ правѣ: центръ тяжести постановленія 96 ст. лежитъ въ словѣ «безпамятство»; это причина невмѣняемости субъекта, слово «больнымъ» не имѣетъ существеннаго значенія, указывая только на одинъ изъ источниковъ безпамятства. *Практика Сената* и нѣкоторые криминалисты противоположнаго взгляда: *опьяненіе не исключаетъ вмѣняемости.*

Нѣкоторые криминалисты, а также законодательства находятъ возможнымъ вмѣнять дѣяніе, совершенное въ состояніи полнаго опьяненія, въ неосторожность, если опьяненіе не произошло случайно (такъ Итальян. ул.). Но если бы субъектъ могъ предвидѣть, что опьяненіе поведетъ къ преступленію, напр., зная по опыту вліяніе на него алкоголя, то этого недостаточно для вмѣненія въ неосторожность впослѣдствіи совершеннаго преступленія, такъ какъ для этого требуется возможность предвидѣнья именно происшедшаго результата, а не какого-бы то ни было, напр., насилія вообще. Сомнительна польза примѣненія наказанія при полномъ опьяненіи, если карать самый фактъ приведенія себя въ это состояніе и преступное дѣяніе, имъ вызванное, разсматривать только, какъ условіе наказуемости, безотносительно къ свойству, т. е. составу этого дѣянія (такъ по австр. проекту тюрьма до 6 мѣс.). Даже при намѣренномъ приведеніи себя въ состояніе опьяненія съ цѣлью совершенія преступленія, совпаденіе задуманнаго и выполненнаго, если допустить, что оно возможно при полномъ опьяненіи, окажется случайнымъ. Чаще однако это совпаденіе послужитъ доказательствомъ, что опьяненіе не было полнымъ, что субъектъ сохранялъ сознаніе окружающаго. Но и въ такомъ случаѣ нельзя одобрить усиленіе наказанія, какъ постановлено въ 106 ст. съ одной стороны, и неполное опьяненіе отра

жается на волѣ и представленіяхъ лица; съ другой стороны, если для выполненія преступнаго замысла оказалось нужнымъ искусственно подавить сдерживающія представленія, подбодрить настроеніе, послѣднее менѣе устойчиво, и вина, скорѣе, меньше.

Если опьяненіе не вызвало той степени помраченія сознанія, при которой лицо не можетъ „понимать свойство и значеніе совершаемаго и руководить своими поступками", вмѣняемость сохраняется.

3. *Умственное недоразвитіе* устраняетъ вмѣняемость, если оно вызвано малолѣтствомъ, о чемъ наши Уложенія говорятъ отдѣльно, или же тѣлеснымъ недостаткомъ, или болѣзнью. Подъ болѣзнью, влекущей такое неразвитіе, законъ разумѣетъ идіотизмъ или, по терминологіи Улож. о нак., безуміе отъ рожденія. *Идіотизмъ* различается въ психіатріи нѣсколькихъ степеней; онъ долженъ быть во всякомъ случаѣ такимъ, чтобы исключать психологическій критерій вмѣняемости. Недостаточно глупости, невѣжества или легкомыслія; эта степень неразвитія можетъ вліять только на смягченіе наказанія (ст. 134-4, Улож. о нак.).

Тѣлесный недостатокъ, упоминаемый Уг. Улож.,—*глухонѣмота*, конечно, если она повела къ такому умственному неразвитію, что исключается психологическій критерій вмѣняемости. Глухонѣмые, получившіе извѣстное воспитаніе въ учрежденіяхъ для глухонѣмыхъ или же утратившіе слухъ и языкъ позже, когда они уже достигли развитія, вмѣняемы. Съ этой оговоркой, глухонѣмоту включаетъ въ число причинъ невмѣняемости Улож. о нак. (ст. 98).

Не имѣетъ значенія, по нашему праву, умственное неразвитіе, хотя бы устраняющее психологическій критерій, если оно вызвано другими причинами, напр., полной дикостью: дикарь, привезенный въ Россію и совершившій преступленіе, значеніе котораго не могъ понять, подлежитъ отвѣтственности, хотя отсутствіе и минимальной степени соціальнаго сходства должно было бы исключать послѣднюю.

Actio libera in causa.

III. Вмѣняемость должна относиться къ моменту дѣянія. Кажущееся изъятіе изъ этого положенія составляютъ случаи такъ назыв. *actio libera in causa*, когда преступное поведеніе совпадаетъ съ состояніемъ невмѣняемости, въ которое привелъ себя субъектъ. Обычно приводимые примѣры этого рода: мать легла спать вмѣстѣ съ грудным ребенкомъ и во снѣ его задавила, сторожъ не перевелъ стрѣлки, заснувши или напившись до безчувствія предъ приходомъ

поѣзда, который и потерпѣлъ крушеніе. Наступившее послѣдствіе однако вмѣняется субъекту въ вину умышленную, если онъ желалъ преступнаго результата, или въ неосторожную, если онъ могъ и долженъ былъ послѣдній предвидѣть: *въ этихъ случаяхъ дѣяніе должно быть отнесено къ болѣе раннему моменту, предшествовавшему наступленію сна или иного безсознательнаго состоянія; уже тогда виновнымъ образомъ было создано положеніе, повлекшее преступное послѣдствіе, и состояніе невмѣняемости представляется только однимъ изъ звеньевъ причинности, приведенной въ движеніе лицомъ вмѣняемымъ, однимъ изъ способовъ умышленнаго или неосторожнаго совершенія*

Мѣры противъ опасныхъ невмѣняемыхъ.

IV. При оправданіи невмѣняемаго можетъ оказаться необходимымъ, въ виду представляемой имъ опасности, принять превентивную мѣру. Такой мѣрой можетъ быть признано только помѣщеніе въ психіатрическое заведеніе. Психіаторы и юристы часто находятъ цѣлесообразнымъ устройство для такихъ невмѣняемыхъ особыхъ заведеній (manicomio criminale), въ цѣляхъ облегченія надзора за ними и въ виду неудобства ихъ пребыванія среди другихъ душевно-больныхъ. Эти соображенія примѣнимы скорѣе ко всѣмъ опаснымъ психопатамъ, независимо отъ совершенія преступнаго дѣянія. Послѣднее можетъ быть симптомомъ опасности,, но не единственнымъ.

Наше Угол. Улож. (39 ч. ст. 2) условіемъ *обязательнаго* помѣщенія невмѣняемаго въ заведеніе для душевно-больныхъ («врачебное», по неудачному выраженію закона) ставитъ совершеніе убійства, весьма тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, изнасилованія, поджога или покушенія на одно изъ этихъ преступленій; въ другихъ случаяхъ суду *предоставляется*, признавши оставленіе безъ особаго присмотра опаснымъ, постановить или также о помѣщеніи невмѣняемаго во врачебное заведеніе, или же объ отдачѣ подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или другимъ лицамъ, если они пожелаютъ. Улож. о нак. предписываетъ заключеніе признанныхъ сумасшедшими или безумными (ст. 95) въ дома для умалишенныхъ только при убійствѣ, поджогѣ, покушеніи на эти преступленія или на самоубійство, не упоминая о правѣ суда примѣнить эту мѣру въ другихъ случаяхъ. Совершеніе тѣхъ же дѣяній въ припадкѣ болѣзни,

доводящей до умоизступленія или безпамятства (ст. 96), ведетъ къ отдачѣ подъ отвѣтственный надзоръ родителей, родственниковъ, опекуновъ или постороннихъ, съ ихъ согласія, и, лишь при ненадежности ихъ, къ помѣщенію въ больницу. То же постановлено и въ отношеніи лунатиковъ и страдающихъ старческимъ слабоуміемъ, независимо отъ свойства преступленія, но вмѣсто больницы указывается заведеніе общественнаго призрѣнія (ст. 97). Для опасныхъ лицъ этой категоріи такая мѣра и отвѣтственный, въ сущности номинальный, надзоръ частныхъ лицъ недостаточны, для не представляющихъ опасности излишни.

Вліяніе на отвѣтственность малолѣтства.

V.—1. Особое мѣсто въ ряду обстоятельствъ, устраняющихъ вмѣняемость, занимаетъ малолѣтство.

Вліяніе возраста на отвѣтственность признавалось римскимъ и каноническимъ правомъ дѣти до 7 лѣтъ не подвергались наказанію; послѣ 7 лѣтъ также не подвергались, если не были capaces doli, въ противномъ случаѣ наказывались, но мягче, чѣмъ взрослые. Въ томъ же духѣ постановленія позднѣйшаго германскаго и старо-французскаго права. Наше старое право приняло 7-лѣтній возрастъ (новоуказ. статьи 1669 г.) и позже (указъ Екатерины II, 1765 г.) 10-лѣтній, какъ границу безотвѣтственности. Тотъ же возрастъ принятъ Сводомъ. *Нынѣ дѣйствующая система основана на законѣ 2 іюня 1897 г и Угол. Улож.*

Въ XIX в. господствующей въ законодательствахъ сдѣлалась *система разграниченія трехъ возрастныхъ періодовъ: безусловной невмѣняемости, условной вмѣняемости и безусловной вмѣняемости*, при чемъ предѣльные сроки для каждаго періода устанавливаются различными законодательствами неодинаково, въ зависимости отъ мѣстныхъ условій, отъ обычнаго для данной страны возраста, въ которомъ наступаетъ превращеніе ребенка въ отрока и юношу. Въ первомъ періодѣ исключается возможность привлеченія ребенка къ уголовной отвѣтственности. По нашему праву, это возрастъ до 10 лѣтъ. *Во второмъ періодѣ*, опредѣляемомъ нашимъ законодательствомъ возрастомъ *отъ 10 до 17 лѣтъ*, о каждомъ обвиняемомъ производится изслѣдованіе по вопросу о наличности у него *разумѣнія* (такъ 137 ст. Улож. о нак.) *или же вмѣняемости* (такъ 41 ст. Угол. Ул.). Послѣднее понятіе представляется болѣе точнымъ, чѣмъ «*разумѣніе*», о которомъ, *по образцу французскаго законодательства*, говорятъ и многія другія (бельгійское, итальянское, германское) и которое предполагаетъ одну интеллектуальную способность, тогда какъ

незрѣлость подростка часто скажется именно въ области воли, выразится въ неспособности руководить своими поступками; и при пониманіи совершаемаго и даже этико-соціальнаго значенія дѣянія, подростокъ все-таки еще не сложившаяся личность.

Современная точка зрѣнія.

2. *Болѣе правильное рѣшеніе вопроса* состояло бы однако въ установленіи возраста (15 или 16 лѣтъ), до котораго наказаніе вообще бы не примѣнялось, а малолѣтній, совершившій. преступное дѣяніе, подлежалъ бы *принудительному воспитанію, независимо отъ признанія его вмѣняемымъ или невмѣняемымъ*. Въ дѣйствительности, *до 15—16 лѣтъ* подростки не представляютъ собою сложившейся личности; *вмѣняемость* ихъ *во всякомъ случаѣ уменьшенная:* опытъ еще незначителенъ, сумма ихъ впечатлѣній невелика, оцѣночныя сужденія только начинаютъ складываться, настроенія имѣютъ случайный источникъ, сопротивляемость внѣшнимъ импульсамъ не пріобрѣла устойчивости, реакція на мотивы сообразно своему «я» еще не выработалась. *Наказаніе, даже смягченное, оказываетъ* на нихъ *только вредное вліяніе.* Источникъ дѣтской преступности коренится въ томъ, что дѣти предоставляются самимъ себѣ и уроки жизни даетъ имъ улица, или же въ томъ, что они растутъ въ атмосферѣ порока и алкоголизма ихъ семьи или ихъ близкихъ. *Принудительное воспитаніе* заброшенныхъ дѣтей или растущихъ въ подобныхъ условіяхъ необходимо даже *независимо отъ преступленія, какъ мѣра профилактическая.* При особой опасности подростка и то не ранѣе 14-лѣтняго возраста, при совершеніи имъ тяжкаго преступленія, слѣдовало бы помѣщать его въ особыя заведенія съ болѣе строгимъ режимомъ, гдѣ однако главное вниманіе обращалось бы все-таки на воспитаніе. *Эта точка зрѣнія получаетъ господство въ литературѣ вопроса,* на научныхъ конгрессахъ *и въ новѣйшихъ законодательныхъ актахъ (англійскій законъ о дѣтяхъ 1908 г., бельгійскій законъ 1912 г.)* и проектахъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ вводится особый институтъ дѣтскихъ судовъ, чуждый торжественности и процессуальныхъ формальностей обыкновеннаго судебнаго разбирательства.

Согласно *Childern's act 1908 г.*, подростки *12—16 лѣтъ*, виновные въ дѣяніяхъ, караемыхъ по закону тюрьмой простой или каторжной, передаются въ *исправительныя школы*; въ случаѣ невозможности помѣщенія въ нихъ, наказаніе тюрьмой можетъ быть назначено только, если осужденному болѣе 14 лѣтъ; *въ ремесленныя школы*, также по

постановленію судьи, отдаются дѣти до 12 лѣтъ, *совершившія хотя бы тяжкое преступленіе,* и до 14 л., по мнѣнію судьи, неспособные оказать вредное вліяніе на другихъ дѣтей, а также дѣти до 14 л., *не совершившія* преступленія, но нищенствующія, *безпріютныя, покинутыя* родителями, находящіяся въ опасной для нравственности домашней обстановкѣ, *непокорныя* и не посѣщающія школы. Вмѣсто ремесленн. школы возможна отдача подъ надзоръ родственника или благонадежнаго лица. По бельгійск. закону 1912 г., возможна передача не достигшаго 16 л. преступника, а нищенствующаго или бродяги до 18 л., на воспитаніе частному лицу или учрежденію или же въ распоряженіе правительства, т. е. въ государственныя исправ.-воспитат. заведенія (écoles de bienfaisance), а при особой испорченности въ дисциплинарныя заведенія (établissements de préservation) до достиженія 21 года, а въ случаѣ тяжкаго преступленія до—25 л., при особо тяжкомъ до—41 г. Устанавливается пересмотръ постановленія каждые 3 года; мѣра можетъ быть отмѣнена или смягчена. Воспитат. и предупредит. мѣрамъ подлежатъ и непреступныя дѣти (сходно съ англ. Childern's act) Для собиранія данныхъ о малолѣтнемъ и для присмотра учреждены особыя должности, какъ въ Англіи. Французскій законъ 1912 г. устанавливаетъ воспитательныя мѣры (передача родителямъ, благотворит учрежденію или въ исправительн. колонію на срокъ, но не далѣе достиженія 21 г.), для малолѣтнихъ 13—18 лѣтъ, признанныхъ дѣйствующими *безъ разумѣнія.* Въ отличіе отъ прежняго порядка, не знавшаго періода безусловной невмѣняемости, по закону 1912 г., малолѣтніе до 13 л. не подлежатъ уголовному суду и наказанію.

Постановленія Ул. о нак. и Уг. Ул.

3. *По существу и наше законодательство*, хотя началомъ періода условной вмѣняемости признаетъ достиженіе десятилѣтняго возраста, *отодвигаетъ моментъ примѣненія наказанія къ малолѣтнимъ, дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ, до достиженія 14 лѣтъ:* такіе малолѣтніе отъ *10* до *14* лѣтъ, если только ими совершено преступное дѣяніе, за которое въ законѣ опредѣлено наказаніе *не свыше заключенія въ тюрьмѣ съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ и преимуществъ*, отдаются подъ *отвѣтственный надзоръ*, по усмотрѣнію суда, ихъ родителямъ, или лицамъ, на попеченіи коихъ они состоятъ, или другимъ благонадежнымъ людямъ, изъявившимъ на это согласіе; если же такое дѣяніе обращено ими въ промыселъ или проистекаетъ изъ привычки къ преступной дѣятельности, или же если за дѣяніе закономъ опредѣлено наказаніе *не ниже тюрьмы*, то они *по преимуществу отдаются* въ *воспитательно-исправительныя заведенія для несовершеннолѣтнихъ*, гдѣ послѣднія устроены. Такимъ образомъ малолѣтніе этого возраста при наличности разумѣнія подлежатъ тѣмъ же мѣрамъ, что и

въ случаѣ признанія ихъ судомъ дѣйствовавшими безъ разумѣнія; только выборъ между отдачей подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или другимъ упомянутымъ выше лицамъ и помѣщеніемъ въ воспитательно-исправительное заведеніе для несовершеннолѣтнихъ намѣчается закономъ не вполнѣ одинаково, въ зависимости отъ наличности или отсутствія у малолѣтняго разумѣнія*). Но и при совершеніи *болѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяній*, чѣмъ указано выше, вплоть до влекущихъ по закону смертную казнь (включительно), малолѣтніе отъ 10 до 14 лѣтъ присуждаются *въ воспитательно-исправительныя заведенія;* законъ говоритъ далѣе: «*или* же къ заключенію въ *особыхъ помѣщеніяхъ*, устроенныхъ для несовершеннолѣтнихъ *при тюрьмахъ* или домахъ для арестуемыхъ по приговорамъ мировыхъ судей»**), но такое заключеніе есть только *суррогатъ* воспитательно-исправительныхъ заведеній, къ которому приходится прибѣгать, за недостаткомъ у насъ послѣднихъ или за отсутствіемъ въ нихъ мѣста, но это не наказаніе. По сейчасъ отмѣченнымъ причинамъ, малолѣтніе (вмѣняемые) отъ 10 до 14 лѣтъ могутъ быть присуждаемы къ заключенію въ мѣстные *монастыри* ихъ вѣроисповѣданья, гдѣ жительство постороннимъ не воспрещено, вмѣсто заключенія въ особыхъ помѣщеніяхъ при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ. *Даже* несовершеннолѣтніе въ возрастѣ *свыше 14 лѣтъ до 17 лѣтъ за преступныя дѣянія, за которыя въ законѣ опредѣлены наказанія, не уголовныя (см. примѣч.), хотя и приговариваются* къ соотвѣтствующимъ наказаніямъ съ уменьшеніемъ на 2 или 3 степени, а вмѣсто исправ. арестант. отдѣленій къ тюрьмѣ съ такимъ же смягченіемъ, однако *обращаются въ воспитательно-испра-*

---

*) Если „безъ разумѣнія“, то несовершеннолѣтніе *могутъ* быть обращаемы въ эти заведенія, когда дѣяніе влечетъ наказаніе не ниже тюрьмы; и только въ возрастѣ 14—17 л., совершившіе безъ разумѣнія дѣяніе, влекущее уголовное наказаніе (ссылку на поселеніе, каторгу или смертную казнь) обращаются *по преимуществу* въ эти заведенія (137 Ул. о нак.; ср. 41 ст. Уг. Ул.).

**) На срокъ отъ 2 до 5 л., если дѣяніе влечетъ по закону для взрослаго смертную казнь, ссылку въ каторжныя работы или на поселеніе; на срокъ отъ 1 мѣс. до 1 года, если дѣяніе влечетъ исправит. арестантск. отдѣл. или тюрьму съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ (138 ст., 1 и 2 п. Ул. о нак.)

вительныя заведенія взамѣнъ заключенія въ тюрьмѣ (ст. 140); *а по Угол. Улож.* (ст. 55) взамѣнъ ссылки на поселеніе или заключенія въ исправительномъ домѣ, тюрьмѣ или крѣпости, *прямо подлежатъ помѣщенію въ воспитательно-исправительныя заведенія.* Продолжительность заключенія въ нихъ опредѣляется педагогическимъ совѣтомъ сихъ заведеній; она должна быть не менѣе года; максимальный срокъ—достиженіе малолѣтнимъ 18-лѣтняго возраста, а для имѣвшихъ отъ роду 15 лѣтъ при поступленіи въ заведеніе—достиженіе совершеннолѣтія. По Уст. о нак., признанные виновными, въ возрастѣ 14—17 лѣтъ, подвергаются наказанію въ половинномъ размѣрѣ, но мировой судья можетъ вмѣсто этого отдавать ихъ подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или другимъ лицамъ, а тюремное заключеніе замѣняется (ст. 6) для такихъ несовершеннолѣтнихъ воспитательно-исправительнымъ заведеніемъ. Такимъ образомъ, *всегда дѣйствительно подлежатъ наказанію, но смягченному*, изъ малолѣтнихъ *только дѣйствовавшіе съ разумѣніемъ* въ возрастѣ отъ *14 до 17 лѣтъ и при томъ, если за совершенное ими преступное дѣяніе* въ законѣ положены *смертная казнь* или *каторга.* Наказаніемъ служитъ *тюрьма* на разные сроки (отъ *3* до *12 лѣтъ*). Нашими уложеніями въ этомъ случаѣ допускаются также правопораженія.

Несовершеннолѣтніе *отъ 17 л. до 21 года* подлежатъ *наказанію смягченному* (см. ст. 139, ч. 2 и 140 Ул. о нак., 57 ст. Уг. Ул.).

Уменьшенная вмѣняемость.

VI. Въ послѣднее время, подъ вліяніемъ изслѣдованій психіаторовъ, и въ наукѣ уголовнаго права, и въ пенитенціарной практикѣ, и въ проектахъ уголовныхъ кодексовъ большое значеніе пріобрѣтаетъ вопросъ о преступникахъ *съ уменьшенной вмѣняемостью* или психически дефективныхъ.

Эти дефекты или являются прирожденными, или развиваются впослѣдствіи на почвѣ дегенераціи и тяжкой наслѣдственности, алкоголизма, сексуальныхъ злоупотребленій, нервныхъ болѣзней. Психическое состояніе дефективныхъ еще не дошло до той черты, за которой начинается невмѣняемость, но свойства, которыя существенны для вмѣняемости, значительно ослаблены; эти лица замѣтно отличаются отъ обычнаго, нормальнаго типа: реакція ихъ на мотивы болѣе рѣзкая, сопротивляемость внѣшнимъ импульсамъ сильно понижена, въ интеллектуальной сферѣ также наблюдается

или бѣдность идей, медленность мыслительнаго процесса, или же извѣстная странность, пародоксальность.

Изъ дѣйствующихъ законодательствъ *объ уменьшенной вмѣняемости упоминаютъ только Итальянскій и Норвежскій кодексы:* согласно Итальянскому—она вызываетъ смягченіе наказанія, которое при томъ, по постановленію суда, можетъ быть отбываемо въ casa di custodia, съ облегченнымъ режимомъ заключенія. Норвежскій кодексъ примѣняетъ къ дефективнымъ, признаннымъ опасными, мѣры лечебно-профилактическаго характера.

Въ литературѣ, особенно въ русской, понятіе уменьшенной вмѣняемости встрѣчаетъ много противниковъ, но научные конгрессы XX в., большинство ученыхъ и новѣйшіе проекты признаютъ его: *подъ уменьшенной вмѣняемостью разумѣютъ существенное ослабленіе способностей, характеризующихъ вмѣняемость, вслѣдствіе длительнаго болѣзненнаго состоянія,* т. е. способностей понимать противоправность своего дѣянія или опредѣлять волю согласно съ этимъ пониманіемъ *(опредѣленіе проф. Каля).* Сюда не подойдетъ ослабленіе незначительное или не болѣзненнаго происхожденія и преходящее, напр.: вызванное физіологическимъ аффектомъ, неполнымъ опьяненіемъ. Что касается вліянія дефективности на отвѣтственность, то *смягченіе наказанія признается пріемомъ наименѣе удовлетворительнымъ: дефективные нуждаются въ длительномъ воздѣйствіи и при томъ особаго характера, скорѣе лечебно-воспитательнаго, чѣмъ карательнаго.* Срокъ интернированія въ особыхъ заведеніяхъ этого типа не можетъ быть опредѣляемъ въ приговорѣ: оно должно прекращаться по достиженіи цѣли, т. е. при такомъ улучшеніи состоянія психики дефективнаго, при которомъ вѣроятность новаго преступленія весьма незначительна. Если, впрочемъ, такой преступникъ не принадлежитъ къ категоріи опасныхъ, интернированіе могло бы быть назначаемо на опредѣленный срокъ, но достаточно продолжительный для успѣшности лечебно-профилактическихъ пріемовъ воздѣйствія. При мелкихъ деликтахъ слѣдовало бы избѣгать наказанія тюрьмою, но и интернированіе въ особыхъ заведеніяхъ представляется излишней, дорого стоющей роскошью; умѣстны денежная пеня и краткосрочный арестъ, отбываемый отдѣльно отъ другихъ. *Проекты и нѣкоторые криминалисты находятъ нужнымъ кромѣ указаннаго интернированья назна-*

чать и наказаніе (если судъ признаетъ необходимымъ) для того, чтобы не ослаблять общей превенціи. Но обще-превентивное дѣйствіе и репрессивность принудительнаго интернированія, т. е. лишенія свободы, нельзя отрицать: если режимъ мягче или совершенно иной, чѣмъ въ пенитенціаріи, то зато срокъ часто болѣе значительный; между тѣмъ обычное наказаніе можетъ только окончательно разстроить надломленныя психическія силы дефективнаго. Примѣненіе наказанія послѣ интернированія уменьшитъ пользу отъ пребыванія въ послѣднемъ, а до интернированья затруднитъ его задачи, такъ какъ дефективный подвергнется ему въ худшемъ состояніи, чѣмъ до наказанія.

Отвѣтственность юридическихъ лицъ

VIII. Изъ ученія о винѣ и вмѣняемости, какъ необходимомъ предположеніи первой, а также наказанія, вытекаетъ, что *субъектомъ преступленія можетъ быть только человѣкъ, физическое лицо, но не юридическое.*

Въ послѣднее время это положеніе подверглось критикѣ со стороны нѣкоторыхъ криминалистовъ (Гаффтеръ, Местръ), которые на почвѣ ученія Гирке, видящаго въ юридическихъ лицахъ дѣйствительныхъ, а не правомъ созданныхъ субъектовъ права, настаиваютъ на существованіи особой воли юридическаго лица и даже преступной (такъ Гаффтеръ) ассоціаціи, воли, отличной отъ воли отдѣльныхъ входящихъ въ это единство членовъ, способной вызвать преступленія и связанную съ послѣдними уголовную отвѣтственность. Послѣдняя падаетъ на юридическое лицо, на данную ассоціацію вообще. Этотъ взглядъ основанъ на нѣкоторыхъ аналогіяхъ и сближеніяхъ и оперируетъ все время не съ точными понятіями, а съ метафорами. Воля юридическаго лица не есть, конечно, воля каждаго участника послѣдняго, а воля большинства, въ конкретномъ дѣйствіи—воля всѣхъ членовъ правленія, директора-распорядителя, поскольку они держатся въ границахъ своихъ полномочій, но это воля *не естественная, не психологическая способность, а искусственная*: воля разсматривается, какъ воля юридическаго лица, потому что уставъ послѣдняго опредѣлилъ, чью волю можно признавать волей корпораціи или учрежденія. Между тѣмъ уголовное право имѣетъ въ виду проявленіе естественной воли, опредѣленнаго психическаго процесса.

VIII. Формы проявленія вины. Умыселъ.

Вмѣненіе и невмѣненіе въ вину. Случай. Vis absoluta.

I. Вмѣняемость есть лишь условіе, при наличности котораго только и можетъ возникнуть вопросъ о виновности лица въ какомъ-либо дѣяніи или упущеніи. Признаніе его вмѣняемымъ даетъ только возможность виновности, но для установленія послѣдней, для дѣйствительнаго отнесенія преступнаго результата къ винѣ дѣйствовавшаго субъекта, т. е. *для вмѣненія въ вину конкретнаго дѣянія*, необходимо, чтобы именно въ немъ проявились психическія свойства личности, характеризующія вмѣняемаго субъекта, *необходимо психическое отношеніе личности къ данному результату*, служащее проявленіемъ ея преступнаго настроенія. Совершенное дѣйствіе должно быть продуктомъ сознательной воли: только тогда можно говорить о волевомъ актѣ, *о дѣянги*, между тѣмъ какъ *рефлекторныя дѣйствія* или мускульныя движенія, въ которыхъ не участвуетъ сознаніе, не могутъ быть относимы къ винѣ совершившаго ихъ лица, хотя бы оно было вмѣняемымъ. таково, напримѣръ, причиненіе другому увѣчья лицомъ, которое поскользнулось и при паденіи сбило того съ ногъ; точно такъ же и въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо является орудіемъ въ рукахъ другого, когда дѣйствіе или бездѣйствіе не служатъ выраженіемъ воли перваго, въ случаяхъ механическаго, или физическаго принужденія, *vis absoluta*.

Ст. 42. *Уг. Ул.* гласитъ: «*Не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, коего учинившій не могъ предвидѣть или предотвратить*». *Первая часть* (коего не могъ предвидѣть) имѣетъ въ виду *случай*, *вторая часть—механическое принужденіе:* напр., стрѣлочнику не вмѣняется въ вину непереводъ стрѣлки, повлекшей крушеніе поѣзда, если злоумышленники его связали. См. также 93 ст. Ул. о нак. и 10 ст. Уст. о нак.

При возможности предвидѣнья господствующее ученіе и положительное право вмѣняютъ дѣяніе въ неосторожную вину. Правильнѣе было бы признавать случайнымъ результатъ, котораго субъектъ не предвидѣлъ, т е. возможность котораго не представлялъ себѣ (см. ниже).

Указанное выше психическое отношеніе между субъектомъ и дѣяніемъ господствующее мнѣніе находитъ въ умыслѣ и неосторожности.

Опредѣленіе и элементы умысла.

II. *Преступный умыселъ можно опредѣлить, какъ такое проявленіе настроенія дѣйствующаго субъекта, при которомъ онъ или желаетъ осуществленія состава какого-либо преступленія, направляя свою волю на послѣднее, какъ на цѣль, или же, хотя стремится къ другой цѣли, но готовъ достигнуть ея на худой конецъ цѣною преступленія. Вина субъекта при умыслѣ заключается въ томъ, что представленіе о запрещенности результата,* представленіе, которое должно отклонить отъ предпринимаемаго дѣянія, не производитъ этого эффекта, ожидаемаго законодателемъ, *не служитъ противодѣйствующимъ мотивомъ или даже,* напротивъ, *оказывается побудительнымъ мотивомъ дѣянія.*

Преступное настроеніе субъекта при умыслѣ предполагаетъ такимъ образомъ наличность извѣстныхъ представленій. *необходимо*

1) *знаніе* субъектомъ фактическихъ *обстоятельствъ*, соотвѣтствующихъ признакамъ, *изъ которыхъ слагается объективный составъ преступленія*, напр., при кражѣ, что дѣйствіе составляетъ похищеніе, завладѣніе, что берется вещь, что она чужая и т. п. 2) *предвидѣніе послѣдствія*, или результата дѣянія. Степень достовѣрности наступленія результата безразлична. *Достаточно, если результатъ представляется возможнымъ*, поэтому умыселъ на убійство есть и въ томъ случаѣ, если выстрѣлъ съ намѣреньемъ причинить смерть произведенъ на большомъ разстояніи, такъ что шансы попаданія были невелики; 3) *представленіе о способѣ наступленія послѣдствія*, о томъ, какъ будетъ развиваться причинная связь между дѣйствіемъ, какъ психо-физическимъ актомъ, и результатомъ; не требуется точность этого представленія; 4) *сознаніе противоправности дѣянія*, или запрещенности его или его послѣдствія правовыми нормами.

Указанное опредѣленіе умысла примыкаетъ къ выдвинутой Максомъ Майеромъ теоріи мотивовъ, представляющей видъ т. наз. волевой теоріи умысла, принятой большинствомъ ученыхъ. Теорія мотивовъ оттѣняетъ значеніе для вины мотивація личности представленіемъ о запрещенномъ результатѣ: представленіе дѣйствуетъ на область чувства и воли и приводитъ къ дѣянію, какъ волевому акту. Напротивъ, теорія представленія (Франкъ, Листъ) ограничиваетъ волю тѣлеснымъ движеніемъ и опредѣляетъ умыселъ, какъ сопровождающее послѣднее представленіе о результатѣ, или какъ предвидѣнье послѣдствій. Значеніе это разногласіе пріобрѣтаетъ въ вопросѣ объ эвентуальномъ умыслѣ.

Умыселъ прямой и эвентуальный.

III. Преобладающее большинство нѣмецкихъ и русскихъ криминалистовъ признаетъ наличность умысла: 1) не только, *когда виновный направлялъ свою волю на преступный результатъ, какъ на цѣль, или какъ на необходимое средство для достиженія другой цѣли*, или когда наступленіе результата представлялось необходимымъ—т. наз. *прямой умыселъ (dolus directus)*: напр., когда *A.* стрѣляетъ въ *B.* съ цѣлью убить его и отмстить ему или унаслѣдовать его имущество; 2) но и тогда, *когда преступный результатъ представляется не необходимымъ, а только возможнымъ и не служитъ цѣлью дѣянія, но субъектъ готовъ согласиться и на этотъ результатъ скорѣе, чѣмъ отказаться отъ дѣянія и преслѣдуемой имъ цѣли*—т. назыв. *эвентуальный умыселъ (dolus eventualis)*, смѣшиваемый въ романской юридической литературѣ съ непрямымъ умысломъ (см. ниже), *напр.*: зараженная публичная женщина продолжаетъ принимать мужчинъ, служитель больницы вмѣсто того, чтобы сжечь одежду умершаго отъ сыпного тифа, продаетъ ее старьевщику, подданный подписывается на заемъ, выпускаемый государствомъ, ведущимъ войну съ его отечествомъ (случай изъ герман. практики эпохи войны 1871 г.). Цѣлью дѣянія служитъ заработокъ, нажива, но не зараженіе или смерть другого лица или помощь враждебному государству; эти результаты и не неизбѣжны: мужчина самъ страдалъ lues, покупатель одежды не заразился, до реализаціи займа заключенъ миръ; но эти результаты возможны и, если они наступятъ, подлежатъ вмѣненію въ эвентуальный умыселъ, такъ какъ виновный готовъ достигнуть своей цѣли цѣною одного изъ этихъ преступленій. Хотя они и непріятны субъекту дѣянія, но объемлются его волей, ибо къ дѣянію опредѣляетъ весь комплексъ представленій, среди которыхъ могутъ быть и непріятныя, но ихъ непріятность перевѣшивается пріятностью другихъ, напр., представленій о наживѣ.

Сторонники теоріи представленія полагаютъ, что эти нежелательные результаты не объемлются волей; отсюда стремленіе не вводить въ умыселъ волевого момента и характеризовать его, какъ предвидѣнье послѣдствій. Но тогда возникаетъ затрудненіе при отграниченіи эвентуальнаго умысла отъ вида неосторожности—luxuria, преступной самонадѣянности или легкомыслія. и при luxuria субъектъ предвидитъ результатъ, въ томъ смыслѣ, что, представляетъ себѣ возможность его наступленія: напр., когда стрѣлокъ сбиваетъ выстрѣломъ легкіе предметы съ головы другого. Такъ какъ предвидѣнье

понимается вообще только, какъ представленіе о возможности результата, [определеніе неосторожности, какъ непредвидѣнья результата (такъ Листъ и теорія представленія) неточно: даже Вильгельмъ Телль представлялъ себѣ возможность промаха и спряталъ вторую стрѣлу для Гесслера, стрѣляя въ яблоко на головѣ сына. Для эвентуальнаго умысла сами Листъ и Франкъ не довольствуются въ сущности предвидѣньемъ результата, а Листъ говорилъ и о соизволеніи (Einwilligung) на послѣдній, а весьма популярная въ послѣднее время формула Франка гласитъ: „заключеніе къ эвентуальному умыслу оправдывается, если, и при опредѣленномъ знаніи (увѣренности) о наступленіи результата, виновный не отказался бы отъ дѣянія", другими словами: когда онъ готовъ былъ перешагнуть и черезъ это препятствіе. Фактически споръ волевой теоріи и теоріи представленія свелся скорѣе къ спору о словахъ.

Противники эвентуальнаго умысла (Баръ, Штоссъ, Леффлеръ) указываютъ на трудность его констатированія на практикѣ и считаютъ его ненужнымъ изобрѣтеньемъ доктрины. Послѣднее опровергается приведенными выше примѣрами и практикой германскаго высшаго суда (райхсгерихта); трудность же констатированья [не позволяетъ однако отказаться отъ понятія dolus eventualis.

Доказательствами характернаго для этого умысла настроенія въ процессѣ *могутъ служить близкая*, хотя и необходимая, *связь результата съ тѣмъ, который служитъ цѣлью дѣянія, сила стремленія къ послѣдней*, не останавливающагося ни передъ чѣмъ, *въ особенности же непринятіе никакихъ мѣръ къ предотвращенію преступнаго результата*, отсутствіе расчета на опредѣленное обстоятельство.

Попытки отказаться отъ эвентуальнаго умысла и отнести случаи этого типа къ какимъ-либо другимъ понятіямъ должны быть признаны не удавшимися. Такъ, не встрѣтило сочувствія предложеніе Леффлера и Мпржички создать третью форму вины—завѣдомость (Wissentlichkeit), промежуточную между прямымъ умысломъ и безсознательной неосторожностью (negligentia) и объемлющую dolus eventualis и luxuria. Штоссъ пытался свести dolus eventualis къ прямому умыслу поставленія въ опасность. Но этотъ умыселъ (Gefährdungsvorsatz) направленъ только на созданіе опасности, и дѣяніе должно быть признано оконченнымъ въ моментъ ея наступленія, хотя бы вредъ не наступилъ; при эвентуальномъ умыслѣ субъектъ косвенно сбгласенъ и на наступленіе вреда, прямо же онъ не желаетъ создавать и опасности, если волю относить только къ тому, что пріятно субъекту.

Въ германской литературѣ и практикѣ находятъ *эвентуальный умыселъ* возможнымъ и *при формальныхъ деликтахъ, при сомнѣніи субъекта въ наличности одного изъ признаковъ состава и при готовности осуществить дѣяніе и при дѣйствитель-*

ной наличности этого признака, напр.: совершить непотребство и въ томъ случаѣ, если дѣвочкѣ меньше 14 лѣтъ Непринятіе мѣръ къ устраненію сомнѣнія можетъ служить доказательствомъ умысла.

Угол. Уложс. (*ст. 48*) *гласитъ: «Преступное дѣяніе почитается умышленнымъ не только, когда виновный желалъ его учиненія, но также, когда онъ допускалъ наступленіе послѣдствія, обусловливающаго преступность сего дѣянія». Недостатки этого опредѣленія—неточность формулы «допускалъ наступленіе послѣдствія»*, что́ можно понимать, какъ «представлялъ себѣ возможность», *и ограниченіе эвентуальнаго умысла матеріальными деликтами.*

Уложс. о нак. неизвѣстно понятіе эвентуальнаго умысла, но въ 1458 ст. говорится объ убійствѣ съ непрямымъ умысломъ; 1458 ст. требуетъ, чтобы основное дѣяніе (цѣль субъекта) было само по себѣ противозаконное, чтобы субъектъ зналъ и предвидѣлъ *опасность* для другого лица, чтобы послѣдовало дѣйствительное лишеніе жизни, «*безъ прямого умысла на убійство*». Наказаніе ниже, чѣмъ при убійствѣ съ прямымъ умысломъ. Съ другой стороны, по наказуемости къ убійству безъ прямого намѣренія ст. 1520 Ул. о нак. приравниваетъ случай, когда кто-либо завѣдома и съ умысломъ создаетъ опасность для жизни другого лица; о реализаціи опасности, о дѣйствительномъ наступленіи смерти въ диспозиціи 1520 ст. не упоминается. Такимъ образомъ Ул. о нак. смѣшиваетъ умыселъ эвентуальный на причиненіе смерти съ умысломъ поставленія въ опасность чужой жизни; этотъ выводъ подкрѣпляется и общимъ заголовкомъ главы V-й, гдѣ находится 1520 ст.: «о произвольномъ оставленіи въ опасности». О непрямомъ умыслѣ рѣчь идетъ еще въ ст. 109 и 1459 безъ ближайшаго опредѣленія этого понятія. Ст. 108 имѣетъ въ виду так. назыв. culpa dolo determinata (см. ниже).

Спорные элементы умысла. Представленіе о причинности.

IV.—1. Изъ другихъ приведенныхъ на стр. 100 признаковъ умысла спорны указанные подъ цыфр. 3 и 4. Нѣкоторые не относятъ къ элементамъ умысла *представленія о способѣ наступленія послѣдствія*, но это представленіе *характеризуетъ твердую волю и отличаетъ умыселъ отъ неопредѣленныхъ пожеланій*, мечтаній, *надеждъ*. Поэтому если кто-либо, желая избавиться отъ знающаго семейную тайну слуги, пошлетъ послѣдняго за

чѣмъ-либо въ лѣсъ во время грозы, въ надеждѣ, что его убьетъ молнія, и эта надежда осуществится, смерть слуги нельзя вмѣнить хозяину въ умышленную вину. Относить результатъ къ умыслу здѣсь было бы такъ же неправильно, какъ говорить объ умышленномъ выигрышѣ драгоцѣнной вещи въ лотереѣ. Криминалисты, не вводящіе разсматриваемаго элемента въ понятіе умысла, отвергаютъ въ такихъ случаяхъ не умыселъ, а причинную связь между дѣяніемъ (отсылкой слуги) и результатомъ (смертью слуги), поэтому отвѣтственность за послѣдній также не признается. Но этотъ пріемъ, отрицаніе причинности, служитъ источникомъ затрудненій въ случаяхъ, когда она представляется также исключительной, а слѣдовательно должна быть снова отвергнута, между тѣмъ какъ субъектъ именно на нее расчитывалъ, располагая особыми свѣдѣньями, благодаря которымъ достиженіе результата представлялось ему возможнымъ и которыя позволяли построить особенно тонкій планъ преступленія. Отвергая причинность пришлось бы дѣяніе оставить и въ этомъ случаѣ безнаказаннымъ.

Сознаніе противоправности.

2. *Необходимость* для преступнаго умысла *сознанія противоправнаго дѣянія* или упущенія *правовымъ нормамъ* вытекаетъ изъ того, что *при отсутствіи* у личности *этого сознанія*, ея *настроеніе не можетъ быть квалифицировано, какъ преступное*, заслуживающее осужденія: послѣднее вызывается не тѣмъ, что есть событіе, нежелательное съ точки зрѣнія правопорядка, а тѣмъ, что оно есть выраженіе неудовлетворительныхъ свойствъ личности, тѣмъ, что она не считается съ требованіями или запретами права, а это возможно только при условіи знанія послѣднихъ (*Биндингъ, Таганцевъ*, Белингъ, Зиммель, Дона). Несмотря на очевидность этого условія, разсматриваемый элементъ умысла и нынѣ вызываетъ *много споровъ*, въ основѣ которыхъ лежитъ *трудность установленія ошибки въ правѣ*. Съ этимъ процессуальнымъ моментомъ связаны *мнѣнія*, или совсѣмъ *не вводящія въ понятіе умысла указаннаго выше элемента, или же замѣняющія послѣдній* другими: *сознаніемъ противоправнаго дѣянія* обязанности, или *долгу* (Гельшнеръ, М. Майеръ, Липманъ), или этико-соціальнымъ нормамъ (Франкъ), или возможностью такого сознанія (Меркель) или сознаніемъ вредоносности дѣянія (Кольраушъ, Гарро); такимъ путемъ хотятъ найти болѣе

удобную для практики, менѣе опасную для правопорядка формулу при допущеніи ссылки на невѣдѣнье запрещенности дѣянія (см. слѣд. главу). Иногда къ этимъ соображеніямъ практическаго характера примѣшиваются и принципіальныя: съ одной стороны, у нѣкоторыхъ авторовъ *играетъ роль* въ рѣшеніи настоящаго вопроса ихъ *взглядъ на право вообще* (признаніе въ немъ этическаго минимума или смѣшеніе съ соціальными нормами) и на *уголовное* право (какъ на санкцію уголовнымъ закономъ этическихъ нормъ) въ частности, и на его объемъ въ связи съ этимъ (выдѣленіе полицейскихъ или административныхъ нарушеній). Съ другой стороны, иногда сказывается противоположная тенденція—усилить *значеніе объективнаго результата.*

Но *не слѣдуетъ* заходить слишкомъ далеко и *признавать элементомъ умысла* или вины вообще *сознаніе наказуемости* дѣянія, или *знаніе* даже *размѣра* опредѣленнаго въ законѣ *наказанія, или правильную субсумцію дѣянія* подъ диспозицію уголовнаго закона. Если субъектъ сознаетъ запрещенность своего дѣянія правомъ, то настроеніе его представляется враждебнымъ послѣднему, хотя бы онъ не зналъ, какія именно послѣдствія связываетъ государство съ внѣшними проявленіями такого настроенія, и гдѣ именно, въ какой правовой нормѣ содержится данный запретъ. Точно такъ же несущественно *точное* знаніе и пониманіе соотвѣтствующаго запрета или отдѣльныхъ признаковъ состава деликта, напр., что поддѣлываемая бумага есть документъ въ смыслѣ, придаваемомъ этому термину статьей закона, карающаго за подлогъ документовъ. Зная, что запрещенъ подлогъ документовъ и тѣмъ не менѣе не отказываясь отъ своего дѣянія, личность проявляетъ почти всегда такое настроеніе, которое характерно для dolus eventualis, такъ какъ ея не остановила бы и увѣренность въ соотвѣтствіи данной бумаги понятію документа. Только при серіозности сомнѣнія, при попыткахъ къ устраненію послѣдняго и при полученіи неправильныхъ разъясненій отъ лица, которое было основаніе считать компетентнымъ, совершеніе преступнаго дѣянія нельзя вмѣнить въ умыселъ. Что касается знанія размѣровъ наказанія, то введеніе этого элемента въ понятіе умысла можно поддерживать съ точки зрѣнія не вины, а теоріи психологическаго принужденія: сравненіе тяже-

сти послѣдствій совершенія дѣянія съ невыгодами при воздержаніи отъ него мыслимо, конечно, только, если извѣстны эти послѣдствія, т. е. тяжесть наказанія. Но само основаніе этой теоріи ложно, а съ нею падаетъ и этотъ элементъ умысла. Здѣсь умѣстно отмѣтить, что изъ какого бы взгляда на наказаніе ни исходить, не говоря уже о возмездіи, требованіе знанія противоправности сохраняетъ свое значеніе: лицо, не сознававшее ея, не нуждается въ мѣрахъ, направленныхъ къ тому, чтобы вызвать согласное съ правомъ настроеніе: ни устрашеніе, ни гражданское исправленіе здѣсь неумѣстны, если не свести его въ данномъ случаѣ къ сообщенію юридическихъ знаній этому лицу. Нѣтъ далѣе основанія для элиминаціи, такъ какъ опасность новыхъ преступленій со стороны этого субъекта ничтожна, если только онъ вмѣняемъ.

Другіе виды умысла.

V. Кромѣ dolus directus и dolus eventualis, старая доктрина знала еще другіе виды умысла, изъ которыхъ сохранили значеніе въ нынѣ дѣйствующихъ законодательствахъ только слѣдующіе:

1) *Dolus a) praemeditatus. b) repentinus и c) impetus*, т. е. a) заранѣе обдуманное намѣреніе, предумышленье, понимаемое иногда и какъ хладнокровное настроеніе субъекта при умыслѣ, b) умыселъ внезапный, или простой, и c) умыселъ въ состояніи душевнаго волненія—*физіологическаго* аффекта, въ «запальчивости и раздраженіи», по терминологіи нашего Ул. о нак. (ст. 1455, ч. 2). Это подраздѣленіе играетъ роль при посягательствахъ на личность, при чемъ предумышленье усиливаетъ отвѣтственность: такъ, по нашему Ул. о нак. (ст. 1454, 1477, 1481),—при убійствѣ, причиненіи увѣчья и т. д., а по нѣкоторымъ законодательствамъ (французское, бельгійское, германское, англійское право) влечетъ при убійствѣ смертную казнь; напротивъ, состояніе душевнаго волненія разсматривается, какъ смягчающее обстоятельство (ст. 134, п. 5, Ул. о нак.), или ведетъ къ образованію привилегированнаго деликта (Ул. о нак., ст. 1455, 1483, 1480) съ наказуемостью меньшей, чѣмъ при совершеніи такого же по объективному составу деликта, но съ внезапнымъ умысломъ.

Впрочемъ, это различіе между dolus repentinus и impetus можетъ быть проведено только, если обосновывающій болѣе тяжкую вину видъ умысла понимается, какъ умыселъ, составленный заранѣе, воз-

никшій за нѣкоторое время до совершенія дѣянія (такъ наша практика и большинство французскихъ криминалистовъ); но иногда признакомъ dolus praemeditatus считаютъ хладнокровное обдумываніе преступленія (déliberation, въ отличіе отъ prémeditation), или же обдуманность выполненія (Ueberlegung германскаго права); въ такомъ случаѣ этотъ умыселъ отличается отъ dolus repentinus тѣмъ, что при послѣднемъ преступникъ проявляетъ душевное волненіе, и dolus repentinus сливается съ impetus.

Это подраздѣленіе, поскольку оно должно служить основаніемъ для разграниченія квалифицированныхъ и простыхъ или же еще привилегированныхъ видовъ преступленія или для *обязательнаго* увеличенія или смягченія наказанія судомъ, отвергается наукой: возможны случаи, когда именно долгая внутренняя борьба преступника съ стремленіемъ къ преступному дѣянію свидѣтельствуетъ о томъ, что послѣднее не въ его характерѣ; интенсивность преступнаго настроенія тогда слабѣе, чѣмъ у человѣка, легко переходящаго отъ мысли о преступленіи къ его выполненію; испорченность и опасность для общества меньше. Психологія свидѣтельствуетъ также, что ни время, протекшее съ момента возникновенія умысла до его осуществленія, ни тщательность или обдуманность послѣдняго не исключаютъ возможности сильнаго душевнаго волненія, аффектированнаго состоянія виновнаго. Съ другой стороны, это состояніе само по себѣ не служитъ показателемъ меньшей вины, такъ какъ свойство (качество) преступнаго настроенія можетъ и въ этомъ случаѣ заслуживать суроваго осужденія: напр., при низменномъ мотивѣ дѣянія, когда страсть мести или наживы овладѣла преступникомъ. Длительное состояніе аффекта, или же легкая возбудимость субъекта, толкнувшая его къ преступленію, бываютъ, далѣе, признакомъ уменьшенной вмѣняемости, и смягченіе наказанія снова окажется ненадлежащей мѣрой.

2) *Dolus specialis.* Этотъ терминъ употребляется французскими и итальянскими криминалистами для обозначенія собственно не особаго вида умысла, а цѣли преступнаго дѣянія, насколько она спеціально указана въ законѣ: обычно послѣдній ограничивается описаніемъ результата, который запрещенъ подъ страхомъ наказанія, независимо отъ того, былъ ли онъ самъ цѣлью дѣянія, или же служилъ для достиженія какой-либо дальнѣйшей цѣли: такъ, убійство остается убійствомъ, совершено ли оно для устраненія конкуррента,

или для избавленія отъ семейнаго гнета; растрата остается тѣмъ же преступленіемъ, было ли цѣлью ея покрытіе долговъ, или прожиганіе жизни; правопорядокъ все равно не можетъ допустить этихъ дѣяній. Иногда однако *цѣль*, ради которой деликтъ совершается и представленіе о которой является мотивомъ дѣянія, *ведетъ къ обращенію даннаго состава въ деликтъ квалифицированный или же привилегированный;* таковы съ одной стороны, убійство для полученія наслѣдства, или для ограбленія, или для достиженія другой преступной цѣли, или для избѣжанія поимки (ср. санкціи ст. 1453, ч. 2 и 1454, ч. 1; 1459, ч. 2 и 1455, ч. 1. Улож. о нак.), а съ другой стороны — поддѣлка письма отъ имени другого лица съ какой-либо иной цѣлью, кромѣ корыстной или цѣли причиненія вреда (1538 и 1537 ст. Ул. о нак.). См. еще 103 и 166 ст. Угол. Ул. Такая цѣль лежитъ внѣ нормальнаго состава даннаго деликта, который представляется умышленнымъ оконченнымъ деликтомъ и безъ нея. *Въ другихъ случаяхъ цѣль*, предусмотрѣнная закономъ, *необходима для бытія преступленія*, такъ что умысла, направленнаго на опредѣленный, описанный въ законѣ результатъ, недостаточно, напр.: для *кражи* недостаточно взятія (тайно) чужой вещи, требуется цѣль присвоенія; поэтому взявшій чужую книгу безъ вѣдома и разрѣшенія хозяина для прочтенія не совершаетъ кражи. Цѣль иногда называется также намѣреньемъ (ст. 1537, 342 Ул. о нак.). Для признанія деликта оконченнымъ несущественно дѣйствительное достиженіе цѣли: напр., для дѣянія, пред. ст. 1453, п. 5, безразлично, получилъ ли убійца наслѣдство. Особенность преступленій, въ составъ которыхъ входитъ dolus specialis, заключается въ томъ, что они не могутъ быть совершены съ эвентуальнымъ умысломъ.

3) *Dolus indirectus*, *непрямой умыселъ*. *Сюда относятъ случаи, въ которыхъ преступный результатъ выходитъ за предѣлы, намѣченные субъектомъ при совершеніи умышленнаго дѣянія:* умыселъ направлялся, напримѣръ, на причиненіе побоевъ или на изнасилованье, но послѣдствіемъ этого деликта оказывается смерть. Современныя законодательства при наличности такихъ послѣдствій иногда усиливаютъ наказаніе за основное умышленное дѣяніе, дѣлая изъ него квалифицированный видъ деликта (1527, 1464, 1484, 1490 ст. Ул. о нак.). Но въ этихъ случаяхъ болѣе тяжелый

результатъ, напр. смерть, можетъ быть часто непредвидѣнный, а иногда и непредвидимый, случайный, и деликты, квалифицированные въ виду послѣдствій, тогда оказываются остаткомъ эпохи объективнаго вмѣненія. Въ дѣйствительности понятіе dolus indirectus явилось въ средніе вѣка, какъ компромиссъ принципа римскаго права—отвѣтственности за вину и древне-германскаго принципа—объективной отвѣтственности, и поддерживалось юриспруденціей и послѣдующаго періода (Carpzow), повидимому, вслѣдствіе трудности установить, какой именно вредъ желалъ причинить виновный: прибѣгали къ помощи пресумціи вины, опираясь на то, что vulnera non dantur ad mensuram, что кто совершалъ что-либо противозаконное (versari in re illicita, dare operam rei illicitae), тотъ долженъ былъ нести отвѣтственность за всѣ послѣдствія своего дѣянія, какъ бы ни превосходили они задуманное. Противъ этого ученія выступилъ *Фейербахъ*, доказывая, что *dolus indirectus* въ сущности *представляетъ собой смѣшанную форму вины—умыселъ, направленный на совершеніе основного деликта, и неосторожность въ отношеніи придатка, т. е. болѣе тяжкаго послѣдствія.* Эту форму вины Фейербахъ назвалъ *culpa dolo determinata*. Часто, дѣйствительно, умышленно совершающій дѣяніе, напр., причиняющій рану, можетъ предвидѣть и болѣе печальный результатъ, напр., смерть жертвы, но нельзя это возводить въ общее правило: смерть можетъ оказаться и исключительнымъ послѣдствіемъ; иногда же болѣе тяжкій результатъ охватывается эвентуальнымъ умысломъ.

4) Старая доктрина различала еще умыселъ по степени опредѣленности представленія виновнаго и подраздѣляла dolus на determinatus и indeterminatus, неопредѣленный, иногда носившій названіе общаго (generalis),—терминъ, употреблявшійся обыкновенно въ другомъ значеніи (см. ниже, слѣд. главу). Неопредѣленность имѣлась въ виду относительно объекта или же еще относительно размѣровъ вреда, напр., выстрѣлъ въ толпу или въ отдѣльнаго человѣка съ неопредѣленнымъ намѣреньемъ убить или ранить. Видомъ неопредѣленнаго умысла признавали умыселъ альтернативный, когда онъ направлялся одинаково на одинъ изъ нѣсколькихъ объектовъ. Эти подраздѣленія, не имѣющія никакой практической цѣнности, отброшены уже въ семидесятыхъ годахъ XIX в. Совершенно несостоятельнымъ слѣдуетъ признать умыселъ, слѣдующій за дѣяніемъ или упущеніемъ (dolus subsequens), такъ какъ вина должна быть въ мо-

ментъ дѣянія: только тогда послѣднее можетъ быть выраженіемъ вины. Dolus subsequens сыгралъ роль при такъ назыв. delicta commissionis per omissionem (см. ниже).

IX. Ошибка, какъ обстоятельство, исключающее умыселъ.

Значеніе фактической ошибки.

I. Ошибку принято различать двухъ видовъ: фактическую (error facti) и юридическую (error juris).

Значеніе фактической ошибки, которое опредѣляется правиломъ «*error facti prodest* (*excusat*)», въ сущности недостаточно точнымъ, сводится къ слѣдующему:

1) *невѣдѣніе обстоятельства, существеннаго для бытія преступленія, или конститутивнаго*, напр., при передачѣ монеты, что она фальшивая, при убійствѣ, что объектъ, въ который направленъ выстрѣлъ,—человѣкъ, *исключаетъ умыселъ*.

2) *Невѣдѣніе обстоятельства, обращающаго деликтъ въ квалифицированный*, напр.—того, что оскорбляемое лицо должностное, при исполненіи служебныхъ обязанностей, *устраняетъ вмѣненіе въ умыселъ квалифицированнаго деликта, но не простого* (т. е. отвѣтственность по 130 ст. Уст. о нак., а не по 286 ст. Улож. о нак.).

Оба разсмотрѣнныхъ случая ошибки *разрѣшаются такъ* и судебной практикой и наукой, а также *нашимъ законодательствомъ*—ст. 43 Угол. Улож. и ст. 99 Ул. о нак., опредѣленіе которой, относящееся только къ первому случаю, подлежитъ распространенію по аналогіи и на случай подъ ц. 2.

3) Субъектъ по ошибкѣ принимаетъ, что есть на лицо *обстоятельство, обращающее преступленіе въ привилегированное или же устраняющее противоправность* дѣянія, напр.: убивающій увѣренъ въ наличности настойчивой просьбы о томъ убиваемаго (см. ниже, согласіе потерпѣвшаго); кто-либо стрѣляетъ въ нападающаго, не разобравши, что нападеніе представляетъ только неудачную шутку, и полагая, что есть основаніе для (ненаказуемой) обороны. Происшедшее должно быть обсуждаемо такъ, какъ оно представлялось дѣйствовавшему субъекту: не сознавая существенныхъ моментовъ, которые придавали дѣянію преступный или болѣе преступный характеръ, онъ не проявилъ въ дѣяніи соотвѣтствующаго настроенія.

Дѣяніе однако можетъ быть иногда вмѣнено въ неосторожность именно, когда въ основаніи ошибки лежала самонадѣянность или небрежность (такъ господств. мнѣніе).

4) Ошибка относится къ обстоятельствамъ безразличнымъ для состава; дѣяніе остается умышленнымъ: напр., если виновный полагалъ, что необходима жалоба потерпѣвшаго для возбужденія уголовнаго преслѣдованія (ошибка относительно условія преслѣдованія).

II. *Другой вопросъ*, какое значеніе имѣетъ ошибка противоположнаго характера, когда субъектъ *ошибочно представляетъ себѣ наличность запрета, который не существуетъ*, или обстоятельства, которое сдѣлало бы его дѣяніе преступнымъ или болѣе преступнымъ. Въ первомъ изъ этихъ случаевъ настроеніе субъекта непреступно, оно противно не дѣйствительному, а воображаемому правопорядку: это *delictum putativum, ненаказуемое мнимое преступленіе*, напр.: холостой полагаетъ, что, вступая въ связь съ незамужней женщиной, совершаетъ преступленіе. Въ двухъ другихъ случаяхъ умыселъ нельзя отрицать, но онъ не реализовался или реализовался невполнѣ: похищенная вещь оказалась принадлежащей самому похитителю, или, хотя и чужой, но не церковной. Вопросъ, какъ отражается не осуществившееся или не вполнѣ осуществившееся преступное настроеніе на отвѣтственности и можно ли въ приведенныхъ случаяхъ видѣть наказуемое или строже наказуемое дѣяніе, есть не что иное, какъ *вопросъ о наказуемости негоднаго покушенія*, разсматриваемый ниже.

Ошибка въ объектѣ.

III.—1. Только частный случай фактической ошибки представляетъ собою *ошибка въ объектѣ, error in objecto* или in persona: такъ, B., задумавъ убить C., въ темнотѣ принимаетъ за него и убиваетъ D. Такая ошибка признается преобладающимъ большинствомъ криминалистовъ несущественной, не вліяющей на умыселъ (иного взгляда Листъ), *при юридической равноцѣнности объектовъ*: индивидуальныя свойства послѣднихъ, какъ не относящіяся къ признакамъ состава преступленія, безразличны для умысла, не должны непремѣнно охватываться сознаніемъ дѣйствующаго субъекта; достаточно, если онъ сознаетъ, что стрѣляетъ въ человѣка и желаетъ этого, а будетъ ли это C. или D. такъ же лишено значенія, какъ въ случаѣ, когда онъ въ темнотѣ похищаетъ вмѣсто одной

вещи другую, ему также не принадлежащую; законъ караетъ за убійство человѣка вообще.

Возможно однако, что *индивидуальныя свойства* объектовъ задуманнаго или дѣйствительнаго *вліяютъ на квалификацію* дѣянія: такъ, если, въ приведенномъ примѣрѣ, C. или D. отецъ B. Здѣсь примѣнимы общія положенія объ ошибкѣ: неизвѣстное B. квалифицирующее обстоятельство, что D. отецъ, не вмѣняется; дѣяніе представляетъ собою обыкновенное убійство, а не отцеубійство. Если же задумано было послѣднее (C. отецъ), а осуществлено убійство посторонняго (D), то это снова вопросъ о значеніи не реализовавшагося вполнѣ умысла, отвѣтъ на который зависитъ отъ взгляда на сущность покушенія и на негодное покушеніе. *Въ старой доктринѣ* существовало мнѣніе, что *дѣяніе должно разсматриваться, какъ умышленное въ отношеніи задуманнаго объекта;* такимъ образомъ B. въ послѣднемъ случаѣ отвѣчалъ бы за отцеубійство. *Такъ* рѣшаетъ вопросъ и наше *Улож. о нак.*, въ ст. 1456. Напротивъ, *нынѣ обыкновенно признаютъ умышленное дѣяніе въ отношеніи дѣйствительнаго объекта, а въ отношеніи задуманнаго усматриваютъ только приготовленіе.* Сенатъ смотрѣлъ на *1456 ст.*, какъ на *исключеніе*, и не распространялъ ея на другіе случаи ошибки въ объектѣ, кромѣ *убійства.*

Возможно, что. вслѣдствіе ошибки въ объектѣ, соотношеніе между задуманнымъ и выполненнымъ будетъ иное, чѣмъ въ послѣднемъ примѣрѣ: преступленіе окажется не видомъ задуманнаго, квалифицированнымъ или обратно, а совершенно другимъ: вмѣсто убійства совершено поврежденіе вещи, вмѣсто похищенія незамужней для вступленія съ нею въ бракъ увозъ замужней, не представлявшій никакого интереса для похитителя, не служившій, конечно, и тѣмъ преступнымъ цѣлямъ, которыя предусмотрѣны въ законѣ (см. 1549, 1580, 1529, 1530 ст. Улож о нак.). Въ такихъ случаяхъ указанное выше соображеніе въ пользу вмѣненія въ умыселъ дѣянія надъ дѣйствительнымъ объектомъ непримѣнимо: въ моментъ дѣянія не сознаются тѣ черты объекта, сознаніе которыхъ необходимо для умысла на этотъ деликтъ: стрѣляющій не знаетъ, что передъ нимъ статуя, похититель не знаетъ, что увозитъ ненужную ему особу; нельзя признать ни умышленнаго поврежденія вещи, ни похищенія замужней, ни даже противозаконнаго лишенія свободы, если похищеніе предполагалось съ согласія похищаемой и если, обнаруживъ ошибку, похититель отвезъ даму обратно. Рѣчь можетъ идти снова только объ умѣстности наказанія за неосуществившееся намѣреніе.

2. Отъ error in objecto отличается *отклоненіе дѣйствія, aberratio ictus vel delicti*, т. е. осуществленіе дѣянія надъ другимъ объектомъ не вслѣдствіе того, что онъ принятъ за надлежащій, а вслѣдствіе другихъ причинъ: А. прицѣлился въ В., съ намѣреньемъ убить его, но въ моментъ выстрѣла А. поскользнулся, его схватили за руку, В. заслонила его мать, и выстрѣлъ убилъ ее или другое лицо, такъ какъ ружье приняло не то направленіе. Въ отношеніи В. слѣдуетъ признать покушеніе на (умышленное) убійство, смерть другого лица или случайная, или же вмѣнима А. въ неосторожность, если онъ могъ и долженъ былъ предвидѣть этотъ результатъ*) или представлялъ себѣ его возможность, но полагалъ предотвратить: напр., замѣтилъ, что близко отъ В. находился С., но расчитывалъ, что не промахнется. **Aberratio ictus.**

Старая доктрина рѣшала случаи aberratio, какъ error in objecto, и признавала одно оконченное умышленное убійство. За такое рѣшеніе высказываются и многіе современные криминалисты при *юридической равноцѣнности объектовъ*, не усматривая разницы между этими категоріями случаевъ; такъ и 1456 ст. Ул. о нак.—«по ошибкѣ или иному случаю»; между тѣмъ различіе отчетливо выступаетъ въ направленіи дѣянія, въ самый моментъ начала его выполненія, на другой объектъ при error, и на задуманный объектъ при aberratio.

3. Ошибка можетъ заключаться въ томъ, что *субъектъ невѣрно представляетъ себѣ теченіе причинности между его дѣяніемъ и результатомъ.* Эта ошибка не относится большей частью къ признакамъ состава преступленія, развѣ бы законодатель выдѣлилъ особый способъ достиженія результата, какъ существенный моментъ въ понятіи какого-либо деликта: напр., отравленіе, въ отличіе отъ другихъ способовъ причиненія смерти. Но, независимо отъ подобныхъ исключеній, и въ другихъ случаяхъ, хотя здѣсь способъ безразличенъ, хотя законъ устанавливаетъ наказаніе, какимъ бы путемъ ни былъ причиненъ результатъ, нельзя *отсюда* дѣлать выводъ, что ошибка субъекта въ этомъ отношеніи не имѣетъ значенія для вмѣненія этого результата въ умыселъ, такъ какъ для послѣдняго существенно представленіе о причинной связи между дѣяніемъ и результатомъ. Это пред- **Невѣрное представленіе о способѣ наступленія результата.**

*) Такъ, согласно господствующему взгляду на неосторожность.

ставленіе не должно быть точнымъ, и не всякое несовпаденіе дѣйствительнаго порядка наступленія результата съ намѣченнымъ не позволяетъ отнести его къ умыслу, такъ какъ дѣйствительность весьма рѣдко бываетъ полнымъ воспроизведеніемъ той картины событія, которую представляетъ себѣ лицо, приведшее въ движеніе причинность своимъ дѣяніемъ, и всякій, кто предпринимаетъ послѣднее, сознаетъ возможность извѣстныхъ отклоненій осуществляемаго плана, какъ бы тщательно онъ ни былъ обдуманъ. *Всѣ отклоненія, которыя лежатъ въ предѣлахъ предвидимаго для этого лица, на которыя онъ могъ расчитывать, не даютъ основанія утверждать, что дѣйствительное развитіе причинности существенно отличается отъ намѣченнаго и что результатъ представляется не осуществленіемъ умысла*, а сюрпризомъ, случайнымъ осуществленіемъ мечты или неопредѣленнаго пожеланія. Но нельзя идти дальше этой черты, и относить къ умыслу результатъ и въ случаяхъ, когда нѣкоторыя звенья причинной цѣпи не могли быть предвидимы субъектомъ, ибо *твердая воля не возлагаетъ расчета на такое развитіе причинности, которое лежитъ въ области случайнаго*; то, что произошло, самъ субъектъ не можетъ связать со своимъ дѣяніемъ; результатъ ему самому представляется подаркомъ судьбы.

Поэтому слѣдуетъ признать только покушеніе, но не оконченное умышленное убійство, т. е. нельзя вмѣнить смерть въ умыселъ, въ случаяхъ, когда B. даетъ D. отравленное мясо, и D. умираетъ, подавившись первымъ кускомъ, еще прежде, чѣмъ ядъ могъ проявить свое дѣйствіе; или, когда D., замѣтивъ, что B. въ него прицѣлился, инстинктивно дѣлаетъ въ моментъ выстрѣла прыжокъ въ сторону и падаетъ въ пропасть. Напротивъ, ошибка несущественна, дѣяніе должно разсматриваться, какъ оконченный деликтъ (убійство), когда A. бросаетъ C. съ моста въ рѣку, съ намѣреніемъ утопить, а C. разбиваетъ голову о каменный устой и мертвымъ падаетъ въ воду.

Dolus generalis.

4. Видъ ошибки въ способѣ наступленія результата (причиненія) представляютъ собою случаи, извѣстные старой доктринѣ подъ именемъ *dolus generalis*, по терминологіи, введенной криминалистомъ начала XIX в. *Веберомъ* Это случаи, когда субъектъ, совершивъ съ умысломъ какое-либо преступное дѣяніе, въ увѣренности, что результатъ до-

стигнутъ, предпринимаетъ другое дѣяніе съ инымъ намѣреньемъ, но результатъ вызывается именно вторымъ дѣйствіемъ, такъ какъ увѣренность субъекта опиралась на ошибочныя представленія, напр.: грабители, полагая, что задушили уже свою жертву, вѣшаютъ ее на крюкъ люстры, чтобы симулировать самоубійство; убійца, полагая, что нанесенный имъ ударъ причинилъ смерть, бросаетъ трупъ въ рѣку, чтобы скрыть слѣды преступленія; оказывается, что въ первомъ случаѣ смерть наступила отъ повѣшенья, во второмъ отъ утопленія и что пострадавшій въ моментъ второго дѣянія былъ лишь въ глубокомъ обморокѣ. Старая доктрина находила, что умыселъ на убійство продолжается и послѣ перваго дѣянія, хотя, по мнѣнію субъекта, результатъ уже достигнутъ, какъ будто можно еще желать осуществленія того, что уже достигнуто; выходило, что умыселъ переживалъ свой собственный конецъ. Въ дѣйствительности, если субъектъ былъ увѣренъ въ томъ, что смерть уже послѣдовала, нѣтъ единства субъективнаго настроенія, связывающаго въ одно цѣлое оба акта, которые поэтому должны быть обсуждаемы каждый отдѣльно; въ такомъ случаѣ первое дѣяніе есть покушеніе на убійство, вообще на умышленный деликтъ, а второе—неосторожное лишеніе жизни, если ошибка субъекта была неизвинительна (см. ниже): такъ, напримѣръ, когда ударъ, оглушившій другого, нанесенъ въ порывѣ раздраженія, нанесшій ударъ испуганъ случившимся, принимаетъ мѣры къ оживленію и, придя къ выводу, что дѣло непоправимо, скрываетъ мнимый трупъ въ какомъ-либо ящикѣ, гдѣ оглушенный погибаетъ отъ недостатка воздуха, или когда раскаявшійся отравитель даетъ противоядіе, но по незнанію такое, что именно оно причиняетъ смерть, тогда какъ данная прежде доза яда была для этого недостаточна. Часто однако второе дѣяніе, хотя и имѣетъ цѣлью сокрытіе слѣдовъ преступленія, предпринимается съ представленіемъ о возможности наступленія результата именно отъ этого дѣянія, и увѣренности въ томъ, что онъ уже послѣдовалъ, нѣтъ; тогда второе дѣяніе сопровождается первоначальнымъ умысломъ и направлено на достиженіе и этого результата, а не только на сокрытіе слѣдовъ, можетъ быть разсматриваемо, какъ продолженіе перваго, и составляетъ оконченное умышленное преступленіе.

Ошибка въ правѣ.

III. Ошибка въ правѣ, т. е. *невѣдѣнье запрещенности дѣянія правомъ, не исключаетъ вмѣненія въ умыселъ, согласно взгляду, господствовавшему до послѣдняго времени* и принятому въ положительномъ правѣ, — *„eror ejuris nocet“*. Такъ и ст. 95 Осн. зак. Россіи: «никто не можетъ отговариваться невѣдѣньемъ закона». Даже тѣ ученые, которые находятъ, что для умысла необходимо знаніе противозаконности дѣянія, иногда не допускаютъ ссылки на невѣдѣнье запрещенности и признаютъ дѣяніе умышленнымъ деликтомъ, создавая пресумцію, не подлежащую оспариванью, praesumptio juris et de jure, что законы извѣстны всякому, живущему въ государствѣ, такъ какъ они публикуются и доходятъ до свѣдѣнья каждаго самыми разнообразными путями. Въ основѣ положенія «error juris nocet» лежитъ, съ одной стороны, опасеніе подорвать значеніе правовыхъ нормъ признаніемъ противоположнаго принципа и установить какъ-бы премію безнаказанности для тѣхъ, кто не интересуется велѣніями права, пренебрегаетъ ознакомленіемъ съ ними, съ другой стороны — убѣжденіе, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ ссылка на ошибку въ правѣ окажется простой отговоркой, такъ какъ правовыя нормы живутъ въ сознаніи населенія независимо отъ обнародованія ихъ и дѣйствительнаго ознакомленія и такъ какъ онѣ лишь санкціонируютъ тѣ запреты или велѣнія, которые встрѣчаются уже въ религіи, нравственности, нравахъ общества, познаются въ семьѣ, въ церкви, въ школѣ, при различныхъ формахъ общенія съ другими и могутъ быть неизвѣстны развѣ только невмѣняемому.

Но эти основанія, нельзя не признать шаткими: утвержденіе, что обнародованіе законовъ обезпечиваетъ извѣстность ихъ населенію, легко опровергается множествомъ фактовъ, свидѣтельствующихъ о противномъ: подавляющая масса правовыхъ нормъ, регулирующихъ разнообразныя отношенія, которыя возникаютъ въ сложномъ общественномъ организмѣ нашего времени, не доходитъ до свѣдѣнья всѣхъ и каждаго и ставитъ въ затрудненіе даже юристовъ; отъ ошибокъ въ правѣ не застрахованы и судьи, что подтверждается всякой отмѣной рѣшенія низшей инстанціи высшею, по неправильному примѣненію закона. Запретовъ и велѣній, которые представляются общими для права и для другихъ соціальныхъ нормъ, сравнительно немного, а большинство импе-

ративовъ можетъ быть познаваемо только изъ закона. Не говоря уже о массѣ мелкихъ деликтовъ: наказуемыхъ нарушеній различнаго рода уставовъ, обязательныхъ постановленій и т. п., бываютъ болѣе важные деликты, въ которыхъ вредоносность, антисоціальность, антиморальность дѣянія не выступаетъ съ достаточной опредѣленностью или вообще, или въ обстановкѣ даннаго конкретнаго случая. Изъ какихъ другихъ нормъ, кромѣ правовыхъ или даже уголовно-правовыхъ, явствуетъ, что нельзя стрѣлять въ догонку убѣгающему вору, или задерживать вещи не уплатившаго постояльца? Такимъ образомъ скорѣе *слѣдуетъ признать за невѣдѣньемъ запрещенности дѣянія правомъ значеніе исключающаго умыселъ обстоятельства* (такъ Биндингъ, Белингъ, Фингеръ, Таганцевъ, Эткеръ). Непротиворѣчіе дѣянія этико-соціальнымъ нормамъ или отсутствіе въ немъ вреднаго характера можетъ служить только однимъ изъ доказательствъ, что ссылка обвиняемаго на error juris не есть пустая отговорка.

Это положеніе объ исключающемъ вмѣненіе въ умыселъ значеніи ошибки относительно запрещенности дѣянія правомъ должно быть распространено и на невѣдѣнье объема исключеній изъ правового запрета, т. е. на случаи, въ которыхъ субъектъ полагалъ, что данныя обстоятельства устраняютъ противоправность дѣянія: напр., онъ полагалъ, что выстрѣлъ въ догонку убѣгающему вору оправдывается обороной, или, что дозволено ускорить смерть тяжко страдающаго больного по его просьбѣ, тогда какъ наше Ул. о нак. караетъ такія дѣянія (см. ниже).

Напротивъ, такъ какъ правильная субсумція не относится къ элементамъ умысла, этого рода ошибка его не устраняетъ.

Нѣкоторые ученые при невѣдѣньи запрещенности находятъ возможнымъ вмѣненіе дѣянія въ неосторожность, если субъектъ могъ узнать о существованіи запрета. Но возможность узнать на практикѣ окажется равносильной дѣйствительному знанію, такъ какъ доказываніе error juris сводится именно къ невозможности узнать, и, если ея не установятъ, а напротивъ установятъ возможность, то судъ просто отвергнетъ ссылку на ошибку, какъ не заслуживающую довѣрія.

Нѣтъ основанія разграничивать ошибку въ правѣ уголовномъ и въ правѣ неуголовномъ (Итал. ул.) и придавать оправдывающее значеніе второй, но не первой (сходно германская практика). Такимъ образомъ не имѣетъ значенія ссылка обвиняемаго на невѣдѣнье запрета двоебрачія или запрета уплаты монетой, изъятой изъ обраще-

нія, но исключаетъ умыселъ ошибка обвиняемаго относительно дѣйствительности перваго брака (error juris civilis или canonici), или невѣдѣнье распоряженія власти или закона, которымъ отмѣнено обращеніе данной монеты. Но для наличности вины это различіе несущественно: все-равно субъектъ считаетъ дѣяніе не запрещеннымъ; ссылка на error juris non criminalis только скорѣе внушитъ довѣріе суду.

Въ послѣднее время измѣненіе взгляда на значеніе error juris наблюдается и въ положительномъ правѣ: исключеніе допущено во Франціи для полицейскихъ нарушеній: если со дня обнародованія нормы до совершенія деликта прошло не болѣе трехъ дней, разрѣшается ссылка на невѣдѣнье ея. *Норвежское* уложеніе при ошибкѣ въ правѣ *предоставляетъ суду смягчить наказаніе или оправдать обвиняемаго; смягченіе предоставляетъ суду и японское улож.*

X. Формы проявленія вины (продолженіе). Неосторожность.

Опредѣленіе. I. *Неосторожность есть такое проявленіе настроенія дѣйствующаго субъекта, при которомъ онъ представляетъ себѣ возможность наступленія преступнаго результата, но легкомысленно расчитываетъ на его предотвращеніе (luxuria, преступное легкомысліе, или самонадѣянность), или же также, согласно господствующему ученію,—при которомъ онъ не представляетъ себѣ результата, хотя могъ и долженъ былъ его предвидѣть (negligentia, небрежность, несознаваемая неосторожность).* Примѣръ luxuria: искусный стрѣлокъ въ циркѣ сбиваетъ съ головы партнера выстрѣломъ различные мелкіе предметы; одинъ разъ это не удается и пуля убиваетъ партнера; примѣръ *negligentia*: кто-либо, уходя изъ дома, забываетъ потушить свѣчу, горящую вблизи тюлевой занавѣски, и закрыть окно; порывъ вѣтра раздуваетъ пламя, и происходитъ пожаръ.

Иногда неосторожность опредѣляется какъ непредвидѣнье послѣдствія, при возможности его предвидѣнья (такъ Листъ и теорія представленія). Это опредѣленіе неточно, поскольку касается luxuria: при послѣдней непредвидѣнье можно понимать только въ томъ смыслѣ, что субъектъ, представляя себѣ возможность результата вообще, in abstracto, при данныхъ

условіяхъ, in concreto увѣренъ, что эта возможность устранена принятыми мѣрами, «говоритъ себѣ, что результатъ въ данномъ случаѣ не наступитъ» (Листъ).

Сущность вины при неосторожности.

II.—1. *Вина при luxuria* заключается въ томъ, что представленіе о возможности преступнаго результата не отклоняетъ отъ совершенія дѣянія, и субъектъ не даетъ себѣ труда лучше взвѣсить всѣ обстоятельства и шансы неудачи, проявляя *недостатокъ интереса къ чужому благу*, вслѣдствіе легкомыслія, удальства, хвастливости, эгоизма, каприза, скупости и т. п.

Гораздо болѣе спорнымъ представляется вопросъ, въ чемъ заключается вина *при negligentia. Согласно господствующему мнѣнію*, начало котораго восходитъ къ Фейербаху, *вина* здѣсь состоитъ *въ томъ, что субъектъ не сдѣлалъ надлежащаго употребленія изъ своихъ духовныхъ силъ*, которое позволило бы ему предусмотрѣть запрещенный результатъ и отказаться отъ дѣянія. Только тогда, когда, и при всемъ напряженіи своихъ духовныхъ силъ, онъ не могъ бы предвидѣть результатъ, благодаря низшему уровню своего развитія, результатъ не подлежитъ вмѣненію въ неосторожную вину, ибо «ultra posse nemo tenetur»; результатъ представляется тогда случайнымъ.

Субъективный и объективный масштабъ предвидимости.

2. Такимъ образомъ, *устанавливается субъективный масштабъ предвидимости: неосторожность признается лишь тогда, когда именно данный субъектъ могъ бы предвидѣть результатъ. Объективная мѣра* предвидимости предлагается, какъ *граница* требуемой отъ личности *предусмотрительности: послѣдняя не должна идти дальше той черты, которая намѣчается опытомъ, правилами профессіи*, различными нормами полицейскаго характера, вообще *гражданскимъ оборотомъ*: это предусмотрительность средняго гражданина, diligentia boni patris familias, мѣняющаяся, впрочемъ, въ зависимости отъ принадлежности лица къ тому или другому кругу: эта степень выше для лица, принадлежащаго къ категоріи спеціалистовъ даннаго дѣла, ниже для обыкновеннаго гражданина. *При соблюденіи той степени предусмотрительности, которая диктуется объективнымъ масштабомъ, личность не отвѣчаетъ за причиненный вредъ, хотя бы она и могла его предвидѣть*, возвышаясь надъ среднимъ уровнемъ. Это ограниченіе при-

знается важнымъ потому, что безъ него, при особенной предусмотрительности, граничащей съ мнительностью, къ категоріи предвидимыхъ можно было бы отнести и такія послѣдствія, которыя иногда сопровождаютъ самыя нормальныя, обыденныя человѣческія дѣйствія; каждое изъ нихъ таило бы въ себѣ элементъ неосторожности, и ни одно не могло бы быть предпринято безъ риска подвергнуться отвѣтственности, что должно было бы привести къ полной инертности: такъ, производящій постройку, проводящій тоннель, эксплоатирующій фабрику, хирургъ, оперирующій больного, можетъ представлять себѣ извѣстную вѣроятность гибели одного или нѣсколькихъ рабочихъ, смерть паціента или какой-либо другой вредъ въ результатѣ такой дѣятельности, тѣмъ не менѣе, если проявлена заботливость, требуемая оборотомъ, или правилами техники, или указываемая нормами объ огражденіи жизни и здоровья рабочихъ, вредъ, если бы онъ дѣйствительно наступилъ, не подлежитъ вмѣненію въ неосторожность.

Иногда однако *объективный масштабъ* служитъ и къ расширенію отвѣтственности: неосторожность признается при непримѣненіи степени предусмотрительности, указываемой правилами данной профессіи или должности или спеціальными правовыми нормами, напр. полицейскими, независимо отъ того, могло ли это требованіе соблюсти *лицо, занимающее должность, отправляющее данное занятіе*, при своихъ индивидуальныхъ особенностяхъ. Вопросъ, могло ли именно оно предвидѣть результатъ, представляется такимъ образомъ излишнимъ; достаточно, что оно должно было его предвидѣть. Такъ Таганцевъ, французская, итальянская и австрійская практика и наше Уг. Ул. Согласно 48 ст. *Уголъ-Уложе.*, ч. 2: «Преступное дѣяніе почитается неосторожнымъ не только, когда виновный его не предвидѣлъ, но могъ *или* долженъ былъ оное предвидѣть; но также, когда онъ, хотя и предвидѣлъ наступленіе послѣдствія, обусловливающаго преступность сего дѣянія, но легкомысленно предполагалъ такое послѣдствіе предотвратить». Между тѣмъ примѣненіе объективнаго масштаба, какъ *границы* требуемой предусмотрительности, приводитъ къ формулѣ «*и* (*а не «или»*) долженъ былъ предвидѣть». Въ этомъ послѣднемъ смыслѣ германская практика, германскій и швейцарскій проекты.

3. Есть однако криминалисты (Бернеръ, *Липманъ*, Баръ, *Колоколовъ*), которые стоятъ *за примѣненіе* вообще *одного объективнаго масштаба*, даже при оцѣнкѣ дѣянія неспеціалистовъ: неосторожность признается, если вообще результатъ можно было предвидѣть, ибо „право не должно понижать своихъ требованій до уровня тѣхъ, кто до нихъ не дорось, но должно возвысить такихъ людей до этихъ требованій". При такомъ взглядѣ, *субъектъ отвѣчаетъ* уже не за дефектъ воли, такъ какъ и при всемъ напряженіи своихъ духовныхъ силъ не могъ бы предвидѣть результатъ, а *за дефектъ разума*. Но въ неразвитіи или глупости нельзя усматривать вины, и репрессія получаетъ тогда характеръ скорѣе превентивной мѣры или *мѣры защиты*: она должна служить *memento* учинившему дѣяніе, урокомъ на будущее время (такъ уже въ началѣ XIX в. *Альмендингенъ*, нынѣ *Тости*). **Неосторожность, какъ интеллектуальный дефектъ.**

4. Но и господствующее ученіе не можетъ удовлетворительно обосновать отвѣтственность за результатъ при negligentia, въ зависимость отъ значенія котораго теорія и законодательства ставятъ размѣръ наказанія: каковъ бы результатъ ни былъ — смерть человѣка, или тѣлесное поврежденіе, или поврежденіе вещи, у субъекта не было представленія о немъ, напр., когда онъ забылъ потушить свѣчу (см. выше), и недостаточное употребленіе духовныхъ силъ остается одинаковымъ, вина одна и та же; она не измѣняется даже въ томъ случаѣ, если ни одинъ результатъ не послѣдовалъ, все обошлось благополучно; и, если придавать значеніе наступленію вреднаго послѣдствія, то это можно оправдывать только процессуальными соображеніями или точкой зрѣнія грубаго возмездія, считающагося съ причиненнымъ вредомъ больше, чѣмъ съ психическимъ отношеніемъ къ нему личности. Эта точка зрѣнія не можетъ быть поддерживаема; что же касается процессуальныхъ соображеній, то дѣйствительно ненаступленіе результата должно затруднить доказываніе неосторожности и можетъ оправдывать мнѣніе субъекта дѣянія, что результатъ и не могъ наступить и что совершеніе дѣянія ему нельзя ставить въ упрекъ. Но въ такомъ случаѣ наступленіе результата пріобрѣтаетъ значеніе объективнаго условія наказуемости (см. стр. 69), и степень вреда не должна отражаться на мѣрѣ наказанія. **Неудовлетворительность господствующей теоріи.**

5. *Всѣ попытки новѣйшей литературы привести въ связь настроеніе субъекта при negligentia съ опредѣленнымъ послѣдовавшимъ отъ дѣянія результатомъ нужно признать не удавшимися*, въ частности болѣе глубокую попытку Экснера: по Экснеру, вина коренится въ эмоціональной сферѣ личности: причиненіе вреда при не- **Новѣйшія попытки обоснованія неосторожной вины.**

осторожности вытекаетъ изъ недостатка интереса къ пострадавшему благу; субъектъ не думаетъ о послѣднемъ потому, что это благо недостаточно ему дорого, субъектъ цѣнитъ его слишкомъ низко. Это объясненіе не вяжется однако со случаями, въ которыхъ по небрежности причиненъ вредъ дорогому существу, напримѣръ, матерью своему ребенку, или же самому виновнику дѣянія. Близкіе нашему сердцу объекты вовсе не носятся передъ нашимъ умственнымъ взоромъ постоянно, и непоявленіе представленія о возможности вреда не должно непремѣнно корениться въ дефектѣ эмоціональномъ. Правда, Экснеръ готовъ отвергнуть неосторожность въ случаяхъ причиненія вреда близкому лицу или себѣ, или же въ такомъ причиненіи видѣть именно, недостаточный интересъ даже къ этимъ объектамъ, но едва ли такое утвержденіе соотвѣтствуетъ жизненнымъ фактамъ.

Литература знаетъ и другое обоснованіе вины при negligentia отступающее отъ господствующаго. Нѣкоторые (такъ уже *Штюбель*, нынѣ *Кольраушъ* и недавно *Сергѣевскій*) *усматриваютъ въ неосторожномъ деликтѣ умышленный деликтъ*, но *направленный* не на причиненіе вреда, а *на поставленіе въ опасность*, но въ такомъ случаѣ для признанія деликта оконченнымъ и для наказуемости было бы достаточно наступленія опасности, а наступленіе вреда и его размѣры были бы безразличны. Далѣе, и при luxuria нѣтъ у субъекта желанія создать опасность, и самое представленіе о ней не имѣетъ мотивирующаго вліянія: опасность именно не дооцѣнивается; при negligentia же субъектъ совсѣмъ не представляетъ себѣ опасности, и сведеніе *ея* къ умыслу поставленія въ опасность, не поддерживается ни Штюбелемъ, ни Кольраушемъ, а только — Сергѣевскимъ, исходящимъ изъ неправильнаго взгляда на опасность. Сергѣевскій относитъ къ опаснымъ дѣйствія, опасность которыхъ свидѣтельствуется вреднымъ результатомъ, между тѣмъ post factum нельзя говорить объ опасности: сужденіе о послѣдней умѣстно, пока еще результатъ не наступилъ; оно опирается только на часть фактовъ, извѣстную въ моментъ дѣянія: послѣднее можетъ быть признано опаснымъ, если на основаніи опыта вызываетъ подобные результаты, хотя бы въ данномъ случаѣ, благодаря нѣкоторымъ не принятымъ въ расчетъ обстоятельствамъ, результатъ не послѣдовалъ, и обратно—безопаснымъ, хотя бы онъ наступилъ. Сергѣевскій наказуемыми признаетъ изъ опасныхъ, по его мнѣнію, дѣяній только тѣ, при которыхъ была вѣроятность вреда, чтобы не стѣснить дѣятельность всѣхъ и каждаго. Но остальныя дѣянія должны быть признаны просто безопасными.

Въ послѣднее время выдвигается *точка зрѣнія, сводящая неосторожность къ дефекту характера* (такъ *Баръ*, по существу и *Экснеръ* и Тезаржъ), или къ асоціальному настроенію *(Листъ)* личности, къ ея соціальной непригодности (Краусъ), *или къ ея опасному состоянію (Флоріанъ, Анджіолини)*. Но эта точка зрѣнія не можетъ также связать отвѣтственность съ опредѣленнымъ результатомъ: каковъ бы онъ ни былъ, де-

фектъ характера остается однимъ и тѣмъ же: это, напримѣръ, та же разсѣянность или суетливость. Съ другой стороны, неосторожное дѣяніе типа negligentia можетъ быть совершено и лицомъ вообще внимательнымъ, соціально настроеннымъ и не лежать въ его характерѣ; такимъ образомъ наказаніе не опиралось бы ни на вину, ни на опасность субъекта, ни на его асоціальное настроеніе.

Negligentia de lege ferenda.

6. Въ дѣйствительности результатъ, причиненный вслѣдствіе несознаваемой неосторожности, не долженъ былъ бы подлежать вмѣненію въ вину и уголовной репрессіи (Тардъ, Пулія), даже, если признать возможность наказанія безъ вины по соображеніямъ практической пользы, какъ хотятъ нѣкоторые криминалисты (Кольраушъ): наказаніе не можетъ служить memento для того, кто совершилъ неосторожное дѣяніе, ибо при новомъ дѣяніи онъ все-же не будетъ сознавать тѣхъ чертъ его, съ которыми связывается вредное послѣдствіе и наказуемость. По той же причинѣ наказаніе не окажетъ и обще-превентивнаго вліянія. Исправленіе тѣхъ дефектовъ, которымъ такое неосторожное дѣяніе обязано своимъ происхожденіемъ, посредствомъ извѣстныхъ наукѣ и практикѣ карательныхъ пріемовъ недостижимо. Элиминація во многихъ случаяхъ неумѣстна, когда нѣтъ опаснаго состоянія личности; во многихъ другихъ—неосуществима: напр., продолжительное заключеніе за неосторожное дѣяніе, вытекающее изъ асоціальнаго настроенія или характера, противорѣчило бы справедливости и не давало бы гарантіи на то время, когда субъектъ снова окажется на свободѣ. Поскольку нельзя признать въ negligentia вины, наказаніе противорѣчило бы идеѣ возмездія, если только не принимать ее въ вульгарномъ, отжившемъ пониманіи (какъ Соваръ, Тости); нѣсколько мѣсяцевъ тюрьмы даже съ этой точки зрѣнія не могутъ дать удовлетворенія близкимъ погибшаго вслѣдствіе неосторожности или лицу, тяжко отъ нея пострадавшему. Не больше ли значенія слѣдуетъ придать нравственнымъ страданіямъ лица, причинившаго вредъ по неосторожности?

Правда, бываютъ случаи рѣзкой, грубой, бьющей въ глаза неосторожности, но они обыкновенно снова относятся къ luxuria: уже близкая вѣроятность результата свидѣтельствуетъ, что и у субъекта было представленіе по крайней мѣрѣ о нѣкоторой возможности вреда; если же такого пред-

стабленія не было и при этой обстановкѣ, то это слѣдуетъ приписать такому психическому состоянію личности временному или длящемуся (напр. испугу, крайнему невѣжеству), что возмездіе также было бы неумѣстнымъ, и могъ бы возникнуть вопросъ о невмѣняемости или объ уменьшенной вмѣняемости субъекта. На практикѣ уголовному преслѣдованію даютъ основаніе именно случаи грубой неосторожности, и ненаказуемость другихъ не должна вызывать существенныхъ отступленій отъ нынѣ принятаго въ законодательствахъ порядка. Въ теоріи и нынѣ часто защищаютъ репрессію negligentia, имѣя въ виду случаи, въ которыхъ не только была возможность предвидѣнья результата, но и дѣйствительное хотя бы и слабое представленіе о возможности послѣдняго, т. е. случаи luxuria (Г. Гроссъ), а въ примѣрахъ истинной negligentia, при субъективномъ масштабѣ и при принятіи въ расчетъ всѣхъ особенностей, напр.: волненія, переутомленія, отвергается самая неосторожность, усматривается случайное причиненіе вреда.

Но тамъ, гдѣ неосторожное дѣяніе или скорѣе большее число ихъ вскрываетъ длительный источникъ неосторожности, напр.: незнаніе, разсѣянность и при томъ въ области спеціальныхъ функцій, напр.: врачебныхъ, функцій шоффера и т. п., тамъ борьба съ «опаснымъ состояніемъ» личности можетъ осуществляться въ формѣ мѣръ соціальной защиты: состоять, напр., въ отнятіи разрѣшенія на оружіе, даннаго охотнику, на управленіе автомобилемъ, въ воспрещеніи врачебной практики и т. п. (такъ Анджіолини).

Условія наказуемости неосторожности въ положительномъ правѣ.

III. Въ Ул. о нак., какъ и почти во всѣхъ законодательствахъ, нѣтъ опредѣленія неосторожности. Что касается масштаба предвидимости, то изъ ст. 110 Ул. о нак. вытекаетъ признаніе субъективнаго масштаба: «когда вредныя послѣдствія не могли быть *имъ* легко предвидѣны», но и ст. 110 и 1468 (о неосторожномъ лишеніи жизни) смѣшиваютъ неосторожность со случаемъ: первая говоритъ и о такой неосторожности, что никакъ нельзя было ожидать и предполагать вредныхъ послѣдствій дѣянія, а ст. 1468 находитъ явно неосторожнымъ дѣяніе, отъ котораго нельзя было съ вѣроятностью ожидать вредныхъ послѣдствій.

Неосторожность разсматривается, какъ низшая сравнительно съ умысломъ *форма вины, вызывающая репрессію*

гораздо болѣе слабую и только въ случаяхъ, особо предусмотрѣнныхъ закономъ; исключеніе составляетъ только менѣе важная категорія деликтовъ — *нарушенія въ техническомъ смыслѣ*, проступки, по терминологіи нашего Угол. Уложен., при которыхъ признается достаточной наличность неосторожности для уголовной отвѣтственности и нюансы вины не дифференцируются. Напротивъ, наказуемость умышленныхъ деликтовъ не даетъ права распространять постановленія о нихъ на случаи совершенія тѣхъ же деликтовъ по неосторожности; такое совершеніе наказуемо только на основаніи спеціальныхъ статей особенной части кодекса. Эта мысль выражена и въ нашемъ правѣ, въ ст. 48 Угол. Улож.; изъ ст. 110 Улож. о нак. вытекаетъ, что наказаніе за преступленіе, учиненное по неосторожности («безъ намѣренія»), должно быть опредѣлено въ законѣ. Не составляетъ исключенія изъ этого принципа постановленіе 9-й ст. Уст. о нак., изъ котораго Сенатъ въ своихъ раннихъ рѣшеніяхъ дѣлалъ выводъ, что мировымъ судьямъ предоставляется опредѣлять выговоръ, замѣчаніе или внушеніе за любой изъ предусмотрѣнныхъ въ Уст. о нак. проступковъ, хотя бы онъ былъ совершенъ безъ умысла, а по неосторожности: напр., за присвоеніе; между тѣмъ ст. 9 говоритъ о «проступкахъ», совершенныхъ безъ намѣренья, а проступкомъ признается дѣяніе, предусмотрѣнное закономъ подъ страхомъ наказанія.

Наказаніе и его размѣры зависятъ отъ наступленія вреднаго послѣдствія и важности этого вреда: безрезультатное неосторожное дѣяніе не наказуемо или же наказуемо иногда, какъ delictum sui generis, какъ полицейское нарушеніе: напр., чрезмѣрно быстрая ѣзда по городскимъ улицамъ. Чѣмъ значительнѣе вредъ съ точки зрѣнія законодателя, тѣмъ наказаніе строже.

Многія преступныя дѣянія предполагаютъ умыселъ, наказуемы только при наличности послѣдняго; *неосторожное ихъ совершеніе непреступно* или логически немыслимо: таковы кража, мошенничество, растрата-присвоеніе, изнасилованье, бунтъ, измѣна и т. п. Количество неосторожныхъ преступныхъ дѣяній весьма ограниченно.

Не имѣетъ значенія для наказуемости, вопреки воззрѣнію старой доктрины, было ли дѣяніе, вызвавшее

запрещенный результатъ, само по себѣ недозволеннымъ. Этотъ моментъ играетъ еще роль въ Улож. о нак., вліяя на увеличеніе наказанія. Не принято нынѣ и подраздѣленіе неосторожности на грубую, culpa lata, и легкую, culpa levis, или граничащую со случаемъ—culpa levissima; хотя эти нюансы могутъ оказать вліяніе на выборъ мѣры наказанія судомъ въ предѣлахъ указанныхъ въ законѣ maximum'a и minimum'a, но законодательства особо этого не оговариваютъ. Впрочемъ, culpa levis указывается Улож. о нак., какъ смягчающее обстоятельство, на которое долженъ обратить вниманіе судъ; такое же значеніе придается мотиву неосторожнаго поведенія («когда подсудимый увлекался излишнею въ исполненіи возложенныхъ на него обязанностей ревностью», ст. 110).

С. Элементы преступленія (продолженіе). Объективная сторона его.

XI. Дѣяніе, упущеніе, причинная связь.

Дѣяніе и упущеніе.

I. Преступленіе съ внѣшней стороны представляетъ собою поведеніе, противорѣчащее требовательнымъ или запретительнымъ нормамъ права. Въ первомъ случаѣ поведеніе выражается въ неисполненіи опредѣленной правовой обязанности; это такъ наз. упущенія, delicta omissionis, напр: неприписка къ призывному участку, неявка врача по приглашенію тяжко больного. Нарушеніе запретительныхъ нормъ выражается въ положительномъ дѣйствіи, содѣяніи, т. е. въ извѣстномъ тѣлесномъ движеніи, являющемся продуктомъ воли. Во многихъ случаяхъ для нарушенія запрета достаточно одного дѣйствія безъ какого-бы то ни было чувственно воспріемлемаго послѣдствія—результата въ тѣсномъ смыслѣ, напр.,: при словесной обидѣ, кощунствѣ, непотребствѣ; во многихъ другихъ необходимо наступленіе опредѣленнаго послѣдствія: дѣйствіе должно произвести извѣстное измѣненіе вовнѣ, напр.: вызвать смерть при убійствѣ, пожаръ при поджогѣ.

При деликтахъ этой второй категоріи, или матеріальныхъ, между дѣйствіемъ и результатомъ должно существовать отношеніе причины и слѣдствія, причинная связь. Только при наличности ея результатъ можетъ быть отнесенъ къ дѣйствію даннаго лица, возможно такъ называемое объективное вмѣненіе (imputatio facti), и лишь послѣ того возникаетъ вопросъ о вмѣненіи результата въ вину, о субъективномъ вмѣненіи (imputatio juris).

Въ большинствѣ случаевъ вопросъ о существованіи причинной связи не возбуждаетъ сомнѣній (А. стрѣляетъ съ умысломъ на убійство въ В., пуля попадаетъ въ голову, и В. падаетъ мертвымъ), въ другихъ — рѣшеніе его осложняется: такъ, пуля попала В. въ руку, онъ обратилъ мало вниманія на пораненіе, продолжалъ работать, произошли нагноеніе, зараженіе крови и смерть В.; или врачъ перевязалъ рану грязнымъ бинтомъ, наступили тѣ же послѣдствія; или В. принужденъ былъ изъ-за раны отложить свой отъѣздъ и выѣхать позже другимъ поѣздомъ, при крушеніи котораго и погибъ.

Нѣкоторые изъ подобныхъ случаевъ интересовали уже римскихъ юристовъ, при разрѣшеніи вопроса о гражданской отвѣтственности за причиненный вредъ, согласно lex Aquilia, и особенно средневѣковую и позднѣйшую юриспруденцію. Отчасти подъ вліяніемъ желанія сократить примѣненіе смертной казни за убійство, устанавливались правила, ограничивающія отвѣтственность за причиненіе смерти случаями, когда она наступила не позже, какъ черезъ опредѣленный срокъ послѣ посягательства; создавалась пресумція, что наступленіе смерти по истеченіи срока нельзя отнести къ причиненному поврежденію*) Въ XVI, XVII, XVIII в. требовали, чтобы дѣяніе было такого рода, что результатъ долженъ былъ наступить *необходимо*; если его можно было предотвратить медицинской помощью, отвергалась причинная связь пораненія и смерти. Устанавливалось различіе между ранами, абсолютно смертельными (letalitas absoluta) и относительно (l. relativa), т.-е. способными вызвать смерть въ связи съ другими обстоятельствами, напр. слабымъ тѣлосложеніемъ раненнаго. Противъ этого ученія выступили Штюбель и Фейербахъ.

Теорія «conditio sine qua non».

II.—1. Вопросъ о наличности *въ* такихъ и другихъ, болѣе *сложныхъ случаяхъ* причинной связи разрѣшается въ наукѣ различно: *одни, различая между условіемъ и причиной, эту связь отвергаютъ, другіе, считая всѣ условія съ точки зрѣнія*

*) Но и у постглоссаторовъ имѣла значеніе не только непосредственная причина, и признавалось, что „causa causae est causa causati“.

ихъ причинности равнозначащими, признаютъ ее—теорія „conditio sine qua non“, выдвинутая *Бури*, дополненная *Листомъ* и насчитывающая много сторонниковъ. Согласно этой теоріи, *каждое условіе одинаково необходимо для наступленія даннаго результата, и, если дѣйствіе человѣка было необходимымъ условіемъ, если, при мысленномъ исключеніи его изъ ряда остальныхъ условій, результатъ бы не послѣдовалъ или же послѣдовалъ бы иначе, то этого достаточно для признанія объективной связи послѣдняго съ этимъ дѣйствіемъ, которую можно назвать причинной связью.* Такъ, если исключить пораненіе В., то смерть его не наступитъ въ то же время и при тѣхъ конкретныхъ особенностяхъ, которыя даны въ выше указанныхъ примѣрахъ—зараженіе при перевязкѣ, гибель при желѣзнодорожной катастрофѣ и т. п.; но, допустимъ, В. отложилъ свой отъѣздъ не изъ-за пораненія, послѣднее тогда не находится въ причинной связи съ его смертью при крушеніи поѣзда.

Причинность и вмѣненіе въ вину.

2. *Изъ признанія причинной связи не слѣдуетъ однако, что результатъ всегда вмѣняется въ вину;* это вмѣненіе предполагаетъ кромѣ причинной связи еще наличность умысла или неосторожности въ отношеніи такого результата, и, если ихъ въ данномъ случаѣ нельзя констатировать, результатъ не вмѣняется. Такимъ образомъ практически обѣ точки зрѣнія приводятъ къ почти (ср. ниже) тождественнымъ результатамъ: такъ, А. отвѣчаетъ только за покушеніе на убійство въ этихъ случаяхъ, а не за оконченное убійство, все равно, отвергнемъ ли мы причинную связь между выстрѣломъ и смертью В., или же, не отрицая ея, не найдемъ возможнымъ смерть В. вмѣнить въ умышленную вину А. на томъ основаніи, что здѣсь было существенное несовпаденіе дѣйствительной причинной связи съ тою, которую намѣтилъ А., существенная ошибка его относительно теченія причинности.

Несостоятельность возраженій.

3. Поэтому часто приводимое противъ этой теоріи возраженіе, будто она безгранично расширяетъ отвѣтственность, нельзя признать основательнымъ, если только умыселъ понимать въ томъ смыслѣ, какъ въ настоящемъ трудѣ, и не игнорировать различія между осуществленіемъ умысла и исполненіемъ пожеланія. Несостоятельно и другое возраженіе, заключающееся въ томъ, что, если причина сумма цѣлаго ряда условій, то одно изъ условій не можетъ быть признано причиной. Это возраженіе бьетъ дальше цѣли, такъ какъ *дѣйствіе человѣка* всегда только одно изъ слагаемыхъ и въ сущности *никогда не можетъ*

быть болѣе, чѣмъ условіемъ, никогда не можетъ быть причиной: если при выстрѣлѣ А. въ В. пуля попала въ високъ и уложила В. на мѣстѣ, то дѣйствіе А.—нажатіе курка—само по себѣ не вызвало смерти В., необходимо было содѣйствіе другихъ условій: воспламененіе пороха, развитіе газовъ въ дулѣ оружія, положеніе принятое В. въ моментъ выстрѣла, разрушеніе тканей и патологическіе процессы въ организмѣ потерпѣвшаго. Поэтому требованіе, чтобы дѣйствіе человѣка было причиной результата, привело бы къ безнаказанности какого-бы то ни было, даже самаго очевиднаго преступленія.

Можетъ возникнуть вопросъ, чѣмъ руководствоваться при выборѣ условія, съ которымъ мы ставимъ результатъ въ связь. Почему не поставить его въ связь не съ дѣяніемъ, а съ другимъ условіемъ, напр.: съ поворотомъ головы В. въ моментъ выстрѣла, съ болѣзненнымъ состояніемъ В., на почвѣ котораго пуля вызвала нагноеніе, съ размывомъ желѣзнодорожной насыпи? *Выборъ условія зависитъ отъ точки зрѣнія изслѣдователя, отъ цѣли, ради которой изслѣдованіе производится:* отношеніе между смертью В. и его патологическими особенностями можетъ имѣть значеніе для медицинскаго изслѣдованія, для юридическаго же важно отысканіе такого условія, съ которымъ можно связать отвѣтственность, а эта связь мыслима только въ томъ случаѣ, если условіе есть дѣйствіе человѣка.

Такимъ образомъ *теорія conditio sine qua non не приводитъ къ regressus in infinitum*, какъ возражаютъ многіе ея противники, къ отысканію въ прошломъ тѣхъ условій, безъ которыхъ не могли бы существовать интересующія насъ, далѣе—тѣхъ, которыя вызвали эти предыдущія условія и т. д. до безконечности, *напр.: къ установленію причинной связи преступнаго результата съ рожденіемъ преступника или съ фабрикаціей или продажей орудія,* которымъ учинено преступное дѣяніе; но при многихъ условіяхъ невозможность вины настолько ясна, что приведеніе въ связь съ ними даннаго результата совершенно безразлично для отвѣтственности, и вопросъ объ этой связи совсѣмъ не возникаетъ: такъ, уже сразу очевидно, что ни родители преступника, ни фабрикантъ, ни продавецъ оружія не могутъ быть отвѣтственными за совершенное убійство, такъ какъ въ ихъ дѣйствіяхъ (рожденіе даже не дѣйствіе, не произвольный актъ, а событіе) нѣтъ ни dolus, ни culpa въ отношеніи даннаго лишенія жизни. Но стоитъ измѣнить примѣръ, и положеніе мѣняется: если фабрикантъ изготовилъ адскую машину или продавецъ продалъ револьверъ для совершенія такимъ путемъ опредѣленнаго преступленія, то вопросъ о причинной связи ихъ дѣйствій и этого результата уже не представляется праздным, ибо, при утвердительномъ отвѣтѣ и при установленіи умысла, они также подлежатъ отвѣтственности.

Такой взглядъ на причинную связь не только *соотвѣтствуетъ пониманію ея въ логикѣ (Джонъ Стюартъ Миллъ)*, но и въ практическомъ отношеніи представляетъ несомнѣнное преимущество: всѣ другія теоріи тщетно стараются выдѣлить изъ массы условій результата такое (условіе *κατ' ἐξοχήν)*, которое можно было бы признать причиной послѣдняго, и принуждены или прибѣгать къ искусственнымъ пріемамъ, чтобы устранить непріемлемые выводы, или сходить съ почвы объективной причинности въ сторону субъективнаго представленія о ней лица, совершившаго дѣяніе, или загромождать ученіе казуистикой, тогда какъ вопросъ о причинной связи разрѣшимъ весьма просто, и, если есть затрудненіе, то въ разрѣшеніи другого вопроса: при какомъ отклоненіи причинности дѣйствительной отъ намѣченной преступникомъ результатъ вмѣнимъ ему въ вину? Этотъ вопросъ принадлежитъ къ субъективной сторонѣ дѣянія и тамъ получаетъ болѣе ясное и вмѣстѣ краткое разрѣшеніе (см. выше, стр. 113).

Преступленія, квалифицированныя въ виду послѣдствій.

4. Болѣе серіозное возраженіе противъ теоріи «conditio sine qua non» вытекаетъ изъ существованія *преступленій, квалифицированныхъ послѣдствіями.* Законодательства иногда усиливаютъ наказаніе за нѣкоторыя преступныя дѣянія, если ихъ послѣдствіе оказывается болѣе тяжкимъ, чѣмъ желалъ или даже чѣмъ могъ предвидѣть субъектъ, совершившій это дѣяніе: такъ, если умыселъ былъ направленъ на легкіе побои, или на причиненіе раны, или на изнасилованье, но послѣдствіемъ такого дѣянія была смерть избитаго, раненнаго или изнасилованной, наказаніе увеличивается, при чемъ *достаточно объективной причинной связи основного дѣянія (побоевъ* и т. д.) *и смерти*—1464; 1484; 1490; 1527 ст. Ул. о нак. *Здѣсь ограниченіе отвѣтственности, на основаніи началъ для dolus и culpa, невозможно* потому, что законодатель не считается съ ихъ отсутствіемъ; поэтому, *по теоріи conditio sine qua non, указанное усиленіе репрессіи примѣнялось бы при самой отдаленной связи болѣе тяжкаго результата съ дѣяніемъ:* приходилось бы признать причинную связь и усилить наказаніе и тогда, когда, напр., изнасилованная, не перенеся позора, утопилась (случай изъ австрійской практики), или, когда легкій ударъ пришелся по головѣ послѣ недавней операціи черепа и послѣдовало воспаленіе мозга и смерть; но,

если такой выводъ представляется несправедливымъ, то это, конечно, недостатокъ не теоріи Бури-Листа, а подобныхъ постановленій закона, отступающихъ здѣсь отъ принципа отвѣтственности только за виновное причиненіе. *Этотъ недостатокъ*, имѣющій корни въ пресумціяхъ устарѣлыхъ кодексовъ, *долженъ исчезнуть съ замѣной этихъ постановленій другими, по образцу новѣйшихъ проектовъ и Норвежскаго кодекса (§ 43), вводящихъ для усиленія отвѣтственности требованіе неосторожности въ отношеніи болѣе тяжелаго результата*: наказаніе за легкіе побои увеличивается тогда лишь, когда наносящій ихъ могъ предвидѣть смертельный исходъ, зная, напримѣръ, что противникъ недавно оперированъ и имѣя возможность оцѣнить это обстоятельство. *De lege lata* указанное распространеніе усиленной отвѣтственности также устраняется большинствомъ криминалистовъ на томъ основаніи, что законодатель или именно при этихъ деликтахъ (Франкъ), или же вообще (Альфельдъ, Бирлингъ) понимаетъ причинную связь въ болѣе ограниченномъ, житейскомъ смыслѣ и имѣетъ въ виду усиленіе репрессіи только при такомъ болѣе тяжкомъ, чѣмъ хотѣлъ субъектъ, послѣдствіи, которое *обычно* сопровождаетъ такія дѣянія, а не является исключительнымъ. Этимъ объясняется, что законъ увеличиваетъ наказаніе при наступленіи смерти въ случаѣ совершенія дѣяній, связанныхъ съ насиліемъ надъ личностью, и ничего не упоминаетъ о смерти, какъ послѣдствіи такого деликта, какъ растрата, хотя, какъ рѣдкое исключеніе, послѣдняя также можетъ имѣть послѣдствіемъ смерть лица, бывшаго жертвой растраты. *Причинная связь исключительная, не типическая не принимается въ расчетъ.* Это положеніе служитъ исходной точкой для теоріи адекватной, типической причинности, конкуррирующей въ настоящее время съ теоріей conditio sine qua non.

Причинная связь при нѣсколькихъ дѣяніяхъ умышленныхъ.

III.—1. Принимая теорію conditio sine qua non, необходимо подчеркнуть, что она *не препятствуетъ признанію причинной связи результата съ двумя или нѣсколькими дѣяніями*, поскольку каждое изъ нихъ является такимъ (необходимымъ) условіемъ; и результатъ можетъ быть вмѣненъ въ вину каждому изъ лицъ, совершившихъ такое дѣяніе, если можно констатировать и субъективныя условія вмѣненія, т. е. наличность dolus или culpa: такъ, напримѣръ, А., съ умысломъ

убитъ В., стрѣляетъ въ него и причиняетъ легкую рану въ ногу; В. остается нѣкоторое время въ лѣсу, гдѣ, пользуясь его безпомощнымъ положеніемъ и трудностью для него сопротивленія, его убиваетъ бродяга; или же при перевязкѣ врачъ накладываетъ на рану грязный бинтъ, происходитъ зараженіе крови и смерть В.; причинная связь есть между дѣяніями А., бродяги, а во второмъ случаѣ—врача, и смертью В., но она не вмѣнима А. въ умыселъ (см. выше объ ошибкѣ относительно развитія причинности), онъ виновенъ только въ покушеніи на убійство; смерть В. вмѣнима бродягѣ въ умыселъ, врачу въ неосторожность. Если бы А. сговорился съ бродягой, то смерть В. была бы вмѣнима А. въ умыселъ (не было бы его ошибки въ причинности: на дѣйствіе бродяги онъ бы прямо расчитывалъ), и А. былъ бы соучастникомъ въ оконченномъ умышленномъ убійствѣ.

Вопросъ о перерывѣ причинности

2. Нѣкоторые ученые, отчасти только на почвѣ дѣйствующаго законодательства о соучастіи, находятъ, что присоединяющееся умышленное дѣяніе другого лица прерываетъ причинную связь между результатомъ и первымъ дѣяніемъ, которое разсматривается только, какъ поводъ или условіе, въ отличіе отъ причины, какой является только второе дѣяніе. Ученіе о перерывѣ причинности особенно поддерживается въ русской литературѣ Н. С. Таганцевымъ, впрочемъ именно не при соучастіи. Но понятіе прерванной причинности есть contradictio in adjecto; въ частности утвержденіе, что умышленное дѣяніе другого лица прерываетъ причинность, часто противорѣчитъ фактамъ, напр.: бродягѣ удается убійство В. только вслѣдствіе полученной имъ раньше раны (см. выше), если при соучастіи умышленное дѣяніе оказывается уже не прерывающимъ причинности, то это объясняется желаніемъ сохранить отвѣтственность А. за смерть В., но дѣяніе А. представляетъ собою необходимое условіе послѣдней въ обоихъ случаяхъ; различіе только въ томъ, что при соучастіи А. знаетъ о послѣдующемъ дѣяніи бродяги, и не знаетъ, если не было уговора съ нимъ; этотъ субъективный моментъ отражается не на самой причинности, а на представленіи А. о томъ, какъ она будетъ развиваться.

ричинность при двухъ неосторожныхъ дѣяніяхъ.

3. При стеченіи двухъ неосторожныхъ дѣяній, причинная связь можетъ быть между результатомъ и каждымъ изъ нихъ: такъ, А. держитъ пари съ В., что выпьетъ сразу бутыль водки, выпиваетъ и падаетъ мертвымъ; или D. отправляетъ оружейному мастеру ружье для починки, не разрядивъ его, полагаясь на то, что мастеръ самъ обратитъ на это вниманіе; но послѣдній, не убѣдившись въ томъ, что ружье не заряжено, при демонстрированіи системы ружья убиваетъ знакомаго. Причинная связь существуетъ между дѣйствіями А., В., D.,

мастера и смертью, результатъ вмѣнимъ въ неосторожность В. (такъ француз. и итальян. практика), а во второмъ примѣрѣ D. и мастеру (luxuria). Въ этомъ смыслѣ можно признать правильнымъ положеніе, что *въ уголовномъ правѣ непримѣнимъ зачетъ неосторожности (compensatio culpae)*, согласно которому послѣдующая неосторожность исключаетъ предшествующую. *Но, если послѣдующая неосторожность была грубая, то возможно, что результатъ окажется невмѣнимымъ первому изъ дѣйствующихъ субъектовъ*, такъ какъ даннаго теченія причинности онъ не могъ предвидѣть. Такъ, когда кондукторъ плохо закрылъ дверцы купэ, вслѣдствіе чего мальчикъ выпалъ изъ вагона поѣзда, онъ отвѣчаетъ за смерть или увѣчье, полученное мальчикомъ, но не за смерть его отца, который соскочилъ съ поѣзда на ходу въ страхѣ за судьбу сына и попалъ подъ вагонъ *).

Теорія адекватной причинности.

IV. Изъ теорій, старающихся разграничить просто условіе (или поводъ) и причину, сохраняетъ значеніе въ настоящее время *теорія адекватной причинности, выдвинутая Кризомъ* (субъективный оттѣнокъ) и Рюмелиномъ (объективный оттѣнокъ), принимаемая съ модификаціями и многими другими (Трегеръ, Баръ, Липманъ, Гиппель): для отграниченія причины отъ всякаго другого условія (повода) примѣняютъ обобщающую точку зрѣнія: *лишь такое условіе—причина, которое* не только въ данномъ случаѣ, но *вообще вызываетъ подобные результаты, которое способно повлечь ихъ, имъ адекватно*. Это *ученіе о типической причинности*, какъ указано, весьма удобно для рѣшенія вопроса о причинной связи при преступленіяхъ, квалифицированныхъ послѣдствіями, не позволяя усиливать наказаніе въ случаяхъ атипическихъ, исключительныхъ. Но зато въ чистомъ своемъ видѣ *эта теорія должна привести къ безнаказанности наиболѣе тонко задуманныхъ и выполненныхъ преступленій, когда преступникъ, располагая какими-либо особыми свѣдѣніями въ области фактовъ (онтологическое знаніе) или въ области дѣйствія силъ природы, ея законовъ (номологическое знаніе), намѣтилъ и затѣмъ выполнилъ такой планъ совершенія преступнаго дѣянія, что причиненіе представляется исключительнымъ, инадекватнымъ, атипическимъ*. Несмотря на

*) Случай изъ итальянской практики; рѣшеніе вмѣнило кондуктору смерть отца въ неосторожность.

полное совпаденіе задуманнаго съ осуществленнымъ, несмотря на наличность умысла, пришлось бы отвергнуть отвѣтственность, можетъ быть, особенно опаснаго преступника, *такъ какъ* между созданнымъ имъ условіемъ и достигнутымъ результатомъ *не было бы причинной* связи: такъ, если бы А. нанесъ В. легкій ударъ по головѣ, вообще неспособный вызвать смерть, но вызвавшій ее въ данномъ случаѣ, вслѣдствіе недавняго воспаленія мозга или перенесенной трепанаціи черепа, то ударъ не былъ бы причиной смерти В., не будучи адекватнымъ условіемъ, и если бы даже въ планъ убійства, составленный А., входило использовать для достиженія цѣли эту особенность случая, чтобы отдѣлаться легкимъ наказаніемъ, А. все-таки нельзя было бы подвергнуть отвѣтственности за оконченное умышленное убійство. Иногда преступникъ совсѣмъ ускользнулъ бы отъ наказанія, напр.: кто-либо, зная, что непріятель разбросалъ у берега мины и что это пока другимъ неизвѣстно, немедленно отправляетъ въ море свой застрахованный отъ случайностей воіны пароходъ, который при выходѣ изъ порта и гибнетъ, натолкнувшись на мину. *Случаи примѣненія психическихъ средствъ* для причиненія физическаго вреда, напр. смерти посредствомъ испуга, признаваемые большинствомъ криминалистовъ и представителями судебной медицины юридически равнозначащими со случаями физическаго причиненія, подходящими, напр., подъ понятіе убійства, *должны быть отнесены къ инадекватнымъ* и слѣдовательно вести къ безнаказанности.

Для того, чтобы устранить это возраженіе, представители адекватной теоріи принуждены вносить различные коррективы, при чемъ незамѣтно для себя они уходятъ отъ основанія теоріи и то сближаются съ ученіемъ conditio sine qua non, то вносятъ въ ученіе объ объективной причинности элементы субъективной виновности. То или другое рѣшеніе проблемы зависитъ отъ степени обобщенія: слишкомъ широкое обобщеніе оставляетъ вопросъ о причинной связи открытымъ: даже въ простѣйшихъ примѣрахъ необходимо положить въ основу сужденія о способности условія а. вызывать результаты b. нѣкоторыя конкретныя обстоятельства: такъ, на вопросъ, вызываютъ ли выстрѣлы смерть, можно дать утвердительный отвѣтъ только, если добавить, что выстрѣлъ произведенъ на такомъ-то разстояніи, изъ такого-то

оружія, направленъ въ живое существо; и даже этого недостаточно: самъ результатъ долженъ быть конкретизованъ: вопросъ долженъ быть поставленъ такъ: можетъ ли такой выстрѣлъ вызвать смерть отъ разрушенія организма пулей, ибо на вопросъ, можетъ ли смерть отъ выстрѣла послѣдовать и въ случаѣ промаха, напр., благодаря испугу, утвердительный отвѣтъ предполагаетъ еще одно условіе — что жертва страдала рѣзко выраженнымъ порокомъ сердца. Но сужденіе о возможности для a. вызвать результатъ b. зависитъ не только отъ того, какое онтологическое знаніе (знаніе фактовъ) положено въ основу для вывода, но еще и отъ степени номологическаго знанія: чѣмъ послѣднее меньше, чѣмъ меньшимъ знаніемъ дѣйствія силъ природы располагаетъ судящій субъектъ, тѣмъ болѣе заключеніе склоняется къ невозможности и обратно: при большемъ номологическомъ знаніи возможность граничитъ съ достовѣрностью; смерть отъ испуга или отъ удара по головѣ, при условіи порока сердца или трепанаціи черепа, представляется невозможной простолюдину и почти достовѣрной опытному врачу. Такимъ образомъ, *при извѣстной основѣ для сужденія о способности a. вызвать b., возможно избѣгнуть упомянутаго выше затрудненія и сохранить отвѣтственность* за особенно тонкія и ловкія преступныя дѣянія, однако рискуя при этомъ возвратиться къ теоріи Бури, такъ какъ при полномъ онто- и номологическомъ знаніи *всякое* условіе окажется способнымъ вызывать такіе результаты: самое наступленіе результата свидѣтельствуетъ, что онъ при *данныхъ* обстоятельствахъ былъ возможенъ.

Въ зависимости отъ того, какое знаніе кладется въ основу для вывода, различаютъ субъективный и объективный оттѣнки адекватной теоріи. *Субъективная* точка зрѣнія (*Кризъ*) — сужденіе о способности условія *a.* вызвать результатъ *b.* должно, по Кризу, опираться на факты, извѣстные дѣйствующему *субъекту* въ моментъ дѣянія, и факты, которые могли *ему* быть извѣстными въ этотъ моментъ, и на объективное номологическое знаніе, выразителемъ котораго является экспертъ Такимъ образомъ одно и то же объективное отношеніе между *a.* и *b.* то окажется причиненіемъ, то не окажется, смотря по тому, какъ велико онтологическое знаніе субъекта. Если A, ударивъ B., не зналъ о трепанаціи черепа и не могъ знать, то нѣтъ причинной связи, хотя B умеръ вслѣдствіе этого удара; между тѣмъ здѣсь правильнѣе отвергнуть не причинность, а неосторожность. Представителемъ *объективнаго* взгляда является *Рюмелинъ*: въ основу сужденія

кладется не только объективное номологическое знаніе (опытъ всего человѣчества), но всѣ какимъ бы то ни было образомъ распознаваемыя условія, существовавшія въ моментъ дѣянія, и тѣ позднѣйшія, съ наступленіемъ которыхъ можно считаться, согласно общечеловѣческому опыту; при этомъ имѣется въ виду распознаваемость условій не для субъекта дѣянія, а для судьи, опирающагося на совершеннѣйшее номологическое знаніе и знающаго всѣ условія, даже такія, которыя обнаружены послѣ дѣянія дальнѣйшимъ развитіемъ событія. Это такъ называемый объективный прогнозъ судьи ex post. На основѣ такого знанія судья долженъ будетъ признать за каждымъ условіемъ способность повлечь данный результатъ, во всякомъ условіи видѣть причину, это та же теорія conditio sine qua non въ иной оболочкѣ.

Delicta commissiva per omissionem.

V.— 1. Запретительная норма обыкновенно нарушается посредствомъ положительнаго дѣйствія, дѣянія въ тѣсномъ смыслѣ, но бываютъ случаи, когда средствомъ нарушенія такой нормы служитъ бездѣйствіе, упущеніе: такъ, крушеніе поѣзда можетъ быть вызвано поврежденіемъ пути, но тотъ же результатъ послѣдуетъ, если стрѣлочникъ не выставитъ установленнаго сигнала о поврежденіи пути, не имъ вызванномъ. Въ такихъ случаяхъ т. наз. *содѣяній посредствомъ упущеній*, *delicta commissiva* (или commissionis) *per omissionem*, возникаетъ вопросъ о возможности вмѣненія результата въ вину бездѣйствовавшему субъекту, если онъ проявилъ при этомъ неосторожность или у него былъ умыселъ въ отношеніи этого результата.

На этотъ вопросъ иногда даетъ отвѣтъ само законодательство, предусматривая нѣкоторые изъ такихъ случаевъ, карая, напр., служащаго желѣзной дороги за упущеніе гораздо строже при наличности вредныхъ послѣдствій, чѣмъ при простомъ неисполненіи имъ своихъ обязанностей безъ подобныхъ послѣдствій (ср. ст. 1080 Улож. о нак. и 76[3] Уст. о нак.), а ученые почти единогласно признаютъ отвѣтственность за результатъ при delicta commissiva per omissionem, одинаково опредѣляя также условія отвѣтственности и расходясь только въ обоснованіи этого положенія.

Условія отвѣтственности за результатъ при упущеніяхъ.

2. Отвѣтственность предполагаетъ *слѣдующія условія:*

1) упущеніе должно состоять въ *неисполненіи обязанности* совершить ожидаемое или требуемое дѣйствіе;

2) *обязанность* къ дѣйствію должна быть *юридическая;* недостаточно моральной обязанности;

3) должна быть возможность совершить это дѣйствіе;

4) *упущенное дѣйствіе должно находиться къ результату въ такомъ отношеніи, что, если бы дѣйствіе было совершено, результатъ не послѣдовалъ бы;*

5) *въ моментъ упущенія* долженъ быть у субъекта *умыселъ* въ отношеніи наступленія результата, или же неосторожность.

Юридическая обязанность къ дѣйствію, т. е. *къ предотвращенію*, воспрепятствованію результату, предусмотрѣнному закономъ, *вытекаетъ* или

а) *изъ закона:* напр., матери, не кормившей ребенка, при наличности остальныхъ указанныхъ условій, вмѣняется смерть его, такъ какъ обязанность кормить возложена на нее закономъ; или

b) *изъ принятаго на себя обязательства*, поэтому за крушеніе поѣзда отвѣчаетъ стрѣлочникъ, не переведшій стрѣлки, не подавшій установленнаго сигнала; за смерть туриста отвѣчаетъ альпійскій проводникъ, оставившій его безъ помощи въ опасномъ мѣстѣ; или

с) *изъ конклюдентныхъ фактовъ*, т. е. изъ такихъ предшествующихъ дѣйствій того же субъекта, которыя равносильны принятію имъ на себя обязанности устранять возможный отъ нихъ или отъ развитыхъ ими силъ вредъ; кто создалъ для другого опасность тѣмъ самымъ обязался принять мѣры къ ея устраненію: такъ, хорошій пловецъ, побудившій плохого отплыть дальше отъ берега обѣщаніемъ своей помощи, въ случаѣ усталости второго, отвѣчаетъ за его смерть, если не оказалъ ему помощи. Иногда такая обязанность устанавливается самимъ закономъ: такъ, по 1081[1] ст. Ул. о нак. наказаніе увеличивается для лица, по неосторожности или даже случайно повредившаго путь желѣзной дороги, если оно не приняло мѣръ къ предотвращенію опасности и послѣдствіемъ поврежденія пути было причиненіе кому-либо смерти или разстройства здоровья; при томъ же послѣдствіи, если мѣры были приняты, наказаніе мягче.

Неоказаніе помощи.

3. Старыя доктрина и законодательства подвергали отвѣтственности за результатъ и въ томъ случаѣ, когда лицо могло предотвратить его, но намѣренно этого не сдѣлало, хотя бы на этомъ лицѣ не лежала обязанность къ дѣйствію ни въ силу закона, ни въ силу договора, ни въ силу facta concludentia. Устанавливалась какъ-бы общегражданская обязанность помогать ближнему; лица, не предупредившія пре-

ступленія или не донесшія о готовящемся преступленіи, при возможности къ тому, разсматривались, какъ соучастники. Каноническое право приравнивало неоказаніе помощи погибающему убійству («qui potuit hominem liberare morte et non liberavit eum occidit»). Въ пользу ограниченія этой области высказался Фейербахъ.

Нынѣ обязанность помощи погибающему, если она не вытекаетъ изъ указанныхъ подъ литер. a. b. c. основаній, разсматривается, какъ нравственная, не дающая основанія требовать дѣйствія, направленнаго на предотвращеніе вреда. *Иногда*, впрочемъ, *законодательства обращаютъ* эту обязанность *въ правовую* и за неисполненіе ея устанавливаютъ уголовную отвѣтственность; такимъ образомъ *неоказаніе помощи* становится *delictum sui generis* и влечетъ обыкновенно незначительное наказаніе, напр.: арестъ, денежную пеню. Наказуемость оправдывается въ такихъ случаяхъ асоціальнымъ настроеніемъ субъекта, проявляющаго огрубѣлость чувства, опасный нравственный индифферентизмъ; репрессія можетъ имѣть воспитательное, обще-превентивное значеніе. Конечно, эта обязанность можетъ быть устанавливаема правомъ въ гораздо болѣе тѣсныхъ границахъ, чѣмъ моралью; право не можетъ требовать альтруизма или самопожертвованія и должно отправляться отъ средней житейской соціальности личности. Поэтому оказаніе помощи вмѣняется въ обязанность закономъ только при извѣстныхъ условіяхъ: такъ, опасность должна угрожать другому лицу смертью или также важнымъ поврежденіемъ здоровья, должна быть наличная, немедленная, возникшая или продолжающаяся на глазахъ субъекта; оказаніе помощи не должно подвергать опасности его самого или *другихъ* лицъ. Такъ наше Угол. улож. въ не введенной въ дѣйствіе ст. 491-ой; Улож. о нак. (ст. 1521) не выдвигаетъ послѣдняго условія. Иногда требуется для отвѣтственности, чтобы послѣдствіемъ неоказанія помощи было дѣйствительное наступленіе вреда, реализація опасности (такъ Угол. Ул. и Ул. о нак. въ указанныхъ статьяхъ). Но и въ такомъ случаѣ результатъ не вмѣняется въ вину и можетъ не охватываться ею, а наступленіе его представляетъ собою *объективное условіе наказуемости* деликта неоказанія помощи: законодатель не считаетъ нужнымъ подвергать этотъ деликтъ репрессіи, если

опасность все-таки миновала, происшествіе окончилось благополучно: такой исходъ можетъ служить доказательствомъ, что въ помощи не было дѣйствительной необходимости, и упомянутое условіе полезно для облегченія практики.

Вина при упущеніяхъ.

4. Вина, какъ указано, должна относиться къ моменту упущенія; не требуется, чтобы она была раньше: напримѣръ, умыселъ вызвать крушеніе поѣзда—въ моментъ поступленія стрѣлочника на службу, умыселъ или неосторожность въ отношеніи смерти плохого пловца—уже, когда послѣдовало обѣщаніе поддержки. Въ приведенныхъ примѣрахъ въ моментъ положительнаго дѣйствія или совсѣмъ не было вины, напр.: при поступленіи на службу, обѣщаніи помощи и подговорѣ къ плаванію, или же могла быть другая форма вины: напр., въ самомъ подговорѣ заплыть далеко можно видѣть *неосторожность;* появленіе вины или измѣненіе ея формы относится къ моменту неоказанія поддержки хорошимъ пловцомъ, *умыслившимъ* предоставить плохого пловца гибели, или къ моменту неподачи предостерегательнаго сигнала стрѣлочникомъ.

Вопросъ о причинности упущенія.

5. Спорно значеніе четвертаго изъ указанныхъ условій отвѣтственности за delicta commissiva per omissionem. Здѣсь именно и сказывается отмѣченное разногласіе между криминалистами относительно основанія этой отвѣтственности. Въ XIX в. громадное большинство ученыхъ, главнымъ образомъ нѣмецкихъ, было того мнѣнія, что эти деликты наказуемы, такъ какъ въ нихъ есть необходимые для отвѣтственности субъективный и объективный элементы, т. е. вина и *причиненіе* результата. Со времени *Людена* всѣ усилія были направлены на то, чтобы установить этотъ послѣдній элементъ: *открыть въ упущеніи положительное дѣйствіе*, являющееся въ формѣ бездѣйствія. Эти попытки не привели къ желательному результату и въ сущности сызначала были обречены на неудачу. Дѣйствительно, если стрѣлочникъ не подалъ поѣзду предостерегательнаго сигнала, если хорошій пловецъ не помогъ плохому и т. д., то смерть послѣдняго или крушеніе поѣзда причинены, съ точки зрѣнія *естественной, механической причинности*, не тѣмъ нулемъ въ мірѣ дѣйствительности, который представляетъ собою бездѣйствіе пловца или стрѣлочника, а дѣйствительными силами: смерть пловца — погруженіемъ тѣла въ воду, прекращеніемъ до-

ступа воздуха въ легкія проникшей водой и т. п., крушеніе — движеніемъ тѣла громадной тяжести по пути, на которомъ находилось другое такое же тѣло (напр., другой поѣздъ), скоростью движенія и т. д. Въ дѣйствительности *между упущеніемъ и результатомъ есть связь, которая имѣетъ только сходство съ причинной*, но, въ то время какъ для установленія послѣдней, мы исключаемъ мысленно интересующее дѣйствительное дѣяніе, т. е. нѣчто реальное, чтобы опредѣлить ходъ событій безъ этого условія, при упущеніяхъ мы мысленно вставляемъ въ дѣйствительную причинную цѣпь *воображаемое* звено, спрашиваемъ себя наступилъ ли бы такъ же результатъ, если бы было совершено опредѣленное дѣйствіе. Количество такихъ дѣйствій, которыя могли бы предотвратить результатъ очень велико, но указанный вопросъ умѣстенъ только въ отношеніи того изъ нихъ, котораго было *основаніе ожидать съ достаточной увѣренностью, а она можетъ опираться именно на юридическую обязанность* опредѣленнаго лица предотвращать вредное послѣдствіе. Такимъ образомъ не само по себѣ бездѣйствіе позволяетъ отнести къ нему результатъ, если бы даже между ними существовала зависимость, сходная съ причинной связью, а лишь такое бездѣйствіе, которое составляетъ неисполненіе правовой обязанности. Именно поэтому крушеніе поѣзда можно поставить въ вину стрѣлочнику, не подавшему сигнала, но не постороннему лицу, хотя бы оно видѣло, что путь поврежденъ, что приближается поѣздъ, что стрѣлочникъ не на посту или заснулъ, и знало, что для предупрежденія машиниста нужно выставить красный флагъ. Уже отсюда ясно, что упомянутая зависимость результата отъ бездѣйствія *не есть причиненіе*, такъ какъ съ объективной стороны бездѣйствіе стрѣлочника и бездѣйствіе посторонняго лица ничѣмъ не отличаются одно отъ другого: выставь это лицо красный флагъ, крушенія не было бы, и, если бы бездѣйствіе было причиненіемъ результата, предусмотрѣннымъ закономъ, то и это лицо подлежало бы отвѣтственности, предполагая его умыселъ или неосторожность. Если есть различіе, то не въ упомянутой зависимости, а въ правовомъ положеніи стрѣлочника и посторонняго въ отношеніи результата: обязанность лежала только на первомъ. Центръ тяжести вопроса и заключается въ томъ, когда можно

признать такую обязанность. На этотъ вопросъ уже данъ отвѣтъ выше.

Эту точку зрѣнія можно признать нынѣ господствующей въ наукѣ; различіе мнѣній заключается только въ томъ, что *одни* (*Листъ*, Лабордъ и нѣкот. друг.) *говорятъ о связи, аналогичной причинности, другіе о причинности юридической, соціальной* (*Роландъ, Колеръ*), *причинности на языкѣ закона или въ житейскомъ смыслѣ слова* (*Франкъ*, Альфельдъ).

Есть однако криминалисты (Ламмашъ, Ландсбергъ, Тимашевъ), которые полагаютъ, что, если причиной признавать необходимое условіе, то послѣднимъ можетъ быть и отрицательное условіе: будетъ ли это минусъ а., или + а., это безразлично, но при этомъ забываютъ, что условіе, входящее въ ту сумму условій, которыя составляютъ причину, должно быть реальнымъ, а не воображаемымъ.

Это господствующее мнѣніе встрѣчаетъ затрудненія только: 1) въ томъ, что положеніе «создавшій опасность имѣетъ обязанность предотвращать угрожающій вредъ, въ противномъ же случаѣ несетъ отвѣтственность за послѣдній»— не опирается на твердыя основанія, что такая обязанность не высказана въ законѣ; 2) а также въ томъ, что непредотвращеніе результата, вопреки юридической обязанности, должно влечь отвѣтственность по той статьѣ закона, которая предусматриваетъ причиненіе соотвѣтствующаго вреда положительнымъ дѣйствіемъ, содѣяніемъ, между тѣмъ нѣкоторые находятъ это слишкомъ суровымъ (Гарсонъ); вообще же уравниванію наказанія противорѣчатъ постановленія закона, въ которыхъ, въ видѣ исключенія, говорится о послѣдствіяхъ упущенія и въ которыхъ наказаніе опредѣляется болѣе мягкое чѣмъ при содѣяніи, напр.: оставленіе внѣбрачнаго младенца матерью безъ помощи, если послѣдствіемъ этого была смерть, карается тюрьмой на $1^1/_2 - 2^1/_2$ года, а дѣтоубійство тюрьмой на срокъ 4 г. — 6 лѣтъ (ср. ст. 1460 и 1454 Ул. о нак.) Поэтому законодательная регламентація вопроса о delicta commissiva per omissionem должна быть признана желательной.

Старыя теоріи усматривали причинность или 1. въ дѣяніи, одновременномъ съ упущеніемъ (Люденъ), но тогда причиной смерти ребенка, попавшаго въ колодецъ по недосмотру няни, вязавшей чулки, было бы вязаніе чулокъ; далѣе, упущеніе можетъ не сопровождаться никакимъ дѣяніемъ и выразиться въ полномъ бездѣйствіи няня, напр., заснула; *2. или въ дѣяніи предшествующемъ упущенію* (Глазеръ, Меркель), но иногда послѣднему оно не предшествуетъ (напр. некормленію матерью ребенка) или же имѣетъ свойство, направленное именно на воспрепятствованіе результату (принятіе на себя обязанности стрѣ-

лочника), въ другихъ случаяхъ въ моментъ предшествующаго положительнаго дѣйствія нѣтъ вины, напр.: при подговорѣ предпринять плаванье; вина является позже и, такъ какъ упущеніе разсматривается само по себѣ, какъ нуль, то вина, явившаяся въ этотъ моментъ, была бы dolus или culpa subsequens, отвергаемые наукой; 3 *или въ самомъ упущеніи, въ которомъ дѣяніе заключается въ подавленіи воли препятствовать результату* (*Бури*) *или въ уничтоженіи отрицательнаго* (*т. е. препятствующаго*) *условія результата*, каковымъ условіемъ является роль, принятая на себя лицомъ, обязаннымъ предотвращать этотъ результатъ (*Биндингъ*, *Сергѣевскій*): такъ, тотъ, кто опрокинулъ предостерегательный знакъ, предупреждавшій объ опасности переѣзда за опредѣленную черту, разсматривается, какъ уничтожившій отрицательное условіе гибели проникшаго за эту черту и развязавшій къ дѣйствію нейтрализованныя этимъ условіемъ положительныя, содѣйствующія гибели условія, напр. силу взрыва на запретной площади; если бы опрокинувшій знакъ самъ сталъ на стражѣ у той черты для предупрежденія прохожихъ, онъ создалъ бы новое отрицательное условіе; не предупреждая, бездѣйствуя, онъ также уничтожаетъ отрицательное условіе и причиняетъ результатъ, нарушая равновѣсіе положительныхъ и отрицательныхъ условій въ пользу первыхъ. Но, вѣдь, уничтоженіе отрицательнаго условія, какъ и подавленіе воли (у Бури), остается чисто внутреннимъ процессомъ, неспособнымъ вызывать внѣшнія измѣненія.

XII. Противоправность дѣянія и обстоятельства, ее исключающія.

Условный характеръ противоправности.

I. Объектъ преступнаго посягательства, какъ было указано, составляютъ правоохраненные интересы. Но правовая защита ихъ не имѣетъ безусловнаго характера: могутъ быть обстоятельства, въ силу которыхъ право лишаетъ защищаемый имъ вообще интересъ своей охраны; направленное на послѣдній дѣяніе теряетъ въ такомъ случаѣ значеніе противоправнаго, а, если оно было вообще, т. е. внѣ этихъ обстоятельствъ, наказуемымъ, то при ихъ наличности вмѣстѣ съ противоправностью отпадаетъ и наказуемость этого дѣянія.

Такія *исключающія противоправность*, *или оправдывающія обстоятельства* измѣняются въ зависимости отъ эпохи и культурнаго уровня данной страны. Нѣкоторыя изъ нихъ, извѣстныя древнимъ и средневѣковымъ законодательствамъ, нынѣ утратили значеніе: такъ, дозволялось убійство ночного вора, застигнутаго in fagranti, уродливыхъ дѣтей, лицъ,

лишенныхъ мира, позже — лицъ, присужденныхъ къ смертной казни. Установленіе какого-либо общаго принципа для опредѣленія моментовъ, съ которыми должно связываться устраненіе противоправности, такъ же невозможно, какъ невозможно установленіе матеріальныхъ признаковъ преступной неправды или понятія естественнаго преступленія.

Только тогда обстоятельство можетъ разсматриваться, какъ исключающее противоправность, когда это значеніе или придано ему спеціальными постановленіями, или же вытекаетъ изъ нормъ положительнаго права при примѣненіи общихъ пріемовъ толкованія. При этомъ изъятіе изъ противоправности можетъ устанавливаться не только въ уголовномъ кодексѣ, но и въ другихъ областяхъ законодательства, и, поскольку уголовный законъ даетъ дополнительную защиту правоотношеніямъ, нормируемымъ также обычнымъ правомъ, устраненіе правовой защиты можетъ вытекать изъ послѣдняго. Нельзя однако идти дальше и выводить отсутствіе противоправности дѣянія, вообще противоправнаго, изъ какихъ-либо апріорныхъ принциповъ, не освященныхъ законодательствомъ: такой пріемъ означалъ бы возвращеніе къ естественному праву; для пополненія пробѣловъ дѣйствующаго законодательства онъ непригоденъ, такъ какъ вноситъ субъективизмъ въ отправленіе правосудія и грозитъ поставить на мѣсто закона усмотрѣніе.

Попытки установленія общихъ принциповъ правомѣрности дѣянія.

II. Такія *общія начала хотятъ установить Дона и Листъ.* Первый, примыкая къ Штаммлеру, стремится найти признакъ противоправнаго дѣянія по существу. Такимъ, по его мнѣнію, оказывается дѣяніе, которое не можетъ быть разсматриваемо, какъ *правое средство къ правой цѣли* (rechtes Mittel zum rechten Zweck); такое дѣяніе преступно однако невсегда, а лишь, когда оно, сверхъ этихъ свойствъ, соотвѣтствуетъ составу какого-либо предусмотрѣннаго закономъ преступленія. Но, какъ только дѣяніе есть правое средство къ правой цѣли, оно не можетъ уже быть преступнымъ, не будучи противоправнымъ. *Листъ отъ формальной противоправности отличаетъ матеріальную,* т. е. антисоціальное свойство дѣянія. Хотя бы дѣяніе и было направлено противъ правоохраненнаго интереса, оно матеріально правомѣрно, если соотвѣтствуетъ цѣлямъ правопорядка и такимъ образомъ цѣли совмѣстной жизни въ обществѣ, а эта цѣль, по мнѣнію

Листа, требуетъ, чтобы при столкновеніи интересовъ менѣе цѣнный приносился въ жертву, если только такимъ путемъ можетъ быть поддержанъ болѣе цѣнный. Листъ рекомендуетъ, далѣе, еще два принципа для опредѣленія матеріальной правомѣрности интересующаго дѣянія: 1) если цѣль дозволена или признана правомѣрной, то непротивоправно дѣяніе, представляющее соотвѣтствующее (angemessenes) средство для достиженія ея; 2) непротивоправно дѣяніе, служащее средствомъ, соотвѣтствующимъ эмпирически данной цѣли регулированнаго правомъ общежитія.

Нельзя однако не признать, что мнѣнія Дона и Листа не имѣютъ точки опоры въ дѣйствующемъ правѣ ни въ Германіи, ни въ другихъ государствахъ. Какое средство считать соотвѣтствующимъ, или правымъ, правильнымъ? Если такимъ средствомъ можетъ быть и преступленіе, то эта теорія провозглашаетъ принципъ — «цѣль оправдываетъ средства». Если же средство должно быть правое съ точки зрѣнія права, то или это положеніе превращается въ тавтологію: правомѣрно средство, если оно соотвѣтствуетъ дѣйствующему праву, или же правильность должна опредѣляться съ точки зрѣнія правосознанія, но возникаетъ вопросъ: чьего правосознанія? Рѣшающей должна, конечно, быть признана точка зрѣнія судьи, но въ такомъ случаѣ онъ получаетъ право отмѣнять или исправлять законъ, который, установивъ противоправность, не сдѣлалъ изъятія для разсматриваемаго случая. Правда, Листъ предлагаетъ указанныя положенія только для восполненія пробѣловъ, но въ отсутствіи изъятія нельзя видѣть пробѣла, и для примѣненія этихъ положеній не остается въ итогѣ мѣста. То же слѣдуетъ сказать по поводу оговорки Дона, что при прямомъ постановленіи закона, противорѣчащемъ указываемому имъ (Дона) принципу, послѣдній непримѣнимъ; но та норма, изъ которой вытекаетъ противоправность даннаго дѣянія, безъ какихъ-либо ограниченій, и есть такое прямое постановленіе. Принципы, защищаемые Листомъ и Дона, не могутъ по своей неопредѣленности имѣть значеніе и de lege ferenda. Опредѣленіе цѣли общежитія у Листа имѣетъ поверхностный характеръ, да и вообще едва ли возможно говорить о единой цѣли общежитія, его цѣли разнообразны и измѣнчивы.

III. Принципамъ, защищаемымъ Дона и Листомъ, хотятъ иногда, придать практическое значеніе въ вопросѣ о ненаказуемости хирургической операціи, которую разсматриваютъ, какъ дѣяніе, осуществляющее составъ деликта—«тѣлеснаго поврежденія»; оно оправдывается только тѣмъ, что представляетъ собою надлежащее средство къ признанной правомъ цѣли. На томъ же основаніи оправдываютъ далѣе трансфузію (переливаніе крови), трансплантацію (пересаживаніе кожи), какъ медицинскіе пріемы, опыты надъ человѣческимъ организмомъ, наконецъ вивисекцію (Дона, Листъ, Альфельдъ, Піонтковскій). Въ дѣйствительности однако хирургическая операція просто не составляетъ тѣлеснаго поврежденія (Штоссъ, Геймбергеръ, нынѣ и Биндингъ, Ширяевъ, Розинъ и др.): дѣйствія хирурга похожи на причиненіе ранъ, если ихъ разсматривать изолированно одно отъ другого, въ цѣломъ они даютъ иную картину; отнятіе *негоднаго* органа также не можетъ разсматриваться, какъ увѣчье. Поэтому нѣтъ надобности подыскивать особыя основанія для оправданія операціи, подобное указанному выше или же иныя, часто предлагаемыя въ литературѣ. Другой вопросъ, какъ квалифицировать операцію, которая, согласно медицинѣ, не была нужна или была произведена неправильно или была предпринята безъ согласія паціента? Въ первыхъ двухъ случаяхъ она представляетъ собою дѣйствительно тѣлесное поврежденіе неосторожное, а въ первомъ случаѣ, можетъ быть, и умышленное, и всѣми признается наказуемой; въ послѣднемъ случаѣ операція, даже показуемая медициной, должна разсматриваться какъ принужденіе — самоуправство или, какъ особый деликтъ—квалифицированное принужденіе (такъ австр. проектъ), развѣ бы полученіе согласія, въ виду экстренности случая, было невозможно (когда она снова ненаказуема). Совершенно неправильно въ отсутствіи разрѣшенія на операцію, надлежаще выполненную, усматривать неосторожность, какъ полагаютъ Сенатъ (рѣш. 1902 г. № 33 по дѣлу д-ра Модлинскаго), Щегловитовъ, Трегубовъ. При неправильности операціи и отсутствіи согласія есть совокупность неосторожнаго тѣлеснаго поврежденія и самоуправства.

Вопросъ о противоправности хирургической операціи, трансфузіи и т. п.

Что касается трансфузіи, трансплантаціи и опытовъ надъ людьми, то и здѣсь само по себѣ соотвѣтствіе средства цѣли не имѣетъ значенія, а эти дѣянія могутъ оправдываться со-

гласіемъ потерпѣвшаго, т. е. того, кто предоставляетъ свою кровь, кожу, свой организмъ для спасенія другого, для опыта, если согласію при тѣлесныхъ поврежденіяхъ придавать свойство обстоятельства, исключающаго противоправность; въ противномъ случаѣ эти дѣянія остаются преступными повреждеиіями. Вивисекція не можетъ разсматриваться, какъ истязанія животныхъ, потому что отпадаетъ сущность этого деликта—въ дѣяніи нѣтъ проявленія жестокости или аморальности, изъ-за которыхъ оно и вызываетъ репрессію. Если животное чужое, то снова пріобрѣтаетъ значеніе согласіе собственника: вивисекція противъ воли послѣдняго — самоуправство и повреждеиіе чужого имущества.

Оставаясь на почвѣ дѣйствующихъ нормъ, нельзя дать въ уголовномъ правѣ исчерпывающаго перечня всѣхъ исключеній изъ нормы; можно остановиться лишь на важнѣйшихъ, въ особенности на тѣхъ, которыя прямо предусматриваются уголовными законами. Исключающія противоправность обстоятельства сводятся обыкновенно къ слѣдующимъ: направленіе дѣянія на собственное благо, согласіе потерпѣвшаго, обязательный приказъ по службѣ, исполненіе закона, осуществленіе публичнаго или частнаго права, необходимая оборона и отчасти крайняя необходимость.

Посягательства на собственныя блага.

II.—1. *Дѣянія, направленныя на собственныя блага, не имѣютъ противоправнаго характера и ненаказуемы.* Это обыкновенно прямо вытекаетъ изъ постановленій закона, устанавливающихъ запретъ посягательства для *другихъ* лицъ, но не для самого субъекта интереса: такъ, запрещается поврежденіе или уничтоженіе чужого имущества, а не своего; похищеніе и логически мыслимо только въ отношеніи чужого имущества: другія преступленія, направленныя на *личныя* блага, также предполагаютъ, что субъектъ и объектъ не совпадаютъ въ одномъ лицѣ, что благо принадлежитъ другому: таковы, напр., лишеніе свободы, оскорбленіе чести. *Если право запрещаетъ иногда посягательства и на собственныя блага, то этимъ самымъ оно указываетъ на существованіе и другихъ интересовъ, связываемыхъ съ этимъ благомъ, надъ которымъ такимъ образомъ лицу принадлежитъ не полное господство,* такъ что дѣяніе въ сущности оказывается направленнымъ не только на свое благо или свой интересъ, но и на чужіе интересы, или на чужія права въ этомъ благѣ. Таково зна-

ченіе уничтоженія огнемъ своего имущества, но обитаемаго, или застрахованнаго, или находящагося въ близкомъ сосѣдствѣ съ другими; самоизувѣченья съ цѣлью уклоненія отъ военной службы.

Согласіе потерпѣвшаго.

2. *Поскольку субъекту принадлежитъ исключительное господство надъ благомъ, постольку онъ можетъ отказаться отъ этого блага*, и, такъ какъ оно защищается правомъ въ такихъ случаяхъ только въ интересахъ даннаго лица, послѣднее своимъ отказомъ лишаетъ благо правовой защиты, которое поэтому не можетъ быть объектомъ противоправнаго посягательства. *Въ этихъ предѣлахъ* такъ назыв. *согласіе потерпѣвшаго* (хотя это неточно: потерпѣвшаго на самомъ дѣлѣ нѣтъ) *исключаетъ противоправность и наказуемость дѣянія—volenti non fit injuria:* такъ, немыслимы похищеніе или присвоеніе съ согласія собственника, изнасилованье съ согласія женщины. Дѣйствіе противъ воли интересента существенно для этихъ и ряда подобныхъ преступленій, *отсутствіе согласія есть признакъ ихъ состава.*

При многихъ преступленіяхъ, напротивъ, согласіе не играетъ роли или потому, что законодатель разсматриваетъ его, какъ вынужденное, или полученное посредствомъ обмана, или какъ недѣйствительное, вслѣдствіе недостаточной зрѣлости субъекта защищаемаго интереса, или потому, что послѣдній не подчиненъ его исключительному господству и посягательство задѣваетъ не только даннаго субъекта. Поэтому согласіе потерпѣвшаго не исключаетъ преступности, съ одной стороны, ростовщичества, сожительства съ дѣвушкой, не достигшей опредѣленнаго, напр. четырнадцатилѣтняго возраста, съ другой стороны—дуэли, нарушенія чужой тѣлесной неприкосновенности, совершеннаго для уклоненія отъ воинской повинности. *Наличность согласія* другого лица составляетъ именно *признакъ многихъ деликтовъ*, хотя этотъ признакъ и невсегда выраженъ expressis verbis.

Весь вопросъ такимъ образомъ какъ при посягательствахъ на собственныя блага, такъ и при согласіи потерпѣвшаго *сводится къ опредѣленію истиннаго объекта посягательства и объема полномочій*, принадлежащихъ въ отношеніи блага лицу, совершающему посягательство. Этотъ вопросъ можетъ быть рѣшенъ на основаніи постановленій уголовнаго законодательства или же другихъ отраслей дѣй-

ствующаго права, посредствомъ толкованія, а de lege ferenda имѣютъ значеніе всѣ тѣ соображенія, которыми опредѣляется криминализація отдѣльныхъ дѣяній; такимъ образомъ *это вопросъ особенной части уголовнаго права.* Попытки установленія болѣе опредѣленныхъ правилъ, извѣстныя теоріи, не даютъ и не могутъ дать лучшихъ результатовъ.

Особенно популярно было разграниченіе правъ или благъ неотчуждаемыхъ и отчуждаемыхъ; согласію придавали значеніе только при вторыхъ. Къ неотчуждаемымъ одни относили жизнь (Фойницкій), другіе и свободу (Вартонъ), третьи кромѣ того и здоровье и честь (Гельшнеръ), между тѣмъ посягательства на свободу, честь и, по крайней мѣрѣ при извѣстныхъ условіяхъ, на здоровье, даже, въ видѣ рѣдкаго исключенія, на жизнь при наличности согласія не вызываютъ репрессіи, тогда какъ согласіе при другихъ благахъ не устраняетъ отвѣтственности, напр. при нецотребствѣ

Весьма недавно рѣшеніе вопроса пытался дать *Цителъманъ* посредствомъ примѣненія къ согласію началъ, принятыхъ для гражданскихъ сдѣлокъ. Какъ и сдѣлка, согласіе недѣйствительно, если право это прямо опредѣляетъ, или же, если оно противно добрымъ нравамъ; а въ этомъ отношеніи важна цѣль дѣянія, напр: при убійствѣ по согласію, лишеніи свободы, при посягательствахъ на тѣлесную неприкосновенность — также цѣль (тѣлесное поврежденіе для нищенства, съ другой стороны — хирургическая операція) и затѣмъ еще способъ. Цительману слѣдуетъ Франкъ. Но этотъ критерій — добрые нравы — вызываетъ тѣ же возраженія, что и принципы Дона и Листа: вопросъ передается на усмотрѣніе суда; перенесеніе гражданско-правовыхъ началъ въ область публичнаго права, какимъ является уголовное, не можетъ быть плодотворнымъ: ученіе о сдѣлкѣ связано съ природой частно-правнаго отношенія.

Самоубійство, участіе въ немъ, убійство по согласію.

3. Вопросъ о принадлежности блага самому совершающему посягательство и о согласіи его на посягательство со стороны другихъ возбуждаетъ особый интересъ при преступленіяхъ противъ жизни и здоровья. Въ настоящее время, впрочемъ, самоубійство признается ненаказуемымъ, и противоположныя постановленія Ул. о нак. (ст. 1472) и англійскаго права (о наказуемости покушенія на самоубійство) представляютъ собою анахронизмъ и утратили практическое значеніе. Точно также посягательство на свое здоровье или самоизувѣченье вызываютъ наказаніе только въ тѣхъ случаяхъ, когда эти дѣянія нарушаютъ еще какой-либо интересъ, напр., предпринимаются для уклоненія отъ военной службы или служатъ выраженіемъ запрещенной ереси (скопчества), см. ст. 512 Ул. о нак. и 96 ст. Уг. Ул.

Но вопросъ о наказуемости 1) *участія въ самоубійствѣ*, 2) *убійства по требованію потерпѣвшаго*, 3) тѣлеснаго поврежденія другого лица съ его согласія, въ наукѣ представляется спорнымъ и получаетъ различное рѣшеніе въ законодательствахъ и судебной практикѣ тамъ, гдѣ онъ не разрѣшенъ закономъ.

Преобладаетъ мнѣніе въ пользу наказуемости первыхъ двухъ дѣяній, въ качествѣ особо предусматриваемыхъ деликтовъ—*delicta sui generis*.

Такъ и болѣе новые кодексы—Норвежскій, Японскій, Венгерскій, Голландскій. Германская, французская и бельгійская практика признаетъ соучастіе въ самоубійствѣ ненаказуемымъ, въ виду молчанія закона, а убійство по требованію наказуемымъ или, какъ обыкновенное убійство (Франція), или, какъ привилегированное, (такъ Германія, въ силу особаго постановленія закона). Въ Италіи особо предусмотрѣно соучастіе въ самоубійствѣ но не убійство по согласію, наказуемое, какъ обыкновенное убійство. По *Угол Улож.* (ст. 463, не введен.) при *невмѣняемости самоубійцы* или недостиженіи имъ совершеннолѣтія — наказаніе за подговоръ или содѣйствіе каторга (не свыше 8 лѣтъ), но на срокъ меньшій, чѣмъ при соучастіи въ убійствѣ. При *вмѣняемости самоубійцы*, наше *Улож о нак.* (ст. 1475) наказываетъ участниковъ самоубійства, какъ соучастниковъ убійства. Отсюда вытекаетъ, что и согласіе или требованіе потерпѣвшаго не имѣетъ при убійствѣ никакого значенія тѣмъ болѣе, что ст. 1475 не считается съ мотивами содѣйствія. *Угол. Улож.* (не введен. ст. 462) караетъ исправительнымъ домомъ или крѣпостью до 3 лѣтъ виновнаго въ доставленіи средства къ самоубійству, если вслѣдствіе сего оно послѣдовало. *Угол Ул.* (ст. 460 не введен.) предусматриваетъ и *убійство по настоянію* убитаго *и изъ состраданія* къ нему; наказаніе — крѣпость до трехъ лѣтъ; покушеніе наказуемо.

Казалось бы болѣе справедливымъ совершенно не подвергать репрессіи содѣйствіе самоубійству и убійство по настойчивому требованію, если эти дѣянія совершены для прекращенія неизлечимыхъ физическихъ мученій больного, особенно такого, дни котораго сочтены. Въ послѣднемъ случаѣ Норвежскоэ улож. смягчаетъ наказаніе даже, если дѣяніе совершено безъ требованія безнадежно больного.

Согласіе потерпѣвшаго при тѣлесныхъ поврежденіяхъ.

4. *Преобладающимъ можно признать и мнѣніе о наказуемости тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, несмотря на согласіе потерпѣвшаго.* Это мнѣніе можно поддерживать только съ ограниченіемъ: *при наличности соціальнаго мотива, дѣяніе не должно влечь наказанія,* напр. при трансфузіи, при научномъ экспериментѣ. Согласно Ул. о нак. слѣдуетъ признать, что даже тяжкое тѣлесное поврежденіе не преступно при наличности согласія; при противоположномъ рѣшеніи, такое дѣяніе, напр. причиненіе увѣчья, могло бы влечь наказаніе только по ст. 1477 и 1478, т. е исправ. арест. отдѣленія отъ 1 г. до 3½ лѣтъ (при менѣе тяжкомъ увѣчьи), между тѣмъ даже при посягательствѣ

еще и на интересъ государства изувѣченье другого (для освобожденія отъ военной службы) съ его согласія, вызываетъ гораздо меньшее наказаніе (тюрьма отъ 8 до 16 мѣс.), по ст. 514-ой. Отсюда возможенъ только одинъ выводъ: не будь затронутъ этотъ интересъ, дѣяніе должно было бы остаться ненаказуемымъ при согласіи потерпѣвшаго, т. е. оно устраняетъ противоправность. При легкихъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ вопросъ имѣетъ ничтожное практическое значеніе, такъ какъ, если было дано согласіе, *обыкновенно* не послѣдуетъ жалоба потерпѣвшаго, а безъ нея эти дѣянія остаются внѣ уголовнаго преслѣдованія. Необходимость жалобы нельзя однако признать равнозначащей тому, что согласіе здѣсь исключаетъ преступность; въ видѣ исключенія, жалоба можетъ поступить, несмотря на данное согласіе, и недопустимость ея въ этомъ случаѣ слѣдуетъ оговорить въ законѣ.

Условія дѣйствительности согласія.

5. Болѣе общаго характера вопросъ, *какимъ условіямъ должно удовлетворять согласіе потерпѣвшаго* при тѣхъ преступленіяхъ, при которыхъ оно имѣетъ юридическое значеніе.

Въ этомъ отношеніи примѣнимы начала, вообще опредѣляющія условія дѣйствительности волеизъявленія: воля должна быть свободная, т. е согласіе должно быть не вынужденнымъ или полученнымъ посредствомъ обмана, исходить отъ дѣеспособнаго лица, быть опредѣленнымъ и своевременнымъ. Это — условія, весьма сходныя съ условіями дѣйствительности сдѣлки. Есть однако и нѣкоторыя особенности, зависящія снова отъ различныхъ свойствъ правоохраненныхъ интересовъ. Не говоря уже о томъ, что привилегированный видъ убійства составляетъ убійство *по настойчивому требованію,* а не по согласію убитаго, дѣеспособность лица, взятіе обратно даннаго согласія, условія представительства не могутъ опредѣляться въ уголовномъ правѣ такъ же, какъ въ гражданскомъ, уже потому, что блага, отъ которыхъ отказывается лицо при посягательствахъ съ его согласія, не только *имущественныя.* Лишь тамъ, гдѣ дѣяніе направлено на послѣднія, для дѣйствительности согласія можно требовать достиженія „потерпѣвшимъ“ *возраста гражданской дѣеспособности* и допустить согласіе его представителя на такихъ же основаніяхъ, какъ въ гражданскомъ правѣ.

Напротивъ, при дѣяніяхъ, направленныхъ на *личныя* блага, можно признать дѣйствительнымъ согласіе только *законнаго* представителя и при томъ лишь въ ограниченномъ размѣрѣ, именно — когда воля интересента не можетъ имѣть юридическаго значенія, вслѣдствіе недостаточной его зрѣлости или ненормальнаго состоянія длительнаго или

преходящаго (напр., вслѣдствіе потери сознанія отъ болѣзни), и когда при томъ дѣйствіе необходимо предпринять *въ его интересъ*. Иначе врачебное дѣйствіе въ отношеніи малолѣтняго, сумасшедшаго, въ частности хирургическая операція, были бы преступными дѣяніями даже при согласіи отца или опекуна. Въ другихъ случаяхъ согласіе законнаго представителя не исключаетъ противоправности, напр.: при изнасилованіи, убійствѣ, тѣлесномъ поврежденіи и т. д.

Вопросъ, *съ какого возраста* не достигшій совершеннолѣтія можетъ дать юридически дѣйствительное согласіе на дѣяніе, направленное на его личное благо, принадлежитъ къ числу наиболѣе спорныхъ: одни считаютъ его *quaestio facti* и предоставляютъ рѣшеніе его суду въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, въ зависимости отъ степени развитія несовершеннолѣтняго, другіе считаютъ такимъ возрастомъ тотъ, который установленъ уголовнымъ закономъ для признанія малолѣтняго дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ, третьи — возрастъ, по достиженіи котораго лицу дается закономъ право на принесеніе жалобы при преступленіяхъ, преслѣдуемыхъ не иначе, какъ по жалобѣ. Послѣднее рѣшеніе слѣдуетъ признать дѣйствительно логичнымъ, такъ какъ законъ здѣсь придаетъ юридическую силу волеизъявленію потерпѣвшаго въ отношеніи личныхъ благъ, но для распространенія этого принципа и на случаи согласія при преступленіяхъ оффиціальныхъ все-таки нужно было бы спеціальное постановленіе. Предоставленіе вопроса суду вноситъ неопредѣленность, вредную, напр., при врачебной дѣятельности, когда врачу необходимо знать заранѣе, можетъ ли онъ руководствоваться согласіемъ несовершеннолѣтняго паціента на операцію или придать значеніе его несогласію, особенно при противоположной волѣ законнаго представителя. Совершенно неправильно дѣлать выводъ изъ постановленій, относящихся къ разумѣнію: возрастъ, въ которомъ человѣкъ способенъ понять значеніе своего дѣянія, можетъ быть недостаточнымъ для оцѣнки отказа отъ какого-либо своего блага.

Что касается момента согласія, то оно должно быть дано *до дѣянія или въ моментъ дѣянія*, но не позже, такъ: кража не теряетъ преступнаго характера отъ того, что собственникъ post factum согласенъ оставить похищенное у вора (см. въ романѣ В. Гюго «Les miserables»): это уже не

согласіе, а прощеніе, право котораго не предоставлено потерпѣвшему, за рѣдкими исключеніями (напр., обида, легкія тѣлесныя поврежденія); если согласіе было своевременнымъ, то совершившій дѣяніе не проявляетъ враждебнаго праву настроенія; обратное положеніе въ случаѣ запоздалаго согласія.

Послѣдовавшее согласіе должно существовать *до момента окончанія* деликта; *оно можетъ быть* до этого *взято обратно*, и продолженіе дѣянія сохраняетъ тогда преступный характеръ.

Что касается *опредѣленности* согласія, то она не устраняется, если согласіе выражено *конклюдентными фактами:* достаточно, напримѣръ, что лицо, которое запираютъ въ библіотекѣ на время обѣденнаго перерыва, какъ въ предшествующіе дни, не заявляетъ протеста и продолжаетъ работать.

Все, что выходитъ за предѣлы согласія, конечно, остается преступнымъ: напр., человѣка заперли не на два часа, какъ онъ согласился, а на сутки.

Исполненіе закона, приказа, осуществленіе права.

III. Къ числу основаній, исключающихъ противоправность дѣянія, принадлежатъ также *исполненіе закона,* или обязанности, изъ него вытекающей, а также осуществленіе права частнаго или публично-правового полномочія. Первое изъ этихъ основаній, несмотря на его очевидность, законодательства иногда спеціально оговариваютъ въ общей или особенной части кодекса. Такимъ образомъ, вывозъ судебнымъ приставомъ мебели должника въ аукціонную камеру и продажа, согласно исполнительному листу, или распоряженіе объ арестѣ преступника, сдѣланное судебнымъ слѣдователемъ, не составляютъ преступленія; конечно, органъ, предпринимающій дѣйствіе, долженъ быть именно тотъ, который указанъ въ законѣ; должны быть, далѣе, соблюдены указанныя въ послѣднемъ условія для принятія данной мѣры.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ предоставляетъ субъекту *самостоятельно осуществлять* или же обезпечивать свое *частное право* безъ помощи судебной власти, и, въ силу этого дозволенія, дѣяніе теряетъ свойство преступнаго насилія или самоуправства, напр. задержаніе животныхъ, произведшихъ потраву, собственникомъ земельнаго участка, въ нѣкоторыхъ законодательствахъ — удержаніе вещей не запла-

тившаго постояльца и т. п. Иногда законъ, устанавливаетъ право частнаго лица на какое-либо дѣйствіе, само по себѣ преступное, въ *публичномъ* интересѣ, напримѣръ: задержаніе преступника in flagranti. Наше Ул. о нак. (ст. 1471) «не вмѣняетъ въ преступленіе» убійства человѣка, старающагося бѣжать изъ карантина, совершенное даже частнымъ лицомъ, если не было другого средства остановить бѣгущаго.

Большей частью эти полномочія предоставляются должностнымъ лицамъ, и осуществленіе полномочія составляетъ въ то же время исполненіе обязанности, вытекавшей изъ закона. Частные случаи представляетъ собою осуществленіе права воспитателя или дисциплинарной власти. Директоръ гимназіи, оставляющій ученика безъ обѣда или задерживающій его на нѣсколько часовъ въ помѣщеніи гимназіи въ наказаніе за шалость, начальникъ, дѣлающій выговоръ подчиненному, не совершаютъ, конечно, преступнаго дѣянія. Вопросъ сводится только къ опредѣленію объема указанныхъ полномочій и наличности условій, съ которыми законъ связываетъ ихъ осуществленіе; этотъ вопросъ разрѣшается въ соотвѣтствующихъ правовыхъ дисциплинахъ и не принадлежитъ къ области уголовнаго права.

Ст. 44 Угол. Ул. опредѣляетъ: *«Не почитается преступнымъ ни дѣяніе учиненное во исполненіе закона, ни дѣяніе учиненное во исполненіе приказа по службѣ, даннаго подлежащей властью, въ предѣлахъ ея вѣдомства, съ соблюденіемъ установленныхъ правилъ, если приказъ не предписывалъ явно преступнаго».*

Вторая половина 44-й ст. предусматриваетъ значеніе приказа по службѣ: онъ устраняетъ преступность дѣянія подчиненнаго, при условіи законности самаго приказа, такъ какъ послѣдній не можетъ быть поставленъ выше закона. Это само собою разумѣется и особое постановленіе закона полезно только потому, что исторіи извѣстно примѣненіе иного начала — слѣпого повиновенія начальству (такъ Воин. Артикулъ, Гоббесъ, въ XIX в. Геннеръ). Приказъ является законнымъ, если власть, отъ которой инъ исходитъ, имѣла на это право, т. е. формально *законнымъ слѣдуетъ признать приказъ, данный компетентной властью и въ предписанной закономъ формѣ.* Поэтому не оправдываетъ подчиненнаго приказъ совершитъ дѣйствіе, не принадлежащее къ кругу чьей бы то

ни было компетенціи, напр. избіеніе, изнасилованье, обиду, или—къ компетенціи даннаго начальника, напр. приказъ врачебнаго инспектора посадить подъ арестъ врача больницы за какое-либо упущеніе. Если требовалось письменное распоряженіе, то устнаго недостаточно. *Приказъ* можетъ быть даже *матеріально незаконнымъ, но освобождаетъ подчиненнаго отъ отвѣтственности, если повѣрка наличности основаній для примѣненія какой-либо мѣры предоставлена начальнику*, напр.: основаній для взятія слѣдователемъ обвиняемаго подъ стражу; при неправильной или недобросовѣстной оцѣнкѣ этихъ основаній подлежитъ отвѣтственности только начальникъ, приказавшій принять эту мѣру. Возможны случаи, когда *подчиненный ошибочно полагаетъ, что начальникъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ своихъ полномочій*, тогда какъ онъ ихъ нарушаетъ. Со стороны подчиненнаго это ошибка въ правѣ, и вопросъ, подлежитъ ли онъ отвѣтственности за исполненіе такого приказа, разрѣшается въ зависимости отъ значенія ошибки въ правѣ для вмѣненія. Согласно съ изложеннымъ выше, *слѣдовало бы отвѣтственность отвергнуть;* основаніемъ для признанія судомъ такой ошибки могло бы служить довѣріе подчиненнаго къ добросовѣстности и опытности начальника; однако, *если предписанное дѣяніе было «явно преступнымъ», ошибка представится мало вѣроятной, и дѣяніе будетъ вмѣнено подчиненному въ вину.* Въ этомъ значеніе *44-ой ст.* относительно приказа: *устанавливается какъ-бы praesumptio malae fidei* подчиненнаго; съ другой стороны, при отсутствіи «явной преступности» дѣяніе не вмѣняется, хотя бы подчиненный понималъ, что начальникъ нарушилъ полномочія; пресумируется невѣдѣнье права, и ему придается значеніе, въ изъятіе изъ принципа «error juris nocet».

Въ этомъ смыслѣ многіе ученые (Биндингъ, Баръ, Гарро и др.): *въ приказѣ усматриваютъ обстоятельство, устраняющее вину, а не противоправность* (Максъ Майеръ, сходно Франкъ, Піонтковскій). Въ этомъ смыслѣ и англійское право и германское и русское военно-уголовное законодательство.

XIII. Обстоятельства, исключающія противоправность (продолженіе). Необходимая оборона. Крайняя необходимость.

Въ вопросѣ объ уголовной отвѣтственности большое значеніе имѣетъ то обстоятельство, что преступное дѣяніе предпринято для устраненія опасности, грозившей правовому благу. Источникъ опасности иногда заключается въ нападеніи, и дѣяніе направляется противъ этого источника, иногда же опасность вызывается стихійными силами, и дѣяніе состоитъ въ подставленіи подъ ихъ дѣйствіе чужихъ благъ, для спасенія своего. Въ первомъ случаѣ говорятъ о необходимой оборонѣ, во второмъ о крайней необходимости. Эти два института находятся въ извѣстной связи, но юридическая природа ихъ не тождественна: необходимая оборона принадлежитъ къ обстоятельствамъ, исключающимъ противоправность, необходимость имѣетъ такое значеніе невсегда: въ нѣкоторыхъ случаяхъ она исключаетъ вмѣненіе дѣянія въ вину, представляетъ собою извиняющее обстоятельство.

Сущность и основанія обороны.

I. *Необходимая оборона есть защита своего или чужого блага, которая требуется для отраженія наличнаго неправомѣрнаго нападенія и состоитъ въ причиненіи вреда нападающему. Такое причиненіе вреда теряетъ противоправный характеръ, и дѣяніе, совершенное оборонявшимся, не наказуемо.*

Это положеніе настолько ясно, что почти не нуждается въ обоснованіи. Оно такъ же старо, какъ институты права и государства, и даже больше: уже въ догосударственномъ быту существовала оборона и при томъ, какъ единственное средство защиты благъ; но, конечно, тогда не могъ возникать вопросъ о ея наказуемости. Это была чуждая правовой квалификаціи естественная реакція субъекта, которому принадлежало или было дорого данное благо, противъ того, кто желалъ его отнять. Въ этомъ смыслѣ можно согласиться съ знаменитымъ изреченіемъ Цицерона, что дозволенность обороны est *non scripta, sed nata lex*, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus. Но, конечно, слово „lex“ не означаетъ здѣсь правовой нормы, велѣнія естественнаго права, кото-

рымъ иногда обосновываютъ оборону. Въ государственномъ быту, дозволенность обороны, представляющей собою часто тяжкое преступленіе по внѣшнему проявленію, напр., убійство, причиненіе ранъ, можетъ опираться только на разрѣшеніе государственной власти, устанавливающей для этихъ случаевъ изъятіе изъ запретовъ. Но и тогда, когда возникаетъ *государство*, оно *не монополизируетъ защиты правовыхъ благъ* ни въ отдаленныя эпохи еще слабой государственной власти, ни позже въ эпоху ея укрѣпленія, устанавливая только опредѣленныя условія обороны, иногда нѣкоторыя ограниченія, но всегда допуская ее. Этотъ историческій фактъ находитъ себѣ объясненіе въ цѣлесообразности и даже необходимости института обороны: государство не въ состояніи обезпечить ненарушимость правовыхъ благъ въ любой моментъ, какъ бы ни были велики его средства предупрежденія противоправныхъ дѣяній, и не должно обрекать личность на бездѣйствіе и на утрату благъ и приносить въ жертву право. Достаточно представить себѣ положеніе современнаго общества при недозволенности обороны! Картина была бы поистинѣ безотрадная: опасеніе энергичнаго отпора, часто болѣе внушительное, чѣмъ страхъ наказанія, уже не останавливало бы злоумышленниковъ; число преступленій возросло бы въ значительной степени, шансы неудачи сильно бы понизились, а мирные граждане были бы пассивными зрителями попранія правопорядка, и, если бы, какъ надо полагать, они не удовлетворились такою ролью и все-таки дали отпоръ, то подлежали бы уголовной репрессіи! Нужно ли болѣе убѣдительное доказательство, что законъ долженъ не предупреждать, а поощрять оборону, и не только въ цѣляхъ охраны правовыхъ благъ, подвергшихся нападенію, но и, какъ серіозный факторъ поднятія правосознанія въ населеніи, воспитанія въ немъ активнаго чувства правды!

II. Понятіе обороны слагается изъ двухъ элементовъ: нападенія и защиты, которыя должны удовлетворять извѣстнымъ условіямъ:

Анализъ элементовъ обороны. Нападеніе.

1. Оборона предполагаетъ *нападеніе, т. е. активное, или положительное дѣйствіе.* Противъ бездѣйствія оборона недопустима, напр.: противъ неисполненія обязанности уплаты наемныхъ денегъ или неисполненія обязанности оставить

чужое помѣщеніе; если законодательство допускаетъ удержаніе вещей не уплатившаго постояльца или же насильственное удаленіе изъ своей квартиры какого-либо назойливаго посѣтителя, то въ этомъ слѣдуетъ видѣть скорѣе дозволенное осуществленіе права.

Противоправность нападенія.

2.—а *Нападеніе должно быть неправомѣрнымъ, т. е. такимъ, которое не основывается на какомъ-либо спеціальномъ полномочіи нападающаго и которому обороняющійся не обязанъ подчиниться.* Поэтому *оборона недопустима* противъ дѣйствія, разрѣшеннаго правомъ, напр. *противъ обороны*, или же имъ предписаннаго, напр.: противъ лишенія свободы, приводимаго въ исполненіе полиціей, по распоряженію слѣдственной власти. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать обычно принятое опредѣленіе обороны, какъ отраженія противоправнаго нападенія: имѣется въ виду *объективная противоправность;* сознаетъ ли нападающій это свойство своего дѣянія, признается большинствомъ криминалистовъ безразличнымъ, и *оборона разрѣшается и противъ посягательствъ невмѣняемыхъ, малолѣтнихъ, лицъ, не сознающихъ противоправности, вслѣдствіе ошибки.*

Нѣкоторые криминалисты (Гельшнеръ, Сергѣевскій, Хольдъ-фонъ-Фернекъ) относятъ нападеніе такихъ лицъ къ крайней необходимости, для того чтобы ограничить полномочія лица, отражающаго такую опасность, началами пропорціональности и субсидіарности, принятыми при необходимости; такимъ образомъ, если нападеніе невмѣняемаго угрожаетъ малоцѣнному благу или же, если отъ нападенія можно спастись иначе, напр. бѣгствомъ, подвергшійся нападенію не въ правѣ убить или причинить тяжкое поврежденіе здоровью нападающаго, какъ это допускается при оборонѣ. Соотвѣтственно для обороны требуютъ *субъективно-противоправнаго* или даже злонамѣреннаго нападенія. Но многія законодательства разрѣшаютъ при крайней необходимости спасеніе только жизни (Ул. о нак.) или же еще тѣлесной цѣлости (Герман. Улож.) и не допускаютъ (Ул. о нак.) или допускаютъ въ ограниченномъ размѣрѣ участіе третьихъ лицъ въ спасательныхъ дѣйствіяхъ, и, слѣдуя сейчасъ приведенному мнѣнію, при защитѣ женщины отъ покушенія на изнасилованье со стороны сумасшедшаго или при защитѣ третьимъ лицомъ жизни ребенка отъ такого посягательства, нельзя было бы ссылаться

ни на оборону, ни на необходимость. Между тѣмъ признаніе въ этихъ случаяхъ обороны больше соотвѣтствуетъ народному ея пониманію. Ограниченіе полномочій обороняющагося можетъ быть достигнуто въ такихъ случаяхъ спеціальными постановленіями закона, тѣмъ болѣе что нынѣ наблюдается въ литературѣ стремленіе внести въ оборону болѣе гуманныя черты, даже при защитѣ противъ вмѣняемыхъ. Вообще же *болѣе широкія рамки обороны сравнительно съ необходимостью объясняются* не виновнымъ характеромъ нападенія и присущимъ оборонѣ элементомъ возмездія, отплаты (Фернекъ, Гейеръ) а *направленіемъ дѣянія, причиняющаго вредъ, на источникъ опасности, тогда какъ при необходимости оно направляется на благо третьяго лица, пожертвованіе интересами котораго право имѣетъ основаніе ограничить болѣе тѣсными рамками.*

Оборона допустима и противъ непреступнаго нападенія или такого, которое не влечетъ наказанія въ виду исключающаго наказуемость обстоятельства, напр. противъ насилія со стороны лица, пользующагося экстерриторіальностью. *Допустима оборона и противъ животнаго*, относимая нѣкоторыми также къ крайней необходимости.

Оборона противъ органовъ власти.

Ь. *Противоправнымъ нападеніемъ можетъ быть и незаконное дѣйствіе органа государства*, направленное на какое-либо правовое благо.

Незаконное дѣйствіе не становится законнымъ отъ того, что предпринимается должностнымъ лицомъ, или отъ того, что послѣднее ошибочно считаетъ это дѣйствіе законнымъ: это можетъ имѣть значеніе только въ вопросѣ о его отвѣтственности. Допущеніе обороны противъ незаконныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ нисколько ни колеблетъ авторитета власти, такъ какъ свидѣтельствуетъ, что она не становится на сторону недостойныхъ своихъ агентовъ; оборона и въ этомъ случаѣ служитъ къ поддержанію правопорядка и къ предупрежденію его нарушеній со стороны тѣхъ, кто призванъ его охранять, и способствуетъ правильному функціонированью государственнаго механизма.

По постановленіямъ многихъ угол. кодексовъ, сопротивленіе наказуемо только тогда, когда оно оказывается *законнымъ* дѣйствіямъ должностныхъ лицъ. Такъ опредѣленно § 113 германскаго улож. и ст. 192 итальянск.; см. также 270 ст. Улож. о нак.; такъ и объясненія къ проекту Угол. Ул (I, 369); во Франціи, въ виду того, что ст. 209

Code pénal не упоминаетъ о законности дѣйствій исполнительныхъ органовъ, сопротивленіе которымъ квалифицируется, какъ rébellion, кассаціонный судъ склоняется къ запрещенію обороны и противъ незаконнаго дѣйствія, если только оно не выразилось въ важномъ нарушеніи или же если вредъ не былъ невознаградимымъ.

Единогласно *признаются незаконными дѣйствія, выходящія за предѣлы компетентности* предпринимающаго ихъ должностного лица, *или нарушающія установленныя закономъ формальности*, напр, требованіе о письменной формѣ приказа объ арестѣ или о присутствіи понятыхъ при обыскѣ.

Что касается дѣйствій, не соотвѣтствующихъ закону по существу, *матеріально-противоправныхъ*, то должны быть выдѣлены въ особую группу *судебные рѣшенія и приговоры*, а также опредѣленія административныхъ учрежденій, поскольку имъ принадлежитъ юрисдикція, (напр. по вопросу о налогахъ). Установленное такими рѣшеніями или опредѣленіями положеніе признается правымъ, хотя бы оно и основывалось на неправильномъ примѣненіи юридическихъ нормъ. Эти рѣшенія имѣютъ конститутивный, а не деклараторный характеръ, создавая новое правоотношеніе, обязательное для сторонъ, и погашая прежнее, лежавшее въ основѣ рѣшеннаго дѣла. По вступленіи въ силу, они *подлежатъ исполненію и при матеріальной ихъ неправильности и исключаютъ право на противодѣйствіе*, которое не составляетъ правомѣрной обороны.

Споръ вызываетъ вопросъ, возможна ли оборона *противъ матеріально противозаконныхъ дѣйствій* должностныхъ лицъ *въ другихъ случаяхъ:* напр., противъ полицейскаго органа, задерживающаго лицо, заподозрѣнное въ преступленіи, до прибытія слѣдственной власти, на что этотъ органъ имѣетъ право при наличности условій, которыя указаны въ 257 ст. Уст. Угол. Суд. и опредѣленіе которыхъ предоставлено ему (такъ, рѣшеніе вопроса, есть ли на подозрѣваемомъ явные слѣды преступленія, или—принадлежатъ ли ему вещи, служащія доказательствомъ преступнаго дѣянія), если въ дѣйствительности этихъ условій нѣтъ, а полицейскій впалъ въ ошибку или даже сознавалъ ихъ отсутствіе и примѣнилъ мѣру подъ предлогомъ ихъ наличности, преслѣдуя свои цѣли: изъ мести, своеволія и т. п. Большинство криминалистовъ разрѣшаетъ оборону и въ такихъ случаяхъ, расходясь въ подробностяхъ; въ общемъ *принятіе мѣры*

право на которую предоставлено должностному лицу при наличности подлежащихъ его оцѣнкѣ условій, признается незаконнымъ и дающимъ основаніе для обороны тогда, когда должностное лицо не сдѣлало изъ своего полномочія употребленія, соотвѣтствующаго его обязанности, умышленно или вслѣдствіе неизвинительной ошибки (Биндингъ, М. Майеръ, Франкъ). Такое рѣшеніе можетъ нерѣдко создавать серьезныя затрудненія для дѣятельности органовъ государства, которые ставятся въ зависимость отъ того, какъ предоставленныя ихъ опредѣленію условія принятія мѣры оцѣниваетъ частное лицо. Поэтому нѣкоторые не допускаютъ обороны, если у лица, противъ котораго направлено матеріально незаконное должностное дѣйствіе, не было убѣжденія въ незаконности, было только сомнѣніе въ правильности оцѣнки условій органомъ государства (Биндингъ, Гельшнеръ); другіе (Баръ) допускаютъ оборону, *если противоправность вообще была несомнѣнна:* собственно только въ этомъ случаѣ можно установить на практикѣ наличность убѣжденія сопротивляющагося въ незаконности должностного дѣйствія; такимъ образомъ оба корректива приводятъ къ одному рѣшенію. Такая поправка дѣйствительно необходима.

Если *незаконное дѣйствіе* предпринимается должностнымъ органомъ *по приказу начальника,* оно не теряетъ незаконнаго характера, и оборона допустима въ указанныхъ выше предѣлахъ; исполненіе приказа можетъ имѣть значеніе только въ вопросѣ объ отвѣтственности исполнителя.

Начальный и предѣльный моменты.

3. *Нападеніе должно быть наличнымъ, т. е. уже начавшимся и еще не оконченнымъ.* Противъ угрожающаго въ будущемъ нападенія оборона недопустима. Начальный моментъ нападенія совпадаетъ съ моментомъ покушенія на преступное дѣяніе, но этотъ критерій представляется неудобнымъ потому, что оборона дозволяется и противъ непреступнаго нападенія. *Моментъ возникновенія реальной опасности* для блага опредѣлитъ и *начальный моментъ обороны. Предѣльный моментъ* не всегда совпадетъ съ моментомъ оконченнаго преступленія: оборона допустима и позже, *пока есть возможность непосредственнаго устраненія опасности для блага:* если опасность уже реализовалась или же миновала, то не можетъ быть уже рѣчи объ оборонѣ, а мыслимы только или самостоятельное осуществленіе

своего права (дозволенное самоуправство), или же (при благополучномъ прекращеніи опасности) актъ мести. Такимъ образомъ *выстрѣлъ въ догонку вору*, убѣгающему съ добычей или преслѣдованіе его натравленной на него собакой, въ цѣляхъ задержанія и возвращенія вещи, оправдывается обороной тамъ, гдѣ разрѣшается защита имущества безъ ограниченій (иначе наше Ул. о нак.), хотя кража уже окончена: вещь перешла во владѣніе вора. Но такой выстрѣлъ не составляетъ обороны, если воръ вещь бросилъ.

Блага, допускающія оборону.

4. *Защитѣ подлежатъ всѣ правовыя блага, доступныя нападенію, при томъ какъ свои, такъ и чужія*, въ томъ числѣ принадлежащія юридическимъ лицамъ, въ частности государству, какъ правовому субъекту.

Прежняя доктрина XIX в. и старыя законодательства этого періода ограничивали оборону *имущества* на томъ основаніи, что это вознаградимое благо. Но возможность возмѣщенія вреда или возвращенія вещи, съ одной стороны, весьма проблематична, съ другой стороны, не должна служить основаніемъ обязанности владѣльца вещи терпѣть незаконныя посягательства на нее. Нынѣ отъ этого ограниченія отказались и наука, и законодательства въ томъ числѣ Угол, Ул. Напротивъ, *Ул. о нак. (ст. 101) допускаетъ оборону имущества только при условіи, если посягательство на послѣднее связано съ насиліемъ надъ личностью.* Вообще *Ул. о нак. (ст. 101—103) перечисляетъ блага*, оборона которыхъ разрѣшается: это *жизнь, здоровье, свобода, женская честь*, точнѣе—половая неприкосновенность, и *жилище (противъ насильственнаго вторженія)*. Благо можетъ принадлежать и *другому* лицу, не самому подвергшемуся нападенію. *Угол. Ул (ст. 45) разрѣшаетъ оборону всякаго личнаго или имущественнаго блага своего или другого лица.*

Спорно, допустима ли оборона *чести*, именно — противъ словесной обиды; при обидѣ дѣйствіемъ вопросъ можетъ заключаться только въ томъ, до какого момента оборона допустима: если нанесена такая обида и не грозитъ немедленнымъ возобновленіемъ, то нѣтъ основанія для обороны, въ противномъ случаѣ есть; отплата обидчику пощечиной можетъ вести къ ненаказуемости по другому соображенію: по взаимности обидъ. (ст. 138 Уст. о нак.). Что касается *словесной обиды*, то опять-таки объ оборонѣ можетъ идти рѣчь, если обида проявляется въ нѣсколькихъ оскорбительныхъ словахъ или потокѣ бранныхъ выраженій, иначе оборона окажется запоздалой, но и при своевременности ея, ее слѣдовало бы ограничить принципомъ пропор-

ціональности: можно оправдать оскорбляемаго, схватившаго обидчика за горло, или зажавшаго ему ротъ рукою, или прервавшаго его ударомъ хлыста или кулака, но причиненіе вреда болѣе значительнаго должно быть наказуемо.

Соразмѣрность защиты.

5. *Энергія защиты должна соразмѣряться съ энергіей нападенія:* если можно отразить послѣднее причиненіемъ меньшаго вреда нападающему, напр., можно выбить изъ его рукъ оружіе, отбиться ударомъ палки или кулака, или связать его, то нанесеніе болѣе тяжкихъ поврежденій или примѣненіе огнестрѣльнаго оружія не оправдывается обороной и составляетъ эксцессъ ея. Конечно, при рѣшеніи вопроса о соразмѣрности защиты (moderamen inculpatae tutelae), необходимо обратить вниманіе на душевное состояніе обороняющагося, который не можетъ съ точностью опредѣлить степень интенсивности нападенія, а также на соотношеніе силъ его и нападающаго.

Пропорціональности благъ, защищаемаго и повреждаемаго оборонительнымъ дѣйствіемъ, *современное право не требуетъ:* и ничтожное благо можетъ быть обороняемо самыми крайними средствами, если менѣе энергичныя средства недостаточны. защищая кошелекъ, въ которомъ всего нѣсколько копеекъ, можно причинить рану или смерть нападающему, если нельзя отбиться кулакомъ или палкой.

Въ послѣднее время *неограниченность защиты* въ случаяхъ опасности для ничтожныхъ благъ *вызываетъ въ наукѣ возраженія:* указываютъ на жестокость такого права обороны и вспоминаютъ уже давно высказанное Гейеромъ мнѣніе, что оборона ничтожнаго блага, напр. нѣсколькихъ плодовъ, которые срываетъ мальчикъ въ чужомъ саду, можетъ доходить до лишенія жизни и что право проводитъ «мораль убійцъ». Поэтому многіе криминалисты (Ортоланъ, Гарсонъ, Липманъ, Дона, Эткеръ) высказываются за принципъ пропорціональности и при оборонѣ и при томъ и въ случаѣ посягательства вмѣняемыхъ на менѣе важныя блага, или же, когда нападеніе имѣетъ характеръ скорѣе озорства. Нельзя не согласиться, что примѣненіе крайнихъ средствъ для защиты чести или ничтожнаго имущественнаго блага должно влечь наказаніе. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ оно и нынѣ окажется эксцессомъ обороны, такъ какъ отраженіе нападеній такого рода обыкновенно не требуетъ особой энергіи защиты. Въ виду возможности и другихъ случаевъ, *было бы небез-*

полезно опредѣлить въ законѣ, что причиненіе при оборонѣ вреда, находящагося внѣ всякой соразмѣрности съ защищаемымъ благомъ, наказуемо.

Изъ дѣйствующихъ законодательствъ *Норвежское* (§ 48, ч. 2) требуетъ опредѣленія мѣры защиты по соображеніи со значеніемъ защищаемаго блага, опасностью нападенія и виною нападающаго. Швейцарскій проектъ (§ 26) говоритъ объ отраженіи способомъ, соотвѣтствующимъ обстоятельствамъ. Согласно § 11 австр. правит. проекта, мѣра защиты опредѣляется опасностью нападенія, родомъ угрожающаго вреда и поведеніемъ нападающаго. Послѣднее указаніе имѣетъ въ виду особое упорство нападающаго.

Ограниченія обороны въ старыхъ кодексахъ.

III. Другія условія обороны, которыми она ограничивалась въ эпоху полицейскаго государства, относившагося къ оборонѣ подозрительно, видѣвшаго въ ней вторженіе въ сферу дѣятельности государственныхъ органовъ, призванныхъ защищать гражданъ, нынѣ не приняты ни наукой, ни законодательствами. Такъ, въ указанную эпоху оборона разрѣшалась только тогда, когда отъ нападающаго нельзя было спастись *бѣгствомъ* (для благородныхъ допускалось исключеніе), или нельзя было прибѣгнуть къ *помощи полиціи*, или когда нападеніе было *непредвидѣннымъ*, или же угрожаемое благо было *невознаградимымъ;* требовалось также *немедленное доведеніе до свѣдѣнія власти* о случаѣ причиненія вреда при оборонѣ. Это послѣднее требованіе, а также условіе — невозможность прибѣгнуть къ помощи ближайшаго начальства, сохранились и въ Ул. о нак. (ст 101), хотя въ этой части ст. 101 лишена практическаго значенія: неисполненіе перваго требованія не лишаетъ судъ права признать наличность обороны, въ виду принципа свободной оцѣнки доказательствъ, введеннаго Судебными Уставами; что же касается помощи ближайшаго начальства, то лишь тогда, когда она уже предупреждаетъ посягательство, когда благо вслѣдствіе этого внѣ опасности, она можетъ быть дѣйствительной помощью, и оборона неумѣстна, но, пока, напримѣръ, городовой спѣшитъ на мой призывъ, я все-таки въ правѣ защищаться противъ нападающаго.

Превышеніе обороны.

IV. *Оборона, выходящая за предѣлы необходимаго, т. е. болѣе энергичная, или несвоевременная, составляетъ превышеніе (эксцессъ) обороны:* излишне причиненный вредъ разсматривается, какъ соотвѣтствующее преступное дѣяніе, напр. убійство, нанесеніе ранъ, но дѣяніе *наказывается значительно мягче*, чѣмъ при его учиненіи внѣ связи съ обороной.

Такъ, по *Ул. о нак.* (ст. 1467, 1493) превышеніе (эксцессъ) обороны, выразившееся въ причиненіи смерти, влечетъ выговоръ, арестъ до семи дней, или тюрьму отъ 4 до 8 мѣс.,—въ причиненіи увѣчій или ранъ—выговоръ, арестъ до 3 недѣль, или тюрьму отъ 2 до 4 мѣс.; наказаніе должно быть выбираемо въ этихъ предѣлахъ въ зависимости между прочимъ отъ мотивовъ

оборонявшагося. Вопросъ о наказуемости превышенія, проявившагося въ иной формѣ, напр. въ побояхъ, лишеніи свободы, остается открытымъ, но ненаказуемость вытекаетъ изъ того, что при противоположномъ рѣшеніи приходилось бы за такой эксцессъ примѣнять нормальное наказаніе, опредѣленное въ законѣ за соотвѣтствующее преступленіе, т. е. наказывать строже, чѣмъ при эксцессѣ, выразившемся въ лишеніи жизни, — выводъ, очевидно, непріемлемый. *Угол. Ул.* (ст. 45) прямо указываетъ, что превышеніе обороны наказуемо только въ случаяхъ, особо предусмотрѣнныхъ закономъ. Особенная часть Угол. Ул. упоминаетъ о наказуемости, при превышеніи обороны, только убійства и причиненія весьма тяжкаго или тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, при томъ, если такое дѣяніе совершено не для защиты отъ посягательства на жизнь или отъ изнасилованья. Наказаніе при убійствѣ крѣпость или тюрьма до одного года, при тѣлесномъ поврежденіи—арестъ.

Нѣкоторыя законодательства не караютъ эксцесса обороны, если онъ вызванъ аффектомъ оборонявшагося.

Самое *понятіе превышенія обороны въ Угол. Ул*, (45 ст. 2 ч.) *опредѣляется, какъ чрезмѣрность или несвоевременность защиты*. Улож. о нак. говоритъ „кто превзойдетъ полагаемые сей необходимостью предѣлы, и безъ нужды, послѣ уже отвращенія грозившей опасности, нанесетъ» и т. д. Союзу «и» здѣсь слѣдуетъ придавать раздѣлительное значеніе = „или“, но не объяснительное, не = т. е. Такимъ образомъ ст. 1467 и 1493 имѣютъ въ виду чрезмѣрную и запоздалую оборону, но не упоминаютъ о преждевременной.

Мнимая оборона.

V. Если не было условій, необходимыхъ для обороны, но лицо ошибочно признавало ихъ наличность, то дѣяніе разсматривается такъ, какъ оно представлялось этому лицу, другими словами: *мнимая оборона* ненаказуема. Это положеніе безспорно только въ случаѣ фактической ошибки (нападеніе, сдѣланное въ шутку, принято за серіозное), но должно быть распространено и на случаи юридической ошибки (см. выше). При неизвинительной ошибкѣ возможна отвѣтственность за неосторожное преступное дѣяніе.

Если *нападеніе* было вызвано намѣренно самимъ оборонявшимся съ цѣлью убійства или иного причиненія вреда, *подъ предлогомъ обороны*, или для того, чтобы отдѣлаться лег-

кимъ наказаніемъ за эксцессъ обороны, то дѣяніе остается преступнымъ.

Оборонительныя приспособленія.

VI. Иногда *оборонительныя мѣры* принимаются заранѣе, въ виду опасности нападенія въ будущемъ: собственникъ фруктоваго сада кладетъ на поверхности каменной ограды битое стекло; у воротъ хлѣбной риги ставится на ночь самострѣлъ. Если эти приспособленія дѣйствуютъ въ моментъ противоправнаго посягательства, то причиняемый ими вредъ нападающему оправдывается обороной, поскольку допускается законодательствомъ оборона даннаго блага и поскольку оборонительное дѣйствіе не представляется чрезмѣрнымъ. Часто возможно превышеніе обороны. Если вредъ причиненъ третьему лицу, не совершавшему посягательства, напр.: путнику, случайно наткнувшемуся на оборонительное приспособленіе, возможна отвѣтственность за неосторожное причиненіе вреда, если устроившій такое приспособленіе не принялъ мѣръ къ предотвращенію такихъ случаевъ.

Понятіе и виды необходимости.

VII. *Крайняя необходимость есть состояніе опасности для правоохраненнаго интереса, устранимой не иначе, какъ посредствомъ преступнаго дѣянія, и при томъ такого, которое не состоитъ въ отраженіи неправомѣрнаго нападенія.* Но въ то время, какъ оборона служитъ защитѣ правовыхъ благъ и самаго правопорядка противъ не основаннаго на правѣ посягательства, т. е. той же цѣли, что и норма, дѣяніе, вызываемое необходимостью, служитъ только для спасенія своего блага и приноситъ въ жертву чужой посторонній возникновенію опасности интересъ, сохраненіе котораго также соотвѣтствуетъ цѣлямъ правопорядка.

Случаи крайней необходимости — это случаи *коллизіи или* 1) *правового блага съ другимъ такимъ же благомъ*: напр., А., спасая свою жизнь отъ направленнаго на него другимъ лицомъ удара топоромъ, подставляетъ подъ него рядомъ стоящаго В., умирающій отъ голода, заблудившійся въ горахъ путникъ наталкивается на шалашъ пастуха и съѣдаетъ въ его отсутствіе находившіеся тамъ съѣстные припасы; 2) или *блага съ правовой обязанностью:* напр., врачъ нарушаетъ обязанность врачебной тайны, открывая болѣзнь паціента своей близкой родственницѣ, желающей выйти замужъ за послѣдняго; 3) или *одной обязанности съ другою: напр.*, явиться въ судъ въ качествѣ эксперта и присутствовать

въ тотъ же день и часъ при освидѣтельствованіи новобранцевъ.

Опасность можетъ угрожать или одному благу, какъ въ случаяхъ подъ ц. 1, когда она переносится на благо, находящееся внѣ опасности, или же сразу обоимъ или нѣсколькимъ—*случаи общей опасности:* напр., при кораблекрушеніи двое хотятъ спастись на обломкѣ судна, недостаточномъ для поддержанія обоихъ (tabula duorum non capax), и одинъ сталкиваетъ другого въ воду, чтобы спастись самому; спасшіеся на лодкѣ, долго носимые по океану и погибающіе отъ голода, съѣдаютъ одного изъ своей среды (случай съ экипажемъ яхты «Миньонетъ»). Возможны случаи, когда *одно изъ* находящихся въ опасности *благъ обречено на вѣрную гибель*, и субъектъ другого только *ускоряетъ* ее, чтобы предотвратить гибель своего: изъ двухъ, привязанныхъ другъ къ другу альпинистовъ, одинъ срывается въ пропасть, другой, будучи не въ силахъ его удержать, перерѣзываетъ веревку, чтобы не быть увлеченнымъ въ бездну вмѣстѣ съ нимъ.

Элементы необходимости.

VIII. *Понятіе необходимости слагается изъ слѣдующихъ элементовъ:*

1) *опасности*, источникъ которой безразличенъ: она можетъ проистекать изъ инстинктовъ, напр., голода, вообще стихійныхъ силъ — огня, воды; опасность можетъ имѣть своимъ источникомъ злую волю другого лица, въ частности неправомѣрное нападеніе, если только дѣяніе выражается не въ формѣ обороны противъ нападающаго, а въ формѣ перенесенія опасности на блага третьихъ лицъ, или же состоитъ въ нарушеніи обязанности, вытекающей изъ закона. Частный случай необходимости представляетъ собою и *психическое принужденіе*, т. е. угроза серіознымъ зломъ, въ случаѣ неисполненія требованія совершить преступное дѣяніе, напр. угроза убійствомъ, если кассиръ не выдастъ чужихъ денегъ. Такъ и *Угол. Ул., ст. 46, предусматриваетъ опасность отъ угрозы, незаконнаго принужденія или иной причины;*

2) опасности *наличной*, дѣйствительной, т. е. угрожающей немедленнымъ зломъ: такъ, кассиръ, получившій только письменное требованіе выдать въ назначенномъ мѣстѣ и въ назначенное время чужія деньги, не находится въ состояніи необходимости, хотя бы требованіе сопрово-

ждалось угрозой лишенія жизни, при неисполненіи; иначе, если требующіе уже угрожаютъ кассиру наведенными на него револьверами;

3) опасности, *не устранимой другими средствами*, напр. бѣгствомъ (*принципъ субсидіарности*) или обороной, поскольку она могла разсчитывать на успѣхъ.

Само собою разумѣется, далѣе, что интересъ не можетъ быть спасаемъ въ томъ случаѣ, если право отнимаетъ у него правовую защиту, если это — интересъ „не правоохраненный", напр.: жизнь приговореннаго къ смерти въ моментъ исполненія приговора, свобода, заключаемаго подъ стражу, въ силу постановленія компетентной власти.

Юридическое значеніе дѣянія при необходимости

IX. Что касается юридическаго значенія необходимости и условій ненаказуемости дѣянія, совершеннаго въ этомъ состояніи, то слѣдуетъ различать двѣ категоріи случаевъ, и объединеніе ихъ и разрѣшеніе на общихъ основаніяхъ слѣдуетъ признать неправильнымъ, хотя оно соотвѣтствуетъ болѣе распространенному въ наукѣ взгляду.

Трагическая коллизія.

1. *Къ одной категоріи относятся случаи, въ которыхъ грозитъ смерть, тяжкое тѣлесное поврежденіе или же изнасилованье и блага: жизнь, тѣлесная цѣлость или половая неприкосновенность сталкиваются съ равными или высшими благами*, напр.: для спасенія своей жизни приносится въ жертву чужая или жизнь нѣсколькихъ лицъ или важный государственный интересъ; для спасенія себя отъ изувѣченья причиняютъ смерть третьему лицу. *Основаніемъ ненаказуемости здѣсь служитъ отсутствіе* вины, въ смыслѣ *преступнаго настроенія:* тотъ, кто неспособенъ встрѣтить такую опасность и перенести угрожающій вредъ, не заслуживаетъ однако упрека со стороны правопорядка: послѣдній не усматриваетъ основанія для осужденія въ дѣяніи, которое въ положеніи данной личности совершилъ бы всякій средній гражданинъ, такъ какъ пользуется той же мѣркой справедливой оцѣнки, какую примѣняетъ громадное большинство.

Субъективная теорія.

2. Это субъективное обоснованіе ненаказуемости принимается въ различныхъ варіантахъ многими учеными для всѣхъ случаевъ крайней необходимости. Говорятъ о безсиліи карательной угрозы удержать отъ совершенія преступнаго дѣянія (Кантъ, Фейербахъ), такъ какъ будущее зло не можетъ перевѣсить зла въ настоящемъ (Фейербахъ), о невозможности

требовать отъ средняго гражданина героизма, который бы позволилъ ему перенести опасность, не перелагая ея на другого (Филанджіери), о невмѣняемости лица, оказавшагося въ состояніи необходимости (Гарро, Манцини, отчасти проф. Чубинскій), объ отсутствіи опасности субъекта, совершившаго дѣяніе въ этомъ состояніи (Флоріанъ, Піонтковскій), о безцѣльности наказанія съ точки зрѣнія общаго и спеціальнаго предупрежденія (Гарсонъ), о необходимости считаться съ инстинктомъ самосохраненія (Янка). Если иногда возражаютъ что право требуетъ отъ ряда лицъ—пожарныхъ, моряковъ, военныхъ перенесенія опасности и запрещаетъ ссылаться на необходимость (такъ и 46 ст. Угол. Ул.), то для этого исключенія основаніемъ служитъ особая подготовка лицъ, посвятившихъ себя такой профессіи и закалившихъ свою волю для борьбы съ опасностью, и примѣненіе той же мѣрки къ оцѣнкѣ поведенія въ опасности другихъ людей было бы неправильнымъ.

Но *субъективное обоснованіе* ненаказуемости слишкомъ *суживаетъ кругъ благъ*, которые разрѣшается безнаказанно спасать за счетъ другихъ, *игнорируя* многочисленные въ жизни случаи *коллизій менѣе важныхъ благъ*. Законодательства, стоящія на этой точкѣ зрѣнія допускаютъ извиняющую ссылку на необходимость *только, когда опасность угрожаетъ жизни (100 ст. Ул. о нак)* или же еще тѣлесной цѣлости (Герман. улож.) и при томъ или *самого лица совершающаго преступное спасательное дѣйствіе, (такъ Уложс. о нак.)* или же указанныхъ въ законѣ близкихъ лицъ (Герм. ул.). Итал. улож. говоритъ объ опасности важной, угрожающей лицу. Къ личнымъ благамъ, при которыхъ допустима ссылка на необходимость, Манцини относитъ и честь и стыдливость.

Другая категорія случаевъ необходимости.

3. *Къ другой категоріи относятся случаи, въ которыхъ опасность угрожаетъ или благамъ, указаннымъ въ первой категоріи, или другимъ, но они сталкиваются съ благами низшими:* а) для спасенія отъ голодной смерти похищаютъ хлѣбъ, для спасенія тонущаго берется чужая лодка, вопреки волѣ ея хозяина; b) для предотвращенія простуды кто-либо находитъ пріютъ во время дождя въ бесѣдкѣ, на чужой дачѣ, перелѣзая черезъ заборъ, или для того, чтобы выйти на свободу туристъ, не слышавшій звонка о закрытіи музея и запертый тамъ, разбиваетъ окно, не найдя другого выхода.

Принципъ преобладающаго интереса.

4. Здѣсь дѣяніе можетъ быть оправдано не упомянутыми субъективными соображеніями, которыя для случаевъ b. непригодны, а въ случаяхъ a. привели бы къ неправильнымъ выводамъ (допущеніе обороны, см. ниже). *Оправдываетъ субъекта то обстоятельство, что причиняемый вредъ несоизмѣримо ниже спасаемаго блага* и лишь постольку, поскольку можно констатировать это преобладаніе послѣдняго. *Дѣяніе теряетъ противоправный характеръ, такъ какъ соотвѣтствуетъ принципу преобладающаго интереса:* при невозможности сохраненія обоихъ коллидирующихъ благъ, правопорядокъ только выиграетъ, если погибнетъ менѣе важное.

Возраженія, основанныя на трудности сравненія благъ и на невозможности для права санкціонировать эгоизмъ того, кто переноситъ свою бѣду на чужія плечи, наконецъ на опасеніи анархіи при провозглашеніи указаннаго принципа, не могутъ быть признаны состоятельными, если требовать для ненаказуемости значительнаго преобладанія спасаемаго блага, надъ приносимымъ въ жертву: трудность оцѣнки тогда устраняется, а эгоизмъ право санкціонировало бы скорѣе, если бы запретило спасать болѣе важное, лишь бы сохранить несоизмѣримо низшее: обладатель лодки въ правѣ былъ бы воспрепятствовать спасенію тонущаго, хозяинъ дачи помѣшать укрыться отъ непогоды и можетъ быть избѣгнуть серіознаго заболѣванія; ничтожной цѣнности стекло защищалось бы въ ущербъ свободѣ туриста (см. выше примѣръ) и связаннымъ съ нею другимъ важнымъ интересамъ; наконецъ, опасность анархіи не представляется вѣроятной, если оправдывать дѣяніе не только при преобладаніи интереса, но и при наличности условій необходимости: неустранимости опасности другими средствами и ея дѣйствительности. По поводу сравнительной оцѣнки благъ слѣдуетъ отмѣтить, что невсегда личное благо окажется болѣе важнымъ, чѣмъ имущественное: такъ, если бы въ приведенномъ примѣрѣ, туристъ былъ запертъ только въ виду обѣденнаго перерыва и музей черезъ два часа вновь открывался, а стекло, разбитое имъ, было бы цѣнной исторической реликвіей, то ссылка на необходимость не должна была бы имѣть значенія, при условіи, что туристъ зналъ о кратковременности лишенія свободы, такъ какъ ошибка въ фактѣ и при сравненіи благъ должна оказывать на отвѣтственность обычное вліяніе.

Преувеличенія объективной теоріи.

5. *Неправильно* только сейчасъ изложенное *объективное обоснованіе ненаказуемости* дѣянія при крайней необходимости *примѣнять и въ случаяхъ первой категоріи* (трагической коллизіи): при равенствѣ благъ приходилось бы или признать, что для права безразлично, какое погибнетъ (Моріо), или что одержавшее верхъ въ борьбѣ и есть болѣе важное (Штаммлеръ), или же прибѣгать къ займу у субъективной теоріи: ссылаться на инстинктъ самосохраненія (Биндингъ), или считать то благо выше, которое ближе субъекту дѣянія (Гуго Мейеръ, Альфельдъ),—положенія, которыя нельзя назвать обоснованными. Но, что особенно важно, спасеніе жизни на счетъ жизни двоихъ, или тѣлесной цѣлости на счетъ чужой жизни было бы наказуемымъ, какъ не соотвѣтствующее принципу преобладающаго интереса, между тѣмъ и такое спасеніе допускается и законодательствами и наукой; такъ и *Уг. Ул. въ 1-й ч. 46 ст. разрѣшаетъ любое преступленіе, даже противъ высшаго блага, для спасенія жизни. При опасности для другихъ благъ Уг. Ул. 2 ч. 46 ст. принимаетъ принципъ преобладающаго интереса съ субъективной окраской; «если учинившій дѣяніе имѣлъ достаточное основаніе считать причиняемый имъ вредъ маловажнымъ сравнительно съ охраняемымъ благомъ»*.

Выводы изъ субъективной теоріи.

X. Изъ различія въ природѣ обѣихъ категорій случаевъ вытекаетъ и *различіе* другихъ *выводовъ* кромѣ уже упомянутаго: болѣе широкаго объема ненаказуемости по объективной теоріи, въ отношеніи круга спасаемыхъ благъ.

Поскольку дѣяніе только извинительно, но все же противоправно, 1. *допускается оборона* со стороны того, на кого желаютъ перенести опасность, а также третьихъ лицъ: если А. желаетъ сбросить В. въ воду, чтобы занять его мѣсто въ лодкѣ, В. или его другъ въ правѣ сбросить А. въ воду или застрѣлить его; 2. *участіе третьихъ лицъ* въ пользу находящагося въ состояніи необходимости остается противоправнымъ и можетъ быть извинительнымъ и ненаказуемымъ *только тогда, когда опасность для другого можетъ разсматриваться, какъ ихъ личная опасность*, т. е., какъ крайняя необходимость и для нихъ: мужъ, спасая жену, выбрасываетъ въ воду изъ лодки другого пассажира, но этого не въ правѣ сдѣлать первый встрѣчный. Ограниченіе круга третьихъ лицъ путемъ перечня въ законѣ, какъ въ Германіи, признается нежелательнымъ, такъ какъ возможны всегда про-

бѣлы. 3) Вредъ, причиненный при спасеніи другому лицу, подлежитъ возмѣщенію.

XI. Въ силу принципа преобладающаго интереса, дѣяніе *можетъ быть признано или юридически безразличнымъ (Биндингъ, Таганцевъ, объясненія къ проекту Угол. Уложс. 1903 г.), или же правомѣрнымъ:* лицо, находящееся въ состояніи необходимости, имѣетъ *право нужды* (*Гегель*, *Бернеръ*, *Листъ*). **Нюансы объективной теоріи и выводы.**

Поэтому 1) въ дѣяніи терпящаго необходимость *могутъ приниматъ участіе и третьи лица* или же могутъ спасать высшее благо другого лица; *ограниченій не устанавливается* (*такъ и Угол. Ул.*): дѣяніе для каждаго не преступно. Было бы правильнѣе ограничить это случаями, когда непосредственно угрожаемое лицо желаетъ содѣйствія; въ противномъ случаѣ самая оцѣнка благъ предоставлялась бы первому встрѣчному: напр., прохожій могъ бы выломать окно, чтобы освободить туриста, для котораго лишеніе свободы на 2 часа, можетъ быть, ничего не составляло.

2) Вредъ подлежитъ возмѣщенію, но въ случаяхъ общей опасности предлагается иногда распредѣленіе убытковъ между субъектами спасеннаго и пострадавшаго благъ, какъ при общей аваріи (Эткеръ). Обязанность возмѣщенія не противорѣчитъ правомѣрности дѣянія (см. выше, стр. 49).

3) Что касается обороны, то здѣсь сказывается различіе указанныхъ двухъ объективныхъ теорій между собою и между ними и субъективной теоріей: а) *признавая дѣяніе юридически безразличнымъ, большинство сторонниковъ этого взгляда допускаетъ оборону* (Таганцевъ, объясненія къ Угол. Ул.) противъ находящагося въ состояніи необходимости, какъ и субъективная теорія, чѣмъ подрывается значеніе принципа преобладающаго интереса, такъ: не только собственникъ лодки, но всякое третье лицо, которому извѣстно, что это чужая лодка, въ правѣ оборонять ее противъ лица, берущаго ее для того, чтобы поспѣшить на помощь тонущему. Допустимость обороны вытекаетъ изъ того, что для нея достаточно, если нападеніе (самовольное взятіе лодки) не опирается на право и направлено противъ чужого права (владѣльца лодки); b) этого вывода избѣгаютъ тѣ, кто иначе смотритъ на оборону, а именно ее отвергаютъ, хотя дѣяніе находящагося въ состояніи необходимости только не противоправно. Лицо, благо котораго хотятъ принести въ жертву, можетъ

однако само оказаться въ состояніи необходимости, и сопротивленіе его можетъ оправдываться ею, напр.: тотъ, кого другой для своего спасенія хочетъ сбросить въ воду, можетъ убить его или самого бросить въ воду, но, при неравенствѣ коллидирующихъ благъ, субъектъ низшаго изъ нихъ не въ правѣ сопротивляться субъекту высшаго—выводъ такой же, какъ и приводимый ниже, подъ с., но онъ получается на почвѣ менѣе правильнаго взгляда на оборону; с) *признавая дѣяніе находящагося въ состояніи необходимости, при дѣйствительномъ и значительномъ преобладаніи его интереса, правомѣрнымъ, слѣдуетъ отвергнуть право обороны субъекта низшаго интереса.* Въ этомъ выводѣ заключается преимущество той объективной теоріи, которая признаетъ право нужды, но ограничиваетъ его только случаями коллизіи второй категоріи и признаетъ двойственность случаевъ необходимости (Бернеръ, Р. Меркель, Дона).

Право нужды.

XII. Въ недопустимости обороны несоизмѣримо низшаго блага (лодки) противъ спасающаго наиболѣе цѣнныя блага, напр. жизнь, и въ неограниченномъ участіи 3-ихъ лицъ заключается практически важное возраженіе противъ распространенія субъективной теоріи на случаи 3—а, т. е. коллизіи жизни, тѣлесной цѣлости и половой неприкосновенности не съ равными или высшими, а съ низшими благами. Опираясь на принципъ преобладающаго интереса, слѣдуетъ признать право взять лодку для спасенія тонущаго со стороны не только близкаго послѣднему лица, но и всякаго вопреки волѣ владѣльца и отвергнуть право послѣдняго препятствовать этому. Его сопротивленіе само становится преступнымъ и, если можно установить причинную связь между успѣшнымъ противодѣйствіемъ и послѣдовавшимъ результатомъ, напр. гибелью тонущаго, а также—вину лодочника, то онъ долженъ отвѣчать за этотъ результатъ, ибо на немъ лежала обязанность подчиниться лицу, осуществлявшему право нужды.

Право нужды получило отчасти законодательное признаніе, именно въ гражданскомъ уложеніи Германіи (B. G. B.): согласно § 904, собственникъ вещи не въ правѣ препятствовать воздѣйствію на нее въ случаѣ необходимости при условіи, если угрожающій вредъ несоизмѣримо больше вреда, причиняемаго собственнику этимъ воздѣйствіемъ. Принципъ преобладающаго интереса принятъ, кромѣ Угол. Ул., также Норвежскимъ и Японскимъ уложеніями.

Виновное созданіе необходимости.

XIII. Часто ненаказуемость дѣянія при necessitas отрицаютъ въ томъ случаѣ, когда лицо, находящееся въ этомъ состояніи, *само* его *вызвало* (такъ и герм. и итал. улож.) случай-

но, или по неосторожности, или умышленно, именно: *съ намѣреніемъ* совершить преступленіе и сослаться затѣмъ на это состояніе. Но *только въ послѣднемъ случаѣ слѣдуетъ признать дѣяніе наказуемымъ*, такъ какъ состояніе необходимости теряетъ самостоятельное значеніе и представляетъ собою только болѣе удобное въ глазахъ субъекта средство для совершенія преступленія.

Что касается неосторожности, то ее правильнѣе относить не къ дѣянію, предпринимаемому въ состояніи необходимости, а къ опасности, изъ которой она возникла: такъ, раскачавшій изъ шалости лодку съ пассажирами на глубокомъ мѣстѣ, могъ бы предвидѣть, если принять господствующее ученіе о неосторожности, не то, что придется спасаться не иначе, какъ посредствомъ гибели другого лица (напримѣръ, посредствомъ отнятія у него спасательнаго круга), а только, что лодка перевернется и возникнетъ опасность для жизни. Если онъ затѣмъ принужденъ будетъ отвратить опасность, отнявши у другого спасательный кругъ, и тотъ утонетъ, то подлежитъ отвѣтственности за неосторожное лишеніе жизни не потому, что совершилъ *это* дѣяніе — оно остается покрытымъ необходимостью, а потому, что совершилъ первое: опрокинулъ лодку, т. е. создалъ условіе гибели пострадавшаго третьяго лица и этотъ результатъ могъ предвидѣть: погибъ ли тотъ потому, что не успѣлъ надѣть круга, или не видѣлъ его, или потому, что его вырвали у него, и кто именно вырвалъ, — всѣ эти подробности причинности, развившейся изъ неосторожнаго перваго дѣянія, ничего не измѣняютъ въ отношеніи отвѣтственности за наступившую смерть въ волнахъ, которую раскачавшій лодку могъ предвидѣть, независимо отъ этихъ привходящихъ обстоятельствъ.

Историч. данныя о «необходимости».

XIV. Въ исторіи уголовнаго права вопросъ о крайней необходимости одинъ изъ наименѣе разработанныхъ. Въ римскомъ правѣ, а также средневѣковомъ можно найти рѣшенія только отдѣльныхъ относящихся къ необходимости случаевъ, безъ какихъ-либо обобщеній, при чемъ римскіе юристы склонялись къ субъективному обоснованію ненаказуемости, каноническое право, по поводу кражи для предотвращенія голодной смерти, къ объективному: „necessitas non habet legem". Мысль о правѣ нужды встрѣчается у Гуго Гроція. Пуфендорфъ кромѣ коллизіи жизни съ жизнью, при которой ненаказуемость онъ выводитъ изъ инстинкта самосохраненія, говоритъ и о коллизіяхъ нѣкоторыхъ другихъ благъ, склоняясь къ объективной теоріи. Зародыши теоріи Биндинга встрѣчаются у Фихте.

D. Модальности (формы проявленія) преступнаго дѣянія.

XIV. Преступная дѣятельность, не приведшая къ результату.

Оконченное преступленіе.

I. *Преступленіе представляется оконченнымъ* (*delictum consummatum*) *при наличности въ совершенномъ дѣяніи всѣхъ признаковъ состава этого преступленія*, при матеріальныхъ деликтахъ — въ моментъ наступленія результата, предусмотрѣннаго въ законѣ. Въ зависимости отъ обрисовки состава въ данномъ кодексѣ, моментъ оконченнаго преступленія то отодвигается, то приближается, такъ какъ законодатель можетъ связывать наказаніе съ опредѣленнымъ поведеніемъ, если даже отъ него не послѣдовалъ дѣйствительный вредъ, такъ: для оконченнаго подлога, согласно нашему Улож. о нак., достаточно подчистки въ документѣ или подписанія его чужимъ именемъ, хотя бы изъ документа не было сдѣлано никакого употребленія и никто отъ этого не пострадалъ; германскій и французскій кодексы признаютъ оконченнымъ отравленіемъ самое введеніе яда въ организмъ, хотя бы смерть и не послѣдовала, тогда какъ по Улож. о нак, это только покушеніе на квалифицированное убійство.

Современныя законодательства, въ томъ числѣ наше Угол. Улож., не даютъ опредѣленія оконченнаго преступленія. Такое опредѣленіе содержится въ 10 ст. Улож. о нак.: «Преступленіе почитается оконченнымъ, когда въ самомъ дѣлѣ послѣдовало преднамѣренное виновнымъ или же иное отъ его дѣйствій зло».

Наказуемость дѣятельности, предшествующей оконченному преступленію.

II. Но и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ законъ требуетъ для delictum consummatum наступленія результата, законодатель можетъ особымъ постановленіемъ признать наказуемою и самую дѣятельность, направленную на этотъ результатъ, и такимъ образомъ настигнуть преступленіе на его пути («crimen in itinere»). Вопросъ можетъ заключаться только въ томъ, всѣ ли стадіи этой дѣятельности заслуживаютъ репрессіи и какой именно?

Виды ея.

1. Отъ чисто внутренняго процесса сформированія умысла до момента окончанія преступленія логически возможно различать слѣдующіе этапы, которые проходитъ субъектъ преступнаго дѣянія: 1) *обнаруженіе умысла*, т. е. внѣшнее выраженіе его на словахъ или на письмѣ, напримѣръ: въ дневникахъ, въ корреспонденціи, или даже въ дѣйствіяхъ, но такихъ, которыя не могутъ быть отнесены къ категоріямъ, указываемымъ ниже, по отсутствію характерныхъ для послѣднихъ признаковъ; 2) *приготовленіе* къ преступленію, опредѣляемое иногда, напр. Угол Ул. (ст. 50), какъ *пріобрѣтеніе или приспособленіе средствъ* для приведенія въ исполненіе умышленнаго преступнаго дѣянія, или же — такъ Улож. о нак., въ ст. 8-ой,—какъ пріисканіе или пріобрѣтенье средствъ. Но съ одной стороны, приготовительныя дѣйствія могутъ быть выполняемы и лицомъ, которому не приходится пріобрѣтать средства для преступленія и которое ихъ уже имѣетъ; дѣятельность его выразится въ приведеніи ихъ въ состояніе, годное для умышленнаго дѣйствія, напр. въ чисткѣ или заряженіи ружья, въ оттачиваніи топора для убійства, для кражи со взломомъ; съ другой стороны, уже *приспособленье* средства, хотя бы пока безуспѣшное, слѣдуетъ разсматривать, какъ приготовленіе. Въ частности къ приготовленію относятъ подыскиванье соучастниковъ или убѣжища для сокрытія плодовъ преступленія, обезпеченіе себѣ ложнаго доказательства alibi (нахожденія въ другомъ мѣстѣ въ моментъ преступленія), прибытіе на мѣсто, гдѣ должно быть совершено преступное дѣяніе, 3) *покушеніе*, т. е. приступъ къ самому преступному дѣянію. *Обнаруженіе умысла*, по скольку оно не представляетъ собою угрозы, наказуемой, какъ самостоятельный деликтъ, *и приготовленіе признаются ненаказуемыми, послѣднее—за нѣкоторыми исключеніями.*

Приготовленіе.

2. Въ приготовительныхъ дѣйствіяхъ *невсегда распознаваемъ* опредѣленный преступный *умыселъ:* покупка яда можетъ имѣть цѣлью отравленіе не человѣка, а мышей, или приготовленіе краски. Вмѣшательство государства съ тяжеловѣснымъ карательнымъ аппаратомъ могло бы безъ нужды стѣснить гражданъ въ сферѣ, часто лишенной преступнаго характера, повести къ доносамъ, розыскамъ, которые могли бы во многихъ случаяхъ только дискредитировать полицейскіе и судебные органы. Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда

умыселъ на опредѣленное преступленіе распознаваемъ, *преступное настроеніе не достигаетъ* при приготовительныхъ дѣйствіяхъ той степени энергіи, той *интенсивности*, которая свидѣтельствовала бы о необходимости принятія мѣръ противъ данной личности: въ сферѣ преступленія, какъ и въ другихъ областяхъ жизни, между приготовленіемъ и приступомъ къ дѣйствію лежитъ цѣлая пропасть. Сколько людей собиралось путешествовать или держать экзамены! Дѣлались приготовленія, покупали чемоданы, заказывали паспорты, и оставались дома; пріобрѣтались книги, ихъ читали, изучали, но до экзаменовъ не доходило. Множество преступленій также остается въ области проектовъ. *И съ объективной стороны приготовительныя дѣйствія* не только не причиняютъ вреда, но *обыкновенно* не создаютъ и безпокойства и *не ставятъ блага въ опасность*.

Еще въ большей степени оба послѣднихъ соображенія примѣнимы къ обнаруженію умысла. Поэтому наказуемость послѣдняго, встрѣчавшаяся въ старыхъ законодательныхъ памятникахъ, а также въ нашемъ Ул. о нак. при государственныхъ преступленіяхъ, нынѣ исчезла изъ кодексовъ, и положеніе *„cogitationis poenam nemo patitur“* пріобрѣло значеніе аксіомы, и ст. 111 Ул. о нак. утратила практическое значеніе.

Твердо стоитъ въ наукѣ и положеніе о ненаказуемости приготовленія, но здѣсь допускаются *исключенія:* иногда приготовительныя дѣйствія, безотносительно къ конечной преступной цѣли, представляются нетерпимыми, имѣющими вредный или опасный характеръ: они караются тогда, какъ самостоятельное преступное дѣяніе, какъ delictum sui generis, а не, какъ приготовленіе къ одному изъ преступленій, къ которымъ они, можетъ быть, служатъ ступенью. Таковы, напр., у насъ храненіе взрывчатыхъ веществъ, (987[1] ст. Ул. о нак.), продажа ядовъ безъ установленнаго разрѣшенія, ношеніе оружія (104[1], 117 Уст. о нак.) и т. п. Но кромѣ того приготовленіе иногда *наказывается*, какъ таковое, а не какъ delictum sui generis: такъ, у насъ *приготовленіе къ убійству, къ поджогу, къ поддѣлкѣ монеты* или государственныхъ кредитныхъ билетовъ (1457, 1611, 559 и 573 Ул. о нак.); впрочемъ, двѣ послѣднихъ статьи, перечисляя нѣкоторыя приготовительныя дѣйствія, какъ выдѣлка или до-

ставка орудій поддѣлки, не называютъ ихъ приготовленіемъ и карающъ наравнѣ съ поддѣлкой. Ст. 112 Ул. о нак. лишена практическаго значенія. По Угол. Ул. карается приготовленіе къ важнѣйшимъ государственнымъ преступленіямъ.

Понятіе покушенія

III—1. *Область наказуемаго начинается совершеніемъ дѣйствій, относящихся къ категоріи покушенія. Законодательства, по образцу французскаго кодекса опредѣляютъ покушеніе какъ начало исполненія умышленнаго преступнаго дѣянія. Такое опредѣленіе принято и нашимъ Улож. о нак. и Угол. Ул.* Улож. о нак., ст. 9: «дѣйствіе коимъ начинается или продолжается приведеніе злого намѣренья въ истолненіе». Уг. Ул., ст. 49: «Дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе дѣянія, учиненія коего желалъ виновный, не довершеннаго по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему, почитается покушеніемъ».

Объективныя теоріи.

2. Но «начало исполненія» не слѣдуетъ истолковывать, какъ начало той дѣятельности, которая описана въ диспозитивной части уголовнаго закона. Этотъ взглядъ, принятый главнымъ образомъ сторонниками объективной теоріи покушенія въ Германіи, при точномъ примѣненіи слишкомъ ограничиваетъ область покушенія: такъ, если субъектъ навелъ оружіе на другого, или замахнулся дубиной, или протянулъ руку къ вещи, или подкрадывается къ ней, то въ этихъ дѣйствіяхъ нельзя было бы усматривать начала убійства, побоевъ, кражи. Такой выводъ настолько противорѣчитъ правосознанію и самому основанію наказуемости покушенія, что, несмотря на точность грани, отдѣляющей его отъ приготовленія, этотъ взглядъ долженъ быть отвергнутъ. Во избѣжаніе этого вывода *Франкъ* вводитъ полезное дополненіе: *покушеніе*, говоритъ онъ, *есть начало требуемаго составомъ преступленія дѣйствія или дѣйствіе, настолько тѣсно съ нимъ связанное, что его естественно разсматривать, какъ составную часть этого, перваго дѣйствія (занесеніе удара, протягиванье руки къ вещи)*,

Такимъ образомъ въ основаніе разграниченія покушенія и приготовленія кладется *объективный признакъ: свойство дѣйствія.* Дѣйствительно, только въ *моментъ начала исполненія*, съ одной стороны, *преступная воля достигаетъ* достаточной для примѣненія репрессіи *интесивности* и распознаваемости, съ другой стороны *дѣйствіе ста-*

новится опаснымъ для правового блага. Въ послѣднее время именно моментъ опасности дѣйствія выдвигается, какъ основаніе наказуемости покушенія и вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ признакъ покушенія (такъ Листъ, Фингеръ, Дона), при чемъ *опаснымъ оно признается тогда, когда дѣйствіе способно вызвать задуманный преступный результатъ, если исходитъ изъ знанія фактовъ, которымъ располагалъ субъектъ въ моментъ дѣянія (субъективное онтологическое знаніе), и изъ объективнаго знанія силъ природы (объективное номологическое знаніе);* такъ *Фингеръ* и *Дона*, между тѣмъ какъ Листъ кладетъ въ основу сужденія о возможности результата еще и факты, вообще распознаваемые для судьи, перенесшагося къ моменту дѣянія.

Другіе криминалисты имѣютъ въ виду опасность не для опредѣленнаго правового блага, а для правопорядка и усматриваютъ основаніе наказуемости покушенія въ вызываемыхъ имъ въ обществѣ безпокойствѣ, впечатлѣніи, паникѣ (Колеръ, Салейль, Баръ).

Иногда сущность покушенія усматривается въ частичномъ выполненіи (Гейеръ, Биндингъ) или въ нападеніи на объектъ (Баумгартенъ, Познышевъ), но результатъ часто недѣлимъ (смерть) и не можетъ быть осуществляемъ частично, объектомъ можетъ быть нематеріальное благо, недоступное нападенію.

Субъективная теорія.

3. Сторонниковъ имѣетъ и *субъективная теорія*, особенно выдвинутая *Бури*. Эта теорія *отрицаетъ объективное значеніе дѣйствія при покушеніи и основаніемъ* его наказуемости *признаетъ твердость* и распознаваемость *воли* или (такъ крайніе соціологи—криминалисты) *опасность субъекта* (*Флоріанъ*, *Гарофало*). *При этомъ* затруднительнымъ становится опредѣленіе момента, съ котораго начинается покушеніе, онъ обыкновенно отодвигается назадъ, и *въ область покушенія попадаютъ скорѣе приготовительныя дѣйствія*, напр.: выслѣживанье жертвы съ оружіемъ въ рукахъ разсматривается, какъ покушеніе на убійство (Ламмашъ), прибытіе на мѣсто, куда доступъ постороннимъ запрещенъ,—какъ покушеніе на кражу (Мокринскій), устройство въ вѣсахъ приспособленія для обвѣшиванія покупателей—какъ покушеніе на мошенничество (австр. кассац. судъ). Между тѣмъ отрицаніе опасности покушенія основывается субъективистами на сужденіи post factum, на томъ, что не наступилъ результатъ,—точка зрѣнія, какъ уже было указано, совершенно неправильная (см. стр. 122). До начала исполненія окажутся также весьма сомнительными

и твердость и распознаваемость преступной воли, и опасность субъекта.

Смѣшанныя теоріи.

4. *Смѣшанныя теоріи* комбинируютъ признаки покушенія, выдвигаемые теоріями субъективной и объективной. Очень часто сторонники послѣдней прибѣгаютъ и къ субъективнымъ моментамъ и впадаютъ въ смѣшанную теорію. *Этотъ характеръ имѣетъ и теорія опасности въ формулировкѣ Фингера:* за основаніе для сужденія объ опасности берется онтологическое знаніе субъекта дѣянія потому, что для оцѣнки вины не могутъ имѣть значеніе представленія о фактической обстановкѣ дѣйствія, которыя были у третьихъ лицъ. *Преимущество этого взгляда сказывается при рѣшеніи вопроса о негодномъ покушеніи.*

Историч. данныя.

5. Древнѣйшія законодательства и даже римское право не знаютъ понятія покушенія, а караютъ нѣкоторые отдѣльные виды такой дѣятельности, какъ самостоятельные деликты, напр.: обнаженіе меча, выслѣживаніе врага съ оружіемъ, въ силу опасности такихъ актовъ, а также въ виду того значенія, которое у римскихъ юристовъ пріобрѣла преступная воля: „in maleficus voluntas spectatur, non exitus“. Понятіе покушенія впервые получаетъ обработку въ средневѣковой итальянской юриспруденціи, но терминомъ „conatus“ обозначается всякая преступная дѣятельность, не увѣнчавшаяся результатомъ: и приготовительныя дѣйствія носили названіе conatus remotus, въ отличіе отъ conatus proprinquus или proximus, соотвѣтствующаго современному покушенію, при чемъ относительно ненаказуемости conatus remotus не было единогласія ни тогда, ни позже — у комментаторовъ Каролины. Послѣдняя устанавливаетъ впервые общіе признаки понятія покушенія, близкіе къ современному его пониманію, но не употребляетъ самаго термина.

Наказуемость покушенія.

IV.—1. За исключеніемъ французскаго кодекса, законодательства важнѣйшихъ европейскихъ государствъ караютъ за покушеніе слабѣе, чѣмъ за оконченное преступленіе, да и въ самой Франціи, съ открытіемъ возможности, согласно закону 1832 г., признавать смягчающія обстоятельства, практика въ покушеніи усматриваетъ такое обстоятельство.

Но *обязательное смягченіе наказанія*, принимаемое большинствомъ ученыхъ, въ дѣйствительности *не вытекаетъ ни изъ одной теоріи наказанія*, за исключеніемъ развѣ теоріи возмездія въ отжившемъ, грубомъ значеніи слова: ненаступленіе вреда нисколько не характерно для личности, совершившей покушеніе: попалъ ли преступникъ въ намѣченную жертву, или промахнулся, или ружье выбили у него изъ

рукъ въ моментъ выстрѣла, это нисколько не умаляетъ ни его вины, ни его опасности, а мѣра необходимыхъ элиминаціи, или исправленія или устрашенія его совершенно не зависитъ отъ удачи или неудачи преступленія; наконецъ, съ точки зрѣнія общей превенціи, можно вообще наказаніемъ сдерживать именно дѣятельность, направленную на предусмотрѣнный закономъ результатъ, а не его наступленіе. Правда, иногда приписываютъ неудачу меньшей опытности или опасности преступника, меньшей энергіи или твердости его воли; но значеніе тогда пріобрѣтаютъ именно эти моменты, способные бросить свѣтъ на преступное настроеніе субъекта и дать основаніе для зачисленія его въ тотъ или другой классъ преступниковъ, но не покушеніе, какъ таковое. Въ основаніи господствующей системы смягченія лежитъ въ сущности стремленіе сократить область примѣненія смертной казни, а также пожизненнаго лишенія свободы, и обязательность смягченія защищаютъ часто для покушенія на одно изъ преступленій, влекущихъ эти наказанія.

Вліяніе на наказуемость дѣленія покушенія на оконченное и неокончен.

2. По тѣмъ же соображеніямъ слѣдуетъ высказаться противъ проведенія различія въ наказуемости покушенія въ зависимости отъ его близости къ оконченному деликту, различія, связаннаго съ подраздѣленіемъ покушенія на *оконченное* и *неоконченное* (такъ наше Улож. о нак. ст. 114 и 115, и старые нѣмецкіе кодексы), или на покушеніе въ собственномъ смыслѣ и неудавшееся преступленіе—délit manqué, delitto frustrato или mancato романскихъ законодательствъ, delictum perfectum старой итальянской доктрины.

Примѣромъ неоконченнаго покушенія на убійство можетъ служить прицѣливанье въ кого-либо, примѣромъ оконченнаго—выстрѣлъ, причинившій только рану, но не смерть, или совсѣмъ не попавшій въ намѣченный объектъ (неудавшееся преступленіе).

Нынѣ это разграниченіе почти не находитъ защитниковъ тѣмъ болѣе, что установленіе признаковъ этихъ двухъ видовъ на практикѣ встрѣчаетъ затрудненія, а въ теоріи вызываетъ разногласіе: *объективный признакъ*—покушеніе окончено, когда виновнымъ сдѣлано все, что было нужно, чтобы результатъ наступилъ, — встрѣчаетъ возраженіе, что, если бы было сдѣлано все, дѣйствительно нужное, ре-

зультатъ не могъ бы не наступить, и самое ненаступленіе доказываетъ противное.

Субъективный признакъ, принятый нашимъ *Ул. о нак.* послѣ измѣненія ст. 115 закономъ 9 марта 1864 г.,—*покушеніе окончено, когда виновнымъ выполнено все, что онъ считалъ нужнымъ*, приводитъ къ абсурду: къ меньшему наказанію болѣе тонкаго и опытнаго преступника при тождествѣ дѣйствія, ибо послѣднее окажется неоконченнымъ покушеніемъ именно для такого преступника: именно онъ не долженъ считать сдѣланное достаточнымъ, тогда какъ то же дѣйствіе въ глазахъ менѣе опытнаго преступника есть выполненіе всего необходимаго. Къ тому же отнесеніе покушенія къ той или другой категоріи и мѣра наказанія ставятся въ зависимость отъ случайнаго, не характернаго для настроенія личности обстоятельства, напр., отъ того, задумалъ ли преступникъ совершить отравленіе въ нѣсколько пріемовъ, нѣсколькими дозами яда, или же сразу—одною сильной дозой: при первомъ предположеніи, введеніе въ организмъ одной дозы неоконченное покушеніе, при второмъ — оконченное, между тѣмъ въ первомъ случаѣ планъ можетъ быть болѣе тонкимъ и вѣрнымъ.

Наше Ул. о нак. само не придаетъ рѣшительнаго значенія подраздѣленію покушенія на эти два вида, такъ какъ за оконченное покушеніе судъ можетъ смягчить наказаніе на одну, двѣ или три степени сравнительно съ оконченнымъ преступленіемъ, а за неоконченное покушеніе на двѣ, 3 или 4 степени.

Покушеніе и трехчленное дѣленіе преступленій.

3. Признавая покушеніе наказуемымъ, законодательства возводятъ это въ общее правило только при болѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяніяхъ, при незначительныхъ карается только оконченный деликтъ. Наше Угол. Ул. наказываетъ за покушеніе при тяжкихъ преступленіяхъ (въ технич. смыслѣ) всегда, при преступленіяхъ въ случаяхъ, спеціально предусмотрѣнныхъ закономъ, при проступкахъ — никогда. Улож. о нак. не дѣлаетъ этихъ ограниченій. Уставъ о нак. караетъ за покушеніе только въ особо предусмотрѣнныхъ случаяхъ, именно: за покушеніе на кражу или мошенничество; наказаніе можетъ быть уменьшено до половины. *По Угол. Ул. покушеніе составляетъ смягчающее обстоятельство*, т. е. влечетъ пониженіе наказанія по усмотрѣнію

суда въ предѣлахъ, установленныхъ для случаевъ признанія судомъ такихъ обстоятельствъ, т. е. *въ порядкѣ* 53 *ст.* Судъ однако *обязанъ* покушеніе признать смягчающимъ обстоятельствомъ.

Вліяніе на наказуемость добровольной остановки.

4. Въ вопросѣ о репрессіи покушенія законодательства и наука придаютъ особое значеніе *добровольной остановкѣ, т. е. отказу отъ продолженія начатаго преступнаго дѣянія, не вызванному внѣшними препятствіями. Добровольная остановка признается обстоятельствомъ, устраняющимъ наказуемость* совершеннаго, развѣ бы послѣднее само по себѣ выполняло составъ какого-либо преступнаго дѣянія, которое остается наказуемымъ (т. наз. квалифицированное покушеніе): такъ, ненаказуемое добровольно оставленное покушеніе на изнасилованіе можетъ влечь отвѣтственность за насиліе или обиду женщины, по французскому законодательству—за attentat à la pudeur.

Ненаказуемость объясняется перемѣной настроенія у субъекта, вслѣдствіе которой совершенное имъ до остановки уже не характерно для его личности и не свидѣтельствуетъ о твердости и интенсивности его преступнаго настроенія, столь существенныхъ для наказуемаго покушенія, или же объ «опасномъ состояніи»: субъектъ не болѣе опасенъ, чѣмъ всякій, кто еще не перешелъ Рубикона, отдѣляющаго покушеніе отъ приготовленія. Такимъ образомъ исходить ли изъ теоріи возмездія--порицанія, или изъ теорій, выдвигающихъ цѣль спеціальнаго предупрежденія, для наказанія нѣтъ основаній: ни порицать одумавшагося преступника, ни демонстрировать ему тяжесть наказанія, когда оказалось достаточнымъ одной угрозы, ни исправлять, ни обезвреживать нѣтъ никакой нужды. Вмѣстѣ съ тѣмъ важно и *другое соображеніе* (Фейербаха) о полезномъ значеніи ненаказуемости для сохраненія тѣхъ благъ, которымъ грозилъ вредъ отъ покушенія: *преступнику открывается золотой мостъ къ отступленію.*

Мотивы остановки безразличны, лишь бы она была добровольной; не необходимо, чтобы она была вызвана этическими мотивами: раскаяньемъ, состраданіемъ; наказаніе неприменимо и тогда, когда, преступникъ остановился вслѣдствіе безсилія воли, или отвращенія къ нѣкоторымъ деталямъ выполненія (напр. дурному вкусу абортивнаго напитка), изъ суевѣрія, или изъ страха наказанія. Важно только, чтобы

можно было констатировать дѣйствительную перемѣну настроенія, которая выражается въ *отказѣ отъ продолженія*, но не въ перерывѣ дѣятельности до ближайшаго благопріятнаго момента. Такимъ образомъ, нельзя признать добровольно оставленнымъ покушеніемъ случаи, когда воръ, надломавъ замокъ, ушелъ, чтобы запастись лучшимъ инструментомъ и легче довершить взломъ кассы; когда преступникъ отказался отъ довершенія потому, что задуманное преступленіе потеряло смыслъ, напр.: во взломанной кассѣ банкирской конторы оказалось только немного мѣдной монеты. Покушеніе остается наказуемымъ также тогда, когда рѣчь можетъ идти лишь объ *отказѣ отъ повторенія*, а не объ отказѣ отъ продолженія: напр., когда задумавшій убійство выстрѣлилъ въ своего врага, но промахнулся и не произвелъ второго выстрѣла, хотя револьверъ имѣлъ еще нѣсколько зарядовъ.

Добровольная остановка вообще мыслима только при неоконченномъ покушеніи, при оконченномъ возможно только *предотвращеніе виновнымъ результата;* при неудавшемся преступленіи (délit manqué) исключается и то, и другое: преступникъ, который промахнулся, всегда отвѣчаетъ за свое дѣяніе (покушеніе). Предотвращеніе результата собственной дѣятельностью преступника, хотя бы и при содѣйствіи другихъ лицъ, напр. призваннаго врача, *получаетъ въ современной теоріи и въ болѣе новыхъ кодексахъ то же значеніе, что и добровольная остановка:* дѣяніе не наказуемо, если только предотвращеніе послѣдовало до раскрытія преступленія, напр.: отравитель своевременно даетъ противоядіе, прежде чѣмъ совершенное имъ посягательство сдѣлалось извѣстнымъ другимъ.

Слѣдовало бы однако пойти дальше—и въ вопросѣ о наказаніи за покушеніе придать значеніе уже самой дѣятельности, направленной на предотвращеніе результата, (такъ Норвеж. ул.), хотя бы и не увѣнчавшейся успѣхомъ, и при томъ и послѣ раскрытія преступленія: и такая дѣятельность, если она вызвана раскаяньемъ, важный моментъ для характеристики преступника, показатель принадлежности его къ классу эпизодическихъ; предоставленіе въ такихъ случаяхъ суду права переходить къ другому роду наказанія слѣдуетъ признать вполнѣ цѣлесообразнымъ и справедливымъ.

Наше законодательство признаетъ ненаказуемымъ добровольно оставленное покушеніе (113 ст. Ул. о нак., 17 ст. Уст. о нак.. 49 ст. Угол. Ул.); *предотвращенію результата*, при томъ независимо отъ раскрытія преступленія, *придаетъ* такое же *значеніе только Угол Улож.* Ст. 49-ая говоритъ о «преступномъ дѣяніи, не довершенномъ по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему». Ул. о нак. упоминаетъ о предотвращеніи результата, какъ о смягчающемъ обстоятельствѣ, въ особенной части,—при поджогѣ (1610 ч., п. 1).

Ненаказуемость въ разсматриваемыхъ случаяхъ *составляетъ строго личную льготу,* какъ это вытекаетъ изъ ея основаній; поэтому она не распространяется на соучастниковъ. Это положеніе принято и нашимъ правомъ, въ частности 51 ст. Угол. Улож.

Когда законодательство по исключенію караетъ и за приготовленіе къ преступленію, добровольная остановка также устраняетъ наказуемость (113 ст. Ул о нак., 50 ст. Уг. Ул.; ср. 1457 ст. Ул. о нак.).

Поскольку особо предусмотрѣнное въ кодексѣ покушеніе или приготовленіе не пріобрѣтаютъ значенія delictum sui generis, а выдѣляются съ цѣлью установленія за нихъ наказанія не по началамъ, вообще принятымъ въ кодексѣ для этихъ стадій преступной дѣятельности, постольку постановленіе о добровольной остановкѣ примѣнимо и въ этихъ случаяхъ. Такъ, уничтоженіе виновнымъ привезенныхъ изъ-заграницы фальшивыхъ русскихъ бумажныхъ денегъ или купленныхъ для ихъ поддѣлки орудій должно вести къ ненаказуемости самаго привоза денегъ или покупки орудій (см. ст. 537 Ул. о нак).

Негодное покушеніе. Субъективная теорія.

V.—1. Наиболѣе спорнымъ въ ученіи о покушеніи представляется вопросъ о наказуемости такъ называемаго негоднаго покушенія, въ которомъ различаютъ два вида: *покушеніе съ негодными средствами и—на негодный объектъ. Чисто субъективная теорія (Бури), принимаемая для этихъ случаевъ германскимъ высш. судомъ (райхсгерихтомъ), признаетъ наказуемымъ покушеніе съ негодными средствами и на негодный объектъ*, находя, что и въ этомъ покушеніи сказывается твердая и распознаваемая преступная воля и что оно ничѣмъ не отличается отъ обыкновеннаго покушенія, которое также безопасно или негодно, какъ доказываетъ ненаступленіе результата, а между тѣмъ признается наказуемымъ. Такимъ образомъ, попытка умерщвленія плода со стороны

женщины, вообразившей себя беременной, при помощи средства, которое не могло бы вообще повлечь абортъ, разсматривается, какъ наказуемое покушеніе на этотъ деликтъ (райхсгерихтъ) Точно также *не препятствуетъ* признанію наказуемаго покушенія то обстоятельство, *что* въ совершенномъ дѣяніи *недоставало какого-либо признака состава* задуманнаго преступленія, *хотя бы не результата;* послѣдній такой же признакъ состава, какъ всякій другой, какъ, *напримѣръ*, принадлежность вещи другому лицу при кражѣ. Поэтому *похищеніе вещи, которая оказалась принадлежащей самому похитителю*, напр., отказанной ему по завѣщанію, также составляетъ наказуемое покушеніе на кражу (такъ Делаки, Кригсманъ и даже Листъ и Фингеръ). При негодности средства дѣлается однако исключеніе: покушеніе не наказуемо или, вѣрнѣе, нѣтъ покушенія, если употреблено суевѣрное средство, напр.: вымаливанье смерти, какъ средство убійства врага; здѣсь отвергается умыселъ (Бури), или же наличность вообще какого бы то ни было средства (райхсгерихтъ).

Объективная теорія.

2. *Объективная теорія, намѣченная Фейербахомъ*, имѣвшимъ въ виду суевѣрное средство и *отвергавшимъ наказуемость*, поддерживается въ чистомъ видѣ нынѣ только немногими криминалистами: если средство негодно, отвергается начало исполненія (Шетенсакъ), которымъ дѣяніе должно быть объективно, поэтому выстрѣлъ изъ ружья, которое было разряжено, не признается покушеніемъ, хотя стрѣлявшій не зналъ объ этомъ и считалъ ружье заряженнымъ.

Абсолютно и относительно негодное покушеніе.

3. Большинство криминалистовъ и судебная практика, кромѣ германской, придерживаются промежуточныхъ точекъ зрѣнія. Французская и итальянская практика и многіе ученые этихъ странъ принимаютъ *теорію разграниченія абсолютно и относительно негоднаго покушенія*, предложенную *Миттермайеромъ* въ началѣ XIX в. Средство абсолютно негодно, если имъ нельзя причинить задуманный результатъ ни при какихъ обстоятельствахъ, относительно негодно, если нельзя именно въ данномъ конкретномъ случаѣ, вслѣдствіе неправильнаго примѣненія, такъ: жертвѣ данъ мышьякъ, но въ слишкомъ слабой дозѣ, выстрѣлъ произведенъ на слишкомъ большомъ разстояніи для ружья данной системы. Объектъ абсолютно негоденъ, если онъ не существуетъ (плодъ у небеременной) или не обладаетъ требуемыми со-

ставомъ преступленія свойствами физическими или юридическими· ребенокъ, котораго внѣбрачная мать бросила въ рѣку cum animo necandi, оказался мертворожденнымъ; похищенной оказалась вещь, принадлежащая самому похитителю, напр. завѣщанная ему. Относительно негоденъ объектъ лучше защищенный, чѣмъ полагалъ виновный (напр., морфинистъ при попыткѣ отравленія вообще достаточной дозой морфія; лицо, носившее кольчугу), или находящійся не въ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ думалъ его настигнуть (попытка похищенія изъ пустого кармана). Относительная негодность объекта сводилась такимъ образомъ къ относительной негодности средства. Ненаказуемо *абсолютно*—негодное покушеніе.

Негодность плана и негодность выполненія.

4. Другіе криминалисты придаютъ значеніе тому, выбралъ ли субъектъ негодное средство или примѣнилъ его случайно, напр. принявъ коробку съ содой за коробку съ мышьякомъ; покушеніе не наказуемо только въ первомъ случаѣ. Такъ Кестлинъ, далѣе Колеръ и Сергѣевскій—теорія, различающая негодность плана (первый случай) и негодность выполненія (второй случай); сюда же примыкаютъ тѣ, кто, какъ Таганцевъ *и наши оба уложенія, признаютъ ненаказуемымъ покушеніе съ негодными средствами, выбранными по крайнему невѣжеству или суевѣрію.*

Негодность средствъ, теоріи опасности покушенія.

5. Въ отношеніи негодности средствъ близокъ къ этому взгляду и одинъ варіантъ *теоріи опасности* покушенія. Если исходить изъ субъективнаго онтологическаго и объективнаго номологическаго знанія *(Фингеръ, Дона)*, покушеніе отравить содой опасно, если въ глазахъ субъекта это былъ мышьякъ, и безопасно, если онъ зналъ, что это сода, но приписывалъ ей значеніе яда, такъ какъ, согласно опыту и наукѣ, содой отравить нельзя. *Указаніемъ основы для сужденія объ опасности эта теорія вноситъ существенную поправку въ ученіе объ абсолютной и относительной негодности*, вызывавшее возраженія, что in concreto всякое средство негодно, ибо иначе наступилъ бы результатъ, а in abstracto всякое годно, напр. сахаръ для убійства больного діабетомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ указанный варіантъ теоріи опасности сохраняетъ значеніе за субъективнымъ моментомъ—незнаніемъ негодности, безопасности средства, поскольку оно касается фактической стороны. Конечно, можетъ возникнуть вопросъ, почему не исходить также изъ номологическаго знанія субъекта, по-

чему не признавать соды опаснымъ средствомъ, если такимъ ее считалъ субъектъ дѣянія? Но такая послѣдовательность слишкомъ бы расширила наказуемую область: право можетъ не запрещать того, что по законамъ природы неспособно вызвать преступный результатъ и представляется опаснымъ только воображенію суевѣрнаго или невѣжественнаго субъекта. Напротивъ, знаніе или незнаніе фактической стороны, при которой совершается дѣяніе, только тогда бросаетъ свѣтъ на настроеніе преступника, когда это *его* знаніе а не третьихъ лицъ. Опираясь на факты, имъ извѣстные или вообще распознаваемые, мы могли бы признать выстрѣлъ изъ незаряженнаго ружья, которое именно субъектъ считалъ заряженнымъ, безопаснымъ покушеніемъ. Выигрывая въ послѣдовательности, это мнѣніе (Листъ) уступаетъ соединительному ученію Фингера, оставляя ненаказуемыми случаи, вскрывающіе преступное настроеніе субъекта и требующіе репрессіи.

Наконецъ, на почвѣ взгляда объ опасности личности, какъ основаніи наказуемости покушенія, приходятъ къ выводу о ненаказуемости только суевѣрнаго покушенія: и невѣжественный субъектъ, убѣдившись въ негодности избраннаго средства легко перейдетъ къ болѣе дѣйствительному; скорѣе этотъ переходъ трудно предположить при примѣненіи суевѣрнаго средства, такъ какъ при послѣднемъ субъектъ расчитываетъ на тайныя силы и предпринимаетъ дѣяніе въ увѣренности, что это дѣяніе не раскроется; этой увѣренности у него не можетъ быть при пользованіи обычными средствами, поэтому на ихъ примѣненіе онъ не рѣшится.

Негодность объекта. Господствующее мнѣніе.

6.—а. *Въ отношеніи негодности объекта разграниченіе*, принятое теоріей абсолютной и относительной негодности (*объекты, не существующіе и не имѣющіе юридическихъ свойствъ, необходимыхъ для состава преступленія, съ одной стороны, и объекты отсутствующіе—съ другой)*, поддерживается часто и представителями другихъ теорій—объективной и промежуточныхъ, напр.: Сергѣевскимъ, Таганцевымъ.

Теоріи опасности.

b. Но нѣкоторые сторонники опасности покушенія въ вопросѣ о негодности объекта сближаются съ субъективной теоріей. Такъ, съ точки зрѣнія на опасность, проводимой Фингеромъ, если субъектъ полагаетъ, что вещь чужая, что ребенокъ живъ, что первый бракъ дѣйствителенъ, то похищеніе этой вещи, убійство ребенка, вступленіе во второй бракъ разсматривается, какъ опасное и наказуемое, потому что

сужденіе объ опасности основывается на онтологическомъ знаніи субъекта, хотя бы вещь была своя, ребенокъ родился мертвымъ, первый бракъ былъ недѣйствителенъ. Только, гдѣ ошибка была въ оцѣнкѣ значенія факта (номологическая), напр. дѣвушка заключила о беременности изъ факта прекращенія менструацій, тогда какъ оно вызывалось другими причинами, дѣяніе (напр., попытка аборта) признается безопаснымъ.

Съ другой стороны, Колеръ, исходя изъ опасности для правопорядка, усматриваетъ ее и въ покушеніи на абортъ со стороны небеременной. Сходно Салейль и въ противоположномъ смыслѣ Баръ. Въ основаніи этого взгляда на опасность въ его различныхъ варіантахъ лежитъ желаніе сохранить наказуемость въ такихъ случаяхъ, какъ *покушеніе на кражу изъ пустого кармана или* какъ *покушеніе на убійство посредствомъ выстрѣла въ комнату, обитателя которо тамъ не было*. Отрицая опасность для имущества или для жизни въ этихъ случаяхъ, пришлось бы не наказывать за *эти дѣянія, признаваемыя практикой всѣхъ странъ*, въ томъ числѣ Сенатомъ, *наказуемыми*. Опасность же для правопорядка или безпокойство, производимое дѣяніемъ въ обществѣ, можно признать и въ этихъ случаяхъ и такимъ пріемомъ обосновать отвѣтственность.

Различіе между негоднымъ средствомъ и негоднымъ объектомъ.

с. Въ дѣйствительности однако можно сохранить ее и при взглядѣ на опасность, проводимомъ Фингеромъ: *съ точки зрѣнія субъекта, въ карманѣ есть имущество, въ комнатѣ находится намѣченная жертва*. Правда, напрашиваются и дальнѣйшіе выводы: въ глазахъ субъекта, въ выше приведенныхъ примѣрахъ, ребенокъ живъ, бракъ дѣйствителенъ, вещь своя, слѣдовательно дѣяніе опасно и наказуемо. Но этотъ выводъ можетъ быть устраненъ, если признать самый вопросъ объ опасности неумѣстнымъ, если нѣтъ блага, которому она угрожаетъ. Право охраняетъ наказаніемъ дѣйствительно существующіе объекты, а не воображаемые: оно охраняетъ чужія вещи, дѣйствительный бракъ, живого ребенка. Объектъ имѣетъ не то же значеніе, что средство, и различія въ рѣшеніи случаевъ негодности средства и объекта не должны быть отрицаемы. Такимъ образомъ *при сохраненіи указаннаго* (*стр. 178*) *критерія опасности, если благо не существуетъ или не имѣетъ юридическихъ свойствъ, необходимыхъ для состава деликта, то вслѣдствіе физическаго или юридическаго*

несуществованія объекта, нѣтъ покушенія (Франкъ, Биндингъ, Дона, Таганцевъ, Угол. Ул., ст. 47. Отсутствію любого признака состава нельзя придавать такое же значеніе, что и отсутствію результата: если въ послѣднемъ случаѣ законъ признаетъ покушеніе, то отсюда не слѣдуетъ, что покушеніе есть и въ первомъ. Здѣсь скорѣе аналогія съ мнимымъ преступленіемъ: при послѣднемъ субъектъ также полагаетъ, что совершаетъ преступленіе, но предполагаемаго запрета нѣтъ; здѣсь нѣтъ тѣхъ условій, которыя этотъ запретъ имѣетъ въ виду.

Но, *если объектъ, юридически годный, существуетъ, то дѣяніе остается опаснымъ, хотя бы онъ случайно,* вопреки ожиданію субъекта, *не былъ въ мѣстѣ, гдѣ его дѣяніе предполагало настигнуть:* въ карманѣ, въ кассѣ, въ комнатѣ (въ приведенныхъ примѣрахъ). При этомъ *безразлично, какъ далеко находился объектъ* отъ этого мѣста: въ другомъ карманѣ, въ сейфѣ, въ другой комнатѣ, въ другомъ городѣ. При другомъ взглядѣ (Таганцевъ, Альфельдъ, Эткеръ, Вартонъ) придется и покушеніе на кражу изъ пустого кармана, когда кошелекъ находился въ другомъ, признать безопаснымъ и ненаказуемымъ, или же установить произвольную и шаткую границу между этими случаями въ зависимости отъ дальности нахожденія объекта.

Поэтому нельзя согласиться съ Сенатомъ, который отвергъ наказуемое покушеніе въ случаѣ, когда должникъ, желая выхватить изъ рукъ кредитора векселъ, выхватилъ и разорвалъ пустой листокъ бумаги. Точно такъ же, если при ошибкѣ въ объектѣ, дѣйствительный объектъ былъ менѣе важный, годный для менѣе наказуемаго деликта, слѣдуетъ признать кромѣ оконченнаго этого деликта или покушенія на него, еще и покушеніе на задуманный болѣе важный, если этотъ объектъ существовалъ (совокупность), напр.: кромѣ убійства (или покушенія) покушеніе на отцеубійство. Усиленіе репрессіи представляется болѣе справедливымъ, если придавать при отцеубійствѣ значеніе именно низменному мотиву преступленія, который сохраняется и при осуществленіи дѣянія надъ другимъ объектомъ. Въ пользу усиленія Кестлинъ, Видаль, Гиппель. Итал. улож. упоминаетъ о смягченіи наказанія при errог in objecto, если въ отношеніи задуманнаго объекта были смягчающія обстоятельства (§ 52).

Спорные вопросы о возможности покушенія при нѣкоторыхъ делик.

VI. Въ наукѣ остаются спорными еще нѣкоторые вопросы относительно возможности покушенія при нѣкоторыхъ видахъ преступной дѣятельности, въ зависимости отъ особенностей субъективной или объективной стороны ея.

1. Сюда относится прежде всего вопросъ о возможности *покушенія на неосторожный* деликтъ. *Законодательства* единодушно *примѣняютъ понятіе покушенія только къ умышленнымъ* преступнымъ *дѣяніямъ*. Такое рѣшеніе соотвѣтствуетъ и основаніямъ криминализаціи покушенія: дѣяніе пріобрѣтаетъ наказуемый характеръ, въ виду направленія воли субъекта на преступный результатъ, чего нѣтъ при неосторожныхъ деликтахъ. Правда, законодательства иногда наказываютъ и безрезультатную неосторожность, но не, какъ начало неосторожнаго причиненія результата, а какъ delictum sui generis: такъ, быстрая ѣзда въ населенныхъ мѣстахъ карается безотносительно къ опасности ея въ данномъ случаѣ и къ возможности лишенія жизни или причиненія увѣчья прохожему.

2. Большее практическое значеніе имѣетъ вопросъ о совмѣстимости понятія покушенія съ любымъ видомъ умысла. Законодательства *имѣютъ въ виду обыкновенно прямой умыселъ:* совершенно опредѣленно въ этомъ смыслѣ ст. 9 *Ул. о нак.* и 49 *Угол. Ул.*: первая говоритъ о приведеніи въ исполненіе преступнаго *намѣренья*, вторая о преступленіи, учиненія котораго *желалъ* виновный (въ отличіе отъ допущенія послѣдствій, см. ст. 48). Итальянское улож. говоритъ о дѣйствіи, предпринятомъ съ *цѣлью* совершить преступленіе. Въ нѣмецкой литературѣ большинство признаетъ *покушеніе* и *при эвентуальномъ умыслѣ. Логически оно, дѣйствительно, не исключается.*

Прежде существовавшее сомнѣніе относительно возможности покушенія при наличности (физіологическаго) *аффекта* нынѣ никѣмъ не раздѣляется, и вопросъ рѣшается въ утвердительномъ смыслѣ. Но при неопредѣленности размѣровъ вреда, который хотѣлъ причинить виновный, возникаетъ вопросъ, за покушеніе на какое преступленіе онъ подлежитъ отвѣтственности: кто-либо въ порывѣ раздраженія стрѣляетъ въ другого и причиняетъ легкую рану, или пуля совсѣмъ не задѣваетъ того, въ кого она направлена; признать ли здѣсь покушеніе на убійство, или же на причиненіе раны (или оконченное причиненіе раны)? Обыкновенно здѣсь усматриваютъ покушеніе на болѣе тяжкое преступленіе. Но правильнѣе рѣшеніе вопроса поставить въ зависимость отъ особенностей конкретнаго случая:

на что направлялся умыселъ, — вопросъ, разрѣшимый только на основаніи доказательствъ, вопросъ процессуальный, и при невозможности установить умыселъ на болѣе важное преступленіе, слѣдуетъ признать умыселъ на менѣе важное; въ случаѣ сомнѣнія, оно должно быть разрѣшаемо въ пользу подсудимаго.

3. Покушеніе невозможно при *delicta omissionis*, при нарушеніи требовательныхъ нормъ: обязанность можетъ быть выполнена въ послѣдній моментъ; до этого нѣтъ ничего наказуемаго, послѣ — есть уже оконченный деликтъ. При *delicta commissiva per omissionem* покушеніе возможно: стрѣлочникъ, желая вызвать крушеніе поѣзда, не выставляетъ сигнала о поврежденіи пути, но машинистъ во-время замѣчаетъ препятствіе и останавливаетъ поѣздъ.

4. При *деликтахъ, квалифицированныхъ послѣдствіями*, покушеніе возможно, если наступилъ только второй болѣе тяжкій результатъ, а тотъ, на который былъ направленъ умыселъ, не послѣдовалъ, напр.: при попыткѣ изнасилованья женщина умерла отъ испуга, и изнасилованье не было довершено.

5. Покушеніе логически исключается при такихъ преступныхъ дѣяніяхъ, въ которыхъ уже начальный, первый актъ даетъ оконченное преступленіе, при *delicta, quae uno actu perficiuntur* („reine Thätigkeitsdelicte“). Таковы: словесная обида, кощунство и нѣкотор. друг.

6. Если законодатель *особо предусматриваетъ* отдѣльные виды предварительной преступной дѣятельности, составляющіе *по существу покушеніе или приготовленіе*, для того, чтобы опредѣлить за нихъ наказаніе съ отступленіемъ отъ общихъ принятыхъ въ кодексѣ основаній наказуемости покушенія, то въ этихъ случаяхъ покушеніе на такой, особо предусмотрѣнный деликтъ невозможно: это было бы покушеніемъ на покушеніе, и репрессія распространялась бы на такіе акты, которые законодатель имѣлъ въ виду оставить ненаказуемыми. Но отъ этихъ случаевъ слѣдуетъ отличать такіе, въ которыхъ для состава оконченнаго деликта законъ не требуетъ наступленія вреднаго послѣдствія и въ которыхъ поэтому есть сходство съ недоведеннымъ до конца дѣяніемъ. Это однако самостоятельные деликты (sui generis), а не покушеніе, и покушеніе на эти деликты не исключается, напр.: на подлогъ по нашему праву, на отравленіе по германскому.

XV. Соучастіе.

Акцессорная природа соучастія.

I.—1. Преступленіе часто совершается совмѣстной дѣятельностью нѣсколькихъ лицъ, напр. *A. подговорилъ B. или B. и C. убить D. или обокрасть магазинъ съ помощью взлома, тѣ исполнили это;* воможно еще, что *P. далъ имъ для одного изъ этихъ преступленій топоръ или другое орудіе. Отвѣтственность B. и C.— исполнителей* или совиновниковъ *— вытекаетъ прямо изъ статьи закона*, предусматривающей убійство или кражу. Что же касается A. и P., то, *съ точки зрѣнія господствующей доктрины* и почти всѣхъ *законодательствъ*, отвѣтственность ихъ не вытекаетъ изъ тѣхъ же статей закона, такъ какъ они убійства или кражи не совершали; для того, чтобы и ихъ можно было подвергнуть отвѣтственности, *необходимы особыя постановленія закона въ общей части* кодекса, *предусматривающія именно такую дѣятельность*, которая ими осуществлена, а именно: *подговоръ-подстрекательство и содѣйствіе-пособничество.* Нѣкоторые полагаютъ, что и дѣйствія совиновниковъ не подходятъ подъ статью, предусматривающую совершеніе преступнаго дѣянія однимъ лицомъ, такъ какъ каждый изъ совиновниковъ можетъ осуществить только часть состава преступленія, напр.: одинъ— взломать дверь магазина, другой похитить имущество; такимъ образомъ необходимо особое упоминаніе закона и объ отвѣтственности совиновниковъ. Подстрекательство, пособничество, а по мнѣнію нѣкоторыхъ, и совиновничество разсматриваются, какъ *участіе въ чужомъ дѣяніи, какъ нѣчто дополнительное* (accessorium), носящее техническое названіе соучастія.

Соучастіе и посредственное виновничество.

2. Это ученіе объ акцессорной природѣ соучастія исходитъ изъ положенія, что причиняетъ преступный результатъ именно исполнитель, а соучастники создаютъ только одно изъ условій наступленія этого результата; *отвѣтственность соучастниковъ* за послѣдній *объясняется общностью вины* ихъ и исполнителя, создаваемой ихъ *соглашеніемъ* явнымъ или молчаливымъ; эта отвѣтственность солидарная. Отсюда вытекаетъ, что понятіе соучастія примѣнимо лишь тогда, когда исполнитель дѣйствуетъ *умышленно*, а участвующіе также, т. е. знаютъ о его дѣятельности или даже и желаютъ преступнаго результата. *Когда же дѣяніе не подлежитъ вмѣне-*

ному исполнителю въ умышленную вину или въ вину вообще— напр. онъ невмѣняемъ, исполнитель разсматривается, какъ орудіе въ рукахъ другихъ лицъ, и эти лица, какъ посредственные виновники или совершители преступнаго дѣянія (mittelbare Täter), и оно вмѣнимо имъ на общихъ основаніяхъ; они *уже не соучастники*. Если при томъ исполнитель, хотя и вмѣняемый, но дѣйствовалъ неосторожно, то результатъ вмѣняется и ему въ неосторожную вину, напр.: уговорившій другого выстрѣлить въ человѣка на большомъ разстояніи, увѣривши, что это волкъ, отвѣчаетъ не за подстрекательство къ убійству, а за убійство, а выстрѣлившій или не отвѣчаетъ совсѣмъ, или же отвѣчаетъ за неосторожное лишеніе жизни, если бы могъ, при большемъ вниманіи, распознать обманъ; давшій ребенку, не достигшему возраста разумѣнія, или сумасшедшему лѣстницу, чтобы взобраться черезъ окно въ чужую квартиру и похитить оттуда имущество, отвѣчаетъ не за пособничество къ кражѣ, а за кражу. Этого взгляда придерживаются *нѣмецкіе и итальянскіе ученые*, часть французскихъ и нашихъ *(Таганцевъ, Сергѣевскій)* и практика германская, австрійская, итальянская и англо-американская, и спеціальное постановленіе въ этомъ смыслѣ включено въ австр. правит. проектъ.

Теоріи самостоятельности дѣяній соучастниковъ.

II Существуютъ однако и другія точки зрѣнія. Одни хотѣли бы и *случаи соучастія свести къ посредственному учиненію*. другіе — разсматривать ихъ, какъ нѣчто самостоятельно наказуемое, какъ delicta sui generis (Николадони, Франкъ и, въ отношеніи пособничества, Фойницкій) — так. наз. théorie de la complicité délit distinct, Theorie der Verselbstandigung der Theilnahme. Съ точки зрѣнія тѣхъ, кто сводитъ дѣятельность соучастниковъ къ причиненію, правда посредственному причиненію, результата, отвѣтственность подстрекателя и пособника (такъ особенно норвежскій криминалистъ *Гецъ* и de lege ferenda *Листъ*) также вытекаетъ прямо изъ статьи, запрещающей опредѣленное дѣяніе, напр. убійство, какъ и отвѣтственность исполнителя, и нѣтъ надобности ни прибѣгать къ солидарной отвѣтственности, противорѣчащей принципу индивидуальной вины, ни создавать въ общей части особыя постановленія о соучастіи. Можно только, для бо́льшей ясности, редактировать статьи особенной части такъ, чтобы охватывалась дѣятельность всѣхъ—подстре-

кателей, исполнителей, пособниковъ. Этотъ взглядъ усвоенъ *Норвежскимъ* кодексомъ 1902 г.: постановленія особенной части гласятъ: «кто дѣйствуетъ такъ или содѣйствуетъ тому (wer bewirkt, oder dazu mitwirkt, dass... въ нѣмецк. переводѣ норвеж. код.), чтобы совершилось такое-то преступленіе (убійство, кража и т. д.), подлежитъ такому-то наказанію.

Съ точки зрѣнія теоріи «conditio sine qua non», такую постановку вопроса, выбрасывающую понятіе соучастія, нельзя не признать правильной. Причинная связь подстрекательства и пособничества съ результатомъ, дѣйствительно, сохраняется, Это особенно ясно въ отношеніи дѣятельности подстрекателя, котораго старая доктрина разсматривала именно, какъ совершителя — «Urheber» (такъ и нынѣ Колеръ, Биндингъ и въ этомъ смыслѣ Фойницкій). Но и между дѣятельностью пособника и результатомъ должна быть причинная связь: если бы Р. не далъ орудій для взлома двери магазина, кража бы не осуществилась, или же, хотя бы и осуществилась, но иначе: другимъ способомъ, въ другое время. Причиненіе, именно посредственное, признаетъ и господствующая теорія, но лишь, когда исполнитель дѣйствовалъ безъ умысла; между тѣмъ, былъ ли у него умыселъ или не было, можетъ отражаться только на *его* отвѣтственности, но не на причинной связи дѣйствій другихъ лицъ и результата. Отрицаніе ея на томъ основаніи, что чужое умышленное дѣяніе прерываетъ эту связь или что необходимо различать между условіемъ и причиной, представляется неправильнымъ. Указываютъ на то, что умышленно дѣйствующаго субъекта нельзя разсматривать, какъ орудіе, но это вѣрно лишь постольку, поскольку рѣчь идетъ о вмѣненіи ему результата въ вину; что же касается объективной стороны дѣянія, то и такой субъектъ орудіе въ рукахъ другихъ участниковъ и даже болѣе надежное, чѣмъ невмѣняемый, который легко можетъ совершить что-либо совсѣмъ неожиданное для другихъ.

Противъ сведенія соучастія къ посредственному учиненію говорятъ однако *два соображенія:* 1. для населенія можетъ быть неясно, что убиваетъ или крадетъ и тотъ, кто подговариваетъ къ этому или даетъ для этого орудія; причиненіе, въ смыслѣ теоріи «conditio sine qua non», можетъ быть непонятнымъ для массы. 2. Признавая всѣхъ соучастниковъ учинителями, виновниками, мы должны или наказывать всѣхъ

одинаково, или же опредѣленіе различной мѣры наказанія предоставить усмотрѣнію суда, такъ какъ, если бы законъ самъ указалъ, кто подвергается меньшему наказанію, то пришлось бы въ законѣ же установить и признаки этой менѣе наказуемой категоріи, т. е. снова ввести категорію пособниковъ, которые въ большинствѣ кодексовъ караются мягче исполнителей. Это смягченіе, какъ будетъ показано ниже, дѣйствительно является справедливымъ, а предоставленіе разграниченія въ оцѣнкѣ дѣйствій всѣхъ участниковъ суду (такъ Геймбергеръ, Гарбургеръ) оставляетъ послѣдній безъ руководящихъ указаній. Даже Норвежскій кодексъ принужденъ въ общей части сдѣлать разграниченія въ репрессіи: «если, говорится въ 58 §, нѣсколько дѣйствовали вмѣстѣ для одной цѣли и содѣйствіе нѣкоторыхъ было вызвано ихъ зависимостью отъ остальныхъ или по сравненію съ дѣятельностью другихъ имѣло меньшее значеніе, то наказаніе ихъ можетъ быть понижаемо ниже законнаго минимума или можетъ быть опредѣленъ другой родъ наказанія».

Ученіе объ ограниченной акцесорности соучастія.

III. Въ послѣднее время въ литературѣ наблюдается стремленіе (*Максъ Майеръ*, Биндингъ, повидимому Гарро, и по существу Белингъ) даже распространить понятіе соучастія на случаи, подводимые господствующей теоріей подъ посредственное учиненіе: *акцессорность понимается въ ограниченномъ смыслѣ, т. е. для соучастія признается достаточнымъ совершеніе исполнителемъ объективно преступнаго дѣянія, и не придается значеніе тому, былъ ли онъ вмѣняемъ и дѣйствовалъ ли умышленно*; такимъ образомъ, подговорившій невмѣняемаго къ убійству или склонившій вмѣняемаго сознательно къ неосторожному преступному дѣянію разсматривается, какъ подстрекатель къ убійству, вмѣнимому ему въ умыселъ, или къ иному умышленному деликту, а помогавшій въ этомъ — какъ пособникъ, хотя исполнитель не отвѣчаетъ, или же отвѣчаетъ за неосторожное совершеніе того же дѣянія. Практическое отличіе отъ господствующей теоріи выражается въ томъ, что *содѣйствіе въ этихъ случаяхъ, оставаясь пособничествомъ, карается*, какъ послѣднее, т. е. *мягче, чѣмъ посредственное совершеніе*. Это представляется дѣйствительно болѣе справедливымъ, потому что преступное настроеніе содѣйствующаго невмѣняемому или неосторожному субъекту менѣе интенсивно даже, чѣмъ при пособничествѣ тому, кто

дѣйствуетъ умышленно, ибо увѣренность въ достиженіи результата въ первомъ случаѣ слабѣе, расчетъ на дѣяніе менѣе надеженъ, чѣмъ во второмъ.

Соучастіе при неосторожности. IV. Съ этой точки зрѣнія можно говорить объ умышленномъ подстрекательствѣ и пособничествѣ къ неосторожному дѣянію. Но распространять понятіе соучастія на случаи неосторожнаго причиненія преступнаго результата вообще совмѣстной дѣятельностью нѣсколькихъ лицъ нѣтъ основанія. Эти случаи могутъ выразиться: 1. *въ неосторожныхъ дѣйствіяхъ всѣхъ*: одинъ приказываетъ сбросить съ лѣсовъ постройки балку на улицу, не убѣдившись, что тамъ никого нѣтъ; другой исполняетъ это, третій помогаетъ ему; или одинъ старается, полагаясь на свое искусство, выбить выстрѣломъ трубку изъ зубовъ замѣченнаго на нѣкоторомъ разстояніи пахаря, другой подставляетъ по просьбѣ перваго плечо, чтобы сдѣлать болѣе устойчивымъ ружье въ моментъ выстрѣла, если балка задавитъ прохожаго, выстрѣлъ угодитъ въ голову пахаря, *всѣ отвѣчаютъ* за неосторожное лишеніе жизни, *на основаніи общихъ началъ о причинной связи и винѣ*. Создавать неосторожное подстрекательство или такое же пособничество къ неосторожному совершенію нѣтъ надобности, для смягченія наказанія за одно содѣйствіе, какъ при пособничествѣ, нѣтъ основанія; 2. *въ неосторожномъ выполненіи дѣянія одними и умышленномъ другими*: одни рабочіе переводятъ вагонъ на путь, по которому долженъ сейчасъ подойти на станцію поѣздъ, полагая, что онъ остановливается дальше, другіе — желая вызвать крушеніе. Первые отвѣчаютъ за неосторожное крушеніе поѣзда, вторые за умышленное („смѣшанное совиновничество", по Биндингу). 3. Когда же *исполнитель дѣйствуетъ съ умысломъ, то неосторожное подстрекательство и пособничество логически исключаются*, такъ какъ безъ уговора съ исполнителемъ они не могутъ предвидѣть его дѣяніе: если кассиръ забылъ закрыть кассу, онъ не пособникъ въ совершенной, благодаря этому, кражѣ; если А. даетъ В. револьверъ, когда долженъ былъ бы понять, что В. совершитъ имъ убійство, онъ не можетъ отвѣчать ни за неосторожное пособничество (обратнаго мнѣнія Колеръ), ни за неосторожное совершеніе убійства (обратнаго мнѣнія составители контръ-проекта) *). Нѣкоторые говорятъ въ этихъ случаяхъ о соучастіи, но ненаказуемомъ (Франкъ, Ольсгаузенъ, Биндингъ).

Соучастіе при деликтахъ, предполагающихъ особыя личныя свойства. V. Спорно, въ какой мѣрѣ примѣнимо понятіе соучастія къ деликтамъ, совершеніе которыхъ предполагаетъ въ исполнителѣ наличность особыхъ свойствъ, напр.: исполнителемъ инцеста можетъ быть только лицо, связанное съ другимъ родственными узами, лжесвидѣтельства — лицо, дающее свидѣтельское показаніе, превышенія власти — должностное лицо;

*) Контръ-проектъ составленъ Листомъ, Калемъ, Лиліенталемъ и Гольдсмидтомъ, какъ предлагаемая поправка къ германскому предварительному проекту угол. кодекса.

сюда же далѣе можно отнести соучастіе въ деликтахъ, при которыхъ особыя свойства исполнителя вызываютъ измѣненіе квалификаціи дѣянія, обращаютъ его въ квалифицированное, напр. отцеубійство, или же привилегированное, напр. дѣтоубійство. Рѣже относятъ въ эту область деликты, предполагающіе наличность особыхъ физическихъ свойствъ, напр.: мужескій полъ исполнителя при изнасилованіи; соучастникомъ и даже совиновникомъ можетъ быть и женщина, напр. совершающая насильственное дѣйствіе, тогда какъ мужчина совершаетъ половой актъ. Что касается приведенныхъ выше деликтовъ, изъ которыхъ предполагающіе особое должностное положеніе (такъ Баръ) или же профессіональное или семейное (такъ Наглеръ) называются *преступленіями особенными*, *delicta propria*, *Sonderverbrechen*, то французская практика признаетъ соучастіе возможнымъ и караетъ соучастниковъ за деликтъ, совершенный исполнителемъ, напр. за отцеубійство, когда исполнитель сынъ убитаго, а соучастникъ посторонній, за должностное преступленіе и т. д; итальянское законодательство переноситъ обстоятельство отягчающее, имѣющееся въ лицѣ одного изъ соучастниковъ, напр. пособника, на всѣхъ, если оно служило къ облегченію исполненія, напр: если пособникъ слуга обокраденнаго, то всѣ отвѣчаютъ за соучастіе въ домашней кражѣ; не такъ твердо положеніе о наказуемости соучастниковъ въ должностномъ деликтѣ, если для самаго бытія послѣдняго должностное положеніе необходимый признакъ. Въ Германіи практика признаетъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ наказуемое соучастіе, что же касается личныхъ квалифицирующихъ или привилегирующихъ обстоятельствъ, то они не отражаются на отвѣтственности остальныхъ.

Еще дальше идетъ *наше Угол. Ул.:* согласно 4 ч. 51 ст., «*особыя личныя отношенія и условія, опредѣляющія, усиливающія или уменьшающія наказуемость кого-либо изъ соучастниковъ, не вліяютъ на отвѣтственность другихъ*». Такимъ образомъ, участникъ квалифицированнаго и привилегированнаго преступленія наказывается за соучастіе въ соотвѣтствующемъ простомъ преступленіи безъ этихъ квалифицирующихъ и т. п. моментовъ, какъ въ Германіи; но участникъ такого деликта, *бытіе* котораго предполагаетъ въ исполнителѣ особыя личныя условія, совсѣмъ не подлежитъ отвѣтственности, напр., частное лицо, участвовавшее въ должностномъ преступленіи, поскольку послѣднее не представляетъ собою и общаго преступленія, т. е. не является квалифицированнымъ видомъ послѣдняго, какъ растрата денегъ, ввѣренныхъ по службѣ,

по сравненію съ растратой вообще; въ этомъ случаѣ частное лицо отвѣчаетъ, какъ соучастникъ обыкновенной растраты; когда же преступленіе чисто должностное, напр. интеллектуальный подлогъ, то соучастіе недолжностныхъ лицъ исключается.

Угол. Ул. санкціонировало этимъ постановленіемъ теорію, принятую Сенатомъ въ рѣш. 1882 г. № 40 по дѣлу Саркисова, а также въ рѣш. 1884 г. № 13; 1885 г. № 28; 1883 г. № 27. Точку опоры эта практика находитъ въ существованіи въ особенной части спеціально предусмотрѣнныхъ случаевъ участія частныхъ лицъ въ преступленіяхъ должности (ст. 382 и 272[2] Ул. о нак.). Это delicta sui generis, и всѣ остальные случаи не наказуемы.. Примѣненіе понятія соучастія далѣе встрѣчаетъ иногда препятствіе въ санкціи статьи, предусматривающей то, или иное должностное преступленіе: если законъ опредѣляетъ наказаніе изъ категоріи особенныхъ, перечисленныхъ въ ст. 65-ой, какъ исключеніе изъ службы, вычетъ изъ жалованья и т. п., то недолжностное лицо нельзя подвергнуть наказанію. Въ послѣднее время Сенатъ не относилъ къ чисто должностнымъ деликтамъ интеллектуальнаго подлога и находилъ въ этомъ случаѣ примѣнимой къ соучастникамъ 294 ст.

Больше всего возраженій вызываетъ въ наукѣ рѣшеніе вопроса, принятое во Франціи въ отношеніи квалифицирующихъ и привилегирующихъ обстоятельствъ: законодатель, усиливая или уменьшая наказаніе, придаетъ значеніе особымъ узамъ родства (напр., при отцеубійствѣ) или особому состоянію психики опредѣленнаго лица (напр., при дѣтоубійствѣ), и перенесеніе этихъ моментовъ на другихъ, участвовавшихъ въ преступленіи, не связанныхъ этими узами или не находящихся въ особомъ психическомъ состояніи, не можетъ быть оправдано; можно, конечно, утверждать, что, зная объ этихъ моментахъ и не считаясь съ ихъ значеніемъ для исполнителей, другіе участники проявляютъ болѣе преступное настроеніе; но все-таки для характеристики послѣдняго такія особенности деликта имѣютъ только косвенное, отраженное значеніе и не должны оказывать на ихъ отвѣтственность такого же вліянія, какъ на отвѣтственность лицъ, непосредственно охватываемыхъ составомъ квалифицированнаго деликта.

Что касается личныхъ условій и отношеній, *обосновывающихъ* преступность, то нѣкоторые криминалисты выс казываются противъ примѣненія началъ о соучастіи, находя, что законодатель имѣлъ въ виду настигнуть именно непосредственныхъ исполнителей дѣянія, что запреты, за нарушеніе которыхъ установлено наказаніе, адресуются только къ кругу лицъ, которымъ доступно совершеніе такого деликта, или же еще указываютъ на то, что при нѣкоторыхъ изъ этихъ деликтовъ объектомъ посягательства служитъ для однихъ, напр. должностныхъ лицъ, одно благо, для другихъ, постороннихъ—другое, и что поэтому дѣяніе соучастниковъ можетъ быть караемо только, какъ delictum sui generis: таково лиходательство и посредничество при немъ, тогда какъ для исполнителей это лихоимство. Едва ли однако можно отрицать, что воля соучастника въ деликтѣ, принадлежащемъ къ одной изъ упомянутыхъ категорій, направлена все-же на осуществленіе этого деликта: оказывающій содѣйствіе инцесту, склоняющій къ ложному показанію, къ неправосудному рѣшенію, къ служебному злоупотребленію, каждый несетъ вину въ томъ, что одно изъ этихъ преступленій въ итогѣ его дѣятельности послѣдовало. Вопросъ можетъ заключаться только въ томъ, слѣдуетъ ли считать его вину равной винѣ самого исполнителя, умѣстно ли карать подстрекателя на общихъ основаніяхъ, т. е. наравнѣ съ давшимъ ложное показаніе, совершившимъ инцестъ, постановившимъ неправильное рѣшеніе, а пособнику смягчать наказаніе не болѣе, чѣмъ при обыкновенныхъ случаяхъ пособничества? На этотъ вопросъ слѣдуетъ дать скорѣе отрицательный отвѣтъ, въ особенности при соучастіи въ должностныхъ преступленіяхъ: особое положеніе должностного лица, обязывающее его къ особо бережному отношенію къ даннымъ ему полномочіямъ, дѣлаетъ его вину болѣе тяжкой. Это различіе можетъ найти для себя выраженіе или въ смягченіи отвѣтственности подстрекателя и въ большемъ, сравнительно съ нормальнымъ, смягченіемъ отвѣтственности пособника при этихъ деликтахъ, или же въ созданіи изъ наиболѣе типичныхъ проявленій склоненія къ нимъ или содѣйствія имъ (напр., при помощи предоставленія матеріальныхъ выгодъ) самостоятельныхъ составовъ преступленія.

Пособничество. Понятіе.

VI.—1. Что касается признаковъ, характерныхъ для различныхъ упомянутыхъ выше (стр. 192) категорій соучастниковъ, то особенно спорно разграниченіе исполнителей и пособниковъ. Нѣкоторые ученые совсѣмъ отказываются отъ проведенія границы и даже отъ самаго понятія пособничества, предоставляя суду опредѣленіе мѣры наказанія различнымъ соучастникамъ въ зависимости отъ болѣе или менѣе существенной роли, которую каждый сыгралъ въ преступномъ дѣяніи. Большинство криминалистовъ и судебная практика стараются однако найти объективные и субъективные признаки пособничества.

1. Сторонники *объективнаго* взгляда усматриваютъ этотъ признакъ а) одни *(Биркмейеръ, Франкъ)* въ томъ, что *пособникъ создаетъ только условіе* преступнаго результата, тогда какъ исполнитель (Täter) причиняетъ послѣдній; b) другіе (Листъ, Гарро) въ томъ, что *только исполнитель совершаетъ главное дѣйствіе*, описанное въ диспозитивной части уголовнаго закона *(Ausführungshandlung)*, но въ такомъ случаѣ освѣщающій лампой обкрадываемое помѣщеніе или держащій за ноги жертву, которой другіе наносятъ смертельные удары, были бы пособниками, между тѣмъ для смягченія имъ наказанія нѣтъ основаній и распредѣленіе ролей между соучастниками часто бываетъ случайнымъ или основывается на свойствахъ субъекта, нисколько не характерныхъ для его преступнаго настроенія. Разграниченіе условія и причины неправильно и сведется на практикѣ снова къ различію между главнымъ дѣйствіемъ и второстепеннымъ. 2. Сторонники *субъективнаго* взгляда *(Кестлинъ, Бури)*, считаютъ *пособникомъ* того, кто дѣйствовалъ *въ чужомъ интересѣ*, или желалъ оказать только содѣйствіе, при чемъ иногда, *если онъ совершаетъ главный актъ, то все-таки разсматривается, какъ исполнитель (смѣшанныя теоріи Бара, Биндинга* и др.); или же указываютъ на *зависимый характеръ умысла пособника (Глазеръ)*. Но каждый изъ соучастниковъ имѣетъ свой интересъ въ осуществленіи дѣянія, умыселъ каждаго направленъ въ итогѣ на это осуществленіе.

Нельзя однако *не согласиться, что пособникъ*, дающій, напр., револьверъ для убійства, *ставитъ осуществленіе преступнаго дѣянія въ зависимость отъ воли исполнителя*—того, кто пуститъ въ ходъ это оружіе. Если исполнитель не приступитъ къ выполненію, преступное дѣяніе не послѣдуетъ.

Именно поэтому *преступное настроеніе пособника менѣе интенсивно*. Но, когда исполненіе начато, это соображеніе теряетъ значеніе: съ этого момента совершеніе преступнаго дѣянія должно представляться лицу, оказывающему содѣйствіе, несомнѣннымъ въ такой же степени, какъ если бы это лицо само выполняло преступное дѣяніе; соображенія о томъ, что исполнитель передумаетъ или не воспользуется оказываемымъ содѣйствіемъ, въ этомъ случаѣ едва ли возможны. Съ другой стороны, содѣйствіе при самомъ совершеніи преступнаго дѣянія свидѣтельствуетъ часто и о большей личной заинтересованности въ его осуществленіи и всегда о большемъ презрѣніи къ нарушаемому правовому благу, тогда какъ лицо, оказывающее помощь раньше, не имѣетъ предъ глазами картины преступленія со всѣмъ ея отталкивающимъ или иногда ужасающимъ содержаніемъ, которое, можетъ быть, остановило бы это лицо въ моментъ совершенія.

Поэтому *въ категорію пособниковъ слѣдуетъ выдѣлить только тѣхъ, кто оказываетъ помощь до покушенія другихъ на преступленіе, при чемъ пособничество должно вести къ обязательному смягченію наказанія, положеннаго въ законѣ. Всякое же содѣйствіе болѣе позднее сливается съ исполненіемъ, и смягченіе наказанія должно быть предоставлено усмотрѣнію суда въ рамкахъ законнаго минимума и максимума, какъ въ отношеніи исполнителей;* такъ *Эли, Ламмашъ* и нынѣ особенно *Биркмейеръ*. Поэтому стояніе на «цинкѣ» (на стражѣ для предупрежденія соучастниковъ объ опасности) должно разсматриваться, какъ исполненіе (такъ германъ. и итал. практика), а не какъ пособничество; точно такъ же одно присутствіе при исполненіи, которое могло имѣть значеніе поощренія или руководства (райхсгерихтъ). *Это соотношеніе отвѣтственности исполнителей и пособниковъ можетъ имѣть значеніе только ceteris paribus и должно измѣняться при различіи мотивовъ ихъ дѣятельности или принадлежности ихъ къ различнымъ классамъ преступниковъ, согласно указаннымъ выше началамъ.*

Виды пособничества.

2. Пособничество можетъ быть или *физическое*, или *психическое* (интеллектуальное); послѣднее состоитъ въ дачѣ совѣтовъ, указаній относительно лучшаго, болѣе надежнаго выполненія преступленія, или въ данномъ заранѣе обѣщаніи убѣжища (или иной помощи послѣ преступленія).

Объективная сторона пособничества. 3. *Необходимо, чтобы пособничество находилось въ причинномъ отношеніи къ результату, т. е. чтобы оно оказало какое-либо вліяніе на совершеніе преступнаго дѣянія* Не имѣвшее такого послѣдствія дѣйствіе не подходитъ подъ понятіе пособничества, не можетъ быть разсматриваемо и, какъ покушеніе на пособничество, ибо послѣднее не представляетъ собою самостоятельнаго деликта, и должно быть признано ненаказуемымъ, напр.: отправка письма исполнителю съ полезными для него указаніями, если письмо не было получено имъ или другимъ соучастникомъ. Но *не использованное физическое пособничество можетъ имѣть значеніе психическаго* и влечь наказаніе, какъ таковое: если воръ не воспользовался данными ему отмычками, проникнувъ въ помѣщеніе для кражи черезъ окно, то передача отмычекъ могла все-же укрѣпить его рѣшимость на преступленіе—безъ этихъ инструментовъ осуществимость намѣренья могла представляться ему мало вѣроятной, и онъ бы даже не отправился на мѣсто кражи.

Пособничество не есть самостоятельный деликтъ, поэтому *оказаніе содѣйствія пособнику завѣдома о преступленіи, которому послѣдній содѣйствуетъ, не есть пособничество къ пособничеству, а пособничество къ самому преступленію*: напр., кто-либо даетъ другому ядовитое вещество, зная, что послѣднему оно нужно для передачи лицу, желающему совершить отравленіе.

Пособничество можетъ выразиться и въ бездѣйствіи, а именно въ умышленномъ невоспрепятствованіи результату, при юридической обязанности къ этому и при условіи возможности воспрепятствовать; *здѣсь примѣнимы начала, относящіяся къ delicta commissionis per omissionem.* Примѣромъ можетъ служить оставленіе прислугой окна открытымъ для облегченія доступа ворамъ. Эти случаи прежней доктриной конструировались, какъ попустительство (такъ и Ул. о нак., см. ниже), выдѣляемое изъ соучастія, при чемъ устанавливалась отвѣтственность (смягченная) за результатъ для всякаго, кто могъ его предотвратить; такимъ образомъ, создавалась общая обязанность препятствовать преступнымъ дѣяніямъ.

Субъективная сторона. 4. Что касается субъективной стороны, то какъ уже было указано, пособничество должно быть умышленнымъ, при чемъ *умыселъ* на осуществленіе преступленія *можетъ быть прямымъ или эвентуальнымъ*. Если умыселъ пособника ограничивался только тѣмъ, чтобы исполнитель совершилъ покушеніе, то такое *мнимое* пособничество не

наказуемо: напр., когда дано средство, завѣдома для дающаго негодное для осуществленія деликта, напр., для аборта.

5. *Пособничество большинствомъ ученыхъ и законодательствъ признается менѣе наказуемымъ, чѣмъ совершеніе* (виновничество), *иногда, впрочемъ, только при условіи, если пособничество было не необходимымъ или несущественнымъ.* При смягченіи за отправный пунктъ берется наказаніе, положенное за совершеніе деликта въ законѣ, а не избранное въ данномъ случаѣ для исполнителя судомъ въ предоставленныхъ ему рамкахъ, такъ какъ пособничество должно вызывать меньшую репрессію только ecteris paribus. **Наказуемость пособника.**

Для наказуемости пособничества необходимо, чтобы исполнитель совершилъ что-либо наказуемое, т. е. или задуманное преступленіе, или по крайней мѣрѣ покушеніе на послѣднее.

VII.—1. Другую категорію соучастниковъ составляютъ подстрекатели. *Подстрекатель есть лицо, склонившее другое лицо совершить преступное дѣяніе.* **Подстрекательство. Понятіе.**

Подстрекательство состоитъ въ созданіи въ другомъ лицѣ рѣшимости на преступленіе и предполагаетъ, что это лицо еще не рѣшилось на послѣднее, хотя, можетъ быть, мысль о немъ у подстрекаемаго возникла раньше, еще до воздѣйствія подстрекателя, и хотя, можетъ быть, у перваго есть свои мотивы совершить преступленіе кромѣ тѣхъ, которые возбуждаетъ въ немъ подстрекатель, но мотивы, еще недостаточно сильные, чтобы вызвать это дѣяніе.

2. Подстрекательство уже и безъ того рѣшившагося на преступленіе, т. наз *instigatio alias facturi или omni modo facturi*, такимъ образомъ въ сущности не есть подстрекательство и *должно* остаться ненаказуемымъ, или *караться, какъ delictum sui generis,* подобно неудавшемуся подстрекательству. Нельзя однако не признать, что на практикѣ едва ли когда-либо удастся констатировать наличность твердой рѣшимости исполнителя независимо отъ *даннаго* психическаго вліянія и отвергнуть всякое значеніе послѣдняго. Часто разсматриваютъ instigatio alias facturi, какъ психическое пособничество, поскольку оно укрѣпило рѣшимость на преступленіе. **Подстрекательство alias facturi.**

3. *Склоненіе къ пособничеству* слѣдуетъ разсматривать, какъ *психическое пособничество, а не какъ подстрекательство*, иначе оно влекло бы наказаніе большее, чѣмъ самое **Подстрекательство къ пособничеству.**

пособничество, ибо подстрекательство карается наравнѣ съ исполненіемъ.

Средства подстрекательства.

4. Средства подстрекательства могутъ быть самыя разнообразныя, и *перечень* ихъ *въ законѣ* (такъ Code pénal, Ул. о нак.) *можетъ быть только примѣрнымъ* и вообще представляется излишнимъ. Средствами могутъ служить просьбы, убѣжденія, подкупъ, обѣщаніе какихъ-либо преимуществъ, угроза и обманъ, поскольку они не устраняютъ отвѣтственности исполнителя, когда подстрекательство, согласно господствующему взгляду, превращается въ посредственное виновничество (Täterchaft).

Умыселъ подстрекателя.

5. Со стороны субъективной подстрекательство предполагаетъ *умыселъ* прямой или эвентуальный, направленный *на опредѣленное преступленіе.* Подстрекатель долженъ такимъ образомъ знать существенные признаки этого преступленія, знать, что онъ опредѣляетъ къ его совершенію другое лицо, хотя бы и не индивидуально опредѣленное; но дѣяніе подстрекатель долженъ представлять себѣ, какъ конкретно опредѣленное; недостаточно возбужденія въ другомъ такихъ склонностей или міросозерцанія, которыя привели бы его къ преступному дѣянію.

Наказуемость провокатора.

6. Спорно, должна ли воля подстрекателя направляться на осуществленіе подстрекнутымъ оконченнаго преступнаго дѣянія, или же достаточно, если она направлена на совершеніе имъ покушенія? Это вопросъ о наказуемости *провокатора,* т. е. лица, склонившаго другого къ преступному дѣянію съ исключительной цѣлью подвергнуть его наказанію, но безъ желанія дѣйствительнаго выполненія имъ преступленія.

Въ виду того, что законъ подъ страхомъ наказанія часто запрещаетъ и покушеніе, какъ дѣйствіе, создающее опасность для правового блага, нѣкоторые криминалисты (Heilborn, Люблинскій) не находятъ основанія отвергнуть наказуемое подстрекательство и въ этомъ случаѣ. Но, когда подстрекающій къ оконченному деликту въ дѣйствительности желаетъ, чтобы дѣяніе остановилось на стадіи покушенія, и для осуществленія своего желанія принимаетъ мѣры къ предотвращенію преступнаго результата, *въ* такихъ *случаяхъ, типичныхъ для провокаціи, стремящейся застигнуть преступника въ этотъ моментъ* и не допустить до окончанія деликта,

умыселъ провокатора не направленъ даже на поставленіе блага въ опасность: въ его глазахъ дѣяніе исполнителя, какъ заранѣе обреченное на неудачу, не имѣетъ чертъ даже дѣйствительнаго покушенія. Поэтому *провокаторъ не подлежитъ отвѣтственности за подстрекательство ни тогда, когда дѣяніе оказалось для исполнителя покушеніемъ, ни даже тогда, когда, несмотря на принятіе провокаторомъ мѣръ, результатъ послѣдовалъ: послѣдній можетъ быть ему вмѣненъ только въ неосторожность — luxuria* (Колеръ, Набоковъ, Фингеръ. Глазеръ): здѣсь такое же положеніе, какъ если бы кто-либо дѣлалъ опытъ надъ дѣйствіемъ какого-нибудь вещества или механизма, принявши мѣры предупрежденія вреда, оказавшіяся однако недостаточными. Только *въ случаѣ непринятія мѣръ и наличности у провокатора хотя бы эвентуальнаго умысла* въ отношеніи преступнаго результата *провокаторъ становится подстрекателемъ* и подлежитъ соотвѣтственной репрессіи.

Конечно, дѣятельность провокатора представляется соціально весьма вредной, такъ какъ часто создаетъ новыхъ преступниковъ, а не только изобличаетъ уже занимающихся преступной дѣятельностью; самонадѣянность провокатора, когда дѣяніе все же выходитъ за предѣлы покушенія, ведетъ къ печальнымъ результатамъ; провокація, какъ система борьбы съ политическими преступниками, представляетъ собою тѣмъ бо́льшее зло и оказываетъ тлетворное вліяніе на исполнительные органы государства; наша исторія послѣднихъ лѣтъ богата такими примѣрами (Азефъ и др.). Но борьба съ этимъ зломъ должна выразиться не въ сведеніи провокаціи къ подстрекательству, а въ запрещеніи ея подъ страхомъ наказанія въ качествѣ самостоятельнаго деликта, съ усиленіемъ репрессіи за этотъ деликтъ, въ случаѣ наступленія преступнаго результата провоцированнаго дѣянія. Еще важнѣе отказъ государственной власти отъ услугъ провокаторовъ.

Неудавшееся подстрекательство.

7. Отъ подстрекательства къ покушенію нужно отличать покушеніе на подстрекательство, или *неудавшееся подстрекательство.*

Подстрекательство, какъ и пособничество, наказуемы лишь въ томъ случаѣ, когда исполнитель совершилъ наказуемое дѣяніе, т. е. по общему правилу по крайней мѣрѣ

покушеніе; только противники аксессорной природы соучастія уже въ самомъ подстреканіи усматриваютъ покушеніе на самый деликтъ, подлежащій выполненію. Если подстрекательство не вызвало въ намѣченномъ исполнителѣ рѣшимости совершить дѣяніе столь твердой, чтобы она выразилась въ «началѣ исполненія», въ покушеніи, то подстрекательство не удалось, не увѣнчалось результатомъ.

Однако и при неудачѣ подстрекательство можетъ разсматриваться, какъ опасное дѣйствіе, заслуживающее репрессіи подобно нѣкоторымъ случаямъ приготовленія, будучи пріисканіемъ средствъ для совершенія преступленія.

Наказуемость неудавшагося подстрекательства введена въ Бельгіи въ 1875 г.—т. назыв .Duchesne — параграфъ, по имени нѣкоего Дюшень, предлагавшаго іезуитскому ордену въ Брюсселѣ и Парижскому архіепископу свои услуги: убить за деньги Бисмарка.

Въ Германіи новеллой 26 февраля 1876 г. введенъ § 49a, согласно которому карается вызовъ — возбужденіе (Aufforderung) другого совершить преступленіе или принять участіе въ немъ и принятіе такого вызова, предложеніе своихъ услугъ для этого и принятіе предложенія, но при условіи, если эти акты совершены не словесно, или если, хотя бы и словесно, но возбужденіе или предложеніе услугъ были связаны съ доставленіемъ или полученіемъ какой-либо выгоды. Рѣчь идетъ о преступленіи въ технич. смыслѣ—Verbrechen. Наказаніе зависитъ отъ важности преступленія, которое имѣлось въ виду. *Швейцарскій предварит. (§ 23) и австрійскій правит. (§ 15) проекты* и контръ-проектъ *предусматриваютъ покушеніе на подстрекательство*: первый—къ преступленію, караемому смирительнымъ домомъ, второй—*къ преступленіямъ* (Verbrechen) тягчайшимъ (наказаніе за это тюрьма или Kerker отъ 1 года до 10 л.) или къ менѣе тяжкимъ (наказаніе за это—арестъ или тюрьма отъ 2 недѣль до 2 лѣтъ).

Наказуемость подстрекателя.

8. Что касается наказуемости подстрекателя, то нынѣ и въ наукѣ, и въ законодательствахъ принимается началo равной наказуемости подстрекателя и исполнителя, конечно, ceteris paribus. Дѣйствительно, если исполнитель часто проявляетъ больше смѣлости, или ловкости, или больше жестокосердія, то подстрекатель зато вдохновляетъ его и является двигательной пружиной всего преступнаго событія, истинной причиной осуществленія деликта.

Вліяніе соучастія на наказуемость.

VIII. Въ послѣднее время, въ связи съ репрессіей профессіональной преступности, въ наукѣ снова поднятъ вопросъ, не должно ли соучастіе разсматриваться, какъ обстоятель-

ство, усиливающее отвѣтственность сравнительно съ тою, которая установлена для единоличнаго совершенія деликта, безъ соучастниковъ? Съ такими постановленіями мы встрѣчаемся въ старыхъ кодексахъ, напр. въ Улож. о нак. (ст. 1632, 1643, 1654). Въ основаніе усиленія репрессіи можетъ быть положена бо́льшая легкость выполненія и бо́льшая опасность достиженія результата при участіи нѣсколькихъ лицъ, съ другой стороны, соучастіе создаетъ болѣе тѣсную связь между преступниками и ведетъ къ созданію преступныхъ ассоціацій. Но вина отдѣльныхъ соучастниковъ все-таки можетъ быть ниже именно въ виду соучастія: они нерѣдко окажутся преступниками только потому, что поддались вліянію другихъ и были втянуты въ преступленіе, котораго сами никогда бы не совершили.

Эксцессъ исполнителя.

IX. *Подстрекатель и пособникъ не отвѣчаютъ за эксцессъ исполнителя, т. е. за то, что выходитъ за предѣлы уговора*, напр. за болѣе тяжкое преступленіе или иное преступленіе, совершенное исполнителями, за разбой или шантажъ, посредствомъ котораго получено имущество, когда уговоръ былъ къ совершенію кражи. Уклоненія исполнителя въ подробностяхъ не устраняютъ отвѣтственности подстрекателя. Нѣтъ эксцесса, если въ отношеніи отягчающаго преступленіе обстоятельства у подстрекателя былъ эвентуальный умыселъ. *При ошибкѣ исполнителя въ объектѣ, подстрекатель отвѣчаетъ* за дѣяніе, совершенное исполнителемъ, если оно однородно съ тѣмъ, о которомъ былъ уговоръ, если, напр. по ошибкѣ убито не то лицо.

Соучастіе въ Ул. о нак. Угол. Ул. и Уст. о нак.

X. Наше *Улож. о нак.* различаетъ *соучастіе по предварительному согласію и безъ онаго.*

При второмъ видѣ соучастія (*скопъ*) Уложенію о нак. (12 ст.) извѣстны двѣ категоріи соучастниковъ: 1) *главные виновные*—это тѣ, которые, согласно изложенному выше, должны быть отнесены къ исполнителямъ; ст. 12 перечисляетъ ихъ: непосредственно совершившіе преступленіе, далѣе — приступившіе къ дѣйствіямъ прежде другихъ, при самомъ оныхъ началѣ, наконецъ распоряжавшіе или управлявшіе дѣйствіями другихъ; 2) *участники*—это тѣ, кто, съ точки зрѣнія теоріи, разсматриваются, какъ *пособники:* доставлявшіе средства для содѣянія преступленія или же устранявшіе препятствія; но далѣе ст. 12 относитъ сюда *непосред-*

ственно помогавшихъ главнымъ виновнымъ въ содѣяніи преступленія, которыхъ правильнѣе было бы не отграничивать отъ исполнителей. Согласно 117 ст., главные виновные приговариваются къ высшей мѣрѣ положеннаго въ законѣ наказанія, а участникамъ наказаніе опредѣляется одною или двумя степенями ниже.

При первомъ видѣ соучастія (*заговоръ*) ст. 13-ой Ул. о нак. различаются: 1) *зачинщики*, которыми называются или а) подстрекатели, а именно «тѣ, кто, *умысливъ содѣянное преступленіе*, согласили на то другихъ», «хотя бы (ст. 118) при совершеніи преступнаго дѣянія сами не находились», или b) *исполнители, игравшіе болѣе важную роль*, а именно тѣ, которые управляли дѣйствіями при совершеніи преступленія или покушеніи на оное, или же первые къ тому приступили»; 2) *сообщники;* такъ называются или а) *исполнители, не игравшіе господствующей роли* (ст. 119) или b) *пособники* («оказывавшіе содѣйствіе зачинщикамъ въ приготовленіи къ преступленію и въ привлеченіи къ оному другихъ» —ст. 119), или с) *тѣ, которые согласились* съ зачинщиками или съ другими виновными совершить совокупными силами или дѣйствіями предумышленное преступленіе, *хотя бы* α) *они не находились на мѣстѣ преступленія* (ст. 119) *и даже* β) *добровольно уклонились отъ принятія участія въ послѣднемъ, но не донесли* объ умыслѣ на оное начальству. Такимъ образомъ карается, какъ соучастіе, одно соглашеніе на преступленіе; 3) *подговорщики или подстрекатели*, которые въ сущности сливаются съ первымъ изъ указанныхъ выше видовъ зачинщиковъ, отличаясь отъ второго тѣмъ, что подстрекатели «не участвуютъ сами въ совершеніи преступленія». По толкованію нашихъ юристовъ и практики, зачинщики перваго вида иниціаторы преступленія, тогда какъ подстрекатели склоняютъ къ преступленію, задуманному не ими самими, а первыми. Впрочемъ, на наказаніи это различіе не отражается (ср. ст. 118 и 120). Законъ (ст. 13) перечисляетъ средства подстрекательства: просьбы, убѣжденія, подкупъ, обѣщаніе выгодъ, обольщенія, обманы, принужденіе и угрозы. Этотъ перечень признается не исчерпывающимъ; 4) *пособники* — отрицательный признакъ, указываемый закономъ, «непринятіе прямого участія въ самомъ совершеніи преступленія», положительный — помощь или обязательство помочь; помощь мо-

жетъ быть физическая или интеллектуальная. Какъ пособничество, указывается и обѣщаніе укрывательства, заранѣе данное, и предоставленіе убѣжища предъ совершеніемъ преступленія умыслившимъ оное, завѣдома о семъ. Пособничество посредствомъ бездѣйствія отнесено къ прикосновенности (см. ниже) и обрисовано слишкомъ широко. Законъ (ст. 121) особо выдѣляетъ пособниковъ, содѣйствіе которыхъ не было необходимымъ.

Зачинщики и подстрекатели приговариваются къ высшей мѣрѣ наказанія, положеннаго въ законѣ за совершенное преступленіе. Сообщники подлежатъ наказанію, за сіе преступленіе закономъ положенному; на выборъ мѣры наказанія въ этихъ законныхъ рамкахъ *вліяетъ мѣра содѣйствія* зачинщикамъ; сообщники, указ. подъ лит. *а.*, наказываются одной степенью ниже, чѣмъ тѣ, кто былъ при содѣяніи или самъ въ томъ участвовалъ, сообщники, указ. подъ лит. *β.*, двумя или тремя степенями ниже; послѣднее смягченіе (на 3 степ.) примѣнимо лишь, если какія-либо особенныя обстоятельства затрудняли донесеніе (ст. 119). *Пособники необходимые наказываются наравнѣ съ учинившими дѣяніе, а всѣ прочіе одною степенью ниже бывшихъ при содѣяніи участниковъ.*

Кромѣ соучастія Улож. о нак. (ст. 922, слѣд.) говоритъ въ особенной части и *о шайкѣ. Шайка есть уговоръ на цѣлый рядъ преступныхъ дѣяній, не опредѣленныхъ конкретно.* Этимъ она отличается отъ заговора (Complott старыхъ кодексовъ), представляющаго собою соглашеніе на отдѣльное преступленіе или рядъ опредѣленныхъ преступленій. *Наша практика признаетъ однако возможность шайки и при уговорѣ на одно опредѣленное преступленіе, опираясь на выраженія нѣкоторыхъ статей Ул. о нак. о грабежѣ, разбоѣ составившеюся для того шайкою (1639, 1633 ст.). Отличительнымъ признакомъ послѣдней признается существованіе извѣстной организаціи* съ распредѣленіемъ ролей между соучастниками, съ господствующимъ положеніемъ однихъ, подчиненнымъ—другихъ. Это толкованіе, игнорирующее особое значеніе шайки именно, какъ длительнаго соглашенія, расчитаннаго на многократность преступныхъ посягательствъ, въ дѣйствительности представляется натянутымъ, такъ какъ выраженіе «для того» имѣетъ въ виду скорѣе оттѣнить родъ преступленій, для совершенія которыхъ образовалась шай-

ка, и означаетъ: «для *такихъ* преступленій» (разбоевъ, грабежей и т. п.). Составленіе шаекъ для предусмотрѣнныхъ въ законѣ преступленій и вступленіе въ шайку караются, хотя бы шайка не учинила еще никакого преступленія (924 ст. и слѣд.).

Угол. Ул. (ст. 51) объединяетъ соучастіе по предварительному соглашенію и безъ такового: «Въ преступномъ дѣяніи, учиненномъ нѣсколькими лицами, *согласившимися* на его совершеніе *или дѣйствовавшими завѣдома сообща*, соучастниками признаются тѣ, которые: 1) *непосредственно учинили* преступное дѣяніе или участвовали въ его выполненіи; 2) *подстрекнули* другого къ соучастію въ преступномъ дѣяніи; 3) *были пособниками*, доставлявшими средства или устранявшими препятствія, или оказавшими помощь учиненію преступнаго дѣянія совѣтомъ, указаніемъ или обѣщаніемъ не препятствовать его учиненію или скрыть оное.

Наказаніе смягчается только для пособниковъ, помощь коихъ была несущественна. Такимъ образомъ, существенное пособничество приравнивается выполненію, а опредѣленіе несущественности предоставляется усмотрѣнію суда. За указаннымъ отступленіемъ, всѣ соучастники подлежатъ наказанію, въ законѣ за учиненное преступное дѣяніе положенному; *для подстрекателей не устанавливается обязательное усиленіе репрессіи.* Условіемъ наказуемости всѣхъ соучастниковъ является *принадлежность* совершеннаго *дѣянія къ категоріямъ тяжкихъ преступленій и преступленій, а изъ соучастниковъ проступка наказываются только исполнители* (указ. въ ст. 51, подъ п. 1), а подстрекатели и пособники только въ особо указанныхъ закономъ случаяхъ.

Относительно соглашенія принять участіе въ сообществѣ для учиненія тяжкаго преступленія или преступленія 52 ст. Уг. Ул. опредѣляетъ, что согласившійся и не отказавшійся отъ дальнѣйшаго соучастія, но не бывшій соучастникомъ самаго преступнаго дѣянія, отвѣчаетъ только за участіе въ сообществѣ; но участіе въ сообществѣ, а также въ шайкѣ для учиненія *нѣсколькихъ* тяжкихъ преступленій или преступленій, наказывается въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ.

Уст. о нак., въ ст. 15, содержитъ слѣдующее постановленіе о соучастіи: «тѣ изъ виновныхъ, которые сами со-

вершили проступокъ или подговорили къ тому другихъ, наказываются строже, нежели ихъ соучастники.

Добровольный отказъ соучастниковъ.

IX. Добровольный отказъ исполнителя при покушеніи влечетъ ненаказуемость его (см. выше), но не отражается на отвѣтственности другихъ соучастниковъ и совиновниковъ, въ виду тѣхъ соображеній, которыя лежатъ въ основаніи этой льготы; для распространенія ея и на нихъ, необходимо, чтобы и они отказались отъ участія въ преступленіи. Что касается добровольнаго отказа только соучастниковъ (но не исполнителя), то для ихъ безнаказанности слѣдуетъ требовать уничтоженія того, что каждымъ уже совершено для осуществленія преступнаго дѣянія, или же— предотвращенія преступнаго результата. Они должны: пособники физическіе — парализовать предоставленныя средства, напр. отобрать орудія взлома, пособники психическіе и подстрекатели — предупредить того, кто долженъ пострадать отъ преступленія, или органы государства, напр. полицію, или принять иныя мѣры, напр.: отговорить исполнителя; но одного отговариванья, оставшагося безуспѣшнымъ, недостаточно.

Наше *Уг. Ул.* (ст. 51, ч. 5) опредѣляетъ: «*Соучастникъ, отказавшійся отъ участія въ преступномъ дѣяніи и принявшій своевременно всѣ зависѣвшія отъ него мѣры для предотвращенія онаго, освобождается отъ наказанія*». Ул. о нак. (ст. 118, 119, 120 и 121) для ненаказуемости добровольно отказавшагося соучастника требуетъ своевременнаго донесенія начальству или (такой выводъ вытекаетъ изъ 125-й ст.) угрожаемому лицу.

Необходимое соучастіе.

XI. Небольшое практическое значеніе принадлежитъ понятію *необходимаго соучастія*. Это случаи, въ которыхъ составъ преступленія требуетъ двухъ или болѣе лицъ, напр. бунтъ, дуэль, продажа избирательнаго голоса. Здѣсь иногда карается только одинъ участникъ, напр.: продавецъ голоса, но не покупатель. Это вопросъ толкованія закона.

Принюсновенность.

XII.—1. Согласно господствующему нынѣ взгляду, соучастіе возможно только до окончанія преступнаго дѣянія. Дѣйствія, имѣющія отношеніе къ совершенному преступленію, но выполненныя послѣ момента delictum consummatum, какъ не находящіяся въ причинной связи съ преступнымъ результатомъ, могутъ быть признаны наказуемыми не, какъ

форма соучастія, а какъ delicta sui generis. Таковы укрывательство преступника или слѣдовъ преступленія, разсматриваемыя, какъ деликтъ противодѣйствія правосудію, укрывательство предметовъ, добытыхъ преступленіемъ, разсматриваемое или такъ же, или же, при наличности корыстной цѣли, какъ преступленіе противъ имущества. Доктрина первой половины XIX в. и прежніе кодексы, а также наше Ул. о нак. относятъ эти дѣянія, какъ и нѣкоторыя другія, напр., недонесеніе, сбытъ вещей, добытыхъ преступленіемъ, къ прикосновенности, предусматриваемой въ общей части на ряду съ соучастіемъ, и опредѣляютъ наказаніе для прикосновенныхъ (кромѣ недоносителей) въ зависимости отъ того преступленія, къ которому эти дѣйствія составляли какъ-бы дополненіе, сходно съ наказуемостью соучастниковъ. Но типичные случаи укрывательства укладываются въ особые деликты, имѣющіе объекты, не тождественные съ предшествующимъ главнымъ дѣяніемъ: укрыватель преступника, каково бы ни было преступленіе, имъ совершенное, проявляетъ одинаковое преступное настроеніе, выражающееся въ желаніи воспрепятствовать его наказанію; вина укрывателя не усугубляется тяжестью главнаго деликта, самый мотивъ дѣянія перваго иной: великодушіе, непротивленіе злу, дружба и т. п. Укрывательство плодовъ можетъ быть иногда также только способомъ обезпечить безнаказанность преступника, а въ другихъ случаяхъ направлено на извлеченіе выгодъ совершенно безотносительно къ преступленію, которымъ вещь добыта, и въ этомъ случаѣ дѣяніе проливаетъ на такого укрывателя совершенно иной свѣтъ, чѣмъ указанное преступленіе. Такимъ образомъ нѣтъ основанія ставить наказуемость перваго въ зависимость отъ тяжести второго. Нельзя усматривать въ первомъ и пріобщеніе къ винѣ исполнителя или соучастниковъ, или же продленіе противоправнаго состоянія (такъ Бури, Шютце и др. и нынѣ особенно Белингъ).

Прикосновенность по Ул. о нак.

2. Въ Ул. о нак., ст. 14, говорящая о прикосновенныхъ къ преступленію, помѣщена въ отдѣленіи, озаглавленномъ, «О участіи въ преступленіи». Прикосновенными признаются:

1) *укрыватели* слѣдовъ преступленія, самихъ преступниковъ и плодовъ преступленія; сюда же относятся передавшіе или продавшіе похищенныя, отнятыя, или инымъ противозаконнымъ образомъ добытыя вещи. Укрыватели (ст. 124) наказы-

ваются *одной степенью ниже необходимыхъ пособниковъ*, т. е. двумя степенями ниже бывшихъ при содѣяніи участниковъ. Особо предусматривается продажа завѣдома украденнаго или черезъ насиліе или обманъ полученнаго имущества; виновный, если похищеніе учинено другимъ лицомъ и только было ему извѣстно, наказывается, какъ пособникъ (ст. 1701). Уст. о нак. (ст. 180) предусматриваетъ покупку или принятіе въ закладъ завѣдома краденнаго или черезъ обманъ полученнаго имущества, какъ delictum sui generis, караемое арестомъ не свыше 3 мѣс. или денежнымъ взысканіемъ не свыше 300 руб. Если однако покупатель или принимающій въ закладъ знаетъ не только, что вещь краденная или полученная посредствомъ обмана, но и конкретное преступленіе, т. е. самый случай кражи или мошенничества, въ результатѣ котораго вещь вышла изъ правомѣрнаго владѣнія, то дѣяніе составляетъ укрывательство, а не деликтъ, предусм. 180-ой ст.;

2) *недоносители:* а) *о содѣянномъ* преступленіи и b) *объ умышляемомъ* преступленіи, если объ этомъ знали и имѣли возможность довести до свѣдѣнія правительства. Недоносители перваго вида наказываются крѣпостью съ лишеніемъ нѣкоторыхъ особенныхъ правъ или безъ лишенія, или тюрьмой, арестомъ, выговоромъ, денежнымъ взысканіемъ; дѣяніе пріобрѣтаетъ характеръ самостоятельнаго деликта, только выборъ одного изъ указанныхъ наказаній зависитъ отъ важности и обстоятельствъ дѣла. Квалифицированный видъ этого недонесенія составляетъ случай, когда не донесшій знаетъ, что обвиненіе упадаетъ на невиннаго. Недоносители второго вида (о готовящемся преступленіи) наказываются наравнѣ съ укрывателями.

Обстоятельствомъ, смягчающимъ наказаніе за недонесеніе или укрывательство, служитъ родство, свойство и долгъ благодарности воспитателю или благодѣтелю (см. 128 ст. Ул. о нак.). Наказаніе при укрывательствѣ или недонесеніи перваго вида можетъ быть и совсѣмъ отмѣнено, если виновный не подвергается уголовнымъ наказаніямъ.

3) *Попустители*—«тѣ, кто имѣвъ власть или возможность предупредить преступленіе, съ намѣреніемъ или по крайней мѣрѣ завѣдома допустили содѣяніе онаго». Это *въ сущности пособники посредствомъ бездѣйствія* поскольз-

ку была юридическая обязанность предупредить преступленіе; съ другой стороны, — тѣ, кто съ точки зрѣнія современной теоріи, не должны подлежать отвѣтственности, а именно лица, на которыхъ такая обязанность не лежала; Ул. о нак. и ихъ привлекаетъ въ кругъ прикосновенныхъ, создавая общую обязанность препятствовать преступленію и сравнивая съ ними и первыхъ, т. е. пособниковъ per omissionem. Наказаніе, какъ за укрывательство. Если возможность предупрежденія преступнаго результата состояла въ донесеніи, то попустительство и недонесеніе объ умышляемомъ преступленіи сливаются, второе только одинъ изъ видовъ попустительства.

По Уст. о нак. укрывательство похищеннаго карается, какъ кража, но Мировой судья въ правѣ уменьшить наказаніе до половины (ст. 172), укрывательство лицъ, обвиняемыхъ передъ мировымъ судьей, а также присужденныхъ къ аресту или тюрьмѣ, карается арестомъ не свыше одного мѣсяца или денежнымъ взысканіемъ не свыше ста рублей (ст. 64).

XVI. Единство дѣянія и единство преступленія. Совокупность.

Совокупность реальная.

I. Однимъ преступникомъ можетъ быть совершено нѣсколько преступленій. Если они представляютъ собою *самостоятельныя дѣянія, т. е. множеству преступленій соотвѣтствуетъ и множество волевыхъ актовъ*, то такое стеченіе ихъ (concursus delictorum) составляетъ *реальную совокупность*, а, если одно преступное дѣяніе совершено по отбытіи наказанія за другое, то при извѣстныхъ условіяхъ—рецидивъ (см. ниже). Такимъ образомъ, *условіями реальной совокупности* являются 1. *совершеніе двухъ или нѣсколькихъ самостоятельныхъ преступныхъ дѣяній*, 2. *ни за одно изъ которыхъ преступникъ еще не отбылъ наказанія*, или (по нѣкоторымъ законодательствамъ) еще не былъ осужденъ. *Совокупность* вызываетъ усиленіе репрессіи, при чемъ наше право особенно строго относится къ выдѣляемымъ имъ случаямъ, въ которыхъ *преступникъ совершаетъ новое преступное дѣяніе, хотя до отбытія наказанія за прежнее, но послѣ осужденія*, т. е.

послѣ провозглашенія обвинительнаго вердикта или же резолюціи суда.

II.—1. Но возможны другіе случаи, **Совокупность идеальная.**

1.—а) когда *одно дѣяніе*, одинъ волевой актъ, *осуществляетъ составъ нѣсколькихъ преступленій*, напр.: изнасилованье женатымъ близкой родственницы составляетъ въ то же время прелюбодѣяніе и кровосмѣшеніе; b) когда *одно дѣяніе* вызываетъ *нѣсколько результатовъ*, напр.: выстрѣлъ убиваетъ двухъ человѣкъ (однородные результаты) или убиваетъ одного, ранитъ другого и сверхъ того повреждаетъ чужое имущество (разнородные результаты); или одно обидное выраженіе оскорбляетъ нѣсколькихъ;

2) когда, напротивъ, нѣсколько волевыхъ актовъ, нѣсколько дѣяній въ естественномъ смыслѣ разсматриваются какъ одно цѣлое и составляютъ одно преступленіе.

Въ случаяхъ *первой* категоріи господствующее мнѣніе признаетъ *идеальную совокупность*, которая можетъ быть (въ случаяхъ подъ литерой b.) однородной (при однородности результатовъ) или разнородной.

Но есть криминалисты (Листъ, Гепфнеръ и др.), которые въ случаяхъ подъ лит. b. отвергаютъ совокупность*), а въ другихъ, подъ лит. a. усматриваютъ *конкуренцію законовъ* (такъ и Таганцевъ): когда нѣтъ статьи закона, которая охватывала бы дѣяніе во всѣхъ его юридическихъ особенностяхъ, остается примѣнить законъ, который по болѣе широкимъ рамкамъ наказуемости, открываетъ бо́льшую возможность разносторонней оцѣнки, т. е. болѣе строгій изъ относящихся къ дѣянію законовъ, въ приведенномъ примѣрѣ—статью, предусматривающую изнасилованье. Такое постановленіе содержитъ германское улож. (§ 73): устанавливается *принципъ поглощенія* наказаній за менѣе важные деликты—«*poena major absorbet minorem*». Практическое отличіе второго взгляда (Листа) отъ перваго сказывается въ томъ, что, согласно Листу, меньшій деликтъ теряетъ всякое значеніе и приговоръ постановляется только о важнѣйшемъ, между тѣмъ, согласно господствующему мнѣнію, приговоръ долженъ установить виновность въ каждомъ изъ преступле-

*) Напротивъ, Бури признаетъ здѣсь даже реальную совокупность, находя, что дѣяній столько же, сколько причинностей,—положеніе неправильное и почти никѣмъ не раздѣляемое (см. слѣд. прим.).

ній, но назначить наказаніе по закону, предусматривающему важнѣйшее; такимъ образомъ при повтореніи, когда требуется однородность новаго деликта съ прежнимъ, прежнее менѣе важное преступленіе, констатированное приговоромъ объ идеальной совокупности, обосновываетъ рецидивъ. Далѣе, если обвиненіе по одному изъ преступленій не можетъ быть возбуждено, по отсутствію жалобы потерпѣвшаго, напр. за обиду дѣйствіемъ, другое, находящееся въ идеальной совокупности, напр. нарушеніе общественной тишины, можетъ дать основаніе обвиненію, несмотря на меньшую наказуемость этого деликта. Впрочемъ, это признаютъ и сторонники конкуренціи законовъ. Въ пользу этой (второй) точки зрѣнія германскій проектъ.

Принципъ поглощенія при идеальной совокупности

2. Что касается принципа поглощенія при идеальной совокупности, то *едва ли* его *можно признать правильнымъ:* правда, преступникъ проявляетъ здѣсь менѣе интенсивное преступное настроеніе, чѣмъ при реальной совокупности, такъ какъ каждый самостоятельный волевой актъ требуетъ новой преступной энергіи и такъ какъ только при реальной совокупности можно иногда усматривать болѣе упорное преступное настроеніе, задатки привычной или профессіональной преступности; но различіе въ интенсивности становится ничтожнымъ, когда волевые акты слѣдуютъ другъ за другомъ почти непрерывно (ср. Баръ): такъ, когда преступникъ убиваетъ одного выстрѣломъ изъ револьвера, а другого ударомъ ножа, наносимымъ почти въ тотъ же моментъ,—случай реальной совокупности, между тѣмъ, если, улучивъ минуту, когда двое стоятъ одинъ за другимъ, преступникъ однимъ выстрѣломъ изъ браунинга, убьетъ обоихъ, то это разсматривается, какъ идеальная совокупность*); точно такъ же, если онъ подастъ одинъ за другимъ отравленные кубки двумъ лицамъ, то это реальная совокупность, если же поставитъ передъ обоими отравленную пищу, то идеальная. Съ другой стороны, преступникъ, нарушающій не одинъ, а два или нѣсколько запретовъ права (при разнородной совокупности),

*) При близости двухъ дѣяній по времени, Гепфнеръ поэтому признаетъ все же идеальную совокупность. Напротивъ итальянское право (мотивы къ ст. 78 улож. и Majno, № 417) признаетъ реальную совокупность и въ случаѣ, когда одно дѣяніе вызываетъ нѣсколько результатовъ.

проявляетъ большее презрѣніе къ нему, чѣмъ тотъ, кто нарушаетъ даже важнѣйшій, но одинъ запретъ *). Поэтому болѣе правильнымъ было бы предоставить суду при идеальной совокупности усиливать наказаніе, выходя за максимумъ наказанія въ законѣ, предусматривающемъ важнѣйшій изъ деликтовъ (Гарро, Баръ). Законъ могъ бы далѣе установить предѣлъ этого увеличенія наказанія. Нѣкоторые ученые (Биндингъ, Гельшнеръ), а также Норвежскій кодексъ и австрійскій правит. проектъ придаютъ идеальной совокупности такое же вліяніе на отвѣтственность, какъ и реальной. Но усиленіе репрессіи при послѣдней имѣетъ особое значеніе во-первыхъ потому, что именно она бываетъ симптомомъ преступной привычки, во-вторыхъ потому, что превентивное вліяніе карательной угрозы особенно важно сохранить при совершеніи нѣсколькихъ самостоятельныхъ дѣяній (см. ниже).

Нашему законодательству неизвѣстно различіе между реальной и идеальной совокупностью. Ст. 152 Ул. о нак. имѣетъ въ виду первую, но въ особенной части встрѣчаются постановленія, относящія къ той же совокупности случаи совокупности идеальной: такъ, ст. 1596 (кровосмѣшеніе съ изнасилованьемъ). Сенатъ признавалъ совокупность въ оскорбленіи нѣсколькихъ лицъ однимъ словомъ, въ нарушеніи общественной тишины и обидѣ въ публичномъ мѣстѣ, когда оба деликта были учинены однимъ дѣйствіемъ.

Мнимая совокупность

3. *Не относятся къ идеальной совокупности случаи* а) *спеціальности*, когда данное дѣяніе, хотя соотвѣтствуетъ составу двухъ или болѣе деликтовъ, но одинъ деликтъ представляетъ собою особо выдѣленный видъ другого, квалифицированный, или привилегированный, или разсматриваемый, какъ преступленіе другого рода, напр.: отцеубійство, дѣтоубійство не находятся въ идеальной совокупности съ простымъ убійствомъ, оскорбленіе величества съ обидой, продажа завѣдома украденнаго другимъ имущества (1701 ст. Ул. о нак.) съ укрывательствомъ кражи (14 и 1655 ст. Ул. о нак.); дѣяніе всецѣло охватывается спеціальнымъ постановленіемъ закона—«*lex specialis derogat legi generali*»; b) *субсидіарности*, когда одинъ законъ является вспомогательнымъ къ

*) Напротивъ, итальянское ул. (ст. 78) при этомъ видѣ идеальной совокупности примѣняетъ статью, устанавливающую строжайшее наказаніе, подобно германскому § 73.

другому и находитъ примѣненіе именно тогда, когда для состава второго недостаетъ какого-либо признака, напр.: по 129 ст. Уг. Ул. виновный въ публичномъ возбужденіи къ тяжкому преступленію наказывается исправительнымъ домомъ, когда послѣдствіемъ было совершеніе тяжкаго преступленія, если только не подлежитъ болѣе строгому наказанію, какъ соучастникъ этого дѣянія; такъ и въ случаѣ, когда употребленіе подложнаго документа исходитъ отъ самого составителя подложнаго акта, —«*lex primaria derogat legi subsidiari*»; c) *консумціи — поглощенія* однимъ деликтомъ другого, напр.: присвоеніе вещи теряетъ значеніе отдѣльнаго деликта, будучи слѣдствіемъ кражи. Сюда относится и поглощеніе деликтомъ причиненія вреда какому-либо благу деликта поставленія его же въ опасность; но дѣяніе общеопасное не поглощается причиненіемъ вреда отдѣльному благу (ср. 1 п. 1453 ст. Ул. о нак. и 2 ч. 1621 ст.); d) *стеченія нѣсколькихъ квалифицирующихъ или привилегирующихъ обстоятельствъ*. Примѣняется тотъ законъ, который предусматриваетъ дѣяніе съ наиболѣе усиливающимъ или уменьшающимъ отвѣтственность обстоятельствомъ, напр. убившій съ заранѣе обдуманнымъ намѣреньемъ беременную жену отвѣчаетъ по 1451 ст. Ул. о нак. за убійство жены, а не по 1452 ст. за убійство беременной женщины и не за совокупность обоихъ преступленій.

Единство преступленія при нѣсколькихъ дѣяніяхъ.

III. Какъ *одно преступленіе*, разсматриваются *нѣсколько волевыхъ актовъ*:

1. когда они *сливаются* въ одно цѣлое и, съ житейской точки зрѣнія, *представляются однимъ естественнымъ дѣяніемъ (Листъ)*, такъ, напримѣръ: одно преступленіе и одно дѣяніе составляютъ рядъ ударовъ, нанесенныхъ жертвѣ при убійствѣ, рядъ дѣйствій, разрушившихъ вещь, или употребленныхъ для обманнаго полученія имущества или для похищенія вещи; иногда въ этихъ случаяхъ усматриваютъ продолжаемое преступленіе, но понятіе: похищеніе, разрушеніе, обманъ, убійство охватываетъ и рядъ однородныхъ дѣйствій, объединяемыхъ цѣлью и представляющихся телеологическимъ единствомъ, несмотря на рядъ волевыхъ актовъ, тѣлесныхъ движеній.

Листъ выдвигаетъ положеніе: дѣяніе остается единымъ, благодаря единству окончательнаго результата, о чемъ слѣдуетъ заключать: а) по единству лица потерпѣвшаго при посягательствахъ на

чисто личныя блага (честь, жизнь и т. п.), b) по единству detentio Gewahrsam) при похищеніи или поврежденіи вещи, т. е. по связи объектовъ, находящихся въ одной витринѣ, въ одной гостиницѣ; сходно при посягательствахъ на авторское право (самовольная перепечатка сборника, состоящаго изъ статей нѣсколькихъ авторовъ). Но это правило не всегда окажется вѣрнымъ: напр., несмотря на единство потерпѣвшаго, легкая рана, нанесенная А. лицу В., и другая, нанесенная имъ тому же В черезъ мѣсяцъ, не составляютъ одного дѣянія, какъ и кражи нѣсколькихъ предметовъ съ одного и того же чердака, совершенныя черезъ значительные промежутки времени.

Иногда самъ законъ говоритъ о рядѣ дѣйствій, какъ объ одномъ цѣломъ, опредѣляя, напр., наказаніе за истязанія, побои, развратныя дѣйствія (законъ употребляетъ множественное число или собирательное выраженіе: «сбытъ фальшивой монеты»);

2. когда волевые акты представляются *отдѣльными дѣяніями, но для юридической оцѣнки ихъ эта ихъ самостоятельность не играетъ роли*, именно:

Преступленія собирательныя.

а) *при собирательныхъ преступленіяхъ, коллективъ—деликтахъ*, когда каждое дѣяніе пріобрѣтаетъ значеніе, какъ проявленіе одной *привычки* или *профессіи*, и составляетъ только элементъ одного и того же преступленія, напр.: отдѣльные, разновременно совершенные ростовщическіе акты образуютъ одно квалифицированное *ростовщичество*, именно: ростовщичество профессіональное (ст. 1707 Ул. о нак.), всѣ случаи сводничества сливаются въ привычное сводничество (§ 180 герм. улож.). При этомъ иногда наказуемо и отдѣльное дѣяніе, безъ обращенія его въ промыселъ или привычку, напр. ростовщичество (180² ст. Уст. о нак.), иногда же наказуемы только обращеніе дѣятельности въ промыселъ, или въ занятіе (Geschäftsmässigkeit германскаго кодекса *), или привычка къ опредѣленной запрещенной дѣятельности (напр., профессіональное сутенерство, ст. 527 Уг. Ул.), и единичное дѣяніе этого типа не вызываетъ репрессіи.

Германская практика находитъ, впрочемъ, возможнымъ осужденіе за профессіональный деликтъ и при установленіи на судѣ одного дѣянія, если обращеніе его въ промыселъ вытекаетъ изъ обстоятельствъ дѣла, напр.: профессіональная азартная игра доказывается размѣрами помѣщенія, количе-

*) Напримѣръ, обращеніе въ занятіе склоненія нѣмецко-поддаинаго къ эмиграціи изъ отечества.

ствомъ карточныхъ столовъ, личностью принимавшихъ участіе въ игрѣ, несмотря на то, что обвиняемый застигнутъ за азартной игрой только одинъ разъ. Дѣйствительно, однимъ изъ основаній для созданія коллективъ-деликта служитъ *трудность настигнуть каждое отдѣльное проявленіе* такой дѣятельности практически удобнѣе опредѣлять наказаніе за самый промыселъ, для установленія котораго число актовъ безразлично. Напротивъ, для осужденія за привычное совершеніе требуется повторность дѣянія, такъ какъ привычка есть склонность къ повторенію, возникшая изъ частаго совершенія.

Отличительная черта профессіональнаго деликта—цѣль извлеченія выгоды посредствомъ постоянной дѣятельности даннаго рода, напр. нищенства; ни для привычки, ни для занятія, въ смыслѣ Geschäftsmassigkeit, эта черта несущественна;

Преступленія продолжаемыя.

b) *при продолжаемыхъ преступленіяхъ, въ которыхъ каждое дѣяніе осуществляетъ составъ преступленія, но составляетъ только элементъ единаго преступленія, будучи только продолженіемъ предыдущаго такого же дѣянія и служа постепенному выполненію этого преступленія:* такъ, нѣсколько фактовъ сожительства женатаго съ одной и той же женщиной составляютъ одно прелюбодѣяніе; отдѣльныя позаимствованія кассиромъ ввѣренныхъ ему денегъ для своихъ надобностей — одну растрату; похищеніе прислугой бѣлья изъ шкафа хозяйки, совершенное въ нѣсколько пріемовъ, въ теченіе извѣстнаго промежутка времени, составляетъ одну кражу, что́ важно и для опредѣленія суммы похищеннаго, вліяющей на наказуемость. Когда именно одно дѣяніе является только продолженіемъ другого и теряетъ самостоятельное значеніе, слѣдуетъ признать *quaestio facti*, который подлежитъ рѣшенію суда на основаніи всей конкретной обстановки дѣянія (такъ Франкъ, Сергѣевскій, Баръ, и, по существу, П. Меркель).

Если усиленіе репрессіи при реальной совокупности вызывается большей интенсивностью преступнаго настроенія и необходимостью поднять обще-превентивное значеніе карательной угрозы, чтобы одно дѣяніе не давало преступнику патента на новыя преступленія безъ риска подвергнуться болѣе строгому наказанію, то примѣненіе нормальной мѣры наказанія за продолжаемое преступленіе, въ отличіе отъ ре-

альной совокупности, оправдывается только тогда, когда данный случай не даетъ указаній ни на бо́льшую интенсивность преступнаго настроенія, ни на опасность ослабленія общей превенціи, т. е когда совершенныя дѣянія составляютъ единичный эпизодъ въ жизни обвиняемаго, суть не что иное, какъ звенья одной причинности, приведенной въ движеніе субъектомъ, съ той особенностью, что каждое звено внѣшне отдѣлимо отъ другого, что между дѣйствіями есть нѣкоторый перерывъ, позволяющій ихъ видѣть изолированными другъ отъ друга, но извращающій перспективу, такъ какъ правильное освѣщеніе событія получается только при игнорированіи этого перерыва. Возьметъ ли слуга нѣсколько штукъ бѣлья сразу или въ теченіе нѣсколькихъ дней, чтобы исчезновеніе бѣлья было менѣе замѣтнымъ, присвоитъ ли десятокъ тысячъ кассиръ въ одинъ разъ или въ теченіе двухъ мѣсяцевъ, чтобы не бросалось въ глаза, положитъ ли преступникъ въ пищу сильную дозу яда, или предпочтетъ класть ежедневно менѣе сильныя, это только различія въ планѣ выполненія одного преступленія, но эпизодъ остается единичнымъ. Этимъ объясняется, что и выше приведенные случаи (подъ лит. III—1.) разсматриваются, какъ продолжаемое преступленіе. Въ дѣйствительности между этими категоріями случаевъ нѣтъ существеннаго различія, и продолжаемое преступленіе можно съ такимъ же правомъ разсматривать, какъ единое естественное, съ житейской точки зрѣнія, дѣяніе: когда кассиръ беретъ сразу 10.000 руб., онъ также можетъ сосчитывать ихъ, раскладывать по карманамъ и въ промежуткѣ между этими дѣйствіями совершить что либо другое, напр.. отвѣчать по телефонному вызову, какъ и тогда, когда онъ беретъ эти деньги въ теченіе мѣсяца. Правда, въ послѣднемъ случаѣ, остается бо́льше возможности одуматься, не продолжать преступленія, но это обстоятельство или бо́льшая тонкость выполненія при продолжаемомъ преступленіи не даютъ все-таки той степени интенсивности преступнаго настроенія, что при нѣсколькихъ эпизодахъ, и могутъ вліять только на выборъ наказанія въ рамкахъ обычныхъ минимума и максимума. *Усиленіе репрессіи*, выходящее за эти предѣлы, предлагаемое нѣкоторыми криминалистами и принятое *Итальянскимъ уложс.* (на $^1/_6$ или $^1/_2$ нормальн. наказанія), съ одной стороны приближаетъ продолжаемое преступленіе къ реальной

совокупности и дѣлаетъ первое понятіе излишнимъ, съ другой стороны, и по существу *не можетъ быть оправдано*, такъ какъ часто достиженіе результата однимъ волевымъ актомъ или причиненіе количественно большаго вреда сразу служитъ показателемъ бо́льшей смѣлости и ловкости преступника и бо́льшей энергіи преступнаго настроенія, а постепенное осуществленіе свидѣтельствуетъ о противоположномъ и не всегда исключаетъ аффектированное состояніе духа преступника.

Хотя обыкновенно современныя законодательства не говорятъ о продолжаемыхъ преступленіяхъ, но это понятіе находитъ примѣненіе въ судебной практикѣ (такъ и Сенатъ).

Попытки ученыхъ найти опредѣленный признакъ продолжаемаго преступленія не привели къ результату и скорѣе представляютъ собою рѣшенія отдѣльныхъ случаевъ въ связи съ конкретными ихъ особенностями, чѣмъ устанавливаютъ общій принципъ. Таковы субъективныя попытки, усматривающія искомый признакъ въ единствѣ намѣренья (Таганцевъ, Каррара), рѣшимости (Итал. ул.), умысла (райхсгерихтъ); объективныя, усматривающія этотъ признакъ въ недѣлимости объекта (Шварце) или въ однородности дѣянія (Листъ), или въ использованіи одного и того же длящагося отношенія, напр. службы (Франкъ); или смѣшанныя, соединяющія эти признаки (единство намѣренья и единство объекта — Кестлинъ). Но изъ единаго намѣренья могутъ вытекать и самостоятельныя дѣянія, напр.: растрата и подлогъ для ея прикрытія—изъ намѣренья завладѣть чужимъ имуществомъ; умыселъ же существуетъ при каждомъ отдѣльномъ актѣ, составляющемъ элементъ продолжаемаго преступленія; къ тому же мыслимо и неосторожное продолжаемое преступленіе, напр.: неоднократное прописаніе врачомъ по ошибкѣ одного и того же вреднаго вещества одному больному. Безъ объективныхъ данныхъ рѣшеніе вопроса, было ли намѣренье совершить одно преступленіе въ нѣсколько пріемовъ, или нѣсколько преступленій, передается самому обвиняемому; при наличности указанныхъ данныхъ, единство намѣренья теряетъ значеніе самостоятельнаго признака. Что касается единства объекта, то оно скорѣе играетъ роль отрицательнаго признака: дѣянія, направленныя на нѣсколько объектовъ, не сливаются въ продолжаемое преступленіе, при томъ если это блага, которымъ вредъ можетъ быть причиненъ только въ лицѣ ихъ субъекта: нѣсколько оскорбительныхъ выраженій по адресу нѣсколькихъ лицъ составляютъ реальную совокупность, но, если они направлены противъ одного лица, то невсегда составляютъ продолжаемое преступленіе, а только если они объединены во времени или по мѣсту (въ одной газетной статьѣ). Принадлежность имущественныхъ благъ нѣсколькимъ лицамъ не препятствуетъ признанію продолжаемымъ преступленіемъ кражи—въ нѣсколько пріемовъ — этого имущества, находящагося въ одномъ помѣщеніи, напр. на одномъ чердакѣ, или посредствомъ одного и того же обманнаго дѣйствія въ отношеніи разныхъ лицъ (разсылка одного и того же содержанія цир-

куляра разнымъ лицамъ, какъ средство обманнаго полученія денегъ). Но и однородность дѣяній не всегда обосновываетъ продолжаемое преступленіе; а, съ другой стороны, неполное тождество юридической квалификаціи дѣяній не мѣшаетъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, сліянію ихъ въ продолжаемое съ болѣе важной квалификаціей: такъ, если отдѣльные акты похищенія представляютъ простую кражу, а одинъ изъ актовъ — кражу со взломомъ (Таганцевъ и Сенатъ, Франкъ, райхсгерихтъ; отчасти итал. практика; противъ этого Листъ, Баръ, Майно).

с) Нѣсколько дѣяній самъ законъ объединяетъ въ *составное преступленіе: насиліе и кражу въ разбой*, кражу и поврежденіе имущества въ кражу со взломомъ.

3. Нѣтъ реальной совокупности въ случаяхъ субсидіарности или консумціи, когда, вслѣдствіе совершенія дѣянія, имѣющаго болѣе важное значеніе, другія перестаютъ играть роль, напр.: подстрекательство или пособничество, если затѣмъ соучастникъ самъ выполняетъ это преступленіе; покушеніе или приготовленіе, если затѣмъ совершается оконченный деликтъ; менѣе тяжкая форма соучастія поглощается болѣе важной: пособничество—подстрекательствомъ, совершеннымъ тѣмъ же лицомъ, поставленіе блага въ опасность—послѣдующимъ причиненіемъ ему вреда, для чего первое дѣяніе было только подготовительнымъ этапомъ; иногда дѣйствіе теряетъ юридическое значеніе, будучи обычнымъ средствомъ другого преступленія, напр. вторженіе въ жилище, когда совершена кража со взломомъ.

Значеніе единства преступленія.

IV. Признаніе дѣянія единымъ преступленіемъ имѣетъ значеніе не только для мѣры наказанія, но и *для* исчисленія *давности*, для опредѣленія мѣста совершенія, для разрѣшенія *вопросовъ о предметѣ обвиненія и* приговора и объема принципа «*ne bis in idem*». Моментъ окончанія деликта, опредѣляющій начало теченія давности, это моментъ послѣдняго акта продолжаемаго или собирательнаго деликта; мѣсто совершенія это мѣсто учиненія также послѣдняго акта; предметомъ обвиненія, судебнаго слѣдствія и приговора служатъ всѣ элементы такого единства, хотя бы нѣкоторые не вошли въ обвинительный актъ, а обнаружены были на самомъ судебномъ слѣдствіи. Если бы даже нѣкоторые элементы обнаружились послѣ приговора, они поглощаются послѣднимъ и не могутъ дать основанія для новаго преслѣдованія, какъ часть уже разрѣшеннаго цѣлаго. Только новыя такія же дѣянія, совершенныя послѣ приговора, образуютъ новыя само-

стоятельныя преступленія, которыя могутъ также образовать продолжаемое или собирательное преступленіе. Отдѣльные элементы коллективъ-деликта *), покрытые давностью, помилованіемъ или уже давшіе основаніе для осужденія и отбытія наказанія, при продолженіи впослѣдствіи той же преступной дѣятельности, могутъ служить доказательствомъ привычки къ ней или обращенія ея въ промыселъ. То же слѣдуетъ сказать о тождественныхъ дѣяніяхъ, совершенныхъ за-границей или до вступленія въ силу закона, впервые создающаго данный коллективъ—деликтъ или усиливающаго отвѣтственность за простой деликтъ при обращеніи его въ промыселъ или привычку **).

Что касается *соучастія* въ продолжаемомъ или въ собирательномъ преступленіяхъ, то при послѣднихъ нельзя распространять постановленія о наказуемости деликта, совершеннаго по привычкѣ или въ видѣ промысла, на тѣхъ соучастниковъ, относительно которыхъ не установлено обращеніе данной дѣятельности въ привычку или профессію, такъ какъ эти обстоятельства имѣютъ строго личный характеръ; если данный деликтъ предусмотрѣнъ и, какъ единичное дѣяніе, напр. ростовщичество, то такой соучастникъ подлежитъ наказанію за этотъ, неквалифицированный деликтъ, когда примѣненіе началъ о соучастіи не исключается другими постановленіями закона. *При продолжаемыхъ преступленіяхъ соучастникъ подлежитъ отвѣтственности за тотъ именно актъ, въ которомъ онъ участвовалъ* (contra Таганцевъ), такъ какъ это дѣяніе теряетъ самостоятельное значеніе только въ отношеніи субъекта, совершившаго другіе элементы продолжаемаго преступленія. Вопросъ имѣетъ практическій интересъ, такъ какъ дѣяніе, соучастникомъ котораго былъ, напр., А. можетъ быть не квалифицированнымъ, между тѣмъ для В., въ виду другихъ элементовъ продолжаемаго преступленія, послѣднее оказывается квалифицированнымъ, и такъ какъ далѣе время и мѣсто отдѣльныхъ дѣяній можетъ быть различное. Нѣтъ основаній для соучастника, помогавшаго при совершеніи перваго акта растраты или кражи, удлинять срокъ давности на все то время, въ теченіе котораго исполнитель

*) но не продолжаемаго преступленія

**) Это послѣднее положеніе, впрочемъ, въ наукѣ спорно.

совершилъ другіе такіе же акты: моментъ окончанія деликта и теченія давности для соучастника это моментъ окончанія того отдѣльнаго дѣянія, въ которомъ онъ сыгралъ извѣстную роль. Но онъ можетъ разсматриваться и, какъ соучастникъ продолжаемаго преступленія, если подстрекалъ именно къ этому или участвовалъ въ нѣсколькихъ актахъ, хотя бы и не во всѣхъ.

V. Отъ продолжаемыхъ преступленій отличаются *длящіяся* (Dauerverbrechen) въ которыхъ составъ преступленія воспроизводится непрерывно, осуществляется каждый моментъ, напр. состояніе въ незаконномъ бракѣ, лишеніе свободы — дѣяніе окончено въ моментъ вступленія въ недозволенный бракъ, въ моментъ, когда послѣдовало лишеніе свободы, но дѣяніе продолжается, пока не предпринято дѣйствіе, прекращающее это состояніе, actus contrarius, напр.: запертый выпущенъ, бракъ расторгнутъ; это важно при исчисленіи давности. **Преступленія длящіяся.**

Листъ говоритъ еще о „*Zustandsverbrechen*“: таковы, напр.. тѣлѣсное поврежденіе, вызвавшее потерю зрѣнія, кража; при этихъ дѣяніяхъ продолженіе извѣстнаго состоянія не имѣетъ юридическаго значенія, напр. невозвращеніе вещи; дѣяніе окончено, какъ только вызвано данное состояніе. Но это понятіе является излишнимъ.

ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ.

Виды наказанія.

XVII. Общія положенія. Классификація и система наказаній.

Факторы, вліяющіе на выборъ законодателемъ карательныхъ мѣръ.

I. Наказаніе, какъ было указано (стр. 40), выражается въ лишеніи преступника какого-либо изъ его благъ. Эта черта наказанія не только наблюдается во всѣхъ историческихъ формахъ его проявленія, но и должна составлять неотъемлемое его свойство, такъ какъ карательная санкція служитъ усиленію мотивирующаго значенія правовыхъ нормъ, и именно угроза лишеніемъ какого-либо блага должна имѣть обще-превентивное вліяніе. Это лишеніе громаднымъ большинствомъ разсматривается, какъ зло или страданіе (malum passionis propter malum actionis, по выраженію Г. Гроція), перспектива котораго оказываетъ на массы предупреждающее дѣйствіе. Указанная черта является общей и для всѣхъ карательныхъ мѣръ, принятыхъ современными кодексами*), и въ основу классификаціи этихъ мѣръ обыкновенно кладется различіе благъ преступника, которыя государство избираетъ объектомъ воздѣйствія.

Выборъ этихъ благъ зависитъ отъ нравовъ и общаго уровня культуры даннаго народа въ опредѣленную эпоху и отъ цѣлей, которыя преслѣдуетъ государство при помощи наказанія. Идеи устрашенія и возмездія, особенно въ формѣ

*) Извѣстное лишеніе заключается и въ такомъ наказаніи, какъ условное осужденіе, соединенное съ надзоромъ попечительныхъ органовъ (см. ниже), или выговоръ; здѣсь умаленію подвергается личное достоинство осужденнаго и, при условномъ осужденіи, правда въ незначительной степени, свобода его въ отношеніи образа жизни.

таліона, включаютъ въ кругъ этихъ благъ и самыя цѣнныя для личности: жизнь, тѣлесную цѣлость, здоровье; отчасти къ тому же изъ цѣлей спеціальнаго предупрежденія приводитъ элиминація: государство избавлялось отъ преступника при помощи смертной казни; изувѣчивающія наказанія и клейменіе уменьшали опасность преступника и также служили цѣли обезвреженья Напротивъ, идея исправленія исключаетъ сейчасъ упомянутыя блага, и, предполагая длительное воздѣйствіе на психику преступника, поднятіе его нравственнаго и умственнаго уровня и привитіе соціально-полезныхъ привычекъ, ведетъ къ избранію объектомъ свободы преступника.

Осуществляя карательную дѣятельность, государство преслѣдуетъ иногда и *побочная цѣли*, не имѣющія отношенія къ борьбѣ съ преступностью, напр.: колонизацію мало населенныхъ окраинъ, извлеченіе экономическихъ выгодъ изъ подневольнаго труда преступниковъ. Преслѣдованіе этихъ цѣлей не остается безъ вліянія на характеръ карательныхъ мѣръ, устраняя членовредительныя наказанія, сокращая примѣненіе смертной казни, вызывая къ жизни новые виды наказаній—ссылку, принудительныя работы (каторгу).

Смягченіе нравовъ влечетъ гуманизацію наказаній и позволяетъ пользоваться менѣе суровыми мѣрами безъ ослабленія обще-превентивной роли наказанія: мотивирующее вліяніе пріобрѣтаютъ и такія средства, которыя при грубости и жестокости нравовъ и при меньшей цѣнности такихъ благъ, какъ свобода, честь, различныя права, не бывшія достояніемъ широкихъ массъ, не могли бы произвести на нихъ достаточно сильнаго впечатлѣнія. Укрѣпленіе новыхъ взглядовъ на положеніе личности въ государствѣ приводитъ къ идеѣ равенства наказанія, т. е. къ *уничтоженію сословныхъ привилегій* высшихъ классовъ, для которыхъ прежде устанавливались изъятія и въ области уголовной репрессіи: такъ они были изъяты отъ тѣлесныхъ наказаній, иногда отъ смертной казни.

Вопросъ о требованіяхъ, которымъ должны удовлетворять карательныя мѣры.

II. Въ зависимости отъ тѣхъ же условій стоятъ и требованія, которымъ должны удовлетворять отдѣльныя карательныя мѣры и перечень которыхъ обыкновенно дается въ ученіи о наказаніи. Эти требованія измѣняются съ теченіемъ времени и не имѣютъ постояннаго характера: таковы, напр., требованія, чтобы наказаніе было *гуманнымъ* и не причиняло излишнихъ страданій преступнику, чтобы оно не убивало въ

немъ личнаго достоинства. Такими свойствами должно обладать наказаніе съ современной точки зрѣнія, но въ XVII в. и даже отчасти въ XVIII отъ карательной мѣры требовали жестокости въ интересахъ устрашенія и не ожидали исправительнаго дѣйствія, поэтому тѣлесныя и позорящія наказанія занимали видное мѣсто. Требуютъ далѣе, чтобы наказаніе было *справедливымъ и дѣлимымъ*, гибкимъ; но есть ученые—крайнее крыло соціологовъ и антропологовъ-криминалистовъ—которые совершенно устраняютъ въ репрессіи элементъ справедливаго воздаянія; другіе различно смотрятъ на послѣднее, и соотвѣтствіе наказанія тяжести отдѣльнаго преступнаго дѣянія часто не признается идеаломъ справедливости; вмѣстѣ съ тѣмъ возможность «дозированія» наказанія одного и того же вида пропорціонально винѣ отдѣльнаго волевого акта теряетъ въ своемъ значеніи, если оцѣнка относится къ преступному настроенію и если для различныхъ классовъ преступниковъ даже при тожествѣ преступныхъ дѣяній должны быть выбираемы мѣры, различающіяся не количественно—напр., въ отношеніи срока лишенія свободы, но и качественно; свойство дѣлимости наказанія пріобрѣтаетъ иное значеніе. Другія требованія—*репрессивность*, *цѣлесообразность*, *индивидуальность* карательной мѣры—вытекаютъ сами собою изъ изложеннаго выше о цѣляхъ наказанія и о винѣ, какъ основаніи для его примѣненія. Нерепрессивное наказаніе не можетъ служить ни общему предупрежденію, ни устрашенію отбывающаго наказаніе, ни элиминаціи, т. е. двумъ изъ цѣлей спеціальнаго предупрежденія, и вообще не есть наказаніе: нерепрессивное наказаніе есть contradictio in adjecto. Цѣлесообразность карательной мѣры также диктуется уже самымъ понятіемъ *государственнаго* наказанія: примѣняя его, государство преслѣдуетъ опредѣленныя цѣли, какъ и во всякой иной своей дѣятельности, и отдѣльныя мѣры должны соотвѣтствовать этимъ цѣлямъ. Что карательная мѣра можетъ падать только на виновнаго и ни на кого другого, также совершенно ясно, хотя косвенно всякая кара отражается на близкихъ — отрываетъ отъ семьи нерѣдко ея кормильца, бросаетъ тѣнь на членовъ ея, иногда лишаетъ и семью имущественныхъ благъ, поскольку ея матеріальное положеніе ухудшается, въ особенности при крупномъ денежномъ штрафѣ, обращаемомъ на преступника. Коллективная отвѣтствен-

ность, существовавшая въ древнемъ и средневѣковомъ правѣ и дошедшая въ формѣ конфискаціи имущества до XIX в., объясняется, съ одной стороны, пережитками эпохи кровавой мести, съ другой стороны несовершенствомъ полицейскаго и судебнаго аппарата и трудностью найти виновнаго, что́ приводило къ расправѣ наугадъ, съ цѣлыми группами, среди которыхъ долженъ былъ находиться виновный. Изъ свойствъ, которыми должна отличаться карательная мѣра, заслуживаютъ особаго упоминанія *возстановимость, или отмѣнимость*, въ случаѣ судебной ошибки и осужденія невиновнаго, и дешевизна. Но возстановимости полной нельзя достигнуть, такъ какъ, за исключеніемъ имущественныхъ, всѣ другія лишенія, испытанныя при отбытіи наказанія, не могутъ быть возмѣщены; рѣчь можетъ идти только о прекращеніи наказанія и о нѣкоторой матеріальной компенсаціи. *Дешевизна* можетъ имѣть значеніе только *ceteris paribus:* если мѣра дешева, напр. тѣлесныя наказанія, смертная казнь, но въ другихъ отношеніяхъ непригодна, напр. неисправительна, несправедлива, имѣетъ вредное вліяніе на массы, то отъ такой мѣры необходимо отказаться. Плохая тюрьма стоитъ дешевле хорошей, но результаты первой — усиленіе рецидива, образованіе преступныхъ сообществъ на почвѣ тюремныхъ знакомствъ, ухудшеніе моральнаго состоянія преступниковъ, выпускаемыхъ изъ такихъ тюремъ, эти результаты обходятся обществу и государству дороже раціонально организованныхъ пенитенціаріевъ.

Карательныя системы.

III.—1. *Совокупность карательныхъ мѣръ, принятыхъ даннымъ уголовнымъ кодексомъ составляетъ карательную систему.* Эти мѣры располагаются въ извѣстномъ порядкѣ отъ высшихъ къ низшимъ, *представляя иногда лѣстницу наказаній*, когда при выборѣ мѣры наказанія судья переходитъ въ предѣлахъ этого рода наказанія отъ одной ступени или степени къ другой и отъ одного рода къ другому, непосредственно слѣдующему. Такая лѣстница принята Улож. о нак. и соотвѣтствуетъ старой системѣ опредѣленія наказанія, усвоенной классической школой, съ сравнительно тѣсными рамками свободы суда. Тяжесть рода репрессіи опредѣляется значеніемъ блага, лишеніе котораго составляетъ содержаніе карательной мѣры: смертная казнь, тѣлесныя наказанія, каторжныя работы, ссылка, различные виды заключенія и т. д.

Иногда въ наукѣ въ основу классификаціи карательныхъ мѣръ кладется различіе цѣлей, которымъ служитъ та или другая мѣра: такъ, Кюшъ различаетъ: 1. наказанія воспитательныя для юныхъ преступниковъ; 2. наказанія чистаго устрашенія или предупрежденія (peines d'intimidation pure ou d'avertissement); 3. наказанія исправительныя (reformatrices) для испорченныхъ, но исправимыхъ; 4. наказанія элиминирующія для неисправимыхъ. Ко второй категоріи онъ относитъ краткосрочное тюремное заключеніе, денежную пеню и условное осужденіе; къ третьей — тюрьму свыше 3 мѣс., смирительный (исправит.) домъ (réclusion) и транспортацію (ссылку); къ четвертой — смертную казнь и релегацію (другой видъ ссылки). Эта классификація находится въ связи съ классификаціей преступниковъ, но не вполнѣ согласуется съ дѣйствующимъ правомъ и во Франціи, и въ другихъ государствахъ, такъ: смертная казнь примѣняется далеко не къ однимъ неисправимымъ и даже меньше всего къ нимъ, и въ основѣ этого наказанія лежитъ и идея возмездія; ссылкѣ, даже въ формѣ релегаціи, не чужда тенденція исправленія, а долгосрочное заключеніе, въ формѣ réclusion и Zuchthaus, т. е. высшихъ видовъ тюрьмы, преслѣдуетъ и цѣли элиминаціи и устрашенія отбывающаго наказаніе. Вообще преслѣдованіе при наказаніи только какой-либо одной цѣли трудно достижимо и въ то же время можетъ быть даже вреднымъ, такъ какъ полная безошибочность отнесенія преступника къ тому или другому классу немыслима и отсутствіе исправительнаго вліянія въ мѣрахъ противъ неисправимыхъ — закоренѣлыхъ явленіе нежелательное, поэтому, напр., организація работъ и условное освобожденіе существуютъ и въ тюрьмахъ для закоренѣлыхъ; можно только исправительнымъ попыткамъ придать особое значеніе въ мѣрахъ противъ исправимыхъ, элиминирующимъ въ мѣрахъ противъ неисправимыхъ, сохраняя извѣстное значеніе и за другими цѣлями спеціальнаго предупрежденія и считаясь и съ цѣлями общаго предупрежденія и справедливаго воздаянія.

Наша карательная система.

2. Карательная система *Улож.* отличается необыкновенной сложностью. Общія наказанія дѣлятся на *уголовныя и исправительныя*. Общей чертой уголовныхъ наказаній служитъ обязательное лишеніе осужденнаго всѣхъ правъ состоянія; къ этой категоріи принадлежатъ: 1) смертная казнь;

2) ссылка въ каторжныя работы и 3) ссылка на поселеніе*). Исправительныхъ наказаній есть 7 родовъ, а всего въ Ул. о нак. *10 родовъ наказаній:* каждый *родъ* (кромѣ 10-го, смертной казни и ссылки на поселеніе) *распадается на степени.* Высшіе виды (роды) исправительныхъ наказаній соединяются съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ: а именно: 4) исправительныя арестантскія отдѣленія; 5) заключеніе въ тюрьмѣ съ упомянутымъ правопораженіемъ; эти два наказанія замѣнили ссылку на житье въ Сибирь и въ отдаленныя несибирскія губерніи, которая назначалась для привилегированныхъ по Ул. о нак., изданія 1845 г. Другія исправительныя наказанія: 6) заключеніе въ крѣпости; 7) заключеніе въ тюрьмѣ съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ; 8) заключеніе въ тюрьмѣ безъ лишенія правъ; 9) арестъ; 10) денежныя взысканія, выговоръ, замѣчанія и внушеніе.

Улож. о нак. изд. 1845 г. знало рабочій домъ для непривилегиров. (нынѣ это тюрьма съ лишен. всѣхъ особен. правъ) и смирительный домъ (нынѣ тюрьма съ лишеніемъ нѣкотор. правъ).

Каторжн. работы имѣютъ 7 степеней: первая высшая *—безъ срока*, вторая *на 15—20 лѣтъ*, седьмая—*отъ 4 до 6 лѣтъ*. (другія степени: шестая 6—8 лѣтъ и далѣе 8—10, 10—12, 12—15 лѣтъ). *Исправит. арестант. отдѣленія* назначаются на срокъ *отъ 1 г. до 6 лѣтъ* и имѣютъ *5 степеней* (пятая 1 г.—$1^1/_2$ г., далѣе $1^1/_2$—$2^1/_2$ г., $2^1/_2$—3 г., 3 г.—$3^1/_2$, $3^1/_2$—4) и *2 дополнительныхъ, взамѣнъ* высшихъ степеней *ссылки на житье въ Сибирь*, на сроки 4—5 лѣтъ и 5—6 лѣтъ. *Тюрьма съ лишен. всѣхъ особен. правъ* назначается на сроки *2 мѣс.—2 года* и дѣлится на 4 степени (четвертая 2—4 мѣс., далѣе 4—8 мѣс., 8—16 мѣс., 16 мѣс.—2 года); тюрьма съ лишен. нѣкотор. правъ на 2 степени (вторая 8—16 мѣс., первая 16 мѣс.—2 года); тюрьма безъ лишенія правъ на 3 степени (3-я 2—4 мѣс., далѣе 4—8, 8—16 мѣс.). *Крѣпость* назначается на сроки *4 недѣли—4 года*, дѣлится на *5 степеней* и первыя 2 степени сопровождаются лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ (1-я 2 г. 8 мѣс.—4 года, далѣе: 1 годъ 4 мѣс.—2 г. 8 мѣс.; 8—16 мѣс., 4—8 мѣс., 4 недѣли—4 мѣс.). *Арестъ*

*) объ измѣненіяхъ послѣдняго времени см. ниже.

имѣетъ 4 степени (4-ая отъ *1 до 3 дней*, далѣе: 3—7 дней, 7 дней—3 недѣли, *3 недѣли—3 мѣс.*).

Кромѣ общихъ наказаній Ул. о нак. знаетъ наказанія *особенныя* (ст. 65), назначаемыя за преступленія по службѣ (исключеніе изъ службы, отрѣшеніе отъ должности и т. д.), и *исключительныя* (ст. 58), назначаемыя въ случаяхъ, спеціально указанныхъ закономъ въ особенной части (конфискація вещей; запрещеніе производства прежняго ремесла или промысла, напр.: запрещеніе врачу практики до выдержанія новаго испытанія, ст. 870, и т. д.). Эти двѣ категоріи наказаній *не входятъ въ лѣстницу наказаній*, и переходъ къ нимъ отъ общихъ или отъ нихъ къ общимъ при выборѣ мѣры наказанія (см .ниже) не допускается. Не составляютъ лѣстницы и 9 видовъ особенныхъ наказаній.

Эти виды слѣдующіе: 1. исключеніе изъ службы; 2. отрѣшеніе отъ должности (при первомъ лишеніе права вступать на государственную службу или на службу по выборамъ сословныхъ, земскихъ и городскихъ учрежденій навсегда, при второмъ на 3 года); 3. вычетъ изъ времени службы (не болѣе 1 года); 4. удаленіе отъ должности; 5. перемѣщеніе съ высшей должности на низшую; 6. выговоръ, съ внесеніемъ въ послужной списокъ; 7. вычетъ изъ жалованья; 8. выговоръ, безъ внесенія въ послужн. списокъ; 9. замѣчаніе.

Кромѣ *этихъ главныхъ* наказаній есть еще *дополнительныя*, которыя назначаются только вмѣстѣ съ однимъ изъ главныхъ; это правопораженія, надзоръ полиціи и воспрещеніе жительства въ извѣстныхъ мѣстахъ, опубликованіе приговора; далѣе,—наказанія *замѣняющія* (см. ниже о замѣнѣ наказанія).

Система *Угол. Ул.* 1903 г. не составляетъ лѣстницы. Наказаній *8 родовъ:* 1) смертная казнь; 2) *каторга, безъ срока или на срокъ отъ 4 до 15 лѣтъ;* 3) *ссылка* на поселеніе; 4) заключеніе въ *исправительномъ домѣ, отъ* $1^1/_2$ *года до 6 лѣтъ;* 5) заключеніе *въ крѣпости отъ 2 недѣль до 6 лѣтъ;* 6) заключеніе *въ тюрьмѣ отъ 2 недѣль до 1 года;* 7) *арестъ отъ 1 дня до 6 мѣсяцевъ*; 8) денежная *пеня*.

Дополнительныя наказанія по Уг. Ул.: 1) правопораженія; 2) ограниченія избранія и перемѣны мѣста жительства; 3) отобраніе имущества; 4) денежное взысканіе; 5) опубликованіе приговора; 6) удаленіе отъ должности; 7) заключеніе въ работномъ домѣ.

Въ *Уст. о нак. 4 рода наказаній:* выговоры, замѣчанія и внушенія; денежныя взысканія не свыше 300 руб.; арестъ не свыше 3 мѣс.; тюрьма не свыше $1^1/_2$ года.

Иностранныя карат. системы.

3. Иностранныя карательныя системы, за исключеніемъ старыхъ кодексовъ (французскаго, австрійскаго), далеко не столь сложны, какъ система Улож. о нак. *Особенной простотой отличаются системы Голландскаго и Норвежскаго уложеній:* Голландское знаетъ только: 1. *тюрьму* пожизненно или на срокъ отъ 1 дня до 15 лѣтъ; 2. *арестъ* отъ 1 дня до 1 года; 3. денежную *пеню*; Норвежское—1. тюрьму отъ 3 недѣль до 15 лѣтъ; 2. арестъ отъ 3 недѣль до 20 лѣтъ; 3. денежную пеню. Система *Германскаго* кодекса: 1. смертная казнь; 2. каторжная тюрьма — смирительный домъ (Zuchthaus) пожизненно или отъ 1 года до 15 лѣтъ; 3. тюрьма отъ 1 дня до 5 лѣтъ; 4. заточеніе въ крѣпости пожизненно или отъ 1 дня до 15 лѣтъ; 5. арестъ (1 день до 6 недѣль); 6. пеня; 7. выговоръ (для несовершеннолѣтнихъ). Въ *Англіи* примѣняются смертная казнь, уголовное рабство ((каторжная тюрьма) пожизненно или на срокъ отъ 2 до 25 лѣтъ, тюрьма различныхъ видовъ (см. ниже) отъ 1 дня до 2 лѣтъ; денежная пеня; тѣлесныя наказанія (въ видѣ исключенія); поручительство въ сохраненіи мира. *Французскій* кодексъ различаетъ наказанія за преступленія въ тѣсномъ смыслѣ—peines criminelles, исправительныя (correctionelles) за проступки и полицейскія—за нарушенія. Первую категорію составляютъ смертная казнь, каторжныя работы пожизненно или отъ 5 до 20 лѣтъ, смирительный домъ (réclusion) отъ 5 до 10 лѣтъ, а за политическія преступленія — депортація (ссылка), заточеніе (крѣпость)—détention, отъ 5 до 20 лѣтъ, изгнаніе, лишеніе правъ (degradation civique); исправительн. наказанія: тюрьма отъ 6 дней до 5 лѣтъ; ограниченіе нѣкоторыхъ правъ; полицейскія—тюрьма отъ 1 до 5 дней и денежная пеня отъ 1 до 15 франковъ. Пеня свыше 15 fr. служитъ то уголовнымъ, то исправительнымъ наказаніемъ.

Въ этотъ перечень не входятъ мѣры въ отношеніи юныхъ и малолѣтнихъ преступниковъ, дефективныхъ, далѣе — закоренѣлыхъ рецидивистовъ, а также тунеядцевъ и бродягъ, условное осужденіе. Эти мѣры, извѣстныя и дѣйствующему праву современныхъ государствъ, получаютъ осо-

бенное развитіе въ новѣйшихъ проектахъ (германскомъ, швейцарскомъ и австрійскомъ) и въ нѣкоторыхъ законодательныхъ новеллахъ (см. ниже).

XVIII. Смертная казнь.

Историческія данныя.

I. Смертная казнь есть наказаніе, состоящее въ лишеніи преступника жизни.

Въ древности, въ средніе вѣка и въ новое время, до конца XVIII в., смертная казнь была однимъ изъ самыхъ распространенныхъ и популярныхъ видовъ наказанія; въ этомъ отношеніи съ ней конкуррировали тѣлесныя наказанія, которыя при извѣстной интенсивности сводились также къ смертной казни, только болѣе мучительной. Впрочемъ, и совершеніе казни сопровождалось различными пріемами, направленными на приданіе ей особенно мучительнаго характера — казнь обыкновенно была т. назыв *квалифицированная*, при чемъ законодательства и практика изощрялись въ жестокости: преступниковъ колесовали, сжигали на кострахъ, коптили на медленномъ огнѣ, закапывали по горло въ землю, предоставляя голодной смерти, разсѣкали тѣло на части и т. д. Сожженіе, окопаніе въ землю и заливаніе горла расплавленнымъ металломъ упоминаются, какъ наказаніе за нѣкоторыя преступленія, и въ Соборномъ Улож. царя Алексѣя Михайловича, но отдѣльные указы и практика знаютъ и другіе виды казни квалифицированной. *Количество преступленій, за которыя законъ угрожалъ смертной казнью, было очень велико и на Западѣ, и въ Россіи, въ послѣдней особенно въ эпоху Соборн. Улож. и Воинск. Устава Петра Великаго:* въ первомъ казнь опредѣляется при 54 преступленіяхъ (Кистяковскій), а по другому подсчету (Сергѣевскаго) при 60, во второмъ въ 200 артикулахъ (Филипповъ)*). Къ числу преступленій, которыя

*) Въ болѣе раннія эпохи смертная казнь также существовала въ Россіи. Изъ законодательныхъ памятниковъ о казни *впервые* говоритъ *Двинская грамота* 1397 г., опредѣляя повѣшенье за третью кражу, но лѣтописи упоминаютъ объ отдѣльныхъ случаяхъ смертной казни и въ гораздо болѣе раннюю эпоху—за бунтъ, измѣну и религіозныя преступленія. Въ Псковской судной грамотѣ казнь опредѣ-

по законамъ и отдѣльнымъ указамъ должны были влечь смертную казнь, принадлежали *и весьма незначительныя, какъ не осторожное причиненіе пожара*, срубъ дерева въ заповѣдномъ лѣсу, злоупотребленія и нерадѣніе органовъ, собиравшихъ таможенныя пошлины и т. п. Въ дѣйствительности однако, какъ полагаетъ Сергѣевскій въ его прекрасномъ изслѣдованіи «Наказаніе въ русск. правѣ XVII в.», законодатель самъ не имѣлъ въ виду послѣдовательнаго осуществленія карательной угрозы, при которомъ «не осталось бы ни воеводъ, ни дьяковъ, ни другихъ жителей». Къ этому мнѣнію присоединяется и Таганцевъ: угроза смертью была особой разновидностью абсолютно-неопредѣленной санкціи, гиперболической формулой; на практикѣ примѣнялись часто другія наказанія. Тѣмъ не менѣе *количество казненныхъ въ XVII и XVIII в. въ Россіи очень велико; въ нѣкоторые моменты государственной жизни оно исчислялось тысячами:* за поддѣлку монеты при Алексѣѣ Михайловичѣ казнено, по свидѣтельству Катошихина, 7000 человѣкъ, за стрѣлецкій бунтъ при Петрѣ Великомъ казнено 1166. *Еще бо́льшимъ распространеніемъ пользовалась смертная казнь на Западѣ* какъ въ законодательствахъ, такъ и на практикѣ, особенно въ Англіи, гдѣ даже въ началѣ XIX в. она назначалась за множество преступленій, при томъ и за такія, какъ мелкая кража, угроза на письмѣ и т. п. Въ эпохи религіозныхъ гоненій жертвы казни исчислялись десятками тысячъ во всей Западной Европѣ. Знаменитый Карпцовъ передаетъ, что имъ подписано 20.000 смертныхъ приговоровъ. Даже въ началѣ XIX в. въ Англіи постановлялось ежегодно болѣе 1000 смертныхъ приговоровъ.

Причины столь широкаго примѣненія смертной казни заключаются отчасти въ пережиткахъ кровавой мести и въ грубомъ пониманіи возмездія, отчасти въ жестокости нравовъ, при которой короли не гнушались иногда принимать участіе въ исполненіи казни, судьи хвастали количествомъ вынесенныхъ смертныхъ приговоровъ, а палачи иногда возводились въ дворянское достоинство. Наконецъ, и это обстоятельство, можетъ быть, самое важное, смертная казнь была наиболѣе простымъ и наиболѣе дешевымъ, наконецъ наиболѣе обез-

---

ляется за пять преступленій, въ великокняжескомъ судебникѣ за 10, въ царскомъ за 18. Смертная казнь и при томъ квалифицированная упоминается и въ постановленіяхъ Литовскаго статута.

печивающимъ общество отъ преступниковъ средствомъ, которое къ тому же должно было производить на населеніе особо устрашительное дѣйствіе. Это послѣднее соображеніе побуждало и къ примѣненію въ указанныя эпохи широкой *публичности исполненія* смертной казни: она производилась всенародно, на площадяхъ, при торжественной обстановкѣ; а трупы, или же головы казненныхъ выставлялись на столбахъ вдоль большихъ дорогъ, напоминая всѣмъ о тяжести кары за преступленіе. Авторитетъ католической церкви, боровшейся съ ересями, а также съ предразсудками, какъ колдовство, посредствомъ костровъ и эшафотовъ, освящалъ справедливость примѣненія смертной казни, а теологи подыскивали ей оправданіе въ христіанской религіи.

Поворотнымъ пунктомъ въ исторіи смертной казни была середина XVIII в., когда *Беккарія* выступилъ ея горячимъ противникомъ, обсуждая ее и съ точки зрѣнія ея цѣлесообразности, и съ точки зрѣнія ея правомѣрности. Онъ повторяетъ глубокую мысль Монтескье о предупреждающемъ дѣйствіи не жестокости наказанія, а его неизбѣжности; съ другой стороны, Беккарія на почвѣ ученія о договорномъ происхожденіи государства старается доказать, что преступникъ не уступалъ послѣднему права на жизнь и что государство не въ правѣ примѣнять смертную казнь. Общее смягченіе нравовъ и признаніе правъ личности въ государствѣ во второй половинѣ XVIII в. также приводятъ къ сокращенію области примѣненія смертной казни и мѣстами къ полной ея отмѣнѣ, впрочемъ, на короткое время (такъ *впервые въ Тоскапѣ, въ 1765 г.*, при Леопольдѣ)

Смертная казнь въ современныхъ законодат.

II.—1. То же явленіе наблюдается и въ теченіе XIX в., *къ концу* котораго законодательства или совершенно *отказываются отъ этого наказанія* (впервые штатъ *Мичиганъ* въ С. Америкѣ, въ 1846 г., далѣе *Португалія*, *Голландія*, *Италія* съ 1900 г., *Норвегія* съ 1905 г.), *или сохраняютъ* его въ самомъ незначительномъ объемѣ, *главнымъ образомъ за предумышленное убійство и тяжкіе случаи измѣны*, далѣе за мятежъ, общеопасныя преступленія, связанныя съ причиненіемъ смерти, иногда за изнасилованье. Но и тамъ, гдѣ смертная казнь сохранилась въ законодательствѣ, она рѣдко примѣняется въ дѣйствительности, благодаря частымъ случаямъ помилованія, а также благодаря признанію присяжными въ вердиктахъ

близкаго, менѣе тяжкаго преступленія, именно въ силу отвращенія къ смертной казни, или даже благодаря оправдательнымъ вердиктамъ, при невозможности такого обхода закона ,вслѣдствіе особой мнительности присяжныхъ въ оцѣнкѣ доказательствъ, когда дѣло идетъ о преступленіи, влекущемъ смертную казнь.

Наибольшее число случаевъ, при которыхъ законъ угрожаетъ смертною казнью, во Франціи и въ Англіи.

Въ Code pénal такихъ случаевъ предусмотрѣно было 36 (Vidal), и за отцеубійство назначалась смертная казнь квалифицированная. Послѣдующими узаконеніями послѣдняя отмѣнена, и число случаевъ сокращено, но и нынѣ оно значительно — 12. Смертную казнь влечетъ не только предумышленное убійство, но и нѣкоторые другіе виды тяжкаго убійства (отцеубійство, отравленіе), преступленія, связанныя съ причиненіемъ смерти (кастрація, лжесвидѣтельство, имѣвшее послѣдствіемъ присужденіе къ смертной казни), общеопасныя преступленія, хотя бы не окончившіяся смертью (поджогъ обитаемыхъ зданій и т. п.), преступленія, соединенныя съ пыткой или съ особенной жестокостью, причиненіе тѣлесныхъ поврежденій должностному лицу съ цѣлью убить его, при исполненіи или по поводу исполненія обязанностей. Военно-уголовное законодательство сверхъ того предусматриваетъ рядъ другихъ дѣяній: измѣну, шпіонство и т. п. Въ Англіи смертная казнь опредѣляется за предумышленное убійство, умышленный поджогъ военныхъ кораблей, арсеналовъ, доковъ и т. п. и за нѣкоторыя тяжкія государственныя преступленія; при послѣднихъ карается смертью даже письменное или печатное обнаруженье умысла. Въ Австріи и особенно въ Германіи объемъ преступленій, влекущихъ по закону смертную казнь, значительно уже. Въ Германіи это 1) предумышленное убійство вообще и 2) въ частности императора или главы одного изъ германскихъ государствъ, подданнымъ котораго состоитъ преступникъ, но въ этомъ случаѣ карается смертью и покушеніе; далѣе 3) умышленное созданіе опасности имуществу, здоровью или жизни при помощи взрывчатыхъ веществъ, если послѣдовала чья-либо смерть и преступникъ могъ предвидѣть это послѣдствіе, 4) организація предпріятія для насильственнаго похищенія въ рабство, сопровождавшагося смертью похищаемаго. Но эта область значительно расширяется и въ Австріи, и въ Германіи при введеніи исключительныхъ положеній. Въ *С. Америкѣ* федеральное уголовное законодательство (1909 г.) караетъ смертью измѣну, предумышленное убійство и изнасилованіе, но при первомъ *альтернативно съ тюремнымъ заключеніемъ до 5 лѣтъ и штрафомъ до 10.000 долларовъ, а при двухъ другихъ присяжные въ правѣ прибавить къ вердикту „безъ назначенія смертной казни“, что вызываетъ замѣну ея пожизненнымъ заключеніемъ.* Но *въ нѣкоторыхъ штатахъ* казнь влекутъ и менѣе важныя преступленія: *грабежъ въ поѣздахъ, ночная кража со взломомъ,* лжеприсяга, похищеніе дѣтей. Такъ какъ понятіе „murder“ охватываетъ не одно предумышленное убійство, но и нѣкоторые менѣе тяжкіе виды убійства, какъ дѣто-

убійство, убійство на дуэли, въ Америкѣ, въ отличіе отъ Англіи, гдѣ въ такихъ случаяхъ приходится обращаться къ помилованью, такія дѣянія выдѣлены въ „murder“ второй степени и не вызываютъ смертной казни.

Смертная казнь въ практическомъ примѣненіи.

2. *Число приговариваемыхъ судами къ смертной казни и дѣйствительно казненныхъ имѣетъ явно выраженную тенденцію къ пониженію: во Франціи* почти вдвое выше % оправдательныхъ приговоровъ по обвиненіямъ въ дѣяніяхъ, влекущихъ смертную казнь, чѣмъ по другимъ; % вердиктовъ, признающихъ смягчающія обстоятельства и устраняющихъ такимъ путемъ примѣненіе смертной казни, очень высокъ (отъ 74 до 99%, за годы 1873—1905); % *помилованія доходитъ до 90* (въ 1906—1909 г., 89% въ 1901—1905 г. и 66% въ 1881—1900 г.); число казненныхъ колеблется съ 1900 г. по 1909, отъ нуля (1906 и 1907 г., при 29 и 41 смертныхъ приговорахъ) до 7. Въ Австріи съ 1877 г. по 1910 г. приговорено къ смерти 2552, а казнено 84, т. е. 3,2%, при чемъ съ 1904 г. до 1910 казнь или совсѣмъ не примѣнялась, или примѣнялась къ одному изъ осужденныхъ въ годъ, при числѣ приговоренныхъ отъ 35 до 56. Гораздо бо́льшій % казненныхъ въ Англіи: съ 1841 г. до 1910 г. онъ колеблется между 53 и 58; число казненныхъ за десятилѣтіе 1901—1910 г. 162. Очень невелико количество казненныхъ за послѣдніе годы (до войны) въ Германіи, и гораздо ниже числа помилованныхъ (См. эти данныя у Гернета, Смертная Казнь, 1913 г.). Въ Бельгіи, несмотря на сохраненіе смертной казни въ законодательствѣ, она не примѣнялась ни разу съ 1863 г. По свидѣтельству американскихъ юристовъ, шансы дѣйствительнаго примѣненія смертной казни невелики для преступника и въ Соединен. Штатахъ, благодаря присяжнымъ (Люблинскій въ Журн. угол. пр. 1912 г., № 1).

Смертная казнь въ Россіи со временъ Елисаветы.

3. Въ Россіи отмѣна смертной казни связана съ именемъ императрицы *Елисаветы Петровны*, которая, вѣрная своему обѣту, данному при вступленіи на престолъ, отказалась отъ примѣненія казни. Въ 1842 г. она отмѣнена для не достигшихъ 17 лѣтъ; *въ 1844 г.* Елисавета предписала представлять *на утвержденіе* въ Сенатъ смертные приговоры, а Сенату докладывать ихъ императрицѣ; Елисавета ихъ не утверждала, но и не замѣняла другимъ наказаніемъ. Только *въ 1853 г.* (29 марта) она утвердила докладъ Сената *о ссылкѣ пригo-*

вороннныхъ къ смерти взамѣнъ этого на вѣчную каторжную работу послѣ публичнаго наказанія кнутомъ, рванія ноздрей и клейменія буквами В. О. Р. Но въ царствованіе Екатерины II казнь не признана отмѣненной за преступленія чрезвычайныя, общегосударственныя; Мировичъ, Пугачевъ и его сподвижникъ были подвергнуты смертной казни, послѣдніе двое даже квалифицированной (четвертованію). Этотъ взглядъ на значеніе указа Елисаветы поддерживался и въ XIX в., и Сводъ Зак. сохранилъ смертную казнь за преступленія противъ первыхъ двухъ пунктовъ, когда они предаются Верховному уголовному суду, и за карантинныя преступленія, въ согласіи съ карантиннымъ уставомъ; кромѣ того казнь опредѣлялась за воинскія преступленія во время похода—по полевому уложенію.

Уложе. о нак. назначало смертную казнь также за болѣе тяжкія преступленія *государственныя*, независимо отъ подсудности, и за *карантинныя*, напр. за выходъ изъ карантинной черты во время чумы, непредставленіе къ очисткѣ зачумленныхъ вещей и т. п. Но за эти преступленія она фактически не примѣняется (Піонтковскій), что же касается государственныхъ, то съ 7 іюня 1904 г. они нормировались *Угол. Ул.* 1903 г., сохранившимъ смертную казнь за особенно важные случаи *бунта*: 1) за посягательства на жизнь, здоровье, свободу государя, государыни и наслѣдника и на жизнь членовъ императорскаго дома; 2) за посягательства на низверженіе государя; 3) за насильственное посягательство на измѣненіе образа правленія или 4) престолонаслѣдія, 5) за насильств. посягательство на отторженіе отъ Россіи какой-либо ея части и 5) особенно тяжкіе виды *измѣны:* преданіе непріятелю отряда, укрѣпленнаго мѣста, шпіонство, истребленіе средствъ нападенія или защиты и т. д. При наличности смягчающихъ обстоятельствъ казнь могла замѣняться безсрочной каторгой. Не могли быть присуждаемы къ казни не достигшіе 21 года и имѣющіе болѣе 70 лѣтъ. По Ул. о нак. казнь не примѣняется къ не достигшимъ 17 лѣтъ. Область примѣненія смертной казни однако *фактически* была *гораздо шире*, въ силу цѣлаго ряда законоположеній, относящихся въ введенію *исключительныхъ положеній*: военнаго и чрезвычайной или усиленной охраны, и въ силу связаннаго съ этимъ измѣненія нормальной подсудности и передачи дѣлъ на раз-

смотрѣніе военнаго суда. Такимъ образомъ смертная казнь могла быть назначена за рядъ дѣяній, предусмотрѣнныхъ спеціально военно-уголовными законами, и за слѣдующія общія преступленія: 1) умышленное убійство; 2) изнасилованье; 3) поджогъ; 4) потопленіе; 5) умышленное поврежденіе желѣзн. дорогъ, нападеніе на ихъ служащихъ и на пассажировъ на дорогахъ Закавказской и Владикавказской; 5) вооруженное сопротивленіе властямъ; 6) нападеніе на чиновъ войска, полиціи и на всѣхъ вообще должностныхъ лицъ, при исполненіи ими или по поводу исполненія служебныхъ обязанностей. Военно-уголовные законы угрожали смертною казнью за преступленія, опасныя для дисциплины и военнаго дѣла, главнымъ образомъ во время войны (порча телеграфовъ, водопровода, желѣзн. дорогъ, нападеніе на часового, оскорбленіе военно-служащимъ начальника и т. д.).

Смертная казнь была *отмѣнена во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ распоряженіями Временнаго Правительства, въ 1917 г.*, 12 марта, и *замѣнена каторгой срочной или безсрочной*, но 12 іюля возстановлена за нѣкоторыя тяжкія нарушенія воинскаго долга, а также за убійство, изнасилованье, разбой, грабежъ, въ войсковомъ раіонѣ арміи.

Число казненныхъ по приговорамъ военныхъ судовъ съ 1875 г. по 1905 г. 484, изъ нихъ 429 за общія преступленія и 55 за военныя. Значительно больше это число за 1906—1909 г.; по свѣдѣніямъ, сообщеннымъ пом. начальника главнаго тюремнаго управленія Боровитиновымъ Вашингтонскому тюремному конгрессу 1910 г., въ 1906 г. казнено 144, въ 1907 г. 1130, въ 1908 г. 825 и въ 1909 г. 717; % *казненныхъ по отношенію къ приговореннымъ къ смерти* 43.

Способы исполненія казни.

4. Что касается способовъ исполненія смертной казни, то *въ Россіи* примѣнялось *повѣшенье* и разстрѣляніе, во Франціи гильотинированіе, въ Германіи—обезглавленіе, въ Соедин. Штатахъ чаще всего казнь посредствомъ электрическаго тока. Всюду, кромѣ Франціи и части С. Американскихъ штатовъ, казнь совершается непублично.

Оцѣнки смертной казни.

III. Обращаясь къ оцѣнкѣ смертной казни и доводовъ ея противниковъ и сторонниковъ, нельзя не высказаться противъ нея, какъ карательнаго средства, не удовлетворяющаго ни требованіямъ справедливости, ни требованіямъ цѣлесообразности.

1. Съ точки зрѣнія общей превенціи, смертная казнь оказываетъ на населеніе *предупреждающее вліяніе не больше*, чѣмъ другое энергичное и чувствительное наказаніе, напр. *чѣмъ пожизненное или* даже только *весьма долгосрочное заключеніе*. Въ государствахъ, которыя ее отмѣнили или фактически примѣняютъ крайне рѣдко, вовсе не наблюдается ростъ преступленій, запрещенныхъ прежде или запрещенныхъ только на бумагѣ подъ страхомъ смертной казни; несмотря на увеличеніе народонаселенія, наблюдается даже сокращеніе числа такихъ преступленій по сравненію со временемъ ея примѣненія или со странами, гдѣ она сохраняется въ законодательствѣ и практикѣ. Эти факты подтверждаются статистикой Италіи, Норвегіи, Соединенныхъ Штатовъ и т. д. Изслѣдователями приводятся часто случаи совершенія преступнаго дѣянія, караемаго смертью, лицами, которыя были свидѣтелями смертной казни, или палачами, или примѣры такихъ дѣяній, совершаемыхъ въ толпѣ у эшафота. Этотъ доводъ бьетъ дальше цѣли и можетъ привести къ признанію недѣйствительности угрозы любымъ наказаніемъ. Въ дѣйствительности эти факты говорятъ только о существованіи такой категоріи преступниковъ, которые не поддаются устрашенію, что́ не противорѣчитъ устрашительности наказанія и въ частности смертной казни для громадной массы другихъ преступниковъ или возможныхъ преступниковъ. Другой вопросъ, дѣйствуетъ ли смертная казнь сильнѣе на воображеніе идущихъ на преступное дѣяніе, чѣмъ другое наказаніе? На это приходится дать отрицательный отвѣтъ: только послѣ постановленія смертнаго приговора и въ моменты, предшествующіе его исполненію, смерть изъ отдаленнаго призрака становится близкой и реальной опасностью, и ожиданіе ея дѣйствуетъ такимъ гнетущимъ образомъ на приговоренныхъ къ ней, что они иногда предпочитаютъ покончить самоубійствомъ. Но въ моментъ дѣянія большее вліяніе на психику преступника оказываетъ не столько тяжесть кары, сколько вѣроятность ея осуществленія, если онъ вообще считается съ послѣдствіями своихъ поступковъ и не принадлежитъ къ указанной выше категоріи недоступныхъ устрашенію. Въ этомъ отношеніи вѣроятность смертной казни, благодаря частымъ случаямъ помилованія и снисходительности присяжныхъ въ такихъ процессахъ, весьма незначительна; опасность быть казненнымъ

Смертная казнь и общая превенція.

менѣе реальна, чѣмъ опасность лишиться жизни въ результатѣ совершаемаго преступнаго дѣянія, въ случаѣ энергичнаго сопротивленія намѣчаемой жертвы или помощи ей со стороны третьихъ лицъ. Между тѣмъ и помилованье, и снисходительность присяжныхъ представляютъ собою неустранимое явленіе, вызываемое и дѣйствительной необходимостью индивидуализировать наказаніе и общимъ теченіемъ времени въ пользу смягченія наказаній. Но независимо отъ этого, общепревентивное значеніе смертной казни подрывается тѣми чувствами жалости и состраданія къ казненному, которыя пробуждаются въ обществѣ при каждомъ случаѣ казни и способны вести къ ослабленію впечатлѣнія отъ его злодѣянія и иногда къ возведенію его на ступень подвига, или, по крайней мѣрѣ, смѣлаго акта воли; самое существованіе этого наказанія способствуетъ пониженію цѣнности жизни въ глазахъ народной массы, и эти явленія могутъ служить источникомъ новыхъ подобныхъ же преступленій. Еще хуже, когда исполненіе казни происходитъ публично, пріучая народъ къ хладнокровному пролитію крови, подымая таящіяся въ глубинѣ и умѣряемые культурой инстинкты жестокости и насилія.

Смертная казнь и спеціальное предупрежденіе.

2. Какъ спеціально-превентивное средство, смертная казнь *можетъ служить только элиминаціи*, обезвреженью *Но* достиженіе этой цѣли важно въ отношеніи неисправимыхъ, закоренѣлыхъ преступниковъ, среди которыхъ наиболѣе *значительный контингентъ* составляютъ преступники, совершающіе *дѣянія не столь тяжкія*, главнымъ образомъ, направленныя на незаконное стяжаніе: это поддѣлыватели монеты и документовъ, воры, мошенники и т. п. Примѣненіе къ такимъ преступникамъ смертной казни противорѣчитъ правосознанію современнаго человѣка и не поддерживается и ея защитниками. *Не мало среди неисправимыхъ* лицъ *съ уменьшенной вмѣняемостью*, а порой и невмѣняемыхъ, болѣзненное состояніе которыхъ не было оцѣнено экспертами и судомъ; снова смертная казнь оказывается неумѣстной. Долгосрочное заключеніе, при надлежащемъ устройствѣ, можетъ съ успѣхомъ служить цѣли обезвреженья, не вызывая тѣхъ возраженій, что смертная казнь. Уголовно-антропологическая школа защищаетъ смертную казнь именно въ виду существованія неисправимыхъ, опасныхъ, прирожденныхъ преступниковъ. (Ломброзо, Гарофало). Но, если и бываютъ такіе при-

рожденные преступники, то это именно дефективные или даже невмѣняемые, подлежащіе или своеобразнымъ мѣрамъ репрессіи, или превентивному заключенію, но не наказанію. Что касается остальныхъ неисправимыхъ, то отнесеніе въ эту категорію не можетъ быть безошибочнымъ, и должна оставаться возможность исправить ошибку, напр., при помощи досрочнаго освобожденія; смертная казнь устраняетъ эту возможность. Съ наступленіемъ старости наступаетъ физическая слабость и успокоеніе темперамента, и тогда даже неисправимые могутъ не угрожать опасностью для общества, и долгосрочное заключеніе достаточно его обезпечиваетъ. Правда, при заключеніи возможны побѣги, но противъ этого должны быть принимаемы мѣры, и эта возможность, при нормальныхъ условіяхъ весьма незначительная, не должна играть рѣшающую роль въ вопросѣ о смертной казни. При общемъ развалѣ государственнаго механизма, во времена анархіи смертная казнь, конечно, несравненно лучше выполняетъ функцію обезпеченія общества, но зато установленіе виновности и опредѣленіе опасности личности и тяжести ея дѣянія происходитъ тогда въ условіяхъ, наименѣе отвѣчающихъ объективности сужденія, при дѣйствіи исключительныхъ судовъ, при сокращеніи судебныхъ гарантій и спѣшности и предвзятости въ оцѣнкѣ доказательствъ. Вѣроятность судебной ошибки, существующая при самыхъ лучшихъ судебныхъ порядкахъ, становится тогда особенно значительной, и смертная казнь, какъ *наказаніе, совершенно неотмѣнимое*, тогда еще менѣе пригодное карательное средство, чѣмъ всегда. Эта невозстановимость жизни разсматривается иногда (Ашроттъ), какъ рѣшающее соображеніе противъ смертной казни.

Смертная казнь и справедливое воздаяніе.

3. Поддерживаютъ ее часто, исходя изъ идеи справедливаго воздаянія, черпая иногда доводы для этого въ религіи. Но о противорѣчіи смертной казни истинному духу христіанскаго ученія не приходится много распространяться; церковь въ первое время, не ставши еще воинствующей, прозглашала принципъ: «ecclesia abhorret sanguinem». Только точка зрѣнія грубаго таліона, ветхозавѣтное «око за око, зубъ за зубъ» подкрѣпляетъ смертную казнь. *При болѣе глубокомъ взглядѣ на вину и справедливое возмездіе, послѣднее нельзя усматривать въ смертной казни даже за убійство, въ виду разнообразія конкретныхъ проявленій* этого преступленія и

разнообразія преступнаго настроенія убійцы; въ этомъ отношеніи мало помогаетъ и подраздѣленіе убійства на предумышленное и непредумышленное (см. выше, стр. 107); индивидуализація наказанія можетъ быть осуществлена только при помощи помилованья, но оно не всегда дается лучшимъ изъ осужденныхъ, а зависитъ часто отъ случайныхъ причинъ: отъ политическаго момента, отъ характера главы государства или органовъ, которые даютъ заключеніе по этому вопросу, отъ значительнаго или менѣе значительнаго числа случаевъ, въ которыхъ помилованье уже было даровано до настоящаго дѣла и т. п. Далѣе, смягченіе наказанія въ формѣ даже пожизненнаго заключенія настолько несоизмѣримо съ смертной казнью, что оно непригодно служить надлежащимъ средствомъ оцѣнки вины и оттѣнять нюансъ осужденія, когда другимъ выраженіемъ послѣдняго оказывается смертная казнь: слишкомъ велика разница между небытіемъ и даже самымъ тяжелымъ существованіемъ. Правда, иногда пожизненное заключеніе разсматривается, какъ наказаніе, болѣе тяжкое, чѣмъ смертная казнь, и въ этомъ почерпается доводъ въ ея пользу, но съ этимъ нельзя согласиться тѣмъ болѣе, что и при пожизненномъ заключеніи остается шансъ возвращенія къ свободѣ, благодаря амнистіи или дальнѣйшему смягченію участи въ будущемъ. Указываютъ, что смертная казнь соотвѣтствуетъ народному пониманію справедливости и ея отмѣна должна вызвать кровавые самосуды, линчеванія, однако практика нѣкоторыхъ штатовъ С. Америки свидѣтельствуетъ, что *количество линчеваній не увеличилось послѣ отмѣны смертной казни* за преступленія, которыя вызываютъ тамъ такую расправу. Уже фактъ опредѣленія смертной казни различными законодательствами близкихъ по культурѣ странъ не за одинъ и тотъ же кругъ преступленій указываетъ на неустойчивость взгляда на справедливость, заслуженность смертной казни въ томъ или другомъ случаѣ. Даже исходя изъ идеи равенства зла наказанія злу преступленія нельзя защищать смертную казнь за убійство: неожиданная смерть жертвы отъ руки убійцы не равносильна смерти послѣдняго отъ руки палача, такъ какъ тяжкія психическія переживанія осужденнаго въ ожиданіи послѣдняго часа бываютъ тяжелѣ самой смерти. Въ пользу смертной казни говоритъ только ея дешевизна, но это соображеніе имѣетъ ничтожное значеніе: число

приговариваемыхъ къ смерти слишкомъ невелико, чтобы обременить бюджетъ государства при замѣнѣ ея заключеніемъ; часть расходовъ къ тому же окупается трудомъ самихъ заключенныхъ, который при долгосрочности или пожизненности можетъ быть организованъ наиболѣе продуктивно: могутъ быть введены болѣе трудныя и лучше оплачиваемыя ремесла.

Отношеніе науки къ смертной казни.

4. Громадное большинство криминалистовъ, и при томъ выдающихся ученыхъ, высказывается противъ смертной казни, въ томъ числѣ и сторонники возмездія Кестлинъ, Бернеръ, и представители новѣйшихъ теченій Ферри, Принсъ, и, повидимому, Листъ; въ русской литературѣ уголовнаго права смертная казнь совсѣмъ не находитъ защитниковъ. Выдающимися дѣятелями аболиціонистскаго движенія (противъ смертной казни) были въ XIX в. Люка, Беранже, Миттермайеръ, Оливекрона, у насъ Кистяковскій и др. Изъ защитниковъ смертной казни въ концѣ XIX в. и въ наше время можно указать на Лакассаня, Лорана, Гарофало, Мительштедта, Чичерина. Поднятое Рейнахомъ во Франціи въ 1906 г. движеніе въ пользу отмѣны смертной казни встрѣтило оппозицію присяжныхъ и прессы и привело только къ уменьшенію числа помилованій. Съѣзды нѣмецкихъ ученыхъ послѣдняго времени колеблются въ этомъ вопросѣ: на съѣздѣ 1910 г. большинство въ пользу отмѣны, на съѣздѣ 1912 г. незначительное большинство за сохраненіе казни, проектъ германскаго угол. ул. ее удерживаетъ.

XIX. Тѣлесныя наказанія.

Тѣлесныя наказанія въ современ. положит. правѣ.

I. Тѣлесныя наказанія суть такія, которыя состоятъ или въ изувѣченьи преступника — *изувѣчивающія*, членовредительныя, или въ причиненіи ему физической боли — *болевыя*, болетворныя.

Широко примѣнявшіяся въ древности, въ концѣ среднихъ вѣковъ и особенно съ XVI-го до конца XVIII в., тѣлесныя наказанія постепенно исчезаютъ въ XIX в., удержавшись, и при томъ въ несравненно болѣе мягкихъ формахъ и не вездѣ, только *въ качествѣ дисциплинарной мѣры за важнѣйшія нарушенія порядка преступниками, подвергнутыми бо-*

лѣе тяжкимъ видамъ лишенія свободы, а въ качествѣ самостоятельнаго наказанія тѣлесныя въ видѣ исключенія примѣняются только *въ Англіи и Даніи:* въ Англіи къ не достигшимъ 16-лѣтняго возраста мальчикамъ (розги до 25 ударовъ) за нѣкоторыя преступныя дѣянія, и къ взрослымъ мужчинамъ, какъ дополнительное наказаніе при разбоѣ съ насиліемъ надъ личностью, а также при покушеніи на душеніе (до 50 ударовъ), въ Даніи—къ мальчикамъ отъ 14 до 15 лѣтъ (10—25 розогъ) и отъ 15 до 18 лѣтъ (10—25 ударовъ палкой) взамѣнъ заключенія въ тюрьмѣ на хлѣбѣ и водѣ, за насильственныя дѣйствія, и (по временному закону 1 апр. 1905 г.), для мужчинъ отъ 18 до 55 лѣтъ (10—27 ударовъ палкой), какъ дополнительное наказаніе при рецидивѣ тяжкихъ насильственныхъ дѣйствій противъ ничѣмъ не вызвавшихъ этого лицъ и при рецидивѣ развратныхъ дѣйствій съ дѣвочкой моложе 12 лѣтъ, или при покушеніи на эти преступленія. Требуется предварительное заключеніе врача о допустимости тѣлеснаго наказанія при данномъ состояніи здоровья осужденнаго.

Вопросъ о тѣлесн. наказаніи въ наукѣ.

II. Въ наукѣ въ пользу тѣлесныхъ наказаній раздаются только единичные голоса (*Миттельштедтъ, Кюшъ, Краузе*). Введеніе этой мѣры рекомендуется взамѣнъ краткосрочнаго лишенія свободы, недостаточно устрашительнаго, нерѣдко развращающаго и препятствующаго реклассаціи преступника, или въ качествѣ дополнительнаго наказанія, въ особенности *для лицъ, проявившихъ особую жестокость* или звѣрство въ совершенномъ дѣяніи.

Но тѣлесныя наказанія противорѣчатъ и справедливости и цѣлямъ общаго и спеціальнаго предупрежденія. Тѣлесное наказаніе *несправедливо*, потому что тяжесть его далеко не одна и та же, а зависитъ отъ здоровья преступника и отъ силы и ловкости, даже отъ вкусовъ и характера наказывающаго; зависитъ далѣе отъ нравственной испорченности преступника: чѣмъ болѣе нравственнаго достоинства онъ сохранилъ, тѣмъ это наказаніе тяжелѣ, чувствительнѣе — результатъ, прямо противоположный справедливому воздаянію; наконецъ, какъ учитъ исторія, тѣлесныя наказанія падаютъ на низшіе слои населенія, привилегированные классы достаточно вліятельны, чтобы побудить законодателя сдѣлать для нихъ изъятія въ этомъ отношеніи, между тѣмъ опредѣляемый

преступникамъ этихъ классовъ другой родъ наказанія несоизмѣримъ съ тѣлеснымъ. *Предупредительное дѣйствіе* тѣлесныхъ наказаній на массы не больше и даже меньше, чѣмъ другого достаточно репрессивнаго средства, такъ какъ вызываетъ чувства жалости и состраданія къ преступнику, заглушающія чувства презрѣнія къ нему, отвращенія къ его дѣянію; но кромѣ того тѣлесныя наказанія подрываютъ уваженіе къ неприкосновенности личности, воспитываютъ въ массахъ склонность къ насилію, будятъ животные инстинкты и такимъ образомъ *скорѣе создаютъ благопріятныя условія для развитія преступности*, чѣмъ задерживаютъ послѣднее.

Съ точки зрѣнія *спеціальнаго предупрежденія* тѣлесныя наказанія могли служить въ извѣстной мѣрѣ цѣли обезвреженья, именно въ формѣ изувѣчивающихъ наказаній, о возвратѣ къ которымъ не можетъ быть и рѣчи; въ настоящее время ожидаютъ развѣ только устрашительнаго вліянія на наказываемаго физическаго страданія, но есть основанія опасаться совершенно противоположнаго дѣйствія этого наказанія на болѣе жестокихъ и болѣе закоренѣлыхъ въ преступленіяхъ людей; въ нихъ, ко всему привыкшихъ и всѣмъ бравирующихъ, испытанная боль способна вызвать скорѣе озлобленіе и жажду мести и толкнуть къ новымъ преступленіямъ*). Къ тому же устрашеніе, какъ средство спеціальной превенціи, само по себѣ, безъ попытокъ исправленія, можетъ имѣть значеніе только въ отношеніи эпизодическихъ преступниковъ, т. е. элемента наименѣе испорченнаго, примѣненіе къ которому тѣлеснаго наказанія наименѣе умѣстно.

Правда, учитываютъ и побочныя послѣдствія кары, и защитники тѣлеснаго наказанія подчеркиваютъ *меньшую экономическую тяжесть* его сравнительно съ тюрьмой или штрафомъ и меньшее вліяніе на интересы семьи. Тюрьма лишаетъ заработка на время заключенія, оставляетъ нерѣдко семью преступника безъ средствъ и обременяетъ бюджетъ государства, которое тратится на постройку и содержаніе тюремъ. Послѣднее соображеніе, конечно, не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, что же касается разорительности для преступника, то государство въ правѣ игнорировать это кос-

*) Поэтому Кюшъ за предоставленіе суду выбора между тѣлеснымъ наказаніемъ и другимъ въ зависимости отъ характера преступника.

венное послѣдствіе, но значеніе его вообще сильно преувеличено: способъ пріобрѣтенія средствъ лицомъ, которое подвергается наказанію, часто можетъ быть таковъ, что даже лучше, если оно не продолжаетъ своей прежней дѣятельности, состоявшей въ исканіи легкой и даже преступной наживы или въ тунеядствѣ, со связанными съ нимъ источниками доходовъ—нищенствомъ, проституціей, и различными видами эксплоатаціи другихъ. Къ тому же и тѣлесное наказаніе, отбываемое за какой-нибудь часъ, способно подорвать благосостояніе наказываемаго, препятствуя ему занять прежнее положеніе въ обществѣ, сторонящееся часто того, кто подвергался розгѣ или плети, или даже заставляя его изъ чувствъ стыда передъ знакомыми покидать родное мѣсто и переселяться туда, гдѣ не знаютъ лежащаго на немъ пятна. Когда же общество остается равнодушнымъ и легко принимаетъ въ свою среду тѣлесно наказаннаго, тогда можно усомниться въ общепревентивномъ дѣйствіи этого наказанія, и такой фактъ, какъ отмѣтилъ еще Росси, представляется еще болѣе печальнымъ.

Исторія тѣлесныхъ наказаній въ Россіи.

III. Въ Россіи о клеймленіи (пятнаніе «татя») говоритъ Двинская уставн. грамота 1397 г., о наказаніи кнутомъ судебникъ 1497 г. (за татьбу и порчу межевыхъ знаковъ). Широко примѣняется угроза тѣлеснымъ наказаніемъ въ Соборномъ Уложеніи (въ 141 статьѣ)—кнутъ и батоги—прутья толщиною въ мизинецъ. Наказаніе кнутомъ различалось простое и нещадное, а также публичное на торгу (торговая казнь). Въ концѣ XVII в. вводится и плеть, а при Петрѣ Великомъ шпицрутены и кошки. Число ударовъ не опредѣлялось ни въ законѣ, ни въ судебномъ приговорѣ до 1812 г., и доходило иногда до нѣсколькихъ тысячъ. Случаи засѣченія до смерти были явленіемъ весьма частымъ. Къ концу XVIII в. членовредительныя наказанія перестаютъ примѣняться, но послѣднее изъ этихъ наказаній—*рваніе ноздрей—отмѣнено въ 1817 г.*; переходящее въ изувѣченье *клейменіе отмѣнено закономъ 17 апрѣля 1863 г.* Оно совершалось въ формѣ обезображивающаго лицо наложенія на щеки и лобъ слова «воръ» или съ Улож. о нак., буквъ «кат», «сб», (каторжный, ссыльнобѣглый) и т. п. или же особаго знака съ названіемъ города—на спину (городовое сибирское клеймо). Клейменіе примѣнялось или, какъ спеціальная мѣра, или, какъ наказаніе до-

полнительное къ ссылкѣ въ каторжную работу или на поселеніе. Область всѣхъ тѣлесныхъ наказаній сильно сокращается *при Екатеринѣ II, изъятіемъ отъ нихъ привилегированныхъ сословій*—дворянства и купечества первыхъ двухъ гильдій и именитыхъ гражданъ (Жалован. грамота дворянству и Городовое Положеніе, 1785 г.). При Павлѣ I изъятіе распространено на священнослужителей, а въ послѣдующія царствованія и на нѣкоторыя другія категоріи, «изъятыя отъ тѣлесныхъ наказаній не по правамъ состоянія, а въ силу особыхъ постановленій». Въ 1802 г. запрещено судамъ въ приговорахъ указывать нещадное битье. *Въ 1845 г. съ изданіемъ* Улож. о нак. *отмѣненъ кнутъ и замѣненъ плетьми, которыя опредѣлены*, какъ дополненіе къ ссылкѣ въ каторжныя работы и на поселеніе; заключеніе въ исправит. арестантскія отдѣленія сопровождается по Улож. о нак. розгами, введенными Сводомъ 1832 г. Улож. о нак. опредѣляетъ число ударовъ въ самомъ законѣ для всѣхъ тѣлесныхъ наказаній. Розги назначаются кромѣ того иногда, какъ самостоятельное наказаніе и какъ нормальное замѣняющее наказаніе, вмѣсто лишенія свободы. *Кошки и шпицрутены*, сохранившіеся, какъ наказаніе по дѣламъ военной и морской подсудности, отмѣнены *въ 1863 г., закономъ 17 апрѣля, отмѣнившимъ сверхъ того вообще тѣлесное наказаніе, какъ дополнительное, и сократившимъ область примѣненія этого наказанія, какъ самостоятельнаго. Розги*, какъ наказаніе, замѣняющее рабочій и смирительный домъ, тюрьму и арестъ, отмѣнены *въ 1884 и 1885 г.* и остались лишь для бродягъ до 1900 г. *Въ 1903 г.* отмѣнены *для каторжныхъ и ссыльно-поселенцевъ плети*, прикованіе къ тѣлѣжкѣ, бритье головы, а *манифестомъ 11 августа 1904 г. отмѣнены и остатки тѣлесныхъ наказаній* (для военно-служащихъ, инородцевъ, крестьянъ по дѣламъ, подсуднымъ волостному суду), за двумя исключеніями: 1) *сохранились розги*, не свыше 100 ударовъ, какъ наказаніе, назначаемое начальникомъ тюрьмы ссыльно-каторжнымъ и полицейской властью ссыльно-поселенцамъ за маловажные проступки, и розги, не свыше 50 ударовъ, *какъ дисциплинарное взысканіе* для лицъ, не изъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній, приговоренныхъ къ исправит. арестантскимъ отдѣленіямъ, за нарушеніе порядка въ нихъ или въ тюрьмѣ, куда они могутъ быть иногда направляемы вмѣсто арест. отдѣленій; 2) сохранилось надѣ-

ваніе *кандаловъ*, смирительной рубашки и наложеніе *оковъ* также, какъ дисциплинарная мѣра для арестантовъ. Эти *послѣдніе остатки тѣлеснаго наказанія отмѣнены 17 марта 1917 г. Временнымъ Правительствомъ.*

XX. Лишеніе свободы. Ссылка и изгнаніе.

Наказаніе лишеніемъ свободы можетъ выражаться въ удаленіи изъ опредѣленной мѣстности — высылкѣ, изгнаніи, или же въ принудительномъ поселеніи въ опредѣленной мѣстности, безъ права покидать ее,—въ ссылкѣ.

Ссылка занимаетъ особое мѣсто въ ряду карательныхъ средствъ, такъ какъ можетъ служить кромѣ цѣли репрессивной, также цѣлямъ эксплоатаціи труда преступниковъ и колонизаціи окраинъ.

Ссылка съ точки зрѣнія общей пресвенціи и праведливости.

I. Какъ карательная мѣра, ссылка можетъ служить цѣлямъ общаго и спеціальнаго предупрежденія и совмѣстима съ справедливой оцѣнкой преступленія и личности преступника. Въ первомъ отношеніи *ссылку нельзя не признать устрашительной*, хотя, можетъ быть, и въ меньшей степени, чѣмъ долгосрочное заключеніе, конечно, если она не связана съ послѣднимъ въ самомъ мѣстѣ ссылки. Для преступниковъ изъ сельской среды заключеніе въ четырехъ стѣнахъ тюрьмы на долгій срокъ составляетъ гораздо большее лишеніе. Зато и на нихъ, и на другихъ преступниковъ перспектива разлуки съ близкими и съ привычной средой на очень долгое время, а, при пожизненности ссылки, навсегда, разлуки, не смягчаемой возможностью свиданій, допускаемыхъ въ тюрьмѣ, далѣе перспектива долгаго переѣзда въ тяжелой обстановкѣ, и тяжкихъ работъ на мѣстѣ ссылки и самая неизвѣстность жизни въ далекой странѣ должны имѣть устрашающее дѣйствіе. Конечно, это дѣйствіе усиливается если пребываніе въ мѣстѣ ссылки соединено съ временнымъ заключеніемъ тамъ же и съ правопораженіемъ, или съ необходимостью переносить неблагопріятный климатъ и вести борьбу съ тяжелыми природными условіями и дикимъ туземнымъ населеніемъ. Напротивъ, обще-превентивное значеніе ссылки понижается при легкости работъ на мѣстѣ ссылки, при благопріятныхъ природныхъ

условіяхъ, при отсутствіи строгаго режима и надзора, при возможности сносно или даже хорошо устроиться или просто бѣжать въ другія мѣста и освободиться отъ наказанія. Различія въ характерѣ работъ, въ ихъ продолжительности, въ режимѣ и надзорѣ, въ льготахъ и въ способѣ устройства жизни ссыльныхъ на мѣстѣ ссылки, въ выборѣ лучшихъ или худшихъ мѣстъ для поселенія, далѣе различіе, состоящее въ присоединеніи къ ссылкѣ тюремнаго заключенія или въ отсутствіи этого придатка, наконецъ различія въ срокѣ пребыванія въ мѣстѣ ссылки, сообщаютъ ей *гибкость*, дѣлимость и даютъ *возможность проводить начало индивидуализаціи* и начало соотвѣтствія этого наказанія тяжести преступнаго настроенія.

Спеціально-превентивное дѣйствіе ссылки.

II. Съ точки зрѣнія спеціальнаго предупрежденія, ссылка *можетъ служить цѣлямъ элиминаціи и исправленія* и пригодна поэтому для преступниковъ привычныхъ, но не для эпизодическихъ; примѣненію ея къ этимъ послѣднимъ противорѣчитъ долгосрочность этого наказанія и его обезпечительная и исправительная тенденціи, неумѣстныя тамъ, гдѣ цѣлью можетъ служить только или справедливое воздаяніе съ общепревентивнымъ эффектомъ, или же устрашеніе, memento на будущее, какъ пріемъ укрѣпленія чувства законности. Что касается элиминаціи, то ссылка дѣйствительное средство, освобождающее метрополію отъ преступнаго элемента, ведущаго постоянную борьбу съ правопорядкомъ; но съ другой стороны эта цѣль достигается путемъ перемѣщенія преступниковъ въ другія части того же государства, которыя также заинтересованы въ устраненіи этого класса людей, представляющихъ для нихъ такую же опасность, какъ и для метрополіи или вообще главныхъ частей государства, и даже бо́льшую, поскольку преступники не подвергаются заключенію, и остаются на свободѣ и при томъ иногда безъ бдительнаго надзора. Только при большой отдаленности мѣстъ ссылки и при ненаселенности ихъ или при малочисленности и рѣдкости населенія указанная опасность незначительна, но зато велика опасность побѣговъ. Когда увеличивается количество непреступнаго населенія, благодаря естественному росту и особенно иммиграціи и когда растетъ благосостояніе края, тогда ссыльные становятся бичомъ мѣстности, совершая новыя преступленія тѣмъ легче и съ тѣмъ большими шансами безнаказан-

ности, чѣмъ слабѣе и менѣе подготовленъ полицейскій аппаратъ сравнительно съ его составомъ и организаціей въ метрополіи, гдѣ тратится на это бо́льше средствъ и гдѣ контингентъ служащихъ скорѣе можетъ быть набранъ изъ надежныхъ и знающихъ дѣло людей.

Какъ исправительное средство, ссылка занимаетъ видное мѣсто среди карательныхъ мѣръ: она разрушаетъ связи наказываемаго съ преступной средой и освобождаетъ его отъ ея вреднаго вліянія, ставитъ его въ новыя условія жизни, предоставляя возможность направить свои силы въ сторону честнаго труда, на который всегда есть большой спросъ въ мѣстности съ рѣдкимъ населеніемъ и съ неразработанными естественными богатствами; такимъ образомъ устраняется или, по крайней мѣрѣ, значительно ослабляется стимулъ къ продолженію преступной дѣятельности, какъ средства и часто единственнаго средства для вышедшаго изъ тюрьмы снискать себѣ пропитаніе. Если ссылка первое время соединяется съ принудительными работами, она развиваетъ привычки къ труду, дисциплинѣ и порядку, закаляетъ волю для борьбы за существованіе и иногда сообщаетъ новыя полезныя свѣдѣнья, напр. въ области земледѣлія и нѣкоторыхъ ремеслъ. Возможность классифицировать преступниковъ, въ зависимости отъ ихъ личныхъ особенностей, и разнообразить въ связи съ этимъ характеръ работъ и степень облегченія режима еще повышаетъ исправительное значеніе ссылки, отдавая въ извѣстной мѣрѣ дальнѣйшую судьбу ссыльнаго въ его собственныя руки, позволяя ему улучшить свое положеніе при помощи собственныхъ усилій. Особенное значеніе въ этомъ отношеніи можетъ имѣть полное освобожденіе преступника отъ наказанія послѣ извѣстнаго срока и надѣленіе его земельнымъ участкомъ, превращающее его въ гражданина колоніи, который можетъ достигнуть и обезпеченности, и даже извѣстнаго общественнаго положенія въ молодой странѣ. Но слишкомъ широкое примѣненіе льготъ и мѣръ поощренія понижаетъ репрессивность, устрашительность ссылки, которая можетъ манить къ себѣ перспективой благосостоянія и богатства; едва ли однако можно согласиться съ тѣмъ, что ссылка вообще не репрессивна: при значительномъ срокѣ обязательныхъ и тяжкихъ работъ и строгости надзора, она все-таки сохраняетъ черты серіознаго наказанія; къ тому же при да-

рованіи льготъ вполнѣ возможно соблюденіе мѣры, при которомъ ссылка утратитъ соблазнительный характеръ.

Дефекты ссылки.

III. Гораздо важнѣе другое возраженіе: указанныя выше *преимущества ссылки*, какъ исправительнаго средства, *сильно тускнѣютъ, когда притокъ свободной иммиграціи создаетъ серіозную конкурренцію труду ссыльныхъ*, когда возникаетъ значительный контингентъ старыхъ, почетныхъ семействъ, когда количество свободныхъ земель становится все меньше и меньше, и цѣны на землю растутъ. При наступленіи этого періода въ жизни края, положеніе ссыльныхъ становится не лучше, чѣмъ отбывшихъ наказаніе въ метрополіи: шансы найти заработокъ сильно понижаются, такъ какъ ссыльный встрѣчаетъ меньшее довѣріе, чѣмъ эмигрантъ, на которомъ не лежитъ пятно преступленія; возможность дарового надѣленія землей исчезаетъ, а полученіе ея въ аренду становится весьма затруднительнымъ; вступленіе въ среду гражданъ встрѣчаетъ серіозное противодѣйствіе со стороны свободнаго непреступнаго населенія; достиженіе прочнаго соціальнаго положенія становится несбыточной мечтой. Вмѣстѣ съ тѣмъ соблазны развившейся городской жизни и ростъ благосостоянія создаютъ новые стимулы преступленія, и склонность къ рецидиву среди ссыльныхъ находитъ весьма благопріятную почву.

Значительно понижаютъ исправительное вліяніе ссылки даже независимо отъ сейчасъ приведенныхъ обстоятельствъ: 1) *трудность надзора* за ссыльными *во время* ихъ *транспортированья* и возможность, благодаря этому, ихъ взаимнаго развращенія и возникновенія новыхъ преступныхъ связей и организацій; 2) далѣе *трудность подыскать хорошій персоналъ* для надзора за работами ссыльныхъ и за ихъ поведеніемъ *въ мѣстѣ ссылки*, а также для проведенія планомѣрной пенитенціарной системы въ тюрьмахъ, которыя тамъ устраиваются для наказанія за новыя преступленія или для обузданія худшихъ элементовъ, не подчиняющихся дисциплинѣ, или, какъ первая стадія отбытія наказанія. Служба на далекихъ окраинахъ, въ незнакомыхъ условіяхъ жизни, въ обстановкѣ примитивной культуры, часто въ совершенно непривычномъ климатѣ мало кого прельщаетъ и меньше всего тѣхъ, кто по своимъ личнымъ качествамъ можетъ безъ особеннаго труда найти приложеніе имъ въ метрополіи. Всевозможныя злоупотребленія, вымогательство, поощреніе пьянства и разврата

самими служащими обычныя явленія въ ссылкѣ и въ тюрьмахъ для ссыльныхъ. Съ другой стороны, эта дѣятельность персонала и даже высшихъ его органовъ стоитъ внѣ дѣйствительнаго контроля изъ центра и только изрѣдка влечетъ удаленіе виновныхъ и отвѣтственность, или же приходится главному начальнику мѣстности передавать чрезвычайныя полномочія, а ему самому прибѣгать къ особенно энергичнымъ мѣрамъ репрессіи, въ особенности въ отношеніи ссыльныхъ .Первыя наиболѣе плодотворныя въ отношеніи подготовки колонизаціи времена австралійской ссылки богаты примѣрами и вредной дѣятельности служебнаго персонала и преступленій и разврата ссыльныхъ и жестокой расправы съ ними посредствомъ смертной казни и тѣлесныхъ наказаній. Богатый матеріалъ въ этомъ отношеніи даетъ и исторія русской ссылки и каторжныхъ тюремъ Сибири и Сахалина.

Наконецъ еще одно обстоятельство вредно отражается на нравственности и ссыльныхъ и всей колоніи, это значительно *меньшее число осужденныхъ женщинъ сравнительно съ числомъ мужчинъ;* это придаетъ женскому элементу особую цѣнность, *ведетъ къ разврату*, препятствуетъ устройству семьи и домашняго обзаведенія ссыльныхъ тѣмъ болѣе, что и среди свободныхъ эмигрантовъ меньшій $^0/_0$ падаетъ на женщинъ. Ссылаемыя женщины принимаются благосклонно и непреступными жителями колоніи; наказаніе для болѣе молодыхъ женщинъ нерѣдко превращается въ хорошую карьеру, подрывая общепревентивное значеніе ссылки.

Колонизаціонное значеніе ссылки.

IV. Что касается колонизаціоннаго значенія ссылки, то оно велико въ первомъ ея періодѣ, когда трудомъ ссыльныхъ могутъ быть произведены работы по расчисткѣ почвы, по прокладкѣ дорогъ, устройству мостовъ, сооруженію зданій, набережныхъ, портовъ (первый періодъ австралійской ссылки), конечно при условіи направленія въ ссылку здоровыхъ и сильныхъ преступниковъ, въ особенности же такихъ, которые имѣютъ извѣстный опытъ въ подобныхъ работахъ. При ростѣ колоніи и наплывѣ свободныхъ эмигрантовъ ссыльные оказываются скорѣе бременемъ для нея.

Ссылка неколонизаціонная.

V. Ничтожно карательное значеніе неколонизаціонной ссылки. Въ древности она могла имѣть устрашающее населеніе и обезпечивающее общество дѣйствіе, выражаясь въ ссылкѣ въ мѣста, лишенныя всякой культуры и населенныя полу-

дикими племенами. Такова римская депортація особенно временъ имперіи, назначавшаяся преимущественно за политическія преступленія. Предоставленные себѣ самимъ сосланные большей частью погибали; ссылка превращалась въ смертную казнь. Нынѣ такая ссылка свелась бы къ переселенію въ мѣстности, хотя и примитивной культуры, но такія, въ которыхъ не исключалось бы даже сносное существованіе. Репрессивность такого наказанія была бы незначительна, за исключеніемъ небольшого числа осужденныхъ изъ интеллигентной среды. Объ исправительномъ значеніи такой ссылки и рѣчи быть не можетъ; элиминація въ предѣлахъ того же государства, при отсутствіи надзора, также совсѣмъ бы не достигалась. Въ случаѣ поселенія въ мѣстностяхъ, плотно населенныхъ, малоимущіе осужденные встрѣчали бы большое затрудненіе въ пріисканіи заработка, что могло бы часто только толкать къ преступленію, тогда какъ для состоятельныхъ такая ссылка не представляла бы никакихъ тягостей. Эти возраженія вызываетъ въ Италіи «confino»—ссылка за мелкіе деликты въ опредѣленную общину въ извѣстномъ разстояніи отъ мѣста совершенія деликта. Это мѣра предупрежденія мести жалобщику со стороны осужденнаго. Confino назначается на срокъ отъ 1 мѣс. до 3 лѣтъ.

Ссылка въ современ. положит. правѣ.

VI. Изъ современныхъ государствъ ссылку примѣняютъ только Франція, Португалія и Испанія. Въ Англіи ссылка отмѣнена въ 1868 г. Въ Россіи ссылка отмѣнена въ 1900 г. за общія преступленія и сохранена только за небольшое число религіозныхъ и политическихъ, а въ 1917 г. Временнымъ правительствомъ отмѣнена окончательно.

Ссылка во Франціи.

VII. Во Франціи существуетъ три вида ссылки: 1. *депортація, за нѣкоторыя политическія преступленія*, преслѣдующая только цѣль элиминаціи и введенная въ 1850 г. Мѣстомъ депортаціи служатъ нѣкоторые острова, принадлежащіе Франціи. Депортація примѣняется очень рѣдко. Она не соединяется ни съ заключеніемъ, ни съ принудительными работами.

2. *Транспортація—ссылка, соединенная съ тяжкими работами—«travaux forcés»*, назначается пожизненно или на срокъ отъ 5 до 20 лѣтъ. По тяжести работъ и суровости режима это наказаніе распадается на *три стадіи:* худшіе (опасные преступники, рецидивисты и плохо ведущіе себя въ колоніи) зачисляются сначала въ 3-й классъ съ общими тяжкими работами

днемъ и съ разъединеніемъ на ночь; по прошествіи опредѣленнаго минимума, они могутъ быть переводимы въ другіе за хорошее поведеніе: во второй черезъ 2 г., въ первый по отбытіи $^1/_2$ срока или 10 лѣтъ (если срокъ 20 и болѣе лѣтъ). Находящіеся въ первомъ классѣ могутъ получить досрочное освобожденіе и наниматься къ частнымъ лицамъ. Лучшіе изъ транспортированныхъ сразу зачисляются во 2-й классъ. По отбытіи срока каторжныхъ работъ, опредѣленнаго приговоромъ, они остаются въ мѣстѣ ссылки на положеніи «освобожденныхъ» или въ теченіе извѣстнаго срока, или пожизненно, въ зависимости отъ срока каторжныхъ работъ, къ которому они были приговорены. Лучшимъ изъ каторжныхъ предоставляются для обработки земельные участки (концессіи), съ обязанностью ежегодныхъ выплатъ казнѣ. Всѣ вообще освобожденные находятся подъ надзоромъ мѣстныхъ властей и должны доказать, что добываютъ себѣ средства существованія честнымъ трудомъ; въ противномъ случаѣ, опасная праздность освобожденныхъ карается наказаніемъ, установленнымъ за бродяжество. Транспортація не примѣняется къ достигшимъ 60 лѣтъ, а къ женщинамъ примѣняется только по усмотрѣнію правительства въ видахъ облегченія браковъ каторжныхъ и «освобожденныхъ».

Транспортація введена въ 1854 г, взамѣнъ отбытія каторжныхъ работъ въ „bagnes“ въ нѣкоторыхъ приморскихъ городахъ Франціи, по Code pénal; эти учрежденія пользовались очень дурной репутаціей; развращенность содержавшихся въ „bagnes“ вслѣдствіе плохого ихъ устройства была удручающая; при освобожденіи каторжные не могли найти работы; побѣги были весьма часты и рецидивъ доходилъ до 95% (Видаль).

Мѣстомъ транспортаціи была первоначально *Гвіана*. Вслѣдствіе недостаточнаго знакомства съ мѣстными условіями и непринятія мѣръ въ отношеніи выбора наиболѣе здороваго элемента изъ осужденныхъ, первые опыты были крайне печальны: смертность отъ вреднаго для европейцевъ климата была очень высока, и Гвіана *пріобрѣла славу смертоносной колоніи*. Съ 1863 г. транспортація направляется въ *Новую Каледонію*, отличающуюся прекрасными природными условіями, но съ 1891 г. туда направлялись только лучшіе элементы изъ каторжныхъ, худшіе же снова въ Гвіану, гдѣ, посредствомъ лучшаго выбора мѣстъ поселенія и принятія профилактическихъ мѣръ удалось понизить смертность. Сокра-

щеніе ссылки въ Новую Каледонію вызвано желаніемъ сообщить ей бо́льшую репрессивность, такъ какъ перспектива жизни въ Новой Каледоніи была мало устрашительна для тяжкихъ преступниковъ и иногда даже толкала на болѣе важныя преступленія преступниковъ, содержавшихся въ maisons centrales за дѣянія, наказуемыя только réclusion. Съ 1897 г. транспортація въ Н. Каледонію прекращена. Нравственный уровень «освобожденныхъ», оставляетъ желать многаго, колонизаціи они оказываютъ слишкомъ ничтожныя услуги. Но % рецидивистовъ колеблется между 4,5 и 10, т. е. гораздо ниже, чѣмъ среди освобожденныхъ изъ тюремъ метрополіи, гдѣ % рецидивистовъ 50 для maison centrales и 40 для исправительной тюрьмы (Видаль).

3. *Релегація—ссылка въ Гвіану или Новую Каледонію, какъ дополнительное наказаніе для повторныхъ неисправимыхъ рецидивистовъ*, опредѣляемое судомъ вмѣстѣ съ основнымъ наказаніемъ и примѣняемое послѣ отбытія послѣдняго. Введшій релегацію законъ 1885 г. (27 мая) самъ перечисляетъ случаи, въ которыхъ она подлежитъ примѣненію, варьируя количество необходимыхъ для этого предшествующихъ осужденій въ зависимости отъ важности наказаній за совершенныя преступныя дѣянія и отъ свойства преступленій. Релегаціи могутъ подлежать и рецидивисты, приговоренные дважды къ каторжнымъ работамъ; по отбытіи ихъ, релегація примѣняется вмѣсто ссылки на положеніи «liberé». Релегація бываетъ a) *индивидуальная*, состоящая въ простомъ пребываніи въ мѣстѣ ссылки и назначаемая центральной административной властью тѣмъ, кто не нуждается въ помощи государства и можетъ содержать себя самъ и b) *коллективная*, соединенная съ обязательнымъ трудомъ, примѣняемымъ для общественныхъ работъ,—для остальныхъ релегированныхъ. Въ этомъ случаѣ режимъ почти не отличается отъ каторжныхъ работъ, говоритъ Кюшъ: «они также лишены свободы, обязаны работать и подчинены суровой дисциплинѣ»; но они получаютъ вознагражденіе за трудъ. Но для лучшихъ, зарекомендовавшихъ себя хорошимъ поведеніемъ, открывается возможность переходить въ «*подвижные отряды*», выполняющіе работы для частныхъ лицъ, подъ надзоромъ агентовъ государства, но внѣ тѣхъ учрежденій для работъ (мастерскихъ, лѣсныхъ заготовокъ, рудниковъ и т. п.), куда напра-

вляются вообще коллективно релегированные. Лучшимъ изъ релегированныхъ можетъ быть предоставлена концессія, какъ и каторжнымъ. Праздность и отсутствіе доказательствъ честнаго заработка приводитъ къ тому же наказанію, что и въ отношеніи освобожденныхъ каторжныхъ. Релегація пожизненна, но смягчается возможностью условнаго освобожденія и реабилитаціи, которая дается судомъ (мѣста ссылки) послѣ 6 лѣтъ релегаціи, при условіи хорошаго поведенія и услугъ, оказанныхъ дѣлу колонизаціи. Релегаціи не подлежатъ больные, слабые, старики свыше 60 лѣтъ, несовершеннолѣтніе и женщины. Колонизаціонное значеніе релегаціи незначительно.

Исторія англійской ссылки.

VIII. Въ Англіи ссылка *въ С. Американскія колоніи* первоначально (съ XVI в.) служила только цѣли элиминаціи самыхъ разнообразныхъ вредныхъ данному общественному укладу элементовъ отъ бродягъ и публичныхъ женщинъ до религіозныхъ и политическихъ преступниковъ. Перевозка ссыльныхъ передавалась подрядчикамъ, которые получали за это небольшое вознагражденіе отъ казны и право на трудъ ссылаемыхъ на срокъ приговора (на 7 и 14 лѣтъ). Состоятельные могли себя выкупить, остальныхъ подрядчики за хорошее вознагражденіе уступали по доставленіи въ колонію (на срокъ приговора) мѣстнымъ жителямъ, сильно нуждавшимся въ рабочихъ рукахъ и испытывавшимъ недостатокъ въ женщинахъ. Этотъ промыселъ (подрядчика по перевозкѣ) былъ настолько выгоденъ, что его добивались знатные вельможи. Условія перевозки были ужасны; въ колоніи ссыльные были на положеніи невольниковъ. Тяжкія преступленія и развратъ ссыльныхъ по мѣрѣ роста С. Американскихъ колоній вызвали въ нихъ сильное недовольство ссылкой, рядъ представленій передъ метрополіей объ ея отмѣнѣ и были однимъ изъ основаній войны за освобожденіе 1776 г., со времени которой эта ссылка прекратилась. *Съ 1787 г.* ссылка, уже преслѣдующая цѣли колонизаціи, направляется *въ Австралію, первоначально въ Новый Южный Валлисъ.* Австралійская ссылка подраздѣляется проф. Фойницкимъ, въ его капитальномъ трудѣ «Ссылка на Западѣ», на *три періода.* Въ первомъ періодѣ, до 1823 г., ссылка имѣетъ громадное колонизаціонное значеніе, подготовляя будущее благосостояніе Австраліи, особенно при губернаторѣ *Макэри.* Это періодъ,

въ которомъ европейское населеніе колоніи составлялось главнымъ образомъ изъ ссыльныхъ, непреступнаго элемента было около $^1/_7$, отчасти вслѣдствіе неблагожелательнаго отношенія Макэри къ свободной эмиграціи. Онъ требовалъ отъ ссыльныхъ неутомимаго прилежанія и строгой дисциплины, но полагалъ, что колонія должна служить благосостоянію именно ихъ, выдвигалъ лучшіе элементы, отличалъ ихъ, способствовалъ занятію ими должностей (изъ освобожденныхъ нѣкоторые попали даже въ судьи), послѣ помилованья или условнаго освобожденія; щедро раздавалъ имъ земельные участки. *Второй періодъ* знаменуется увеличеніемъ свободной эмиграціи въ Австралію, созданіемъ класса крупныхъ землевладѣльцевъ, отчасти изъ эмансипистовъ*) или ихъ потомковъ, и усиленіемъ спроса на наемный трудъ, который и должны были доставлять ссыльные, попадавшіе въ положеніе батраковъ частныхъ хозяевъ, отъ личныхъ свойствъ которыхъ зависѣла участь преступниковъ, ихъ питаніе, тяжесть работъ и расправа за провинности, осуществляемая, впрочемъ, административной властью, но по показаніямъ хозяевъ. Это *періодъ «штрафного батрачества»*. Болѣе важные преступники оставались впрочемъ на публичныхъ работахъ, подъ строгимъ надзоромъ и подчинены были строгой дисциплинѣ. Уступка труда ссыльныхъ хозяевамъ производилась за плату въ пользу государства, сами ссыльные ничего не получали; продолжительность ихъ батрачества зависѣла отъ срока приговора, но при хорошемъ поведеніи и прилежаніи имъ давалось условное освобожденіе въ формѣ увольнительныхъ отпусковъ, которые отбирались при констатированіи дурного поведенія. Ухудшеніе общаго положенія ссыльныхъ сказалось въ увеличеніи среди нихъ преступности, въ учащеніи рецидива, въ организаціи опасныхъ шаекъ. Дефекты ссылки, какъ карательнаго средства, въ связи съ знакомствомъ съ пенитенціаріями С. Америки вызываютъ въ Англіи въ тридцатыхъ годахъ движеніе противъ ссылки и въ пользу замѣны ея тюремнымъ заключеніемъ съ тяжкими работами (комиссія Молесворса), а въ сороковыхъ годахъ восточно-австралійскія колоніи, незадолго до того стоявшія за сохраненіе ссылки, въ виду потребности въ дешевыхъ рабочихъ рукахъ, выступаютъ съ протестомъ противъ нея подъ влія-

*) бывшихъ ссыльныхъ.

ніемъ наплыва свободныхъ эмигрантовъ. Ссылка вступаетъ въ *третій періодъ—испытательный: наказаніе отчасти отбывается въ метрополіи*, сначала въ плавучихъ тюрьмахъ, а позже съ 1847 г. въ спеціальныхъ *тюрьмахъ* въ нѣкоторыхъ портовыхъ городахъ, при чемъ этому предшествуетъ съ этого же времени одиночное заключеніе на срокъ отъ 1 г. до $1^1/_2$ года въ Мильбанкѣ и Пентонвилѣ; только *послѣдняя стадія* наказанія отбывалась *въ колоніяхъ въ Норфолькѣ или Тасманіи, въ формѣ ссылки съ принудительными правительственными работами для худшихъ изъ осужденныхъ и свободными работами* подъ полицейскимъ надзоромъ *для посредственныхъ; лучшимъ выдавалось условное или безусловное освобожденіе въ самой Англіи. и затѣмъ они отсылались въ Австралію.* Мѣстомъ ссылки дѣлается *съ конца сороковыхъ годовъ Западная Австралія.* Тогда какъ южныя и восточныя колоніи добиваются прекращенія къ нимъ ссылки, Западная Австралія сама предлагаетъ Англіи направлять сюда ссыльныхъ, нуждаясь въ рабочихъ рукахъ. *Открытіе* въ 1851 г. *золотыхъ розсыпей* и связанный съ этимъ усиленный притокъ эмигрантовъ, искателей легкой наживы, авантюристовъ и преступниковъ, побѣги ссыльныхъ въ мѣста нахожденія золота и сильный ростъ тяжкихъ преступленій вызываютъ новый походъ колоній противъ ссылки, который приводитъ къ ея *окончательному прекращенію въ 1868 г.*, фактически въ 1870 г. Еще до этого, въ 1853 г., Англія прибѣгла къ значительному сокращенію ссылки, замѣнивъ ссылку на срокъ до 14 лѣтъ уголовнымъ рабствомъ, т. е. долгосрочнымъ заключеніемъ въ самой Англіи или въ ея заморскихъ владѣніяхъ, связаннымъ съ тяжкими работами; уголовнымъ рабствомъ могла замѣняться и ссылка на срокъ свыше 14 лѣтъ и пожизненная, по усмотрѣнію суда.

Ссылка въ Испаніи и Португаліи.

IX. Въ Испаніи существуетъ: a) депортація—ссылка въ заморскія владѣнія за нѣкоторыя тяжкія политич. преступленія; она не связана съ принудительными работами; b) confinamiento—ссылка на Балеарскіе или Канарскіе острова. Въ Португаліи примѣняется депортація въ Африку (въ Анголу), за тяжкія преступныя дѣянія, съ принудительными работами и отбываніемъ части срока наказанія въ заключеніи. Депортація примѣняется также, какъ мѣра безопасности въ отношеніи рецидивистовъ; въ этомъ случаѣ депортированные,

если могутъ себя содержать сами, остаются на свободѣ подъ надзоромъ.

Русская ссылка.

X. Въ Россіи ссылка упоминается въ законодательствѣ впервые въ 1582 г., въ дополнительномъ указѣ къ царскому Судебнику, какъ дополнительное къ торговой казни наказаніе за нѣкоторыя преступленія. Болѣе широкое примѣненіе получаетъ ссылка также, какъ дополненіе къ торговой казни или къ членовредительнымъ наказаніямъ (за имущественныя преступленія) въ Соборномъ Уложеніи, гдѣ она фигурируетъ въ 11 статьяхъ. По новоуказнымъ статьямъ и отдѣльнымъ указамъ ссылка назначается затѣмъ гораздо чаще и за ничтожные проступки, напр. за соединенное съ обманомъ прошеніе милостыни. Но еще раньше, до 1582 г. и до Соборнаго Уложенія, ссылка примѣнялась, какъ мѣра опалы или же безопасности въ отношеніи отдѣльныхъ лицъ или же населенія вновь присоединенныхъ или покоренныхъ городовъ, отчасти и въ отношеніи преступниковъ—татей и разбойниковъ. Иногда ссылка назначалась взамѣнъ смертной казни, какъ актъ царской милости, а вскорѣ послѣ Собор. Улож. эта замѣна за нѣкоторыя преступленія устанавливается и отдѣльными указами, какъ и замѣна ссылкой членовредительныхъ наказаній. *Ссылка* въ этомъ періодѣ, *до конца XVII в. и отчасти въ XVIII в.*, *служила* различнымъ государственнымъ цѣлямъ: *удовлетворенію потребности въ рабочихъ рукахъ и служилыхъ людяхъ на окраинахъ и дѣлу колонизаціи послѣднихъ, особенно Сибири.* Этими потребностями опредѣлялись и мѣста, куда направлялись ссыльные, и Соборное Улож. только въ одномъ случаѣ само указываетъ мѣсто ссылки (на Лену). Ссылка поэтому *не сопровождалась правопораженіями:* государство заботилось о прочной осѣдлости сосланныхъ, объ устройствѣ браковъ холостыхъ, а семейныхъ ссылало вмѣстѣ съ семьей; на мѣстѣ ссылки ссыльные несли ту же службу, что и до наказанія, и вообще всякій опредѣлялся къ тому дѣлу, которымъ онъ занимался прежде, *«кто, въ какой чинъ пригодится»;* это была ссылка *въ службу, въ посадъ или на пашню,* Пашенные получали земельные участки и нѣкоторое количество инвентаря и должны были часть продукта доставлять казнѣ, «пахать на государя десятинную пашню». Несмотря на такое сравнительно прекрасное положеніе ссыльныхъ, репрессивность котораго могла заключаться только въ

разрывѣ связей съ родными мѣстами, поскольку ссылка не сопровождала другого (тѣлеснаго) наказанія, ссыльные часто не хотѣли заниматься трудомъ, предпочитая пьянство и преступную дѣятельность, и «бѣжали на старину». Пойманныхъ подвергали суровымъ тѣлеснымъ наказаніямъ, рѣзали уши, налагали на спину «сибирскія городовыя клейма», но это мало помогало. Въ концѣ XVII в. *при Петрѣ* В. вводятся *принудительныя работы, первоначально въ формѣ гребли на «каторгахъ», или галерахъ*, т. е. на судахъ съ тремя ярусами веселъ (для сосланныхъ въ Азовъ). Въ первой половинѣ XVIII в. каторжныя работы или примѣняются совмѣстно съ ссылкой на окраины, въ Оренбургскій, Новороссійскій край, въ Сибирь: на даурскіе рудники и въ Нерчинскъ (горныя работы), отчасти производятся въ различныхъ городахъ Россіи для устройства портовъ и другихъ сооруженій (Петербурга, Рогервика—Балтійскаго порта), а ссылка на поселеніе, не соединенная съ каторжными работами, почти не назначается до Екатерины II, но въ ея царствованіе возобновляется въ цѣляхъ колонизаціи Оренбургскаго края и Азіатской Россіи, хотя ея развитіе встрѣчаетъ большія препятствія въ злоупотребленіяхъ сибирскихъ губернаторовъ, которыя принимали иногда легендарные размѣры, и въ полномъ отсутствіи заботъ правительства объ устроеніи ссыльныхъ въ мѣстахъ поселенія. Къ концу XVIII в. ссылка приходитъ въ полное разстройство. Попытка *Сперанскаго* организовать ее, классифицировать ссыльныхъ и пріурочить къ опредѣленнымъ занятіямъ, нашедшая выраженіе въ *Уставѣ о ссыльныхъ 1822 г.*, не привела къ благопріятнымъ результатамъ: ссыльные продолжали оставаться въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ внѣ дѣйствительнаго контроля и надзора, часто, не имѣя работы, бродяжничали по Сибири и совершали преступленія или вели жалкое, полудикое существованіе и бѣжали обратно въ Европейскую Россію; только около 30% служили рабочими или занимались земледѣліемъ. Это печальное явленіе объясняется отчасти и неудачнымъ выборомъ въ законѣ преступленій, которыя влекли ссылку на поселеніе, вслѣдствіе чего ей подвергались элементы, менѣе всего пригодные къ честной трудовой жизни, какъ рецидивисты, совершившіе имущественные деликты, а также—появленіемъ особаго вида ссылки—ссылки на житье, предоставлявшей приговоренныхъ къ ней самимъ

себѣ, безъ всякой заботы правительства объ устроеніи ихъ на мѣстѣ и о регламентаціи ихъ жизни.

Уложе. о нак. 1845 г. *знало четыре вида ссылки:* 1. *въ каторжныя работы;* 2. *на поселеніе въ Сибирь, а) какъ самостоятельное наказаніе и b) какъ послѣдствіе отбытія каторжныхъ работъ;* 3. *на житье въ Сибирь и отдаленныя несибирскія губерніи*, какъ наказаніе, замѣнявшее для лицъ, изъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній по правамъ состоянія, арестантскія роты и рабочій домъ (позже испр. арест. отдѣленія и тюрьму съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ); присужденіе къ первымъ лицъ другихъ состояній соединялось съ наказаніемъ розгами; 4. ссылку *на водвореніе* за незначительный кругъ преступленій, впослѣдствіи только за бродяжество (на Сахалинъ).

Ссылка на житье, соединявшаяся, за исключеніемъ низшихъ степеней этого наказанія, съ заключеніемъ въ теченіе части срока этой ссылки, налагала на осужденныхъ обязанность избрать на мѣстѣ поселенія родъ жизни и приписаться къ мѣщанскому или сельскому обществу, безъ права участія въ выборахъ. Не возбранялись занятія торговлей и промыслами, но не допускалась выборка гильдейскаго свидѣтельства, дававшая права купеческаго сословія. Ссылка на житье была крайне неравномѣрна, не составляя большого лишенія для лицъ матеріально обезпеченныхъ или жившихъ и прежде въ губерніяхъ, мало отличающихся климатическими и другими условіями жизни отъ мѣста поселенія, и представляясь весьма тягостной въ противоположныхъ случаяхъ: неимущіе, обреченные на жалкое существованіе, снискивали себѣ пропитаніе самыми сомнительными способами и вносили развратъ и разложеніе въ среду мѣстныхъ жителей. Просьбы послѣднихъ о прекращеніи ссылки въ ихъ мѣстности были обычнымъ явленіемъ.

Ссылка на поселеніе выражалась въ приселеніи къ деревнямъ старожиловъ, а въ отношеніи отбывшихъ каторжныя работы также въ обязанности пребывать въ казенныхъ поселеніяхъ, которыя порою устраивались вблизи каторжныхъ тюремъ. Помощь при этомъ со стороны государства заключалась въ выплатѣ половины арестантскаго пайка въ теченіе 4 мѣсяцевъ тому старожилу, къ которому временно приселялся ссыльно-поселенецъ, не имѣющій возможности немед-

ленно «водвориться собственными трудами», какъ того требовалъ Уст. о ссыльн. (131 ст.). Неспособнымъ къ земледѣльческому труду позволялось жить въ городахъ и заниматься торговлей и промыслами. По истеченіи 10 лѣтъ, а при одобрительномъ поведеніи и занятіяхъ полезнымъ трудомъ, съ разрѣшенія губернаторовъ, по истеченіи 6 лѣтъ, ссыльнопоселенцы могли приписываться къ крестьянскому и мѣщанскому сословіямъ. До этого перечисленія отлучка изъ мѣстъ поселенія безъ особаго разрѣшенія влекла наказаніе. Ссылка была наказаніемъ пожизненнымъ.

Ссылка въ каторжныя работы по Ул. о нак. опредѣляется или безъ срока (степень 1-я) или на срокъ отъ 4 до 20 лѣтъ, распадаясь всего на 7 степеней (2-я степ. 15—20 лѣтъ, 7 степ. 4—6 лѣтъ). Угол. Ул. говоритъ не о ссылкѣ въ каторжныя работы, а о каторгѣ, что представляется бо́лѣе точнымъ, ибо по закону 18 апр. 1869 г., это наказаніе можетъ быть отбываемо не только въ Сибирскихъ тюрьмахъ, но и въ особо предназначенныхъ для этого тюрьмахъ Европейской Россіи (напр., въ Елисаветградѣ), и ссылка, въ формѣ принудительнаго поселенія въ Сибири и на Сахалинѣ, была только заключительнымъ звеномъ наказанія каторжными работами. Сроки каторги по Угол. Улож. или отъ 4 до 15 лѣтъ, или же безъ срока. Максимальные сроки каторги, по обоимъ Уложеніямъ, могутъ быть и выше 15 и 20 лѣтъ, при совокупности и повтореніи (см. ниже). По Уст. о ссыльн. (ст. 84) отъ срока каторжныхъ работъ зависитъ: a) отнесеніе осужденныхъ къ 1-му 2-му или 3-му разрядамъ, и b) время пребыванія въ отрядѣ испытуемыхъ (отъ 1 до 5 лѣтъ для срочныхъ каторжныхъ и 8 для безсрочныхъ). Переводъ въ разрядъ исправляющихся производится тюремнымъ начальствомъ при хорошемъ поведеніи и прилежаніи. Исправляющіеся пользуются слѣдующими льготами: бо́льшей легкостью работъ, большимъ числомъ праздниковъ, порученіемъ надзора за другими, и сокращеніемъ срока работъ въ случаѣ, если за все время пребыванія въ этомъ отрядѣ каторжный ни разу не подвергался наказаніямъ, а именно 10 мѣс считались за годъ*). Льготой этого класса было также снятіе оковъ. По истеченіи извѣст-

*) Времен. Правит. замѣнило это условнымъ освобожденіемъ (см. ниже).

ныхъ сроковъ, различныхъ для каторжныхъ 1, 2 и 3-яго разряда (3, 2, 1 годъ), исправляющіеся могли получить право жить внѣ тюрьмы, въ комнатахъ заводскихъ мастеровыхъ, или построить домъ на заводской землѣ изъ отпускаемаго имъ лѣса и право вступать въ бракъ и получать обратно отобранныя у нихъ деньги и цѣнности. Не допускается переводъ въ исправляющіеся убійцъ родителей и присужденныхъ къ безсрочной каторгѣ, совершившихъ до отправленія въ ссылку новое преступленіе, караемое безсрочной каторгой. Заключеніе въ каторжныхъ тюрьмахъ общее безъ обязательнаго разобщенія на ночь, за отсутствіемъ помѣщеній. Гигіеническое и нравственное состояніе заключенныхъ самое тяжелое; нѣтъ и намека на исправительное воздѣйствіе. Тюремный персоналъ самый неудовлетворительный. Карты, пьянство, развратъ среди заключенныхъ обычное явленіе, поощряемое тюремными служащими, какъ источникъ ихъ собственныхъ незаконныхъ доходовъ. Организація труда заключенныхъ весьма плохая, распредѣленіе работъ часто несправедливое, а направленіе ихъ нецѣлесообразное; временами каторжные предаются бездѣлію. На положеніе ссыльно-поселенцевъ они переходили большей частью окончательно испорченные пребываніемъ на каторгѣ.

Ссылка на житье и на поселеніе, какъ самостоятельное наказаніе, за исключеніемъ нѣкоторыхъ политическихъ и религіозныхъ преступленій, отмѣнена закономъ 10 іюня 1900 г. и замѣнена: ссылка на житье въ Сибирь исправ. арест. отдѣленіями, а—въ несибирскія губерніи тюремнымъ заключеніемъ съ лишеніемъ всѣхъ особ. правъ; ссылка на поселеніе замѣнена—исправит. арест. отдѣленіями отъ 4 до 5 или отъ 5 до 6 лѣтъ. Это послѣднее наказаніе замѣнило ссылку на поселеніе и за другія преступленія,)* за которыя она по исключенію сохранялась, *по указу Временнаго Правительства отъ 26 апрѣля 1917 г.* Тѣмъ же указомъ *отмѣнена ссылка на поселеніе, какъ слѣдствіе отбытія каторжныхъ работъ,* и ссылка на водвореніе за бродяжество. Въ этихъ двухъ случаяхъ *введено ограниченіе въ правѣ избранія и перемѣны мѣста* жительства (см. ниже) въ теченіе трехъ лѣтъ.

---

*) кромѣ дѣянія, пред. 1 ч. 1504 ст. Ул. о нак., когда ссылка замѣнена крѣпостью.

Вопросъ о ссылкѣ въ наукѣ.

XI. Въ наукѣ ссылка имѣетъ многочисленныхъ противниковъ (Ривіеръ, Корнъ, Фойницкій, Дриль, Гольцендорфъ, Листъ, Кюшъ и др.), но не мало и сторонниковъ (Левелье, Таганцевъ, Сергѣевскій), приписывающихъ неудачи въ странахъ, ее примѣнявшихъ, неправильнымъ пріемамъ, техническимъ ошибкамъ. Среди германскихъ ученыхъ нѣкоторые предлагаютъ введеніе ея и въ Германіи, въ формѣ отбытія каторжной тюрьмы въ колоніяхъ. Нѣкоторые пенитенціарные конгрессы (Петербургскій 1890 г. и Парижскій 1895 г.) высказались въ пользу ссылки для закоренѣлыхъ преступниковъ и какъ способа отбытія тяжкихъ наказаній. Такъ и Лиссабонскій конгрессъ (1897 г.) Международнаго Союза уголов. права. Вопросъ однако не въ принципѣ, а въ реальной возможности для отдѣльныхъ странъ воспользоваться этимъ карательнымъ средствомъ, разрѣшаемый по соображеніямъ о наличности свободныхъ мѣстъ, годныхъ для начальной стадіи колонизаціи, и средствъ какъ для этого, такъ и для организаціи пересылки, работъ и надзора на мѣстѣ, избранномъ для ссылки. Если есть эти условія, ссылка можетъ послужить и репрессивнымъ, и колонизаціоннымъ цѣлямъ, но только временно, до достиженія колоніей благосостоянія и культуры. Что касается организаціи каторжныхъ тюремъ въ колоніяхъ, то она повышаетъ стоимость ихъ сооруженія и всего наказанія въ виду расходовъ по пересылкѣ осужденныхъ и понижаетъ возможность подысканія наиболѣе пригодныхъ тюремныхъ служащихъ, но можетъ способствовать разработкѣ естественныхъ богатствъ колоніи и позволяетъ пользоваться трудомъ осужденныхъ внѣ тюремнаго помѣщенія, что представляетъ свои преимущества.

Высылка и изгнаніе.

XII. Высылка можетъ выражаться въ удаленіи изъ опредѣленнаго мѣста или же въ *изгнаніи* изъ предѣловъ государства. Послѣднее примѣняется во Франціи—banissement, на срокъ отъ 5 до 10 лѣтъ, при условіи принятія высылаемаго другимъ государствомъ; въ противномъ случаѣ изгнаніе замѣняется крѣпостью. Это—наказаніе за менѣе важные политическіе деликты. Изгнаніе извѣстно также испанскому и португальскому праву. Широко примѣнялось изгнаніе въ древности, въ Греціи, въ Римѣ и Германіи, гдѣ удаленіе изъ государства было способомъ сохранить жизнь при aquae et ignis interdictio и при Friedlosigkeit (см. стр. 39). Въ мо-

сковской Руси бывали также случаи «выбитія вонъ изъ земли». Нынѣ высылка за предѣлы государства, въ виду малой репрессивности, можетъ служить наказаніемъ только за незначительные деликты и такого рода, чтобы высылка не встрѣтила препятствій со стороны другого государства, и кромѣ того можетъ примѣняться къ иностранцамъ, какъ послѣдствіе отбытія нѣкоторыхъ наказаній. По 325 и 326 ст. Ул. о нак. изгнаніе назначается за самовольное оставленіе отечества.

XXI. Лишеніе свободы. Тюрьма. Заключеніе въ другихъ формахъ.

Понятіе и значеніе тюрьмы.

I. Кромѣ ссылки, лишеніе свободы выражается въ другой формѣ—лишенія свободы въ тѣсномъ смыслѣ, заключенія въ опредѣленномъ помѣщеніи — въ формѣ тюрьмы. Въ качествѣ карательной мѣры тюрьма получаетъ распространеніе только въ XIX вѣкѣ, съ отмѣной тѣлесныхъ наказаній и сокращеніемъ области примѣненія смертной казни. Дефекты ссылки и разочарованіе результатами ея въ Англіи вызываютъ еще большее примѣненіе наказанія тюрьмой, которая становится, въ различныхъ видахъ и варіантахъ, наиболѣе важнымъ и частымъ карательнымъ средствомъ. Дѣйствительно, тюрьма можетъ, благодаря своей гибкости, благодаря различіямъ въ срокахъ заключенія и въ тяжести режима, наилучшимъ образомъ служить индивидуализаціи наказанія, а также общему предупрежденію и справедливому воздаянію. Она можетъ быть пріемомъ элиминаціи и устрашенія, а исправительное вліяніе на преступника достижимо главнымъ образомъ именно при помощи тюрьмы. Но она могла занять центральное мѣсто въ ряду карательныхъ мѣръ только тогда, когда наступило смягченіе нравовъ, когда идеи грубаго возмездія и устрашенія уступили мѣсто идеѣ вліянія на преступную личность психическими средствами, и самая элиминація представилась гуманному направленію эпохи осуществимой въ формахъ чуждыхъ жестокости, въ предѣлахъ дѣйствительно необходимаго, безъ причиненія излишнихъ страданій преступнику.

Историческій очеркъ. II. До XIX в. тюрьма (нѣмецкое «Thurm»—башня; русскій терминъ—темница, погребъ, острогъ) служила по преимуществу мѣстомъ содержанія подслѣдственныхъ и несостоятельныхъ должниковъ и сравнительно рѣдко примѣнялась, какъ наказаніе, главнымъ образомъ за полицейскія нарушенія, а также иногда, какъ мѣра безопасности противъ политическихъ и религіозныхъ преступниковъ. Въ Россіи тюрьма впервые упоминается, какъ карательная мѣра, въ Царскомъ Судебникѣ, а въ Соборномъ Уложеніи встрѣчается въ 49 статьяхъ, большей частью, какъ дополнительное наказаніе совмѣстно съ торговой казнью или какъ замѣняющее—для тѣхъ, кто не могъ представить порукъ. На Западѣ суды, въ силу принадлежавшихъ имъ широкихъ правъ при опредѣленіи наказанія, въ XVII вѣкѣ и позже, по временамъ назначаютъ заключеніе въ тюрьмѣ и въ особенности въ имѣвшихъ первоначально другое назначеніе *исправительныхъ и рабочихъ домахъ* вмѣсто тѣлесныхъ наказаній. Эти дома возникаютъ *въ серединѣ XVI в. въ Лондонѣ*, позже *въ Амстердамѣ* и въ началѣ XVII в. въ городахъ прежней Ганзы (Гамбургѣ, Бременѣ), а также *въ Италіи*, для исправленія бродягъ, тунеядцевъ, проститутокъ, нищихъ, непокорныхъ дѣтей. Здѣсь *впервые* находитъ себѣ примѣненіе *идея спеціальнаго предупрежденія*. Но эти дома были не мѣрой репрессіи, а мѣрой общественнаго призрѣнія. Здѣсь вводится обязательный *трудъ* и строгая дисциплина, и встрѣчаются *зачатки элементарной классификаціи заключенныхъ:* отдѣленіе женщинъ отъ мужчинъ, дѣтей отъ взрослыхъ. Во Флоренціи священнику Франчи удается осуществить одиночное заключеніе въ исправительномъ заведеніи для дѣтей, въ серединѣ XVII вѣка. Ночное разъединеніе въ келіяхъ и общія работы при строгомъ молчаніи днемъ проводятся въ тюрьмѣ-богадѣльнѣ св. Михаила, основанной въ Римѣ въ 1703 г. папой Климентомъ XI. Въ главной рабочей залѣ этого учрежденія красовалась надпись: «parum est coërcere improbos poena, nisi probos efficias disciplina». Но въ теченіе XVII в. въ рабочіе и исправительные дома суды нерѣдко направляютъ и преступниковъ. Вслѣдствіе разнородности состава заключенныхъ, переполненія этихъ домовъ и недостатка работы для всѣхъ, они приходитъ въ полное разстройство. Изъ позднѣйшихъ учрежденій этого типа извѣстностью пользуется основанный въ

Гентъ виконтомъ Виленомъ XIV, въ 1771 г., maison de force, признаваемый Листомъ *первой тюрьмой въ современномъ, новомъ смыслѣ*. Здѣсь было особое отдѣленіе для осужденныхъ преступниковъ; принято начало ночного разъединенія и общихъ работъ днемъ съ соблюденіемъ молчанія.

Что касается обыкновенныхъ тюремъ, то онѣ даже въ концѣ XVIII вѣка представляли ужасную картину, ярко нарисованную знаменитымъ *піонеромъ тюремной реформы Джономъ Говардомъ*, въ его вышедшей въ 1777 г. книгѣ «Состояніе тюремъ въ Англіи и Уэльсѣ», гдѣ сообщаются свѣдѣнья и о тюрьмахъ въ другихъ государствахъ Европы, на основаніи собственныхъ наблюденій, сдѣланныхъ Говардомъ во время его неоднократныхъ путешествій, предпринимавшихся съ цѣлью изученія тюремнаго вопроса, которому Говардъ посвятилъ всю свою энергію и бо́льшую часть своей жизни. Онъ посѣтилъ Германію, Францію, Голландію, Италію, Португалію, Россію, гдѣ умеръ въ Херсонѣ, заразившись при посѣщеніи тюрьмы. Тюрьмы и въ XVIII. в. и раньше были очагами заразы, школой преступности и разврата и мѣстомъ тяжкихъ физическихъ страданій для громаднаго большинства заключенныхъ; только немногимъ, болѣе состоятельнымъ, удавалось добиться за деньги извѣстныхъ удобствъ и, по временамъ, даже устраивать оргіи въ кабакахъ, которые содержали при тюрьмахъ смотрители (въ Англіи) и въ которыхъ отбывавшіе наказаніе проводили время съ подозрительнымъ внѣтюремнымъ сбродомъ. Государство не заботилось не только о нравственномъ воздѣйствіи на заключенныхъ или о пріученіи ихъ къ труду, но даже объ ихъ пропитаніи. Они содержали себя на свои средства, а неимущіе голодали, если даже выдавался ничтожный паекъ, и питались подаяніемъ, ради котораго ихъ водили по улицамъ или которое доставляли въ тюрьму частные благотворители и просто добрые люди, въ силу обычая, или иногда религіозныя общества. Съ такимъ явленіемъ мы встрѣчаемся и въ Россіи въ XVII и въ XVIII в.; бывали даже случаи смерти заключенныхъ отъ голода. Въ Англіи тюрьмы сдавались смотрителямъ въ аренду, и тѣ назначали за предметы потребленія въ содержимыхъ ими буфетахъ высокія цѣны. Заключенные, не имѣвшіе средствъ, спали на соломѣ или на голомъ полу. Тюремныя помѣщенія были низкія, тѣсныя, сырыя, плохо освѣщен-

ныя, полныя міазмами, иногда находились въ подземельяхъ и совсѣмъ были лишены свѣта; ветхость построекъ плохо обезпечивала отъ побѣговъ, и арестанты часто приковывались къ стѣнамъ. Не было проведено даже самой элементарной классификаціи заключенныхъ: мужчины не отдѣлялись отъ женщинъ, дѣти отъ взрослыхъ, подслѣдственные или несостоятельные должники отъ серіозныхъ уже осужденныхъ преступниковъ. Въ тюрьмахъ возникали общины съ своими порядками, которымъ долженъ былъ подчиняться вновь прибывшій арестантъ; съ него брали «влазную деньгу» въ Россіи и въ другихъ странахъ. Время заключенные проводили въ праздности, въ циничныхъ разговорахъ, за карточной игрой или въ пьяныхъ оргіяхъ, организуемыхъ болѣе богатыми товарищами при содѣйствіи тюремной стражи и тюремнаго начальства.

Конецъ XVIII вѣка принесъ существенное улучшеніе. Уже въ рабочихъ и исправительныхъ домахъ нашла себѣ выраженіе мысль объ эксплоатаціи труда заключенныхъ и о приспособленіи ихъ къ условіямъ честной жизни. Неутомимымъ популяризаторомъ идеи исправленія посредствомъ надлежащаго разобщенія арестантовъ, пріученія къ труду и религіозно-нравственнаго воздѣйствія явился Говардъ, сторонникъ одиночнаго заключенія. Далѣе Бентамъ поддерживалъ необходимость реформы тюремъ, отстаивалъ значеніе религіознаго воспитанія заключенныхъ и неослабнаго надзора за ними при помощи особой архитектуры тюремъ, облегчающей постоянное наблюденіе; это «паноптиконъ»—тюрьма въ формѣ флигелей, расходящихся вѣеромъ отъ центра, гдѣ находится наблюдательный пунктъ. Англія, принужденная отказаться отъ ссылки въ С. Америку, рѣшила построить одиночныя тюрьмы въ Мильбанкѣ и Глочестерѣ, но открыта была такая тюрьма только въ послѣднемъ. Возобновленіе ссылки, уже на этотъ разъ въ Австралію, не дало осуществиться тюремной реформѣ въ болѣе широкомъ масштабѣ. Начало этой реформѣ кладетъ С. Америка, именно возникшее въ 1785 г., по иниціативѣ возвратившагося изъ Англіи Франклина, Филадельфійское тюремное общество. Проникнутое квакерскими идеями, оно стремится къ исправленію преступника посредствомъ доведенія его до раскаянья, отсюда и названіе тюрьмы — *пенитенціаріи*. Для достиженія этой цѣли считали

наилучшимъ средствомъ полное уединеніе преступника (безъ работъ, корреспонденціи и свиданій съ внѣтюремнымъ міромъ), которое позволитъ ему уйти въ себя и путемъ размышленія приведетъ его къ сознанію своей вины. *Тюрьма по* этой *системѣ—келейной,* одиночной, возникаетъ въ *Филадельфіи* въ 1786 *г.* и позже тамъ же въ Чери-Гиллѣ и Питсбургѣ. Въ началѣ XIX в. эта система была дискредитирована частыми случаями сумасшествія и самоубійствъ заключенныхъ. и въ 1820 г. въ *Обурнѣ,* около Нью-Іорка возникаетъ тюрьма, устроенная *по* другой *системѣ—ночного разъединенія* въ келіяхъ *и совмѣстной работы* въ теченіе дня *при абсолютномъ молчаніи.* Американскія тюрьмы привлекаютъ вниманіе Европы въ 30-хъ годахъ XIX столѣтія. Въ Америку европейскими государствами посылаются делегаты; ихъ отчеты вызываютъ живой интересъ: появляются труды по тюрьмовѣдѣнью, возникаютъ тюремные конгрессы, сначала неоффиціальные, затѣмъ въ 1872 г., благодаря дѣятельности Уэнса, оффиціальные съ представителями правительствъ европейскихъ государствъ и Соединен. Штатовъ, впервые въ Лондонѣ. Эти конгрессы повторяются съ того времени каждые нѣсколько лѣтъ; послѣдній происходилъ въ Вашингтонѣ въ 1910 г., и слѣдующій предполагался въ Лондонѣ въ 1915 году.

Виды тюрьмы и ихъ различія.

III.—1. Нынѣ тюрьма фигурируетъ въ карательныхъ системахъ въ различныхъ видахъ, подъ различными названіями, съ различіями въ режимѣ, въ срокахъ заключенія, въ системахъ размѣщенія преступниковъ и наконецъ въ послѣдствіяхъ, иногда сопровождаясь дополнительными ограниченіями свободы (полицейскій надзоръ, запрещеніе жительства въ опредѣленныхъ мѣстахъ), иногда правопораженіями различнаго объема и содержанія. Въ первомъ отношеніи различается тюрьма въ тѣсномъ смыслѣ—тюремное заключеніе, обыкновенно, какъ наказаніе за дѣянія средней тяжести, исправительный или смирительный домъ, за болѣе тяжкія преступленія (Zuchthaus, Kerkerstrafe, réclusion, reclusione), иногда кромѣ того (итальянскій ergastolo) или вмѣсто того каторжная тюрьма (англійское уголовное рабство), какъ наказаніе еще болѣе суровое; иногда тюрьма распадается на виды, напр., въ Англіи съ тяжкими работами и безъ послѣднихъ, или же, напротивъ, выполняетъ и тѣ функціи, которыя въ другихъ госу-

дарствахъ выполняютъ исправительный домъ и каторжная тюрьма; таково наказаніе тюрьмою въ Норвегіи и Голландіи. Далѣе выдѣляется тюрьма за мелкіе деликты подъ названіемъ ареста и за дѣянія, лишенныя позорящаго характера, подъ названіемъ крѣпости или заточенія—custodia honesta. Въ Норвегіи эту функцію выполняетъ арестъ, въ Англіи тюрьма (перваго разряда, см. ниже).

Различія въ режимѣ.

2. Кромѣ сроковъ лишенія свободы, менѣе продолжительныхъ при низшихъ видахъ тюрьмы и болѣе продолжительныхъ при высшихъ (см. выше, гл. XVII), эти виды представляютъ, какъ уже было указано, различія въ режимѣ и часто въ системѣ размѣщенія заключенныхъ. Что касается режима тюрьмы, то бо́льшая легкость его принимается кодексами, или спеціальными уставами, или правилами, издаваемыми въ порядкѣ управленія, для низшихъ видовъ тюрьмы и обратно. Эти различія могутъ выражаться: 1) въ характерѣ и тяжести тюремнаго труда, въ обязательности или необязательности его, или въ возможности выбора занятія во время заключенія, 2) въ размѣрахъ оплаты этого труда и въ способѣ полученія и расходованія заработка, 3) въ объемѣ льготъ, а именно въ количествѣ: a) свиданій съ близкими, посѣщающими тюрьму, b) писемъ, получаемыхъ и отправляемыхъ заключеннымъ, c) въ продолжительности прогулокъ на тюремномъ дворѣ, d) въ объемѣ пользованія библіотекой тюрьмы, e) освѣщеніемъ по вечерамъ, f) въ правѣ носить собственную одежду, g) въ правѣ на лучшую пищу, h) въ возможности и въ степени сокращенія срока наказанія при хорошемъ поведеніи и прилежаніи (см. ниже объ условномъ освобожденіи); 4) въ тяжести дисциплинарныхъ взысканій.

Долгосрочное и краткосрочное заключеніе.

3. Въ отношеніи сроковъ заключенія слѣдуетъ остановиться на двухъ вопросахъ: о пожизненномъ и о краткосрочномъ лишеніи свободы. Первое существуетъ во многихъ государствахъ, но умѣряется возможностью условнаго освобожденія и въ этомъ случаѣ, по прошествіи значительнаго срока (обыкновенно 20 лѣтъ). Если *пожизненное заключеніе* назначается въ силу идеи справедливости или идеи общей превенціи, т. е. за особенно тяжкія преступныя дѣянія, независимо отъ закоренѣлой привычки къ преступленію, то это наказаніе *нельзя не признать слишкомъ суровымъ для* эпизодическаго преступника, при совершеніи даже самаго

тяжкаго преступленія, достаточно было бы менѣе суроваго, напр, десятилѣтняго заключенія. Съ точки зрѣнія элиминаціи, также нѣтъ необходимости въ пожизненномъ заключеніи, такъ какъ съ теченіемъ времени характеръ человѣка измѣняется, съ другой стороны, возможность исправительнаго вліянія тюрьмы, которое не абсолютно исключается и въ отношеніи закоренѣлыхъ преступниковъ, въ виду отсутствія точныхъ пріемовъ для діагноза неисправимости, эта возможность уменьшается при слишкомъ продолжительномъ заключеніи, вызывая «усыпленіе» воли преступника. Поэтому можно было бы ограничиться и въ отношеніи такихъ преступниковъ десятилѣтнимъ заключеніемъ, а при особой опасности, при упорствѣ преступнаго настроенія въ области тяжкихъ преступленій, назначить, какъ максимумъ, двадцатилѣтнее заключеніе. При этомъ долгосрочное заключеніе должно быть соединено съ бо́льшими льготами. Въ этомъ смыслѣ новѣйшіе законы и проекты по поводу закоренѣлыхъ привычныхъ рецидивистовъ (см ниже)

Что касается *краткосрочнаго заключенія* на нѣсколько недѣль *) или даже на одинъ или нѣсколько дней, то эта мѣра можетъ имѣть примѣненіе только въ отношеніи эпизодическихъ преступниковъ за совершенные ими незначительные деликты, и можетъ служить только устрашенію отбывающаго наказаніе, или, точнѣе, укрѣпленію мотивации къ закономѣрному поведенію (см. выше, стр. 51); исправительной тенденціи краткосрочное заключеніе не имѣетъ, такъ какъ недостатокъ времени препятствуетъ обученію полезнымъ ремесламъ и другимъ занятіямъ, а также воспитанію привычки къ труду и къ порядку, вообще выработкѣ социально-полезныхъ свойствъ характера. Поэтому широкое примѣненіе краткосрочнаго заключенія къ преступникамъ, совершившимъ незначительныя по свойству нарушеннаго интереса дѣянія, но основанныя на привычкѣ къ праздности или разврату или вытекающія изъ тунеядства, къ преступникамъ съ опаснымъ жизненными привычками (выраженіе Гарсона)—сводникамъ, нищимъ, проституткамъ, сутенерамъ и т. п. слѣдуетъ признать безцѣльнымъ. Такое заключеніе непригодно далѣе въ отношеніи преступ-

*) Въ практикѣ, говоритъ Кюшъ, заключеніе на 3 мѣсяца или болѣе уже не относятъ къ краткосрочнымъ.

никовъ съ задатками привычной преступности, еще не вылившейся опредѣленно въ форму хронической Примѣненіе тюрьмы на небольшіе сроки къ этимъ категоріямъ, въ силу неудачныхъ постановленій закона или благодаря снисходительности судей, въ порядкѣ смягченія наказанія, что́ въ судебной практикѣ различныхъ государствъ представляетъ обычное явленіе *), служитъ одной изъ причинъ отрицательнаго отношенія въ наукѣ къ краткосрочному заключенію. Другая причина заключается въ томъ, что и на эпизодическихъ преступниковъ сосѣдство испорченныхъ элементовъ, при общемъ заключеніи или недостаточномъ разобщеніи, часто при отсутствіи или плохой организаціи тюремныхъ работъ, *оказываетъ только пагубное вліяніе* и способно толкнуть на преступный путь. Но и независимо отъ указаннаго вліянія, къ тому же печальному результату можетъ привести и самое пребываніе въ тюрьмѣ даже въ теченіе короткаго времени, такъ какъ оно *налагаетъ пятно* на личность и препятствуетъ по выходѣ на свободу найти себѣ занятіе, войти въ честную среду, *затрудняетъ реклассацію* отбывшаго наказаніе: отъ сидѣвшаго въ тюрьмѣ сторонятся, отказываютъ ему въ довѣріи, не разбираясь часто въ томъ, за какое дѣяніе это наказаніе отбывалось, просто въ силу тѣхъ представленій, которыя вызываетъ въ обществѣ самое имя тюрьмы. Слишкомъ

*) Такъ, къ тюрьмѣ на двѣ недѣли могутъ быть приговорены сводня, если только не установлено обращеніе дѣянія въ промыселъ, еутенеръ, согласно 524 и 527 ст. Угол. Ул., а по германъ. улож (§§ 180, 181[a])—къ тюрьмѣ на 1 мѣс. за тѣ же деликты, даже при привычной дѣятельности этого рода; такое же наказаніе могутъ вызвать въ Германіи вымогательство и корыстное укрывательство, у насъ рецидивъ кражи или мошенничества (175 ст. Уст. о нак.). По свидѣтельству, проф. Люблинскаго, 5/6 изъ приговоренныхъ къ тюрьмѣ въ Англіи въ 1909 г., т. е. 150 слишкомъ тысячъ, присуждены на срокъ менѣе 6 недѣль, изъ нихъ свыше 90.000 взамѣнъ пени, въ виду несостоятельности, а большинство изъ остальныхъ 60.000 не были новичками въ дѣлѣ преступленія и были осуждены и за такіе деликты, какъ мелкая кража, нищенство, бродяжество, нападенія и драки. О злоупотребленіяхъ краткими сроками можетъ дать представленіе статистика Германіи за 1902—1905 г: количество приговоренныхъ къ тюрьмѣ на срокъ отъ 8 до 30 дней превышаетъ въ 22 съ лишнимъ раза количество приговоренныхъ къ 2 лѣтн. и болѣе продолжительной тюрьмѣ и въ 6 разъ количество приговоренныхъ къ 1 году и болѣе—до 2 лѣтъ, и колеблется между 65 и 70 тысячами, число приговоренныхъ на сроки до 4 дней превышаетъ 40.000 и отъ 4 до 8 дней тюрьмы—42 000.

короткіе сроки не могутъ имѣть и устрашительнаго дѣйствія на преступника Листъ и Розенфельдъ высказываются за 6 недѣльный минимумъ, Гольдшмидтъ за двухнедѣльный. Замѣна краткосрочной тюрьмы другими карательными средствами—денежной пеней, условнымъ осужденіемъ, а въ отношеніи преступниковъ съ опасными жизненными привычками—рабочимъ домомъ, назначаемымъ на болѣе значительные сроки, ставится на очередь пенитенціарными конгрессами и Международнымъ Союзомъ уголовнаго права и находитъ доступъ въ положительное право конца XIX в. и начала XX в.

«Отягченія» тюрьмы.

4. Съ другой стороны, наблюдается иногда стремленіе другого рода: сократить сроки заключенія вообще и даже для преступниковъ, совершившихъ серіозные деликты, но безъ склонности къ преступной дѣятельности, такъ какъ долгосрочное заключеніе, при отсутствіи необходимости въ исправленіи или элиминаціи, призвано служить вящему устрашенію преступника, а также общему предупрежденію, но при этомъ надолго вырываетъ изъ прежнихъ условій жизни, разрушаетъ часто прежнія отношенія съ непреступной средой, ведетъ къ разоренію семьи отбывающаго наказаніе. Сокращеніе сроковъ заключенія ослабляло бы эти послѣдствія, а репрессивность его, его устрашающее и обще-превентивное дѣйствіе, достигаемыя нынѣ продолжительностью наказанія, могли бы достигаться другимъ путемъ — *усиленіемъ тяжести заключенія, при меньшихъ срокахъ*, посредствомъ отбытія его въ одиночныхъ камерахъ или при помощи увеличенія тѣхъ лишеній, которыя вообще связаны съ заключеніемъ. Эти такъ называем. *Strafschärfungen* приняты англійскимъ правомъ, Норвежскимъ кодексомъ и предположены германскимъ и австрійскимъ проектами, а въ наукѣ имѣютъ и защитниковъ (Вахъ, Фелишъ, Геннатъ, Кронекеръ, Ашроттъ, Люблинскій и др. и Антверпенскій конгрессъ Междун. Союза угол. права, 1894 г.) и противниковъ (Гольдшмидтъ, Чубинскій), видящихъ въ этихъ мѣрахъ возвращеніе къ тѣлеснымъ наказаніямъ и къ жестокости старыхъ тюремъ или же находящихъ неправильнымъ мѣры, нынѣ примѣняемыя въ тюрьмахъ въ качествѣ дисциплинарныхъ, распространять на заключенныхъ, не нарушившихъ тюремнаго порядка.

Иногда возраженія (Исаевъ) имѣютъ въ виду *примѣненіе такихъ мѣръ съ другими цѣлями*, (такъ 23 Съѣздъ

германскихъ юристовъ), а именно съ цѣлью бо́льшаго удовлетворенія народа въ случаѣ совершенія дѣяній особенно жестокихъ и низменныхъ, съ цѣлью усиленія возмездія, или же съ цѣлью усиленія репрессіи такихъ преступниковъ, для которыхъ обыкновенное даже долгосрочное заключеніе не представляется чувствительнымъ и является какъ-бы пріютомъ въ жизненныхъ скитаніяхъ; при этомъ преслѣдуется цѣль общей превенціи; изъ этихъ соображеній исходятъ и германскій и австрійскій предв. проекты, но послѣдній вводитъ «Strafschärfungen» только при тюремномъ заключеніи (въ тѣсномъ смыслѣ) на срокъ не свыше 6 мѣс. Эти мѣры опредѣляются судомъ въ приговорѣ по германскому проекту, *«если дѣяніе вытекаетъ изъ грубости, злобы или испорченности, или*, если на основаніи предыдущихъ наказаній того же преступника *нельзя ожидать надлежащаго дѣйствія* на него *обычнаго порядка заключенія»*, а по австрійскому проекту,— «если виновный обнаруживаетъ особенную грубость, грубое своекорыстіе, безстыдство или отвращеніе къ труду», далѣе, если онъ вовлекъ въ преступленіе несовершеннолѣтняго, или, если онъ повторный рецидивистъ, или, если онъ совершилъ преступное дѣяніе для того, чтобы быть приговореннымъ къ лишенію свободы. Въ бельгійскомъ проектѣ Lejeune (1893 г.) эти мѣры предполагались для приговоренныхъ къ тюрьмѣ на срокъ до 6 мѣс., но уже отбывшихъ до того наказаніе тюрьмой или болѣе тяжкимъ лишеніемъ свободы. Интересы самого осужденнаго и его семьи принимаются въ расчетъ отчасти австрійскимъ дѣйствующимъ уложеніемъ, въ особенности же Норвежскимъ кодексомъ; въ Австріи «Strafschärfungen» служатъ къ сокращенію срока, *въ Норвегіи* по ходатайству или съ согласія осужденнаго тюремное заключеніе можетъ быть обращено въ «обостренное тюремное заключеніе» на *«хлѣбъ и водъ»* до 20 дней (= 60 днямъ обыкнов. тюрьмы) или *«съ твердой постелью»* до 30 дней (= 45 днямъ обыкнов.). Въ такихъ же мѣрахъ, вмѣстѣ или въ отдѣльности, съ предоставленіемъ черезъ каждые нѣсколько дней обыкновеннаго тюремнаго стола и мягкой постели, состоятъ эти «обостренія» и по проектамъ (германск. говоритъ не о хлѣбѣ и водѣ, а объ уменьшеніи пищи), при томъ они не вызываютъ сокращенія сроковъ и могутъ быть назначаемы въ общемъ не болѣе, чѣмъ на опредѣленное время, повторя-

ясь съ перерывами при долгосрочномъ заключеніи (по германск. проекту)*). При присужденіи къ тюрьмѣ съ тяжкимъ трудомъ и къ тюрьмѣ до 4 недѣль, въ Англіи примѣняются такія же мѣры первыя двѣ недѣли или (во второмъ случаѣ) первые 7 дней. Эти мѣры всюду примѣняются только, если этого позволяетъ состояніе здоровья осужденнаго. Въ этомъ иногда также усматриваютъ недостатокъ этого отягченія заключенія, такъ какъ возникаетъ трудно разрѣшимый вопросъ о продленіи взамѣнъ того срока лишенія свободы, а эти величины несоизмѣримы, и система счисленія, принятая въ Норвегіи, вызываетъ упрекъ въ необоснованности, въ произвольномъ характерѣ. Отягченіе тюрьмы обыкновенно не примѣняется къ женщинамъ, юнымъ и престарѣлымъ (свыше 60 лѣтъ) преступникамъ.

Тюремныя системы.

IV. Существенныя различія создаются въ особенности способомъ размѣщенія заключенныхъ. Въ этомъ отношеніи существуютъ системы одиночнаго и общаго заключенія, далѣе общаго заключенія съ ночнымъ разъединеніемъ арестантовъ, система прогрессивная, двухъ видовъ: англійская и ирландская, система классификаціи, встрѣчающаяся нынѣ въ соединеніи съ прогрессивной въ Англіи.

Одиночное заключеніе и его виды.

1. Система одиночнаго заключенія. Отдѣльные случаи заключенія въ отдѣльныя камеры, при этомъ лишенныя свѣта, находящіяся въ подземельяхъ, и часто на всю жизнь встрѣчаются въ исторіи и до филадельфійскаго пенитенціарія, напр. какъ мѣра обезпеченія отъ политическихъ опасныхъ противниковъ во Франціи, при Людовикахъ XIV и XV. Но, какъ система, одиночное заключеніе впервые возникаетъ въ Пенсильваніи **). Но въ этой формѣ — *келейнаго заключенія*, съ разобщеніемъ отъ всего міра, съ предоставленіемъ преступника самому себѣ, безъ работы, безъ общенія съ лицами, могущими благотворно вліять на заключеннаго, эта система не получила распространенія. Самая идея, на которой она основывалась, доведеніе преступника до раскаянія и внутренняго возрожденія, была слишкомъ отвлеченной и неосуществимой; можно было удовлетвориться меньшимъ — при-

*) Изрѣдка предлагались еще такія мѣры, какъ заключеніе въ темной келіи и лишеніе работы.

**) въ тюрьмѣ св. Михаила одиночныя камеры были для несовершеннолѣтнихъ, поступавшихъ по жалобамъ родителей, а не по суду.

способленіемъ преступника къ условіямъ жизни на свободѣ; но эта цѣль такимъ путемъ меньше всего могла быть достигнута. На практикѣ келейное заключеніе приводило къ атрофіи воли и при долгосрочности часто къ сумасшествію и самоубійствамъ. Но въ смягченной формѣ — при *системѣ полнаго отдѣленія* заключенныхъ другъ отъ друга — одиночное заключеніе нашло доступъ въ законодательства и практику (*особенно въ Бельгіи* для всѣхъ видовъ заключенія, отчасти въ Германіи—для смирительнаго дома и тюрьмы, которые однако могутъ быть отбываемы здѣсь и въ общемъ заключеніи, въ нѣкоторыхъ штатахъ С. Америки; во Франціи—для приговоренныхъ къ тюрьмѣ не свыше 1 г. 1 дня, что̀ на практикѣ, впрочемъ, рѣдко осуществляется, по недостатку одиночныхъ камеръ) и имѣетъ много сторонниковъ среди ученыхъ. При этой системѣ, преступникъ разобщается только отъ товарищей по заключенію; проводя *все время отдѣльно* — въ своей камерѣ, гдѣ онъ выполняетъ и урокъ работы, на прогулкѣ въ особомъ для каждаго маленькомъ дворикѣ, съ высокими стѣнами, или въ общемъ дворѣ, но надѣвая особую маску или фуражку съ длиннымъ козырькомъ, чтобы не быть узнаннымъ впослѣдствіи другими, наконецъ въ школѣ и церкви, гдѣ каждый помѣщается въ особой будкѣ, открытой только въ сторону учителя и священника (Моабитъ въ Берлинѣ и бельгійскія тюрьмы); не всюду соблюдается эта строгая система (Брухзаль, въ Баваріи). Но нѣтъ разобщенія съ внѣтюремнымъ міромъ, какъ при келейной системѣ; напротивъ, тюремному персоналу вмѣняется въ обязанность ежедневно посѣщать заключенныхъ въ ихъ камерахъ, бесѣдовать съ ними; допускаются также посѣщенія членовъ общества патроната и, извѣстное число разъ въ мѣсяцъ,—родственниковъ.

Достоинства этой системы заключаются: 1. прежде всего въ устраненіи возможности развращенія заключенныхъ худшими элементами, возможности составленія преступныхъ сообществъ, возникновенія вредныхъ знакомствъ, которыя при выходѣ на свободу могутъ повести къ рецидиву; 2. далѣе въ возможности для тюремной администраціи лучше ознакомиться съ характеромъ заключеннаго; 3. въ меньшей трудности вліянія на послѣдняго, чѣмъ при обращеніи не къ одному, а къ массѣ; 4. въ большей устрашительности оди-

ночества для преступниковъ, особенно для худшихъ, тогда какъ лучшимъ общество преступниковъ обыкновенно представляется болѣе тягостнымъ, чѣмъ одиночество. Но первое достоинство можетъ имѣть и тюрьма съ разобщеніемъ заключенныхъ только въ теченіе ночи, и при хорошемъ надзорѣ и работѣ днемъ въ общихъ помѣщеніяхъ; знакомство, которое здѣсь можетъ завязаться, будетъ чисто внѣшнимъ, при запрещеніи разговоровъ, не относящихся къ работѣ. Устрашительность можетъ также имѣть и неодиночное заключеніе, но на бо́льшій срокъ. Возможность ознакомиться съ характеромъ преступника требуетъ только нѣкотораго времени и не приводитъ къ необходимости держать преступника въ одиночномъ заключеніи въ тече́ніе всего срока наказанія. При хорошей классификаціи достижимо вліяніе на заключенныхъ и при общемъ заключеніи. Съ другой стороны, одиночное заключеніе на большой срокъ вредно отражается на умственномъ и физическомъ состояніи заключенныхъ, приводитъ къ ослабленію двигательныхъ мускуловъ, къ сумасшествію, къ противоестественнымъ порокамъ, къ ослабленію воли и пассивности, затрудняетъ организацію работъ и дѣлаетъ невозможной ихъ дифференціацію примѣнительно къ способностямъ и силамъ каждаго и условіямъ, которыя ожидаютъ его по возвращеніи на свободу. Такимъ образомъ шансы на приспособленіе къ борьбѣ за существованіе, на полученіе честнаго заработка, сильно падаютъ, зато растетъ вѣроятность рецидива. Въ Бельгіи, гдѣ одиночное заключеніе получило наибольшее распространеніе, рецидивъ очень великъ.

Большинство законодательствъ назначаетъ одиночное заключеніе не свыше извѣстнаго максимума, впрочемъ довольно высокаго (въ Голландіи до 5 лѣтъ, въ Норвегіи—4 лѣтъ; въ Германіи—3 лѣтъ); многія законодательства при отбытіи наказанія въ одиночныхъ камерахъ сокращаютъ срокъ лишенія свободы, назначенный въ приговорѣ (во Франціи на $^1/_4$, если срокъ заключенія свыше 3 мѣс.; въ Бельгіи на $^1/_4$, $^1/_3$ и т. д. въ зависимости отъ сроковъ, опредѣленныхъ въ приговорѣ; 20-лѣтнее заключеніе сводится при одиночномъ къ $9^3/_4$ годамъ и 12 днямъ); иногда продолженіе одиночнаго заключенія допускается, въ случаѣ желанія заключеннаго (Франція, если на срокъ болѣе года и дня, въ Голландіи, если свыше 5 лѣтъ).

Общее заключеніе. 2. Система общаго заключенія, безъ разъединенія арестантовъ даже на ночь, представляется совершенно нераціональной, въ виду трудности ночного надзора и возможности вреднаго вліянія однихъ на другихъ, образованія тюремныхъ организацій, опасныхъ своей сплоченностью при сопротивленіи тюремной администраціи и т. д. Это пережитокъ тюрьмы прежнихъ временъ съ ея тяжкими неурядицами; существованіе его бываетъ слѣдствіемъ необходимости — недостатка средствъ для устройства камеръ ночнаго разобщенія, переполненія уже существующихъ тюремъ съ такими камерами. Такое заключеніе частое явленіе въ Россіи, нерѣдкое во Франціи, встрѣчается и въ другихъ странахъ. Нѣсколько смягченная его форма помѣщеніе на ночь въ одной камерѣ нѣсколькихъ арестантовъ, по возможности принадлежащихъ къ одной категоріи преступниковъ (Германія).

Система ночного разъединенія. 3. Переходную ступень къ тюрьмамъ съ ночнымъ разобщеніемъ представляютъ тюрьмы, въ которыхъ вдоль стѣнъ общаго помѣщенія устраиваются особые, отдѣленные одинъ отъ другого альковы, запираемые и открываемые одновременно и утромъ откидываемые особымъ механизмомъ. Системой, раціонально преслѣдующей цѣли тюрьмы, можно признать общее заключеніе въ теченіе дня, съ общими работами, совмѣстными занятіями въ школѣ и посѣщеніемъ церкви, при соблюденіи молчанія и съ разобщеніемъ на ночь въ особыхъ маленькихъ камерахъ. *При проведеніи абсолютнаго молчанія, это — Обурнская система*, первоначально пріобрѣвшая большую популярность и принятая первоначально во Франціи и во многихъ штатахъ С. Америки. Но во всей строгости Обурнская система не могла удержаться, какъ противорѣчащая человѣческой природѣ. Нарушенія молчанія происходили очень часто, хотя и влекли строгія наказанія, первоначально даже тѣлесныя. Уже этотъ результатъ говорилъ противъ системы тѣмъ болѣе, что она должна была предоставить большую власть по примѣненію дисциплинарныхъ наказаній низшему тюремному персоналу. Тишина могилы, несмотря на множество заключенныхъ, поддерживаемая еще мягкой обувью надзирателей, должна была производить сильное впечатлѣніе даже на бывалыхъ преступниковъ, и молчаніе было не только средствомъ предотвращенія праздныхъ и развращающихъ разговоровъ, но и мѣрой устрашенія.

Во Франціи обязанность молчанія вскорѣ была смягчена. Нынѣ при общемъ заключеніи запрещаются только бесѣды, не относящіяся къ работѣ, а относящіяся должны вестись достаточно громко, чтобы надзиратель могъ знать содержаніе разговора.

Прогрессивная система Англійская и Ирландская.

4. *Прогрессивная система* возникла въ Англіи. Уже при наказаніи ссылкой проводилась мысль о поставленіи судьбы осужденнаго въ зависимость отъ его собственныхъ стараній. Тамъ же впервые примѣнено условное досрочное освобожденіе, а для ссыльныхъ въ штрафной колоніи Норфолькѣ введена Мэконочи послѣдовательность стадій отбытія наказаній, различныхъ по тяжести режима.

Съ отмѣной ссылки, отбытіе уголовнаго рабства проходило *слѣдующія стадіи: 1. одиночное заключеніе* въ Мильбанкѣ или въ Пентонвилѣ; *2. общее заключеніе* (при ночномъ разъединеніи) *съ тяжкими*, часто наружными портовыми и иными *работами*, въ Чатамѣ, Дортмурѣ, Портлендѣ, и др. городахъ; и *3. условное освобожденіе*, безъ ссылки. Одиночное заключеніе имѣло цѣлью оказать репрессивное вліяніе на преступника и позволить тюремной администраціи ближе узнать его характеръ; оно назначалось на срокъ до 9 мѣсяцевъ. Общее заключеніе распалось на *4 стадіи (разряда)*, при чемъ переводъ изъ одной въ другую зависѣлъ *отъ количества баллов-отмѣтокъ за прилежаніе въ выполненіи тюремныхъ работъ*. Минимумъ отмѣтокъ 6 ежедневно, въ противномъ случаѣ дисциплинарное взысканіе и переводъ изъ высшаго разряда въ низшій; максимумъ балловъ 8: 2 сверхурочныхъ за бо́льшее прилежаніе*). Извѣстное количество сверхурочныхъ отмѣтокъ ускоряло переходъ въ высшій разрядъ и приближало моментъ условнаго освобожденія. Стадіи различаются между собою количествомъ различныхъ льготъ въ режимѣ, объемѣ правъ на свиданіе, корреспонденцію, въ размѣрѣ заработной платы и т. д.

Ирландская система, введенная въ 1854 году *Крофтономъ*, отличалась нѣкоторыми деталями отъ Англійской (отмѣтки не только за работу, но и за поведеніе и за успѣхи въ школѣ) и въ особенности тѣмъ, что передъ освобожденіемъ, которое при этой системѣ было не условнымъ, а безусловнымъ,

*) Для женщинъ число отмѣтокъ 4 и 6.

отбывавшіе наказаніе помѣщались въ *переходныхъ тюрьмахъ*, съ режимомъ болѣе свободнымъ, напоминавшимъ скорѣе казарменный: преступники работали безъ надзора, отпускались на частныя работы, выполняли различныя порученія внѣ этихъ тюремъ для того, чтобы смягчить контрастъ тюрьмы и свободы, пріучить отбывавшихъ наказаніе къ послѣдней и ослабить недовѣріе къ нимъ въ обществѣ.

Прогрессивная система находитъ много защитниковъ среди тюрьмовѣдовъ и принята во многихъ государствахъ при долгосрочномъ заключеніи, напр.: въ Италіи, Венгріи, Норвегіи. Но *переходныя тюрьмы* мало привились; онѣ не практикуются давно въ самой Ирландіи и сохранились нынѣ *въ Италіи и Венгріи*, а также Кроаціи при высшихъ видахъ заключенія (reclusione, Kerker, Zuchthaus).

Въ Англіи прогрессивная система *въ послѣднее время* (съ 1911 г.) нѣсколько измѣнилась. *Срокъ пребыванія въ одиночной камерѣ*, предназначеннаго главнымъ образомъ для ознакомленія съ преступникомъ, *сокращенъ до одного мѣсяца* и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ можетъ быть продленъ министромъ до 3-хъ мѣсяцевъ. Сохранена система отмѣтокъ и 4 стадій наказанія и распространена на обыкновенныя тюрьмы (а не только каторжныя) для приговоренныхъ къ тюремному заключенію въ тѣсномъ смыслѣ; досрочное освобожденіе при накопленіи опредѣленнаго числа марокъ въ этомъ случаѣ безусловное.

Система классификаціи въ Англіи.

5. Но прогрессивная система въ Англіи въ настоящее время переплетается съ системой классификаціи. Классификація проводится въ извѣстной мѣрѣ при всякомъ общемъ заключеніи, въ формѣ отдѣленія женщинъ отъ мужчинъ, юныхъ отъ взрослыхъ, подслѣдственныхъ отъ осужденныхъ, имѣвшихъ прежде судимость отъ не имѣвшихъ, новичковъ (такъ во Франціи въ maisons centrales).

Иногда въ основаніе классификаціи клались и случайные признаки, напр. родъ совершеннаго преступленія (въ Швейцаріи, въ началѣ XIX в.) или пригодность для выполненія опредѣленнаго рода работъ, такъ что отбывавшіе наказаніе группировались въ артели, занятыя спеціальнымъ трудомъ (система Обермайера въ Баваріи).

Въ Англіи отбывающіе наказаніе въ каторжныхъ тюрьмахъ съ 1903 г. дѣлятся на классы, съ одной стороны, въ зависимости отъ срока наказанія и возраста, съ другой стороны—отъ характера и нравственныхъ качествъ. Въ первомъ

отношеніи выдѣляются, послѣ полученія опредѣленнаго числа балловъ (не менѣе, чѣмъ за $7^1/_2$ лѣтъ заключенія), присужденные къ долгосрочной каторгѣ (уголовному рабству), свыше 10 лѣтъ, и составляютъ *отдѣленіе долгосрочныхъ*, отличающееся *бо́льшей мягкостью режима:* выдается бо́льшая заработная плата, допускается улучшеніе пищи на эти деньги, разрѣшаются бесѣды въ свободное отъ работъ время между заключенными и принятіе пищи совмѣстно, а не въ отдѣльныхъ камерахъ. Выдѣляется далѣе *классъ (разрядъ) взрослыхъ юношей*, подчиненныхъ порядку такому же, какъ въ Борстальскихъ учрежденіяхъ (см. ниже). Остальные каторжные образуютъ *ординарный* разрядъ, дѣлящійся снова на три класса, различающіеся степенью тяжести режима: *«звѣздный»* (отличительный знакъ звѣзда на рукавѣ), *промежуточный* и *классъ рецидивистовъ*. Въ звѣздный классъ поступаютъ тѣ, кто не имѣетъ въ прошломъ осужденія, или не принадлежитъ къ привычнымъ преступникамъ, или не отличается испорченнымъ характеромъ; въ случаѣ дурного вліянія на другихъ, зачисленныхъ въ этотъ классъ, преступникъ переводится въ «промежуточный». Прямо поступаютъ въ этотъ послѣдній тѣ изъ не имѣющихъ въ прошломъ осужденія, которыхъ по ихъ характеру тюремная администрація считаетъ непригодными для зачисленія въ звѣздный, и тѣ, кто хотя и былъ ранѣе разъ осужденъ, но не за тяжкое преступленіе и кто не проявляетъ преступныхъ привычекъ. Въ классъ рецидивистовъ зачисляются приговоренные разъ къ каторжной тюрьмѣ или осужденные ранѣе за тяжкое преступленіе, или нарушавшіе правила условнаго освобожденія изъ такой тюрьмы и возвращенные туда. На три класса раздѣляются и находящіеся въ разрядѣ взрослыхъ юношей. Разряды и классы должны быть по возможности вполнѣ отдѣлены одинъ отъ другого. Дѣленіе на классы «звѣздный», ординарный и юношей (до 16 лѣтъ) существуетъ и въ отношеніи приговоренныхъ къ тюрьмѣ 3-яго разряда.

Что касается отнесенія къ тому или другому разряду тюрьмы, то оно осуществляется не административной властью, а опредѣляется судомъ въ приговорѣ. Первый разрядъ соотвѣтствуетъ аресту или крѣпости континентальныхъ законодательствъ и назначается за политическія преступленія, преступленія печати и т. п. Заключенные носятъ собственное

платье, могутъ получать свою пищу за свой счетъ, имѣть лучшую обстановку, нанимать другихъ для уборки камеры; пользуются лучшими камерами; выбираютъ работу по своему желанію. Второй разрядъ назначается обыкновенно судомъ взамѣнъ неуплаченной денежной пени. Этотъ разрядъ и первый могутъ и не быть отдѣляемы другъ отъ друга, но непремѣнно отдѣляются отъ третьяго. Присуждая къ третьему судъ можетъ назначить еще «тяжкій трудъ», что связано съ щипаніемъ пеньки или другой непріятной работой въ теченіе мѣсяца и полнымъ разобщеніемъ въ камерахъ на то же время отъ другихъ и лишеніемъ матраца первыя двѣ недѣли. Разряды различаются вообще діетой и нѣкоторыми деталями режима.

Реформаторіи и Борстальскія учрежденія.

6. Въ С. Америкѣ и въ Англіи существуютъ особыя тюрьмы *для* взрослыхъ юношей и болѣе *молодыхъ* изъ совершеннолѣтнихъ *преступниковъ*, *въ Америкѣ отъ 16 до 25 — 30 лѣтъ* (въ различныхъ штатахъ различно устанавливается предѣльный возрастъ), *въ Англіи отъ 16 до 21 г.*, но законъ 1908 г. предоставилъ министру внутрен. дѣлъ распространить этотъ порядокъ на не достигшихъ *23 лѣтъ*. Эти тюрьмы возникли въ Америкѣ въ 70-хъ годахъ XIX в., подъ вліяніемъ сознанія вреда отъ заключенія молодыхъ преступниковъ совмѣстно съ болѣе зрѣлыми и испорченными и подъ вліяніемъ общаго реформаторскаго движенія въ Америкѣ въ области тюремнаго дѣла. Это движеніе нашло для себя выраженіе въ трудахъ американскаго тюремнаго конгресса въ Цинциннати въ 1870 г. *Первой* тюрьмой указаннаго типа была *реформаторія въ Эльмайрѣ*, *вблизи Нью-Іорка*, открытая въ *1876 г. Во главѣ* ея сталъ *Броквей.* Сюда принимались преступники, подававшіе надежду на исправленіе въ возрастѣ 16—30 лѣтъ. Вскорѣ открылась вторая образцовая реформаторія въ Конкордѣ, въ Массачузетсѣ (1884 г.), а затѣмъ и друг. Въ Англіи идея реформаторіевъ была вызвана къ жизни фактомъ частаго рецидива среди отбывшихъ обыкновенное наказаніе тюрьмой на небольшіе сроки и находившихся въ возрастѣ 16 л.—21 годъ. Опытъ и статистика показали, что привычка къ преступной дѣятельности и обращеніе ея въ профессію слагаются чаще всего и особенно легко въ этомъ возрастѣ и что необходимы особыя мѣры какъ при отбытіи наказанія, такъ и послѣ этого для того, чтобы

уберечь несовершеннолѣтняго отъ такого пути. Въ виду этого и подъ вліяніемъ американскихъ реформаторіевъ, съ постановкой дѣла въ которыхъ ознакомился начальникъ тюремнаго управленія *Регль-Брайсъ*, возникаютъ, благодаря главнымъ образомъ его энергіи, *Борстальскія учрежденія въ Англіи*, получившія свое названіе отъ первой тюрьмы, въ которой былъ установленъ новый порядокъ, въ Борсталѣ (1900 г.); вторая возникла затѣмъ въ Линкольнѣ, позже для приговоренныхъ къ каторгѣ несовершеннолѣтнихъ въ Дортмурѣ. Эта система примѣнена была съ нѣкоторыми измѣненіями и при другихъ тюрьмахъ, въ отдѣленіяхъ «взрослыхъ юношей» («модифициров. борстальск. сист.»), приговоренныхъ на сроки менѣе года. Въ 1908 г. вышелъ законъ о борстальскихъ учрежденіяхъ, составляющій часть закона о предупрежденіи преступленій (Prevention of crime Bill).

Въ реформаторіяхъ и борстальскихъ учрежденіяхъ принята *прогрессивная система и подраздѣленіе на три класса*. Поступаютъ отбывающіе наказаніе въ *ординарный* классъ, откуда, по полученіи опредѣленнаго числа марокъ, переходятъ въ *высшій спеціальный* классъ (лучшія камеры, постели, болѣе позднее пользованіе свѣтомъ вечеромъ; въ Англіи разрѣшеніе послѣ занятій общихъ собесѣдованій, игры въ шахматы или шашки въ теченіе часа); марки выдаются не только за усердіе въ работѣ, но и за прилежаніе въ школѣ и хорошее поведеніе; въ Англіи существуютъ еще марки за «особыя заслуги» (выдающееся хорошее поведеніе и прилежаніе). Въ случаѣ нехорошаго поведенія возможенъ переводъ въ карательный классъ (запрещеніе свиданій, переписки, пользованія библіотекой). Не поддающіеся исправленію и режиму борстальскихъ тюремъ или реформаторій переводятся въ обыкновенныя тюрьмы, подлежатъ отбытію такого же наказанія, какъ зрѣлые преступники.

Общей чертой борстальск. учрежденій и реформаторій служитъ особая заботливость въ отношеніи подготовки заключенныхъ къ жизни на свободѣ. Видную роль играетъ обученіе различнымъ ремесламъ, а также земледѣльческому труду, далѣе школьное обученіе съ практическимъ оттѣнкомъ, обученіе стенографіи, бухгалтеріи, телеграфному дѣлу и т. д.; преподаются и географія и исторія; устраиваются публичныя лекціи. Во многихъ реформаторіяхъ работы орга-

низованы со всѣми новѣйшими техническими пріемами, механическими двигателями, паровыми машинами. Удѣляется вниманіе религіозному воспитанію, а также гимнастикѣ и военному строю. Въ реформаторіяхъ издается своя газета, по праздникамъ устраиваются представленія, бываютъ собранія образовательнаго и религіознаго характера. Дисциплина поддерживается системой марокъ (за нарушенія число ихъ понижается), помѣщеніемъ въ одиночныя камеры, лишеніемъ мягкой постели, свиданій, корреспонденціи; въ нѣкоторыхъ реформаторіяхъ допускается и прикованіе къ стѣнѣ.

Но борстальскія учрежденія не во всемъ сходны съ реформаторіями. Они отличаются не только по возрастному составу отбывающихъ наказаніе, но и въ томъ отношеніи, что въ Америкѣ основаніемъ для судьи направить молодого преступника въ реформаторію служитъ надежда на его исправленіе, въ Англіи, хотя, конечно, направляемый въ борстальское учрежденіе не долженъ принадлежать къ неисправимымъ, хотя цѣлью также служитъ исправленіе, но законъ 1908 года рекомендуетъ судьямъ назначать *борстальское учрежденіе* молодымъ *преступникамъ съ преступными привычками и склонностями*, или имѣющимъ общеніе съ лицами испорченными; напротивъ, по законамъ многихъ штатовъ, предшествующее отбытіе наказанія въ тюрьмѣ препятствуетъ присужденію къ реформаторіи. Обычный составъ борстальскихъ учрежденій это уже побывавшіе въ тюрьмѣ или въ исправительномъ заведеніи для несовершеннолѣтнихъ, далѣе худшіе элементы, переводимые изъ этихъ заведеній въ борстальскія въ наказаніе за побѣгъ или вредное вліяніе на другихъ; многіе оказываются даже повторными рецидивистами. Въ остальномъ составъ реформаторій и борстальскихъ учрежденій сходенъ; большинство осуждено за преступленія имущественныя или за бродяжество, нищенство, тѣлесныя поврежденія.

Другое отличіе заключается въ томъ, что въ Англіи въ эти учрежденія могутъ быть направляемы только физически здоровые и способные къ труду; лишь въ послѣднее время возникаетъ стремленіе и для другихъ преступниковъ указаннаго возраста создать сходныя учрежденія, пока же многіе изъ слабыхъ и нетрудоспособныхъ помѣщаются въ особыя отдѣленія для взрослыхъ юношей при обыкновенныхъ тюрь-

махъ; въ Соединенныхъ Штатахъ для такихъ преступниковъ существуетъ въ реформаторіяхъ особый классъ, гдѣ примѣняются мѣры къ поднятію физическаго ихъ состоянія (ванны, особая гимнастика).

Третье отличіе относится къ сроку заключенія: въ борстальскихъ учрежденіяхъ максимальный срокъ 3 года, въ реформаторіи это максимальный срокъ наказанія, положеннаго въ законѣ за данное преступленіе; *въ реформаторіяхъ впервые примѣнены такъ назыв. неопредѣленные (относительно неопредѣлен.)* приговоры (см. ниже). Минимумъ заключенія зависитъ отъ числа полученныхъ марокъ: для перевода изъ ординарнаго въ высшій классъ въ реформаторіи приходится въ лучшемъ случаѣ (если не было лишенія марокъ въ видѣ дисциплинарнаго взысканія) потратить 6 мѣсяцевъ, въ Англіи, въ борстальск.—5 мѣс.; пребываніе въ высшемъ классѣ реформаторіи продолжается минимально 6 мѣсяц., такимъ образомъ освобожденіе (условное) можетъ наступить не ранѣе, чѣмъ черезъ годъ; въ Англіи, законъ 1908 г. предоставляетъ тюремному управленію дать условное освобожденіе уже черезъ 6 мѣс. (для женщинъ 3 мѣс.) послѣ поступленія въ борстальское учрежденіе. Особенность этого освобожденія здѣсь состоитъ въ томъ, что время надлежащаго поведенія на свободѣ, если затѣмъ освобожденный, вслѣдствіе нарушенія условій, возвращается въ учрежденіе, засчитывается въ срокъ наказанія. Съ другой стороны вышедшій изъ борстальскаго учрежденія можетъ быть оставленъ даже послѣ отбытія наказанія подъ надзоромъ тюремнаго управленія въ теченіе 6 мѣс. и въ первые три мѣсяца можетъ быть возвращенъ въ учрежденіе не болѣе, чѣмъ на 3 мѣс., если этого требуютъ его интересы: напр., онъ не можетъ найти заработока, устроиться. Это скорѣе мѣра призрѣнія, чѣмъ наказаніе. Въ отношеніи направляемыхъ въ борстальскія учрежденія особенно развитъ патронатъ, благодаря Борстальской ассоціаціи.

Какъ эти учрежденія, такъ и реформаторіи даютъ хорошіе результаты: цыфры рецидива невысоки. Въ пользу этой системы высказываются многіе изслѣдователи, изучившіе вопросъ на мѣстѣ.

Пріемы тюремнаго воспитанія.

V. Средствами воспитанія во всякой хорошо организованной тюрьмѣ служатъ трудъ, дисциплина, уже отмѣченная система поощренія усилій къ исправленію и въ особенности

возможность сокращенія срока заключенія (см. ниже), мѣры поднятія умственнаго развитія и религіозное вліяніе.

Тюремный трудъ. Его значеніе и организація.

1. Трудъ является могучимъ воспитательнымъ средствомъ тюрьмы. Въ ея стѣнахъ преступникъ пріобрѣтаетъ привычку работать, отсутствіе которой часто бываетъ причиной преступленія; трудъ впослѣдствіи даетъ средства существованія тѣмъ, кто не научился или не желалъ до сихъ поръ снискивать себѣ эти средства законными способами. Въ тюрьмѣ преступникъ можетъ пріобрѣсти и знанія, которыхъ ему недоставало и которыя помогутъ ему найти себѣ честный заработокъ. Даже на тѣхъ, у которыхъ преступленіе вытекаетъ не изъ недостатка средствъ къ удовлетворенію потребностей, трудъ оказываетъ благотворное вліяніе, спасая отъ томящей тоски заключенія и отъ связанныхъ съ бездѣльемъ праздныхъ и развращающихъ бесѣдъ съ другими заключенными и пріучая къ размѣренности жизни, къ опредѣленному порядку. Трудъ служитъ такимъ образомъ и средствомъ поддержанія дисциплины въ тюрьмѣ и средствомъ сохраненія и укрѣпленія физическаго и духовнаго состоянія заключенныхъ. Лишеніе работы при одиночной системѣ было однимъ изъ тягостныхъ придатковъ лишенія свободы.

Работы должны быть организованы такъ, чтобы оставлять время и для школы и чтенія и прогулки; онѣ не должны быть слишкомъ продолжительны, но рабочее время не должно быть короче, чѣмъ для свободныхъ рабочихъ. Совершенно неумѣстны безцѣльныя и непродуктивныя работы, въ родѣ перетаскиванья ядеръ съ одного мѣста въ другое безъ всякой надобности, верченія колеса пустой мельницы; предназначенныя для устрашенія и практиковавшіяся прежде, эти работы, или вѣрнѣе безплодныя занятія, нынѣ нигдѣ не примѣняются, какъ вредныя, вызывающія только отвращеніе къ труду и озлобленіе заключенныхъ. Работы желательно сдѣлать разнообразными, съ одной стороны, чтобы онѣ больше соотвѣтствовали силамъ и способностямъ отдѣльныхъ группъ и прежнимъ занятіямъ заключенныхъ, съ другой стороны, чтобы дать въ руки отбывающаго наказаніе больше знаній, обучить не одному, а нѣсколькимъ ремесламъ для скорѣйшаго подысканія ему при выходѣ на свободу подходящаго занятія; наконецъ, нежелательно превращать тюрьму съ большимъ числомъ заключенныхъ, занятыхъ одной работой, въ ману-

фактуру или фабрику, создающую конкурренцію свободнымъ рабочимъ. Но большое разнообразіе работъ осложняетъ и удорожаетъ ихъ организацію. Выборъ работъ зависитъ отчасти отъ большей или меньшей трудности ихъ организаціи, отчасти отъ мѣстныхъ условій и тѣхъ занятій, которыя предстоятъ отбывшему наказанію на свободѣ: въ странахъ земледѣльческихъ болѣе полезно выполненіе во время отбытія наказанія земледѣльческихъ работъ—огородничества, садоводства. Устройство тюремъ—колоній и тюремъ—фермъ представляется весьма желательнымъ также въ интересахъ гигіеническихъ: работы на открытомъ воздухѣ способствуютъ укрѣпленію здоровья заключенныхъ. Такія тюрьмы встрѣчаются въ Западной Европѣ, но количество ихъ невелико. Организація надзора при работахъ на открытомъ воздухѣ затрудняется, и увеличивается опасность побѣговъ. Казалось бы, что такія работы скорѣе всего подходятъ для преступниковъ высшаго класса при прогрессивной системѣ передъ условнымъ освобожденіемъ, если срокъ пребыванія въ этомъ классѣ не очень короткій. Часто работы заключенныхъ направляются на удовлетвореніе различныхъ потребностей самого государства, напр.: выполняются заказы для различныхъ вѣдомствъ; или же производятся работы по прокладкѣ дорогъ, постройкѣ государственныхъ зданій, тюремъ и т. д. Въ низшихъ видахъ тюрьмы выборъ работъ слѣдовало бы предоставить самимъ заключеннымъ; при custodia honesta онѣ не предназначаются для того, чтобы сообщить знанія, необходимыя для пріисканія заработка. При краткосрочности заключенія, напр. арестѣ на 2—3 недѣли сообщить такія знанія было бы и невозможно. Но, въ виду вреднаго вліянія бездѣлья, заключенный не долженъ оставаться болѣе извѣстнаго минимальнаго срока безъ работы и долженъ выбрать или одно изъ существующихъ въ данномъ мѣстѣ заключенія занятій, или занятіе, возможное въ заключеніи.

Заключеннымъ слѣдуетъ выплачивать часть выручки отъ работы. Это служитъ мѣрой поощренія, и въ зависимости отъ тяжести рода заключенія (каторжная тюрьма, исправит. домъ и т. п.) и класса при прогрессивной системѣ эта доля должна варьироваться. Причитающаяся арестанту сумма дѣлится на двѣ части, одна выдается на руки и можетъ расходоваться на поддержаніе семьи или на улучшеніе питанія

въ предѣлахъ дозволеннаго порядкомъ тюрьмы, другая часть сберегается и выдается при освобожденіи. Лишеніе заработка на извѣстный срокъ служитъ дисциплинарной мѣрой. Часть выручки идетъ на расходы по содержанію тюрьмы. Но ни одна не можетъ содержаться на доходъ отъ тюремныхъ работъ и каждая требуетъ значительныхъ приплатъ изъ общегосударственныхъ доходовъ.

Организація тюремныхъ работъ можетъ быть подрядная или хозяйственная. Сдача работъ подрядчику можетъ быть выгоднѣе и избавляетъ тюремное вѣдомство или начальство тюрьмы отъ ряда заботъ и мѣръ, предполагающихъ знаніе рынка, условій пріобрѣтенья матеріаловъ, сбыта продуктовъ и т. д. Но эта система допускаетъ въ тюрьму посторонній элементъ, для котораго важно извлеченіе выгоды и безразлично воспитательное воздѣйствіе на заключенныхъ; агенты подрядчика могутъ вредно вліять на тюремные порядки, доставлять запрещенные предметы, письма и т. д. Хозяйственная организація работъ предпочтительнѣе съ точки зрѣнія раціональной постановки и работъ, и дисциплины; экономическія трудности устраняются, если работы выполняются для различныхъ вѣдомствъ, которыя сами заботятся о пріобрѣтеніи сырья и необходимыхъ инструментовъ. Часть заключенныхъ обыкновенно занята работами, необходимыми для хода тюремной жизни: варкой пищи, стиркой бѣлья, приготовленіемъ или исправленіемъ одежды и т. д., иногда выполняетъ канцелярскую переписку.

Дисциплина и взысканія за ея нарушенія.

2. Важное значеніе имѣетъ строго опредѣленный порядокъ тюремной жизни, правильное распредѣленіе дня для работъ, принятія пищи, сна, отдыха, и полезное использованіе свободнаго времени—для прогулокъ, чтенія, самообразованія, въ женскихъ тюрьмахъ—рукодѣлія. Поведеніе заключенныхъ въ этихъ отношеніяхъ должно быть строго нормировано. Нарушеніе правилъ поведенія, установленныхъ для заключенныхъ, вызываетъ примѣненіе дисциплинарныхъ взысканій. Низшей мѣрой служитъ выговоръ. Какъ высшее взысканіе во многихъ мѣстахъ, особенно для высшихъ видовъ тюрьмы, сохранилось *тѣлесное* наказаніе плетью, розгами до 30—36 ударовъ (Англія, Норвегія, Германія), иногда только для не достигшихъ 18-лѣтняго возраста или для лишенныхъ почетныхъ правъ (Норвегія), большею частью за такія нару-

шенія, какъ бунтъ въ тюрьмѣ, насильственныя дѣйствія противъ тюремнаго персонала или оскорбленіе его. Въ Россіи въ исправит. арестант. отдѣленіяхъ могли примѣняться въ дореволюціонное время розги (до 50 ударовъ) по соглашенію начальника мѣста заключенія съ прокуратурой и тюремнымъ инспекторомъ (гдѣ онъ есть) и съ утвержденія губернатора. Въ нѣкоторыхъ государствахъ Германіи допускается заключеніе на короткое время въ такъ назыв. *Lattenkammer* (комната выложенная трехгранными брусьями), во Франціи въ maisons centrales — въ *дисциплинарную залу*, гдѣ съ утра до вечера наказанные остаются безъ работы, чтенія, въ строгомъ молчаніи и должны то ходить, то сидѣть на камняхъ. Мѣстами допускается примѣненіе на нѣсколько часовъ штрафного кресла (Германія), штрафной кровати, на которыхъ наказанный лишенъ возможности дѣлать движенія, далѣе наложеніе оковъ на короткій срокъ, особенно для предотвращенія буйства или побѣга, наконецъ смирительная рубашка. Далѣе идутъ *карцеръ свѣтлый и темный* (съ переводомъ въ свѣтлый черезъ каждые нѣсколько дней, обыкновенно, черезъ 3 дня), *съ оставленіемъ на хлѣбъ и водъ* (черезъ каждые 2 или 3 дня дается обыкновенная пища), *лишеніе матраца*, переводъ въ худшій классъ при прогрессивной системѣ или отдаленіе времени условнаго освобожденія на извѣстный срокъ; при системѣ балловъ или марокъ—лишеніе нѣкотораго ихъ количества, ограниченіе и лишеніе различныхъ льготъ, напр. права свиданій, переписки, чтенія книгъ, пользованія добавочными предметами питанія за свой счетъ; лишеніе причитающагося заработка.

Тюремное образованіе

3. Что касается умственнаго развитія арестантовъ, то поднятіе его, конечно, весьма полезно. Но въ виду матеріальныхъ затратъ, связанныхъ съ широкой постановкой образованія, и въ виду того, что часто честное населеніе по недостатку средствъ лишено возможности получить образованіе выше самаго элементарнаго, школьное обученіе въ тюрьмѣ должно ограничиться наиболѣе необходимымъ: преподаваніемъ грамоты, ариѳметики, элементарныхъ свѣдѣній изъ географіи, исторіи и природовѣдѣнья. Полезно устройство чтеній, нравственныхъ бесѣдъ, предоставленіе книгъ изъ тюремной библіотеки на время, остающееся свободнымъ отъ работъ. Обученіе различнымъ предметамъ, знаніе ко-

торыхъ, поможетъ заключенному впослѣдствіи скорѣе найти заработокъ, напр. черченію, каллиграфіи, печатанію на ремингтонѣ, бухгалтеріи, должно стоять на первомъ мѣстѣ.

Русскія тюрьмы.

VI. Наше законодательство содержитъ постановленія относительно тюремныхъ системъ и тюремнаго режима отчасти въ Угол. Улож., отчасти въ Уст. о содержащихся подъ стражей и въ Уст. о ссыльныхъ. Согласно Угол. Ул. заключеніе примѣняется въ 5 видахъ: каторжной тюрьмы, исправительнаго дома, тюрьмы, крѣпости и ареста. Приговоренные къ каторгѣ содержатся въ общемъ заключеніи въ каторжныхъ тюрьмахъ и подвергаются принудительнымъ тяжкимъ работамъ, какъ въ помѣщеніяхъ этихъ тюремъ, такъ и внѣ оныхъ. Приговоренные къ исправительному дому содержатся сначала въ одиночномъ заключеніи отъ 3 до 6 мѣс., а затѣмъ переводятся въ общее заключеніе; они занимаются заведенными въ исправ. домѣ работами, для мужчинъ допускается назначеніе и на работы внѣ исправ. дома. Но это наказаніе не организовано, и присужденіе къ исправит. дому замѣняется исправит. арестантскими отдѣленіями. Одиночныхъ камеръ у насъ слишкомъ мало даже для проведенія ночного разъединенія, и господствующей системой является общее заключеніе на все время дня и ночи, при чемъ работы производятся въ томъ же помѣщеніи, если онѣ вообще организованы. Большей частью заключенные помѣщаются по нѣсколько десятковъ человѣкъ въ большихъ камерахъ общаго заключенія. Въ нѣкоторыхъ тюрьмахъ на день убираются альковы, во многихъ ночь проводится на нарахъ, остающихся и днемъ. По мысли составителей *Угол. Ул.* (ст. 20), приговоренные къ тюрьмѣ (въ тѣсномъ смыслѣ) должны содержаться въ *одиночномъ* заключеніи. Но законъ предусмотрѣлъ неимѣніе или недостатокъ въ тюрьмѣ одиночныхъ камеръ и допустилъ въ этихъ случаяхъ *совмѣстное заключеніе*, но съ *увеличеніемъ срока*, опредѣленнаго въ приговорѣ *на* 1/4: четыре дня общаго заключенія приравниваются 3 днямъ одиночнаго. Работы въ тюрьмѣ признаются обязательными. Общее заключеніе установлено для приговоренныхъ къ крѣпости и аресту, но лица послѣдней категоріи, по ихъ просьбѣ, при наличности свободныхъ камеръ, помѣщаются въ одиночное заключеніе (ст. 19 и 21). Въ случаѣ присужденія къ аресту на срокъ свыше 7 дней, они обязаны избрать себѣ

какое-либо занятіе изъ допущенныхъ въ арестномъ помѣщеніи. Арестъ до 7 дней можетъ быть, по опредѣленію суда, отбываемъ на дому. Арестъ по Угол. Ул. назначается за проступки, крѣпость за непозорящія преступленія (въ технич. смыслѣ ст. 3, ср. выше, стр. 70) — custodia honesta; исправительный домъ и тюрьма за остальныя преступленія; каторжная тюрьма за тяжкія преступленія. Сроки крѣпости соотвѣтствуютъ въ минимумѣ тюрьмѣ—2 недѣли и въ максимумѣ исправит. дому—6 лѣтъ. Минимумъ послѣдняго $1^1/_2$ года, максимумъ тюрьмы 1 годъ. Сроки ареста отъ 1 дня до 6 мѣс. и каторги отъ 4 до 15 лѣтъ или каторга безсрочная.

Сходно значеніе ареста и крѣпости по *Ул. о нак.* Что касается другихъ видовъ тюрьмы, то Улож. о нак. различаетъ исправит. арестантскія отдѣленія и тюрьму трехъ видовъ въ зависимости отъ правопораженій — съ лишеніемъ всѣхъ особен. правъ, нѣкоторыхъ правъ и безъ лишенія правъ. О срокахъ см. выше, стр. 231. Но приговоренные къ исправит. арестант. отдѣленіямъ часто отбываютъ наказаніе въ тюрьмѣ съ обращеніемъ на самыя тяжкія работы, по недостатку мѣста въ арестант. отдѣленіяхъ или по дальности разстоянія, согласно постановленію закона; замѣна тюрьмой установлена, независимо отъ того, для женщинъ, и для всѣхъ, не достигшихъ 17 лѣтъ или находящихся въ возрастѣ 60 или болѣе лѣтъ, независимо отъ пола. *Одиночное* заключеніе въ 1887 г. допущено (ст. 266 Уст. о содерж. подъ стражей) только для приговоренныхъ *по Ул. о нак. къ тюрьмѣ* (въ тѣсномъ смыслѣ) и можетъ продолжаться не болѣе, чѣмъ $1^1/_2$ года. Отбытіе тюремнаго заключенія въ одиночной камерѣ влечетъ *въ этомъ случаѣ сокращеніе срока,* а именно каждые 3 дня зачитываются за 4, при годичной продолжительности такого заключенія, послѣ года 2 дня зачитываются за три. Указанная 266 ст. распространена затѣмъ и на отбывающихъ въ одиночной камерѣ наказаніе исправит. домомъ или на содержащихся въ тюрьмѣ взамѣнъ крѣпости. Одиночное заключеніе устроено по смягченной системѣ отдѣленія (индивидуальной), съ общими занятіями въ школѣ, съ общей прогулкой (но на извѣстномъ разстояніи другъ отъ друга).

Обязательныя работы существуютъ у насъ по закону *для приговоренныхъ къ каторгѣ, арестантскимъ отдѣленіямъ и къ тюрьмѣ* (но не къ аресту, или крѣпости); приговорен-

ные къ тюрьмѣ не за корыстныя преступленія имѣютъ право выбора занятій изъ разрѣшенныхъ въ данной тюрьмѣ. Остальные, а также сейчасъ указанные осужденные, въ случаѣ неизбранія ими занятія, обращаются на работы, заведенныя въ данномъ мѣстѣ заключенія. Приговоренные къ каторгѣ и арестант. отдѣленіямъ могутъ быть обращаемы и на внѣшнія работы, отдѣльно отъ свободныхъ рабочихъ. Но во многихъ мѣстахъ заключенія работы организованы плохо и значительный процентъ отбывающихъ наказаніе остается не занятымъ. При многихъ мѣстахъ заключенія практикуются огородныя работы на земельныхъ участкахъ, принадлежащихъ тюрьмѣ, чаще это различныя ремесленныя работы. Заключеннымъ выдается часть выручки отъ работъ, за отчисленіемъ стоимости матеріала: каторжнымъ $^1/_{10}$, приговореннымъ къ исправ. арест. отдѣленіямъ $^3/_{10}$,—къ тюрьмѣ $^6/_{10}$. Остальная часть выручки дѣлится пополамъ и идетъ въ доходъ казны и въ пользу тюрьмы.

До введенія въ 1909 г. закона объ условномъ досрочномъ освобожденіи, мѣрой поощренія для лучшихъ изъ заключенныхъ въ исправит. арест. отдѣленія было сокращеніе срока наказанія: для перешедшихъ въ разрядъ исправляющихся 10 мѣс. считались за годъ (безусловное досрочное освобожденіе). Нынѣ этотъ порядокъ замѣненъ условнымъ досрочнымъ освобожденіемъ (см. ниже). Переводъ въ разрядъ исправляющихся зависитъ отъ поведенія, прилежанія и успѣха въ работахъ. Что касается классификаціи заключенныхъ, то проводится только самая элементарная: по полу, возрасту, отчасти по тяжести совершеннаго преступленія (отдѣляются особенно важные преступники отъ другихъ); рекомендовалось также отдѣленіе отъ другихъ лицъ высшаго соціальнаго положенія. Отбывающіе арестъ при тюрьмѣ*) содержатся отдѣльно. Для приговоренныхъ къ аресту существуютъ арестные дома для приговоренныхъ мировыми судьями и арестныя помѣщенія при полиціи. Дворяне и чиновники могли отбывать арестъ и на военной гауптвахтѣ или на дому, у себя. Домашній арестъ разсматривается, какъ болѣе мягкая форма ареста.

---

*) Лица, изъятыя отъ тѣлесныхъ наказаній по правамъ состоянія.

Дисциплинарныя взысканія въ тюрьмѣ и арестант. отдѣл, выговоръ, лишеніе различныхъ льготъ (чтенія, кромѣ книгъ духовнаго содержанія, права переписки, свиданій, правъ улучшенія на свой счетъ питанія, распоряженія заработкомъ, лишеніе заработка) не болѣе, чѣмъ на 1 мѣс. (лишеніе заработка можетъ быть и на 2 мѣс.), оставленіе на хлѣбѣ и водѣ не свыше 3 дней, свѣтлый карцеръ до 1 недѣли (въ арестант. отдѣл. до 1 мѣс.). *Темный карцеръ и тѣлесныя наказанія отмѣнены* Времен. Правит. *17 марта 1917 г.* (выше стр. 250); тогда же ст. 320 Уст. о содерж. подъ страж. измѣнена, и для арестантовъ, изобличенныхъ въ двукратномъ побѣгѣ или покушеніи на побѣгъ, установлено запрещеніе перевода въ разрядъ исправляющихся.

Управленіе мѣстами заключенія сосредоточивалось въ Главномъ тюремномъ Управленіи, переименованномъ Времен. Правит. въ Главное Управленіе мѣстами заключенія. На мѣстахъ наблюденіе за тюрьмами принадлежитъ начальнику губерніи и прокуратурѣ; въ нѣкоторыхъ губерніяхъ введены губернскіе тюремные инспекторы и ихъ помощники. Забота о физическомъ и нравственномъ состояніи заключенныхъ и объ улучшеніи мѣстъ заключенія возлагается также на Попечительное о тюрьмахъ общество, съ его мѣстными комитетами и отдѣленіями. Это общество, возникшее въ 1819 г., благодаря дѣятельности братьевъ Венинговъ, одинъ изъ которыхъ былъ членомъ Лондонскаго Говардова Общества, принесло извѣстную пользу въ дѣлѣ улучшенія быта заключенныхъ. Но съ 1851 г. оно пріобрѣло оффиціальный характеръ, и дѣятельность его стала менѣе продуктивной.

Заключеніе не въ формѣ тюрьмы.

VII. Заключеніе можетъ осуществляться и въ другихъ формахъ, отличаемыхъ отъ тюрьмы (въ широкомъ смыслѣ) и признаваемыхъ иногда не наказаніемъ, а мѣрами соціальной защиты. Сюда относятся: 1) рабочіе или работные дома, 2) особыя заведенія для уменьшенно—вмѣняемыхъ и для алкоголиковъ, 3) учрежденія для интернированія привычныхъ рецидивистовъ, 4) исправительныя заведенія для малолѣтнихъ преступниковъ.

Рабочій домъ.

1. Третья изъ этихъ мѣръ почти не отличается отъ тюрьмы; о нѣкоторыхъ особенностяхъ см. ниже (въ слѣдующей части). То же слѣдуетъ сказать о рабочемъ домѣ: общій режимъ здѣсь

такой же *), иногда нѣсколько смягченный, напр.: предоставленіемъ кратковременнаго отпуска содержащимся въ рабочемъ домѣ въ теченіе срока пребыванія въ немъ, отчисленіемъ большей доли выручки. Важнѣйшая особенность, отличающая это заключеніе отъ тюремнаго, и при томъ только въ Европѣ, состоитъ въ *неопредѣленности срока* пребыванія въ рабочемъ домѣ; этотъ срокъ не опредѣляется судомъ въ большинствѣ государствъ, знающихъ этотъ видъ заключенія**), и только *не можетъ превосходить установленнаго* для него закономъ *максимума* (обыкновенно 3 лѣтъ; въ Бельгіи 7 лѣтъ, въ Норвегіи при рецидивѣ привычнаго бродяжества до 6 лѣтъ). Допускается условное освобожденіе. Иногда примѣненіе рабочаго дома передается административнымъ органамъ по приговору суда, и уже эти органы рѣшаютъ вопросъ о продолжительности пребыванія тамъ (Korrectionelle Nachhaft въ Германіи). Наше Угол. Ул. (ст. 30) не принимаетъ неопредѣленности приговора въ отношеніи срока содержанія въ рабочемъ домѣ.

Рабочій домъ разсматривается законодательствами и наукой, какъ мѣра, пригодная для лицъ, преступность которыхъ вытекаетъ изъ тунеядства, привычки къ праздности или къ разврату и не проявляется въ формѣ тяжкой преступности или закоренѣлые. Таковы привычные нищіе и бродяги, далѣе или закоренѣлости. Таковы привычные нищіе и бродяги, далѣе женщины, сутенеры, сводни) или имѣющіе темныя средства существованія (содержатели притоновъ, игорныхъ залъ и т. п.). Это среда, изъ которой нерѣдко выходятъ профессіональные и крупные преступники или которая создаетъ атмосферу для тяжкихъ преступленій. Краткосрочная тюрьма оказывается недостаточно устрашительной и совершенно нецѣлесообразной въ отношеніи этихъ лицъ «съ опасными привычками жизни» (Гарсонъ). Законодательства и проекты, вводя рабочій домъ, какъ дополненіе наказанія тюрьмой, стараются примирить принципъ возмездія съ началами спеціальнаго предупрежде-

*) Заключеніе въ рабочемъ домѣ обыкновенно общее съ ночнымъ разъединеніемъ, или же и безъ послѣдняго: заключенные спятъ группами въ предназначенныхъ для этого дортуарахъ (наприм. въ Merxplas, въ Бельгіи).

**) Германія, Австрія, Бельгія, Данія, Швеція, Норвегія, отчасти Франція.

нія; осуществленіе задачъ послѣдняго возлагается на особый институтъ мѣръ соціальной защиты. Несостоятельность такого разрѣшенія проблемы уже отмѣчена выше и косвенно признается и дѣйствующими законодательствами и новѣйшими проектами, когда они допускаютъ назначеніе рабочаго дома не въ дополненіе краткосрочнаго наказанія, а взамѣнъ его. Въ дѣйствительности рабочій домъ на сравнительно большой срокъ соотвѣтствуетъ и принципу справедливаго воздаянія, если въ основаніе оцѣнки положить и особо вредное свойство преступнаго настроенія такихъ лицъ, его рѣзко выраженную антисоціальность, и нѣкоторую интенсивность этого настроенія (сходно Гиппель, Познышевъ); это лица съ задатками хронической преступности. Въ литературѣ вопроса рабочій домъ считаютъ мѣрой репрессіи преступниковъ съ слабымъ характеромъ, легко поддающихся соблазнамъ, не имѣющихъ достаточно энергіи для регулярнаго образа жизни и боящихся труда.

По *швейцарскому проекту* вопросъ о назначеніи рабочаго дома рѣшается судомъ на основаніи принадлежности преступника къ категоріи праздныхъ и боящихся труда людей, если судимое дѣяніе находится въ связи съ этими свойствами характера; эта мѣра не можетъ быть назначена судомъ для тѣхъ, кто отбылъ раньше наказаніе въ Zuchthaus'ѣ. *Германскій проектъ* связываетъ рабочій домъ съ опредѣленными деликтами, къ которымъ относятся между прочимъ и кража, мошенничество, вымогательство, корыстное укрывательство имущества, добытаго преступленіемъ, профессіональная азартная игра, торговля женщинами. Эта система должна быть признана менѣе удовлетворительной, чѣмъ швейцарская. Высказываются далѣе (Ашроттъ) противъ примѣненія рабочаго дома къ сутенерамъ, какъ принадлежащимъ не къ безвольнымъ натурамъ, а скорѣе къ опаснымъ преступникамъ. Въ случаѣ непригодности преступника къ рабочему дому, по неспособности къ труду, или по неподчиненію порядкамъ этого учрежденія, онъ подлежитъ обычному наказанію, которое тогда опредѣляется судомъ (германск. проектъ), или въ первоначальномъ приговорѣ назначается вмѣстѣ съ рабочимъ домомъ, но примѣняется только, когда обнаружилась непригодность осужденнаго къ этому послѣднему (швейцарск. проектъ).

Условіемъ примѣненія рабочаго дома служитъ присужденіе за деликтъ къ опредѣленному минимуму наказанія лишеніемъ свободы: по герман. проекту не менѣе, чѣмъ къ четырехнедѣльной тюрьмѣ или аресту на такой же срокъ; по бельгійскому закону 1891 г., присужденіе къ тюрьмѣ не менѣе года, за преступное дѣяніе, совершенное нищимъ или

бродягой, влечетъ заключеніе его, по отбытіи наказанія, въ «depôt de mendicité» на срокъ отъ 1 года до 7 лѣтъ. Согласно *Угол. Ул.* (ст. 32): «Приговоренный къ заключенію въ тюрьмѣ, если судъ признаетъ его учинившимъ преступное дѣяніе вслѣдствіе тунеядства или праздности, можетъ быть, по опредѣленію суда, помѣщенъ непосредственно по отбытіи заключенія въ тюрьмѣ, въ работный домъ на срокъ отъ 6 мѣс. до 2 лѣтъ». Но рабочимъ домомъ карается на Западѣ часто самое нищенство въ видѣ промысла и привычное бродяжество (Норвегія, швейцарскій проектъ), вслѣдствіе лѣни, пьянства, распутства (Бельгія) и сутенерство (Бельгія). Рабочій домъ не примѣняется въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ.

Заведенія для уменьшенно-вмѣняемыхъ.

2. Особое заключеніе признается наукой въ послѣднее время необходимымъ для уменьшенно-вмѣняемыхъ и въ частности для привычныхъ пьяницъ. Въ пользу этого высказываются научные конгрессы; на той же точкѣ зрѣнія стоятъ новѣйшіе проекты и отчасти Норвежское, Англійское и Итальянское законодательства. Но остается спорнымъ вопросъ, представляетъ ли собою это заключеніе мѣру защиты или наказаніе и въ связи съ этимъ, замѣняетъ ли оно послѣднее, или же назначается дополнительно къ наказанію (см. выше, стр. 98)? Неяснымъ остается самый характеръ заведеній для уменьшенно-вмѣняемыхъ и режимъ ихъ; типъ ихъ еще не выработанъ. Въ общемъ эти учрежденія должны имѣть смѣшанный характеръ тюрьмы-лечебницы, въ которой руководящая роль принадлежала бы компетентному врачу, порядокъ дня, количество рабочаго времени, выборъ работы, питаніе, льготы и взысканія, часто примѣненіе лечебныхъ пріемовъ были бы опредѣляемы на основаніи тщательнаго ознакомленія съ особенностями заключеннаго, и весь режимъ былъ бы мягче и индивидуализированъ въ возможно бо́льшей степени. Это предполагаетъ малочисленность населенія такой тюрьмы-лечебницы. Въ случаѣ примѣненія этой мѣры только къ дѣйствительнымъ случаямъ уменьшенной вмѣняемости и при томъ, когда осужденный представляетъ опасность для общества (такъ Норвегія), число заключенныхъ не можетъ быть велико. Указанная мѣра должна назначаться на неопредѣленный срокъ. Желательно однако распространеніе этой мѣры и на другіе случаи, въ которыхъ, хотя нельзя констатировать «опасное состояніе личности», но наказаніе лишеніемъ свобо-

ды не можетъ быть, въ виду серіозности деликта или привычки къ преступной дѣятельности, устранено и замѣнено условнымъ осужденіемъ или денежной пеней. Примѣненіе обычнаго наказанія тюрьмой окончательно подорветъ психическое состояніе дефективнаго, и срочное интернированіе его въ спеціальномъ заведеніи указаннаго типа, и при томъ вмѣсто наказанія, единственно правильная мѣра.

Убѣжища для алкоголиковъ.

3. Большее практическое значеніе и нынѣ уже имѣютъ убѣжища для *принудительнаго интернированія привычныхъ пьяницъ за самое привычное пьянство или же въ случаѣ совершенія ими преступнаго дѣянія на почвѣ этого порока* (*Англія*, законъ 1898 г.; *Норвегія*, зак. 1900 г., швейцарск. и германск. проекты; Итальянск. улож.). Срокъ заключенія по этимъ законамъ не должно быть болѣе опредѣленнаго максимума — въ Англіи 3 лѣтъ, въ Норвегіи — 18 мѣс. и при рецидивѣ 3 лѣтъ, по герман. и швейцарск. проекту — 2 лѣтъ. Условіемъ помѣщенія въ убѣжище служитъ совершеніе преступнаго дѣянія, караемаго тюрьмой простой или каторжной, въ Англіи, по герман. проекту—караемаго не ниже ареста на 2 недѣли; швейцар. проектъ не устанавливаетъ этого условія. Но и опьяненіе, сопровождавшееся неприличнымъ поведеніемъ въ публичномъ мѣстѣ, караемое въ Англіи, какъ мелкій деликтъ, въ случаѣ обвиненія въ немъ въ четвертый разъ въ теченіе 1 года, влечетъ помѣщеніе въ убѣжище для алкоголиковъ. Въ Норвегіи привычное пьянство вызываетъ эту мѣру кромѣ того и тогда, когда пьяница является опаснымъ для себя или для окружающихъ или пренебрегаетъ своими обязанностями по отношенію къ семьѣ. Въ Норвегіи возможно помѣщеніе въ рабочій домъ. Въ Англіи упомянутое убѣжище (реформаторія) можетъ и замѣнить наказаніе за совершенное привычнымъ пьяницей преступленіе; такъ и швейцарскій проектъ. Но и этотъ и германскій проекты не допускаютъ этой мѣры при присужденіи къ Zuchthaus. Сущность режима въ этихъ убѣжищахъ сводится къ поставленію осужденнаго въ болѣе здоровыя условія жизни, къ укрѣпленію его физическихъ силъ порядкомъ и размѣренностью жизни и трудомъ и къ укрѣпленію воли, къ устраненію возможности пить крѣпкіе напитки, иногда къ примѣненію лечебныхъ пріемовъ. Опытъ англійскихъ реформаторій, по свидѣтельству проф. Люблинскаго, мало утѣшительный; излечивается около 15%;

реформаторія для алкоголиковъ скорѣе служитъ однимъ изъ средствъ обезпеченія общества. Сравнительно небольшая надежда на благопріятные результаты является причиной введенія законами максимальнаго срока пребыванія въ такомъ убѣжищѣ: если опытъ въ теченіе 2—3 лѣтъ не удался, дальнѣйшее заключеніе безцѣльно, содержаніе алкоголика до выздоровленія могло бы превратиться въ пожизненное. Это во многихъ случаяхъ не соотвѣтствовало бы значенію деликта, въ другихъ же могло бы примѣняться обычное долгосрочное наказаніе, не связанное со спеціальными расходами, какъ при реформаторіи. Поэтому такая мѣра могла бы назначаться на ряду съ наказаніемъ, замѣняя послѣднее только при присужденіи къ лишенію свободы на сроки годъ или полтора года.

Заведенія для малолѣтнихъ преступниковъ.

4. Особенно важное значеніе имѣютъ учрежденія, въ которыя помѣщаются малолѣтніе преступники. Уже было отмѣчено, что въ отношеніи ихъ умѣстно не наказаніе, а принудительное воспитаніе, и что однородныя мѣры должны быть примѣняемы къ дѣтямъ и подросткамъ, какъ изобличеннымъ въ совершеніи преступнаго дѣянія, такъ и къ непреступнымъ: безпріютнымъ и безпризорнымъ, оставленнымъ родителями на произволъ судьбы, или же растущимъ во вредной для нравственности семейной обстановкѣ. Первыя учрежденія, преслѣдующія цѣли принудительнаго воспитанія малолѣтнихъ преступниковъ, возникли во Франціи въ началѣ XIX в., но развитіе получили только съ середины XIX вѣка. Въ 1839 г. появилась образцовая колонія въ Меттре, вблизи Тура, во Франціи, устроенная Демецомъ; въ Англіи старѣйшая колонія — въ Редгилѣ. Въ Россіи правила объ устройствѣ пріютовъ впервые опредѣлены закономъ 5 дек. 1866 г.; нынѣ дѣйствуетъ Положеніе о воспитательно-исправительныхъ заведеніяхъ для малолѣтнихъ 1909 г. Первый пріютъ былъ открытъ въ 1865 г. въ Москвѣ Н. В. Рукавишниковымъ, виднѣйшимъ дѣятелемъ въ этой области; послѣ его смерти, дѣло, начатое имъ, продолжали его братъ, а также А. Фидлеръ (подмосковная колонія для малолѣтнихъ).

Во Франціи законъ различаетъ исправительныя колоніи и колоніи пенитенціарныя (pénitentiaires) для мальчиковъ; распредѣленіе ихъ между этими колоніями зависитъ отъ того признанъ ли малолѣтній дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ или

безъ разумѣнія и отъ срока наказанія, къ которому онъ приговоренъ (въ первомъ случаѣ); colonies pénitentiaires разсматриваются, какъ менѣе серіозная мѣра; для дѣвочекъ существуютъ только maisons d'education; въ Англіи также существуютъ реформаторіи—школы (исправительныя) и ремесленныя, составъ которыхъ различается по возрасту, а также въ томъ отношеніи, что въ ремесленныя школы помѣщаются и непреступныя дѣти, безпризорныя и т. п. (см. выше стр. 93). Въ Бельгіи съ 1912 г. кромѣ écoles de bienfaisance введены, для наиболѣе испорченныхъ, établissements de préservation; разныя школы (écoles de bienfais.) принимаютъ преступниковъ малолѣтнихъ разнаго возраста. У насъ существуетъ одинъ типъ — воспитательно-исправительныя заведенія. У насъ сюда по постановленію совѣта общества, завѣдывающаго такимъ заведеніемъ, могутъ быть принимаемы и безпризорныя дѣти, а также нищенствующіе, бродяжествующіе и отдаваемыя на исправленіе родителями.

Самое устройство учрежденій принудительнаго воспитанія не всюду одинаковое, даже въ одномъ и томъ же государствѣ. Одни устроены по типу общежитія, другія по типу искусственной семьи (въ Меттре, въ Редгилѣ, у насъ въ Вильнѣ, въ Кіевѣ), т. е. такимъ образомъ, что группы въ нѣсколько десятковъ человѣкъ, состоящія изъ подростковъ близкихъ по возрасту и по нравственнымъ свойствамъ, размѣщаются отдѣльно одна отъ другой (по отдѣльнымъ коттеджамъ въ Редгильской школѣ) и находятся въ завѣдываніи отдѣльнаго воспитателя и его жены, представляющихъ собою какъ-бы отца и мать этихъ дѣтей. Хотя это подобіе семьи очень мало сходства имѣетъ съ дѣйствительной семьей, недостатокъ которой она призвана замѣнить малолѣтнему, однако эта система имѣетъ то достоинство, что, при малочисленности группы, позволяетъ лучше ознакомиться съ особенностями каждаго и вмѣстѣ съ тѣмъ служитъ для классификаціи всѣхъ содержащихся въ данномъ заведеніи, отдѣляя одни элементы отъ другихъ. Но система коттеджей обходится дороже. Раздѣленіе по возрастамъ достижимо направленіемъ болѣе взрослыхъ въ одни заведенія, менѣе взрослыхъ въ другія, какъ въ Бельгіи. Тамъ же и при общемъ заключеніи проводится классификація по развитію и нравственнымъ свойствамъ посредствомъ размѣщенія классовъ отдѣльно другъ

отъ друга, въ особыхъ частяхъ зданія, а также при работѣ. Дѣленіе на классы, 2 или 3, примѣняется и въ нашихъ пріютахъ, но не проводится раздѣленіе по возрастамъ. Вообще число мѣстъ въ нашихъ пріютахъ далеко не удовлетворяетъ потребности; подавляющее большинство (около 80%) направляется въ особыя отдѣленія при тюрьмахъ, представляющія собою въ сущности отдѣльныя большія комнаты общей тюрьмы; разобщеніе съ остальными ея обитателями плохо достигается; огромное большинство попадающихъ въ эти отдѣленія остается безъ работы и обученія.

Задачи разсматриваемыхъ учрежденій состоятъ въ воспитаніи и образованіи малолѣтнихъ. На первомъ мѣстѣ стоитъ обученіе земледѣлію и ремесламъ, въ Англіи также мореходному дѣлу (школы-корабли). Система поощренія, въ формѣ увеличенія льготъ, размѣра заработка, условнаго освобожденія и перевода въ лучшій разрядъ, т. е. пріемы, характеризующіе прогрессивную систему, практикуются на Западѣ и въ этихъ заведеніяхъ. Гораздо бо́льшее вниманіе, чѣмъ въ тюрьмахъ для взрослыхъ, удѣляется здѣсь умственному развитію заключенныхъ и надлежащей постановкѣ образованія, въ общемъ соотвѣтствующаго начальной, а для болѣе взрослыхъ высшей начальной школѣ; въ Англіи въ учебныхъ вопросахъ этихъ учрежденій принимаетъ участіе министерство просвѣщенія. Большое значеніе придается физическому развитію: гимнастика, спортъ (плаваніе, фудъ-болъ въ Англіи, обученіе военному строю) занимаютъ видное мѣсто въ ряду пріемовъ воспитанія, поддерживая также бодрое настроеніе заключенныхъ, умѣряя монотонность жизни и способствуя ея правильному теченію, предупреждая нарушенія порядка и режима. Устраиваются даже состязанія, выдаются призы. Производится обученіе хоровому пѣнію, организуются оркестры изъ заключенныхъ. Иногда бываютъ даже театральныя представленія. Хорошо организованное учрежденіе служитъ прекраснымъ средствомъ противъ рецидива, какъ показываетъ статистика Англіи (около 15%).

Характерной чертой учрежденій для репрессіи малолѣтнихъ служитъ неопредѣленность (относительная) срока заключенія: содержащіеся здѣсь подлежатъ условному освобожденію тогда, когда начальство пріюта признаетъ ихъ заслуживающими этого и когда найдено мѣсто или работа, на

которыя ихъ можно опредѣлить. Въ Англіи пребываніе въ исправит. школѣ опредѣлено закономъ отъ 3 до 5 лѣтъ, но не позже 19-лѣтняго возраста, въ ремесленныхъ школахъ это—время, необходимое для обученія, но не позже 16-лѣтняго возраста. У насъ *срокъ пребыванія*, по положенію 1909 г., *не менѣе года и не позже достиженія 18 лѣтъ, а для поступившихъ въ возрастѣ старше 15 лѣтъ—до достиженія 21 года.* Педагогическіе совѣты этихъ заведеній могутъ до этихъ же возрастныхъ сроковъ, отпуская малолѣтняго послѣ заключенія не менѣе чѣмъ въ теченіе года, отдавать его въ обученіе въ промышленныя заведенія или мастерамъ или на сельскія работы, подъ своимъ наблюденіемъ. Исправительная школа въ теченіе извѣстнаго времени продолжаетъ нести попеченіе объ отпущенномъ изъ нея; въ Англіи отпущенные, при потерѣ заработка, могутъ быть призрѣваемы въ школѣ, для чего нынѣ организованы особыя отдѣленія.

Производство дѣлъ о малолѣтнихъ получило также особый характеръ. По примѣру Америки (впервые Чикаго), возникли въ Европѣ, а съ 1910 г. въ Россіи, въ Петроградѣ и затѣмъ въ другихъ большихъ городахъ, *суды для малолѣтнихъ* съ состоящими при нихъ попечителями, которые собираютъ матеріалъ объ условіяхъ жизни обвиняемаго малолѣтняго и сообщаютъ его дѣтскому судьѣ, избираемому изъ мировыхъ судей Мировымъ Съѣздомъ. У этихъ судей разбирательство непубличное, чуждое формальностей, направленное въ болѣе легкихъ случаяхъ на увѣщаніе обвиняемаго, въ болѣе серіозныхъ на лучшее ознакомленіе съ его характеромъ и на подысканіе наиболѣе подходящей мѣры принудительнаго воспитанія — отдача родственникамъ или другимъ благонадежнымъ лицамъ, которыя берутся имѣть присмотръ за малолѣтнимъ, помѣщеніе въ исправительный пріютъ. На упомянутыхъ попечителей возлагается забота объ осуществленіи такой мѣры и наблюденіе за малолѣтнимъ, остающимся на свободѣ.

Патронатъ.

VIII. Необходимымъ дополненіемъ раціонально организованнаго наказанія тюрьмой служитъ патронатъ, т. е. помощь освобожденнымъ изъ мѣста заключенія, выражающаяся въ пріисканіи имъ занятія, заработка, въ снабженіи одеждой, инструментами для работы и т. п., въ содѣйствіи эмиграціи, въ возстановленіи прерванныхъ преступнымъ дѣяніемъ и отбы-

тіемъ наказанія тѣхъ изъ прежнихъ связей и отношеній, которыя могутъ быть полезными для освобожденнаго при усиліяхъ его вести честный образъ жизни. Кромѣ этой *индивидуальной* помощи патронатъ можетъ состоять и въ *коллективной:* въ устройствѣ пріютовъ, гдѣ бы освобожденный могъ первое время, въ случаѣ неудачи попытокъ найти заработокъ, получить кровъ или ночлегъ, въ устройствѣ работныхъ домовъ или пріютовъ-колоній земледѣльческаго типа. Нельзя отрицать большой пользы такихъ учрежденій, особенно развитыхъ во Франціи и въ Англіи, при условіи призрѣнія въ нихъ лучшихъ элементовъ, для предотвращенія вреднаго вліянія соединенія бывшихъ преступниковъ, изъ опасенія котораго противъ коллективной помощи высказался Римскій пенитенціарный конгрессъ (1885 г.). Конгрессы патроната (съ 90-хъ годовъ XIX в.), напротивъ, признали желательность и этой формы патроната, принятой нынѣ въ Западной Европѣ, а также въ незначительной степени и у насъ. Необходимость патроната вообще представляется совершенно безспорной и ясной, такъ какъ вышедшій изъ тюрьмы встрѣчается обществомъ съ недовѣріемъ и предоставленный себѣ онъ скорѣе изнемогъ бы въ борьбѣ за существованіе, чѣмъ всякій не запятнанный преступленіемъ, тѣмъ болѣе, что старыя связи съ честной средой порваны и самый характеръ освобожденнаго часто отличается отсутствіемъ иниціативы, пассивностью, слабостью воли, которыя, можетъ быть, и привели его въ тюрьму.

Эта необходимость патроната была сознана давно: первое общество патроната основано Уистеромъ въ Филадельфіи, въ 1776 г.; членомъ этого общества былъ и Франклинъ; въ Англіи патронатъ возникаетъ въ 1802 г. Во Франціи патронатъ имѣлъ первоначально оффиціальную организацію, но развитіе его пошло успѣшно, когда за это дѣло взялись частныя общества, въ серединѣ XIX в., особенно съ 1869 г., благодаря дѣятельности пастора Робена. Въ настоящее время въ Америкѣ и Западной Европѣ дѣйствуютъ многочисленныя частныя общества; государства только приходятъ на помощь субсидіями и наблюдаютъ за законностью дѣятельности обществъ, а также утверждаютъ ихъ уставы; вмѣшательство государства въ организацію ихъ и въ способъ оказанія помощи освобожденнымъ изъ тюрьмы признается нежелательнымъ, способнымъ создать только препятствія на этомъ пути,

требующемъ личной энергіи, любви къ дѣлу, глубокой гуманности и вѣры въ человѣка, которыя позволяютъ и привлечь къ участію въ патронатѣ полезныхъ членовъ, жертвователей, и растопить ледъ, отдѣляющій честную среду отъ преступника, и внушить довѣріе самому патронируемому и пріобрѣсть вліяніе на него. Довѣріе государства къ обществамъ патроната сказывается въ допущеніи его членовъ въ тюрьму для собесѣдованія съ заключенными; уже здѣсь завязываются первыя отношенія преступника съ патронатомъ, пріобрѣтается знакомство съ характеромъ и прошлымъ отбывающаго наказаніе. Далѣе государство въ послѣднее время (Англія) поручаетъ членамъ обществъ патроната надзоръ за условно-освобожденными (такъ и наше законодательство) или сокращаетъ (Германія) полномочія полиціи при полицейскомъ надзорѣ, въ случаѣ, если освобожденный изъ заключенія находится на попеченіи общества патроната. Послѣднему передаются и сбереженія патронируемаго, за котораго и производятся расходы въ его интересахъ для того, чтобы уберечь его отъ необдуманной траты денегъ (такъ Пруссія и нашъ законъ 1912 г.; въ Англіи эта передача необязательна, но если освобожденный на это выразилъ согласіе, то правительство выдаетъ еще столько же).

Патронированіе оказывается только лучшимъ изъ освобожденныхъ (по рекомендаціи начальника тюрьмы); обязательный патронатъ признается излишнимъ, ведущимъ иногда къ безцѣльнымъ расходамъ, въ виду явной непригодности освобожденнаго. На Западѣ общества патроната отдѣльныхъ государствъ объединяются въ союзы, имѣющіе центральныя бюро, издающіе свои журналы, организующіе съѣзды; были также въ послѣднее время и международные съѣзды по вопросамъ патроната (первый въ Антверпенѣ, въ 1890 г.). Въ Россіи патронатъ развитъ пока слабо. Въ 1912 г. (24 дек.) былъ изданъ законъ о государственной помощи обществамъ патроната, установившій изъятія отъ нѣкоторыхъ налоговъ для этихъ обществъ и предоставившій имъ субсидіи, при принятіи нормальнаго устава (издан. въ 1909 г.).

XXII. Имущественныя наказанія.

Конфискація.

I. Наказаніе лишеніемъ всего имущества, конфискація, какъ поражающее и семью виновнаго, и часто только семью (при соединеніи конфискаціи со смертной казнью или съ лишеніемъ осужденнаго всѣхъ правъ), какъ противорѣчащее принципу индивидуальной отвѣтственности, нынѣ нигдѣ не примѣняется. Раньше всего конфискація отмѣнена во Франціи, въ эпоху великой революціи, и окончательно, послѣ возстановленія на короткое время, хартіей 1814 г. Конфискація примѣнялась обыкновенно при политическихъ преступленіяхъ. Сохранившаяся въ 255 ст. Улож. о нак. за бунтъ и измѣну, при особыхъ обстоятельствахъ и въ силу особыхъ распоряженій правительства, конфискація исчезаетъ и изъ русскаго права съ введеніемъ постановленій Угол. Ул. о политич. преступленіяхъ.

Частная конфискація.

II. Конфискація отдѣльныхъ предметовъ, какъ дополнительное наказаніе, имѣетъ карательный характеръ весьма рѣдко, напр. отобраніе имущества, полученнаго въ видѣ взятки; обыкновенно она получаетъ характеръ мѣры безопасности. Таково, напр., уничтоженіе вредныхъ для здоровья припасовъ, за храненіе или продажу которыхъ осужденъ виновный; уничтоженіе предметовъ, изготовленіе или распространеніе которыхъ запрещено, напр. подложныхъ документовъ, поддѣльныхъ денегъ и т. п. Такіе предметы подлежатъ уничтоженію и при оправданіи обвиняемаго въ храненіи, подлогѣ и т. п., и въ случаѣ прекращенія дѣла за его смертью, чѣмъ подчеркивается *превентивное, а не каратѣльное значеніе* такихъ мѣръ. Если это предметы, имѣющіе цѣнность, но такіе, хранить или продавать которые запрещено, они поступаютъ въ казну. Отобранію и уничтоженію или обращенію въ казну подлежатъ также орудія преступленія, въ случаяхъ особо въ законѣ указанныхъ, и иные, особо указанные въ законѣ, предметы (ст. 36 Угол. Ул., 2 ст. Уст. о нак., 58 ст. Ул. о нак.).

Денежная пеня.

II. Гораздо большее значеніе имѣетъ денежный штрафъ, пеня. Пеня примѣняется всѣми законодательствами или, какъ главное наказаніе часто параллельно, альтернативно съ низшими видами заключенія — арестомъ, тюрьмой, заточеніемъ,

за нарушенія и нѣкоторые проступки (въ технич. смыслѣ), или, какъ дополнительное — за преступленія и проступки, имѣющіе корыстный характеръ, напр. за дефраудацію (обманъ казны при фискальныхъ деликтахъ). Съ такими чертами является пеня и въ русскомъ правѣ, именуемая въ Угол. Ул. денежнымъ взысканіемъ, когда она назначается, какъ дополненіе къ другому наказанію.

Размѣръ денежной пени опредѣляется въ общей части только въ Уст. о нак., именно: не свыше 300 руб. По Ул. о нак. и Угол. Ул., согласно постановленіямъ особен. части, и по Уставамъ Казен. Управлен., она можетъ доходить до нѣсколькихъ тысячъ, и согласно 24 ст. Уг. Ул. назначается въ рубляхъ и полтинахъ; если высшій размѣръ пени не менѣе 100 руб., то судъ можетъ приговорить не меньше, чѣмъ къ 10 рублямъ.

Иногда (въ Уставахъ казен. управлен.) пеня исчисляется умноженіемъ причитавшагося казнѣ сбора на опредѣленное въ законѣ число (пятикратная пошлина, десятикратный гербовый сборъ). Въ этихъ случаяхъ пеня имѣетъ смѣшанный характеръ наказанія и частнаго удовлетворенія фиска, напоминая неустойку и преслѣдуя цѣль настигнуть возможныя потери, понесенныя при прежнихъ не открытыхъ преступленіяхъ противъ доходовъ казны. Часть пени идетъ иногда на вознагражденіе лицъ, обнаружившихъ такія нарушенія.

Обыкновенная пеня, по Угол. Улож., идетъ на устройство мѣстъ заключенія, если для нея не установлено закономъ спеціальное назначеніе; по ст. 42 Улож. о нак., при томъ же условіи,—въ доходъ казны, а по Уст. о нак. (ст. 27) въ земскій по каждой губерніи капиталъ на устройство арестныхъ домовъ.

Вопросъ о пенѣ въ наукѣ.

III. Въ наукѣ денежная пеня вызывала и отчасти и нынѣ вызываетъ *возраженія* (напр. Манцини): указываютъ на ея несправедливость и *неравномѣрность*, на полную нерепрессивность для богатыхъ и бо́льшую чувствительность и *разорительность* для бѣдныхъ; при невозможности уплаты, она для послѣднихъ замѣняется лишеніемъ свободы, тогда какъ богатые всегда избавлены отъ этого и получаютъ особую привилегію. Но громадное *большинство ученыхъ* и *научные съѣзды* и конгрессы послѣдняго времени (22 съѣздъ герман. юристовъ, Конгрессъ Междун. Союза угол. права въ Христіаніи 1891 г., Будапештскій пенитенц. конгр. 1905 г.), напротивъ, *считаютъ нужнымъ расширить область* примѣненія *денежныхъ взысканій* главнымъ образомъ для сокращенія такимъ путемъ вреднаго краткосрочнаго заключенія,

отчасти же, исходя изъ цѣлесообразности пени, какъ карательной мѣры при многихъ деликтахъ, связанныхъ съ противозаконной наживой, а также изъ справедливости ея, какъ наказанія за мелкіе деликты, при которыхъ и кратковременное лишеніе свободы было бы слишкомъ суровымъ; высказывается далѣе, особенно итальянскими позитивистами, и другое соображеніе въ пользу пени—это возможность изъ взысканныхъ суммъ организовать фондъ для индемнизаціи потерпѣвшихъ отъ преступленія, которые не могли получить возмѣщеніе вреда отъ преступника за неимѣніемъ у него средствъ, или же фондъ для вознагражденія невинно привлеченныхъ къ суду. Оставляя въ сторонѣ послѣднее соображеніе на томъ основаніи, что государство можетъ организовать такой фондъ и не прибѣгая къ денежнымъ пенямъ, и оцѣнивая послѣднія только съ точки зрѣнія ихъ карательной полезности, нельзя не признать, что при лучшей регламентаціи пени, это наказаніе должно дѣйствительно получить развитіе въ кодексахъ будущаго. Конечно, денежная пеня можетъ имѣть только обще-превентивное значеніе, а изъ цѣлей спеціальнаго предупрежденія служить только устрашенію преступника; ни исправленіе, ни обезвреженье недостижимы при помощи этого наказанія. Такимъ образомъ это мѣра репрессіи эпизодическихъ преступниковъ. При совершеніи ими деликтовъ мелкихъ или средней тяжести пеня представляется мѣрой болѣе репрессивной, чѣмъ условное осужденіе, и могла бы назначаться въ случаяхъ, когда оно недостаточно или когда примѣненіе его оказалось неудачнымъ; но при увеличеніи размѣровъ пени она часто окажется болѣе чувствительной и, чѣмъ лишеніе свободы на нѣсколько дней, а для нѣкоторыхъ даже, чѣмъ—на двѣ-три недѣли (отсиживанье, по замѣчанію Кроне, нерѣдко разсматривается, какъ выгодное дѣло—«Sitzredactor»), не говоря уже о вредѣ краткосрочнаго заключенія, замѣна котораго, по мѣрѣ возможнаго, представляется дѣйствительно желательной. Съ другой стороны, *въ качествѣ придатка къ исправительному лишенію свободы, пеня* могла бы увеличивать его репрессивность при назначеніи ея *за дѣянія, стимуломъ которыхъ служитъ незаконная нажива* (такъ герман. и швейцар. проекты, Будапештск. конгрессъ, А Меркель, Шмельдеръ и друг.), какъ

ростовщичество, торговые обманы, нарушенія предѣловъ довѣренности, преступленія по опекѣ, производство абортовъ акушерками и врачами изъ корыстныхъ цѣлей, содержаніе игорныхъ залъ, притоновъ разврата и т. п., тѣмъ болѣе, что въ этихъ случаяхъ взысканіе пени рѣдко встрѣтитъ затрудненія, въ виду достаточной имущественной состоятельности такихъ преступниковъ. При нѣкоторыхъ изъ такихъ деликтовъ, при отсутствіи рецидива или профессіональности, лишеніе свободы совмѣстно съ пеней могло бы назначаться только въ болѣе важныхъ случаяхъ, въ другихъ же суду слѣдовало бы предоставить право ограничиваться опредѣленіемъ только одной пени. Но размѣръ пени долженъ быть значительно повышенъ въ максимумѣ и назначаемъ судомъ *въ зависимости отъ хозяйственнаго положенія обвиняемаго* (такъ герман. и австр. проекты, *Норвежск. уложс.*, добавляя: и предполагаемой платежеспособности; такъ, далѣе, Будапештскій конгрессъ), т. е. въ зависимости отъ его заработка, дохода, капитала, недвижимости, а также съ принятіемъ въ расчетъ состава его семьи, чтобы пеня не ухудшила существенно ея благосостоянія. Конечно, опредѣлить съ точностью эти данныя часто бываетъ затруднительно; поэтому установленіе въ законѣ правилъ исчисленія пени по размѣрамъ получаемаго дохода, по ихъ характеру (фундированные и нефундированные) и съ прогрессивностью пени при увеличеніи дохода, какъ при налогахъ (такъ Розенфельдъ) большинствомъ ученыхъ, защищающихъ это наказаніе, признается нежелательнымъ. Но эти основанія могутъ быть приняты судомъ при опредѣленіи пени въ силу общаго постановленія о принятіи въ расчетъ хозяйственныхъ отношеній или имущественнаго положенія обвиняемаго; при этомъ здѣсь нѣтъ необходимости точной оцѣнки, такъ какъ пеня не будетъ опредѣляться въ формѣ % или доли дохода (такъ Шмельдеръ, Миттельштедтъ) или имущества, поэтому не будетъ надобности въ точныхъ изысканіяхъ, какъ при взиманіи налога, и для судьи, на основаніи самыхъ разнообразныхъ данныхъ, не составитъ особаго труда прійти къ заключенію, какой размѣръ пени будетъ и чувствительнымъ, и въ то же время не разорительнымъ для обвиняемаго

Замѣна пени.

IV. Мало имущимъ обвиняемымъ уплата пени должна разсрочиваться, какъ принято отчасти и нынѣ, напр. въ Россіи, гдѣ эта разсрочка дается (по Угол. Ул.) на годъ, съ уплатой по частямъ. При уклоненіи отъ уплаты, должно было бы примѣняться принудительное взысканіе, какъ при гражданскихъ обязательствахъ, а въ случаѣ несостоятельности къ уплатѣ всей пени, размѣръ ея могъ бы быть пониженъ особымъ дополнительнымъ постановленіемъ суда, и даже при полной несостоятельности пеня должна была бы замѣняться лишеніемъ свободы только въ крайнемъ случаѣ: при невозможности организовать работы или при уклоненіи отъ работъ; нормальнымъ же способомъ замѣны должна была бы служить отработка неуплаченной пени. Въ указанныхъ выше случаяхъ невозможности отработки пеня подлежала бы, какъ и нынѣ принято въ большинствѣ законодательствъ, замѣнѣ арестомъ или тюрьмой, смотря по свойству деликта, для нетрудоспособныхъ, остальные же несостоятельные могли бы, какъ предлагаетъ Гольдшмидтъ, помѣщаться на извѣстный срокъ, въ зависимости отъ размѣра пени, въ рабочій домъ, съ населеніемъ котораго не имѣющіе никакихъ средствъ и уклоняющіеся отъ отработки пени дѣйствительно имѣютъ сходныя черты: привычка къ бездѣлью характерна для многихъ изъ такихъ осужденныхъ; въ виду возможности и другихъ причинъ, по которымъ пеня не можетъ быть отработана, слѣдовало бы суду предоставить право (такъ швейцарскій проектъ) замѣны пени не только рабочимъ домомъ, но и арестомъ даже для трудоспособныхъ. Постановленіе о способѣ замѣны раціональнѣе было бы дѣлать не въ самомъ приговорѣ, какъ принято нынѣ, а позже, по выясненіи причинъ неуплаты пени (Ашроттъ). При указанной регламентаціи пени, число случаевъ ея замѣны краткосрочнымъ заключеніемъ было бы ограниченно, и возраженіе, что послѣднее все равно сохраняется, несмотря на пеню, теряетъ свое значеніе.

Въ нашемъ правѣ судъ въ приговорѣ указываетъ какимъ числомъ дней, недѣль, или мѣсяцевъ ареста, а при пеняхъ, превышающихъ 300 руб. — тюремнаго заключенія, должна быть она замѣнена, въ случаѣ неуплаты. Согласно 7 ст. Уст. о нак., 84 ст. Улож. о нак. и прилож. III къ примѣч. къ ст. 1400 Уст. гр. суд., пеня до 15 руб. прирав-

нивается аресту до 3 дней, отъ 15 до 300 р. аресту не свыше 3 мѣс. и т. д. Согласно Угол. Ул. пеня до 25 руб. замѣняется арестомъ до 1 недѣли; 25—100 р.—арестомъ 1 нед. —1 мѣс. и т. д. (см. ст. 59); пеня свыше 1000 руб.—арестомъ 6 мѣс.—1 годъ. Уплата части пени при отбываніи ареста соотвѣтственно сокращаетъ срокъ послѣдняго. Съ согласія приговореннаго къ пенѣ, допускается ея замѣна отдачей въ общественныя работы или въ заработки.

Отъ пени отличается денежное взысканіе въ пользу потерпѣвшаго не въ качествѣ возмѣщенія матеріальнаго вреда, а, какъ извѣстная компенсація вреда нематеріальнаго какъ уплата „безчестья“ въ нашемъ правѣ, бусса въ германскомъ.

XXIII. Лишеніе правъ. Позорящія наказанія. Выговоръ. Опубликованіе приговора. Другія дополнительныя наказанія.

Лишеніе правъ.

I. Важное мѣсто въ ряду карательныхъ мѣръ принадлежитъ лишенію правъ Оно, съ одной стороны, можетъ служить общему предупрежденію, въ виду цѣнности, которое представляетъ для личности пользованіе правами, и подчеркиваетъ моментъ осужденія въ наказаніи и безчестящій характеръ преступнаго дѣянія, съ другой стороны—оказываетъ устрашительное дѣйствіе на самого преступника и въ особенности ставитъ его часто въ невозможность продолжать преступную дѣятельность, когда послѣдняя обусловливалась или облегчалась опредѣленными правомочіями, связанными съ извѣстнымъ положеніемъ въ обществѣ, напр.: съ должностью, профессіей, промысломъ, или съ выполненіемъ извѣстной функціи—опекуна, свидѣтеля и т. п. Въ первомъ отношеніи, нельзя не признать, что совершеніе преступныхъ дѣяній извѣстной тяжести или извѣстной категоріи, напр. корыстныхъ, противъ нравственности, настолько роняетъ человѣка во мнѣніи другихъ, что сохраненіе за нимъ правъ, предполагающихъ незапятнанную репутацію, напр. избирательныхъ или иныхъ публичныхъ полномочій—отправлять должность государственную или обще-

ственную, занимать положеніе, облекающее извѣстнымъ довѣріемъ, напр. быть адвокатомъ, педагогомъ, представляется недопустимымъ, подрываетъ уваженіе къ учрежденіямъ и корпораціямъ, къ которымъ принадлежитъ виновный. Противники правопораженій (Ауэръ, Маркузе, Варга) неправы, полагая, что государство, лишая почетныхъ правъ, поражая честь, вторгается въ область морали или принимаетъ на себя несвойственныя ему задачи: оно въ этомъ случаѣ слѣдуетъ общественному правосознанію и выражаетъ отрицательную оцѣнку личности, какъ и при другихъ наказаніяхъ, и этическій элементъ кары только повышаетъ ея превентивное значеніе (выше, стр. 43). Вопросъ только въ томъ, должно ли такое правопораженіе связываться съ опредѣленными дѣяніями, или, какъ обычно принято (Германія, Франція, Италія, Россія, Австрія и друг.), съ опредѣленными наказаніями, или съ наличностью «безчестнаго настроенія» и опредѣляться судомъ въ зависимости отъ конкретныхъ обстоятельствъ. Рѣшеніе зависитъ отъ того, принимаетъ ли данный кодексъ опредѣленный видъ наказанія, напр. каторжную тюрьму или Zuchthaus, какъ мѣру репрессіи за преступленія, въ которыхъ именно проявляется безчестное настроеніе (такъ Ванъ-Калькеръ); въ противномъ случаѣ, если это наказаніе примѣняется и къ другимъ преступникамъ, а другое наказаніе, напр. тюрьма, не исключается при позорящихъ деликтахъ, правильнѣе сдѣлать лишеніе почетныхъ правъ факультативнымъ придаткомъ и предоставить назначеніе его усмотрѣнію суда. При этомъ правопораженіе могло бы ограничиваться и отдѣльными правами, а не охватывать всего комплекса почетныхъ правъ, если, напр., дѣяніе, хотя не имѣетъ позорящаго характера (политическое преступленіе), но пользованіе какимъ-либо правомъ, напр.—занимать должность по службѣ государственной, противорѣчитъ интересамъ даннаго правопорядка.

Лишеніе отдѣльныхъ правъ представляется необходимымъ въ случаяхъ, когда преступное дѣяніе состоитъ въ злоупотребленіи правами, вытекающими изъ опредѣленнаго положенія, напр. служебнаго, или занятія опредѣленной профессіей (такъ Итал. и Норвежское улож.). Въ этихъ случаяхъ существуетъ опасность повторенія, и лишеніе правъ имѣетъ цѣлью предотвратить эту опасность. Норвеж-

ское улож. и резолюція Римскаго пенитенціарн. конгресса находятъ, впрочемъ, нужнымъ особо оговорить, что въ этихъ случаяхъ лишеніе права назначается судомъ, если существуетъ опасность повторенія. Кромѣ случая злоупотребленія обязанностями, Норвеж. улож. примѣняетъ лишеніе права и тогда, когда виновный окажется недостойнымъ довѣрія, необходимаго для занимаемаго соціальнаго положенія. Другимъ основаніемъ для правопораженія можетъ быть отсутствіе знаній, необходимыхъ для выполненія служебныхъ или профессіональныхъ обязанностей (такъ составители контръ-проекта, выше, стр. 196, прим.); но въ этихъ случаяхъ лишеніе права представляетъ собою скорѣе мѣру соціальной защиты и не содержитъ элемента осужденія.

Иногда рѣшеніе вопроса о лишеніи опредѣленнаго права считаютъ нужнымъ передать спеціальнымъ учрежденіямъ административнаго характера (такъ австр. проектъ), способнымъ лучше оцѣнить значеніе дѣянія въ этомъ отношеніи, но уголовный судъ имѣетъ предъ собою весь матеріалъ, и рѣшеніе вопроса судомъ даетъ бо́льшія гарантіи обвиняемому и въ то же время имѣетъ большій авторитетъ.

Въ случаяхъ послѣдней категоріи, при незначительности деликта, правопораженіе могло бы примѣняться, какъ главное наказаніе; назначеніе сверхъ того денежной пени, а тѣмъ болѣе краткосрочнаго лишенія свободы, вредное вліяніе котораго уже отмѣчено выше, представляется излишнимъ, такъ какъ правопораженіе гораздо болѣе чувствительная мѣра. Въ пользу примѣненія ея, какъ главнаго наказанія при нѣкоторыхъ деликтахъ, Кроне, Зихартъ, у насъ Маклецовъ; такъ и Итальянское улож. Къ числу отдѣльныхъ правопораженій принадлежитъ лишеніе родительской власти при деликтахъ, состоящихъ въ злоупотребленіи ею.

Многія законодательства примѣняютъ лишеніе только правъ соціальнаго характера (Германское, Австрійское, Венгерское, Норвежское, Голландское), нѣкоторыя же знаютъ и лишеніе или ограниченіе имущественныхъ правъ при болѣе тяжкихъ видахъ наказанія (Французскій кодексъ—interdiction légale, Итальянскій, отчасти Англійское право — назначеніе опеки на время отбытія наказанія уголовнымъ рабствомъ). Но съ уголовно-политической точки зрѣнія, вторая система должна быть признана положительно вредной: лишеніе имущественныхъ правъ создаетъ для преступника такое стѣсненное матеріальное положеніе, что часто выходомъ изъ него

можетъ стать совершеніе новаго преступленія. Правда, это возраженіе можетъ быть выдвинуто и противъ лишенія права государственной службы или отправленія какой-либо профессіи, такъ какъ и эта мѣра нерѣдко разоряетъ преступника, выбрасывая его на улицу безъ всякихъ средствъ; но здѣсь лишеніе правъ диктуется необходимостью, и указанное уголовно-политическое соображеніе перевѣшивается другими: важностью очищенія корпораціи или учрежденія отъ опасныхъ или роняющихъ ихъ авторитетъ элементовъ, или потребностью обезопасить общество отъ послѣднихъ; лишеніе имущественныхъ правъ не имѣетъ этого значенія и не можетъ быть оправдано.

Лишеніе правъ въ болѣе новыхъ кодексахъ имѣетъ срочный характеръ, за исключеніемъ случаевъ, когда оно сопровождаетъ смертную казнь и пожизненное лишеніе свободы. Но до истеченія срока можетъ послѣдовать реабилитація (см. ниже). Когда лишеніе правъ является послѣдствіемъ деликта, обнаруживающаго отсутствіе спеціальныхъ знаній (медицины, архитектуры), для возвращенія утраченнаго права требуется представленіе доказательствъ, что дефектъ устраненъ; требуется, напр., выдержаніе экзамена и т. п. За рѣдкими исключеніями, лишеніе правъ представляетъ собою дополнительное наказаніе, присоединяемое къ лишенію свободы.

Правопораженія въ нашемъ законодательствѣ.

II. *Улож. о нак.* различаетъ 4 категоріи правопораженій.

1) *Лишеніе всѣхъ правъ состоянія*, т. е. почетныхъ, служебно-политическихъ, сословныхъ, имущественныхъ и семейныхъ, а именно: каждому изъ супруговъ предоставляется требовать расторженія брака, но, если жена слѣдуетъ въ ссылку за осужденнымъ супругомъ или мужъ за женой, то бракъ остается въ силѣ. Дѣти до 14 лѣтъ остаются при невиновномъ супругѣ; осужденный утрачиваетъ родительскую власть; но грудныя дѣти не разлучаются съ осужденными матерями. Послѣ 14 лѣтъ дѣти сами рѣшаютъ вопросъ, слѣдовать ли за осужденнымъ родителемъ. Имущество переходитъ къ законнымъ наслѣдникамъ; къ нимъ же переходитъ, по праву представленія, и наслѣдство, которое могло бы достаться виновному послѣ его осужденія; законъ (28 ст.) самъ проводитъ здѣсь параллель съ естественной смертью; завѣщательныя распоряженія, состоявшіяся послѣ обращенія

приговора къ исполненію, недѣйствительны. Каторжные при переходѣ въ разрядъ ссыльно-поселенцевъ могли пріобрѣтать имущество и обзаводиться семьей. Лишеніе правъ семейственныхъ и правъ собственности не упоминается, впрочемъ, среди правъ состоянія, а разсматривается закономъ, какъ послѣдствіе осужденія въ каторжныя работы (и прежде— ссылки на поселеніе). *Лишеніе всѣхъ правъ состоянія сопровождаетъ уголовныя наказанія.*

2) *Лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ, сопровождающее исправительныя арестант. отдѣленія и тюрьму*, когда она назначается *по 33 ст.* Ул. о нак., состоитъ въ лишеніи служебно-политическихъ, почетныхъ (титулъ, знакъ отличія) и сословныхъ правъ и правъ быть свидѣтелемъ по договорамъ, третейскимъ судьей, опекуномъ, повѣреннымъ.

3) Лишеніе *нѣкоторыхъ личныхъ правъ и преимуществъ*, т. е. служебно-политическихъ (ст. 50), сопровождаетъ присужденіе къ высшимъ степенямъ крѣпости и къ тюрьмѣ, по 36 ст. Ул. о нак.

Эти три правопораженія безсрочны и обязательны, назначеніе ихъ не зависитъ отъ усмотрѣнія суда.

4) Лишеніе *какого-либо отдѣльнаго права*, назначаемое за нѣкоторыя дѣянія въ особенной части, то какъ дополнительное наказаніе (напр. ст. 867—лишеніе навсегда права продавать ядовитыя вещества и денежное взысканіе не свыше ста рублей), то какъ главное (870 ст.: воспрещеніе врачебной практики до новаго испытанія).

Согласно *Угол. Уложс.*, лишеніе правъ состоянія есть лишеніе правъ сословныхъ и составляетъ обязательное дополненіе каторги (прежде также смертной казни и ссылки на поселеніе, до ихъ отмѣны); но для дворянъ, священнослужителей, монашествующихъ и вообще лицъ духовнаго званія, почетныхъ гражданъ и купцовъ это правопораженіе сопровождало (до отмѣны сословныхъ преимуществъ) и присужденіе къ исправит. дому и (для тѣхъ же лицъ, кромѣ купцовъ) присужденіе къ тюрьмѣ за особо перечисленныя въ законѣ (27 ст. Уг. Ул.) преступныя дѣянія. Присужденіе къ этимъ наказаніямъ и тюрьма съ лишеніемъ правъ состоянія влечетъ по 28 ст. потерю почетныхъ правъ и удаленіе отъ должностей государственныхъ, церковныхъ и общественныхъ, а по ст. 30—правъ служебныхъ, торговыхъ и требующихъ осо-

баго довѣрія (права быть опекуномъ, учителемъ, третейскимъ судьей, присяжнымъ засѣдателемъ). Присужденіе къ каторгѣ (а прежде и къ смертной казни и ссылкѣ) влечетъ и по Угол. Ул. прекращеніе правъ супружескихъ и прекращеніе родительской власти и утрату правъ на наслѣдованіе и по имуществу, въ томъ же объемѣ, что и по Улож. о нак. Угол. Ул. знаетъ и лишеніе отдѣльныхъ правъ въ случаяхъ, особо предусмотрѣнныхъ въ законѣ.

Потеря правъ, означенныхъ въ ст. 30-ой Угол. Ул. (см. выше), срочная: они, если ихъ возстановленіе не противорѣчитъ особымъ постановленіямъ закона, пріобрѣтаются вновь для каторжныхъ по истеченіи 10 лѣтъ, для отбывшихъ исправительн. домъ 10 лѣтъ и—тюрьму 5 лѣтъ, по освобожденіи. Эти сроки въ случаѣ одобрительнаго поведенія могутъ быть, по просьбѣ отбывшаго наказаніе, сокращены, если истекла уже половина срока и онъ прожилъ въ послѣднемъ мѣстѣ жительства не менѣе 2 лѣтъ.

Лишеніе правъ было извѣстно уже народамъ древности и представляло собою какъ-бы смерть личности для даннаго общественнаго союза, изъ котораго виновный извергался и въ предѣлахъ котораго не могъ пользоваться пріютомъ и защитой даже своей жизни; такой характеръ имѣли aquae et ignis interdictio, Friedlosigkeit. Въ позднѣйшія эпохи появляются на ряду съ этимъ наказанія, направленныя на честь преступника, позорящія. Какъ бы соединеніемъ правопораженій и лишенія чести въ тѣсномъ смыслѣ было шельмованіе, введенное Воинск. Артикул. Петра Великаго и соединявшееся съ обрядомъ смертной казни безъ ея дѣйствительнаго примѣненія. Этотъ обрядъ—возведеніе на эшафотъ и преломленіе шпаги надъ осужденнымъ, съ послѣдующимъ наказаніемъ кнутомъ, составилъ такъ назыв. политическую смерть при отмѣнѣ смертной казни Елисаветой Петровной. Mort civile, извѣстная также старому французскому праву при заочномъ приговорѣ къ смертной казни, удержалась и въ Code pénal и отмѣнена въ пятидесятыхъ годахъ XIX в.

III. Что касается наказаній позорящихъ въ тѣсномъ смыслѣ, имѣвшихъ своимъ объектомъ честь, личное достоинство, то они практиковались въ формѣ привязыванія къ позорному столбу, испрошенія прощенія, надѣванія ошейника и т. п.

Выговоръ. IV. Въ современномъ правѣ изъ наказаній, направленныхъ на честь, сохранились выговоръ и опубликованіе приговора. Выговоръ дѣлается судомъ и представляетъ собою легчайшую форму наказанія (у насъ также внушеніе и замѣчаніе); иногда въ выговорѣ усматриваютъ идеальный видъ репрессіи (Ауэръ), не связанный съ причиненіемъ страданія

преступнику и представляющій чистое порицаніе, одну отрицательную оцѣнку; полагаютъ даже, что выговоръ когда-нибудь составитъ единственный способъ репрессіи. Нужно однако согласиться съ тѣми, кто, какъ Листъ, Таганцевъ, не склонны къ такому оптимизму и признаютъ выговоръ совершенно нерепрессивнымъ, не говоря уже о его неравномѣрности, о наиболѣе ничтожномъ вліяніи его на болѣе грубыя натуры. Выговоръ исполняется только по вступленіи приговора въ силу, т. е. не въ томъ засѣданіи, гдѣ постановлено приговорить къ этому наказанію, не въ присутствіи свидѣтелей, потерпѣвшаго, вообще тѣхъ, кто слушалъ дѣло, и произносится часто другимъ судьей, не тѣмъ, кто рѣшалъ это дѣло; поэтому выговоръ превращается въ формальность и не производитъ впечатлѣнія. Онъ умѣстенъ развѣ только въ судахъ для малолѣтнихъ. Такъ Угол. Ул. (внушеніе, по 55 ст., п. 3).

Опубликованіе приговора.

V. Опубликованіе приговора есть скорѣе дополнительная мѣра, имѣющая цѣлью не умаленіе чести виновнаго, а или удовлетвореніе потерпѣвшаго въ дѣлахъ, гдѣ затронута была его честь, возстанавливаемая приговоромъ, констатирующимъ клевету, или же предупрежденіе третьихъ лицъ, напр. при обвинительномъ приговорѣ за фальсификацію пищевыхъ продуктовъ. Въ послѣднемъ случаѣ опубликованіе приговора можетъ разсматриваться, какъ мѣра защиты, хотя нельзя отрицать и репрессивнаго вліянія ея на виновнаго и не только потому, что опубликованіе набрасываетъ тѣнь на него, но и потому, что оно можетъ подорвать экономическій успѣхъ предпріятія. Опубликованіе приговора имѣетъ такое значеніе и въ нашемъ правѣ въ особо предусмотрѣнныхъ закономъ случаяхъ.

Полицейскій надзоръ.

VI. Дополнительной мѣрой является также полицейскій надзоръ, сохранившійся въ Германіи, а также въ Англіи, гдѣ онъ, впрочемъ, выражается только въ обязанности освобожденнаго отъ заключенія заявить полиціи свой адресъ. Полицейскій надзоръ имѣетъ цѣлью огражденіе общества отъ повторенія преступныхъ посягательствъ преступниками, отбывшими наказаніе, а также оказаніе имъ содѣйствія въ первое время по освобожденіи. Но вторая задача для полиціи не выполнима и можетъ осуществляться успѣшно только органами патроната. Но мало пользы приноситъ надзоръ по-

лиціи и въ качествѣ мѣры безопасности. Съ нимъ связывается обыкновенно запрещеніе пребыванія въ опредѣленныхъ мѣстахъ, въ особенности въ столицахъ и крупныхъ центрахъ, далѣе принудительное пребываніе въ опредѣленномъ мѣстѣ, иногда (такъ въ Германіи до 1900 г.) посѣщеніе органами полиціи поднадзорнаго въ извѣстные промежутки времени, запретъ отлучки изъ избраннаго мѣста жительства безъ разрѣшенія полиціи, право послѣдней производить у поднадзорнаго обыски безъ установленныхъ уголовнымъ судопроизводствомъ формальностей. Всѣ эти мѣры крайне стѣснительны, затрудняютъ пріисканіе заработка, а иногда и квартиры, препятствуютъ реклассаціи отбывшаго наказанія, подчеркивая его опасность и недовѣріе къ нему; между тѣмъ онѣ слишкомъ мало обезпечиваютъ дѣйствительный контроль надъ образомъ жизни отбывшаго наказаніе и нисколько не мѣшаютъ наиболѣе ловкимъ и опытнымъ преступникамъ ускользать отъ наблюденія. Въ частности удаленіе изъ нѣкоторыхъ мѣстъ и городовъ, гдѣ хорошая полиція имѣетъ болѣе важный преступный элементъ постоянно какъ бы на учетѣ безъ публичнаго надзора, ставитъ отбывшаго наказаніе въ новомъ мѣстѣ жительства въ лучшія условія для преступной дѣятельности, такъ какъ тамъ его не знаютъ, ему легче уйти отъ наблюденія. Большинство государствъ надзора полиціи не примѣняетъ.

Наше Улож. о нак. говоритъ о надзорѣ полиціи, какъ объ обязательномъ дополнительномъ наказаніи для освобожденныхъ изъ исправит. арестант. отдѣленій (на 4 года), изъ тюрьмы, соединен. съ лишен. всѣхъ особен. правъ (2 года) и крѣпости или тюрьмы съ лишен. нѣкотор. правъ (1 годъ); поднадзорные не въ правѣ были измѣнять мѣста жительства и отлучаться изъ него безъ дозволенія, далѣе имъ запрещалось пребываніе въ столицахъ и въ столичн. губерніяхъ, въ губернскихъ городахъ, ихъ уѣздахъ и мѣстностяхъ ближе 25 верстъ, въ крѣпостяхъ и на 25-верст. разстояніи отъ нихъ. Сходны и постановленія Угол. Ул., ст. 34 и 35, но сроки короче и могутъ быть сокращены при одобрительномъ поведеніи; самое наименованіе полицейскаго надзора не употреблено. Указомъ Времен. Правит. отъ 26 апр. 1917 г., отмѣнившимъ ссылку, введено послѣ каторги ограниченіе въ правѣ избранія и перемѣны мѣста жительства въ теченіе 3 лѣтъ

при надзорѣ обществъ патроната, а въ случаѣ ихъ отказа, административной власти. Въ случаѣ недобропорядочнаго поведенія, угрожающаго общественной безопасности, неявки въ избранное или назначенное мѣсто жительства или самовольной отлучки, установлено тѣмъ же распоряженіемъ наказаніе — арестъ или тюрьма не свыше 1 года, по приговору Мирового Судьи.

XXIV. Условное осужденіе.

Историческія данныя.

I. Важной мѣрой репрессіи эпизодическихъ преступниковъ съ конца XIX вѣка становится *условное осужденіе* или условная отсрочка наказанія. Эта мѣра *состоитъ въ непримѣненіи къ лицу, признанному виновнымъ въ нетяжкомъ преступномъ дѣяніи, наказанія, при условіи его хорошаго поведенія въ теченіе опредѣленнаго срока.*

Въ основаніи условнаго осужденія лежитъ сознаніе нецѣлесообразности или несправедливости наказанія въ нѣкоторыхъ случаяхъ, несмотря на наличность деликта. Англійскіе и американскіе судьи пользовались въ такихъ случаяхъ своимъ правомъ откладывать постановленіе приговора безъ обозначенія срока для этого и примѣнять къ обвиняемымъ и лицамъ, угрожающимъ общественному спокойствію, отдачу на поруки (поручительство въ сохраненіи мира). Впервые сталъ прибѣгать къ условному осужденію, въ особенности въ отношеніи малолѣтнихъ преступниковъ, *Гилль*, судья *въ Бирмингамѣ, въ сороковыхъ годахъ XIX в.*,*) въ 60-ыхъ годахъ условное осужденіе получаетъ распространеніе въ с.-американской практикѣ и затѣмъ въ законодательствахъ отдѣльныхъ штатовъ (впервые въ *Массачузетсѣ въ 1869 г.*, затѣмъ въ Нью-Іоркѣ и т. д.). На континентѣ Европы первый

*) Идея условнаго осужденія встрѣчается гораздо раньше, въ духовныхъ судахъ, въ XIV в. (liberatio conditionalis); случаи его примѣненія обнаружены въ правѣ городовъ Аугсбурга и Цюриха въ XV и XVI в. и въ венгерской судебной практикѣ XVI — XVIII в. Въ литературѣ первый затронулъ этотъ вопросъ Пуффендорфъ (1672 г.). Но институтъ условнаго осужденія въ Англіи и Америкѣ возникъ самостоятельно.

законъ объ условномъ осужденіи изданъ въ Бельгіи, въ 1888 г., и затѣмъ во Франціи въ 1891 г., т. назыв. *„loi Bérenger.“* Въ настоящее время условное осужденіе принято почти всѣми культурными государствами. Въ Германіи существуетъ условное помилованіе, по представленію суда или органа, приводящаго приговоръ въ исполненіе.

Формы условнаго осужденія.

II. Господствующая форма условнаго осужденія состоитъ въ томъ, что выносится обвинительный приговоръ, въ которомъ опредѣляется и мѣра наказанія, но послѣднее примѣняется только въ томъ случаѣ, если въ теченіе извѣстнаго срока испытанія, осужденный не будетъ себя хорошо вести— *французская система*, принятая европейскими государствами, кромѣ Англіи, а также нѣкоторыми штатами С. Америки и Австраліей. Другая форма, принятая *въ Англіи* и большинствѣ американскихъ штатовъ, состоитъ въ томъ, что *судья ограничивается признаніемъ виновности*,*) но не опредѣляетъ карательныхъ послѣдствій; мѣра наказанія назначается судьей лишь тогда, когда придется примѣнить наказаніе къ условно-осужденному, вслѣдствіе неудачи испытанія. Другое различіе наблюдается между большинствомъ законодательствъ Европы и законодательствами *Съверо-Американскихъ Штатовъ;* оно заключается въ томъ, что въ послѣднихъ организованъ дѣйствительный *надзоръ* за поведеніемъ условно-освобожденныхъ при помощи *особыхъ попечителей*, на которыхъ возлагается и содѣйствіе въ пріисканіи осужденнымъ занятій и собираніе матеріала до судебнаго разбирательства для характеристики обвиняемаго и освѣщенія обстоятельствъ, вызвавшихъ преступное дѣяніе, чтобы на почвѣ этихъ данныхъ рѣшить на судѣ вопросъ объ умѣстности условнаго осужденія. Эти попечители введены закономъ 1907 г. и въ Англіи. Соединеніе французской системы, особенность которой вынесеніе приговора о наказаніи, съ англо-американской системой испытанія при помощи указанныхъ probation officers принято *Австраліей* (Австралійская система) и нѣкоторыми европейскими законодательствами и проектами.

Не принято практиковавшееся въ Англіи соединеніе условнаго осужденія съ поручительствомъ, хотя оно и можетъ быть полезно, со-

*) Согласно англійскому закону 1907 г., при суммарной юрисдикціи судья откладываетъ и самое осужденіе.

здавая въ осужденномъ лишній стимулъ къ хорошему поведенію и въ поручителѣ интересъ къ судьбѣ находящагося на испытаніи: представить поручительство для большинства обвиняемыхъ очень трудно, нерѣдко невозможно, и условное осужденіе, при обязательномъ требованіи поручительства, превратилось бы въ привилегію состоятельныхъ классовъ.

Карательное значеніе условнаго осужденія.

III. Условное осужденіе въ примѣненіи къ *эпизодическимъ* преступникамъ представляется часто единственно полезной мѣрой, если совершенное дѣяніе не принадлежитъ къ категоріи серіозныхъ преступленій. Эта мѣра устраняетъ краткосрочное заключеніе, о вредномъ вліяніи котораго было сказано выше; самое движеніе въ пользу условнаго осужденія выросло на почвѣ неудовлетворительныхъ результатовъ краткосрочной тюрьмы. Но, независимо отъ этого, денежная пеня иногда можетъ оказаться слишкомъ чувствительнымъ наказаніемъ, иногда же ее приходится замѣнять лишеніемъ свободы, что́ окажется не только нецѣлесообразнымъ, но и несправедливымъ, въ виду незначительности деликта и свойствъ характера обвиняемаго. Между тѣмъ примѣненіе выговора не можетъ быть рекомендуемо; условное осужденіе слѣдуетъ признать болѣе репрессивнымъ и вполнѣ умѣстнымъ.

Въ наукѣ многіе отрицаютъ репрессивность условнаго осужденія и, не усматривая въ немъ наказанія, или отвергаютъ его (Сергѣевскій, Биркмейеръ, Вахъ, Познышевъ), или, считая его условнымъ помилованіемъ (Биндингъ), находятъ, что оно можетъ исходить не отъ суда, а отъ главы государства, или же, хотя и защищаютъ условное осужденіе, но хотятъ подыскать ему другое мѣсто въ ряду правовыхъ институтовъ (Фойницкій, Жижиленко, Тимашевъ, Ленцъ, Лammашъ). Однимъ изъ аргументовъ служитъ невозможность разсматривать, какъ наказаніе, отсрочку или непримѣненіе наказанія, но вѣдь *карательный моментъ заключается въ самомъ осужденіи*, съ которымъ соединяется, въ отличіе отъ выговора, *опредѣленность оцѣнки* дѣянія, *выражающейся въ мѣрѣ наказанія*, хотя бы и отсроченнаго, и, если въ выговорѣ видятъ наказаніе, то больше основаній усматривать его въ условномъ осужденіи*); поэтому непослѣдовательны

*] Наказаніемъ признаетъ его большинство ученыхъ, въ частности Листъ, Принсъ, Кюшъ, Піонтковскій.

проф. Сергѣевскій и Познышевъ, отрицающіе послѣднее и защищающіе выговоръ; поэтому также присоединеніе къ условному осужденію выговора, какъ въ Италіи, представляется излишнимъ (противоположнаго мнѣнія Піонтковскій и Тимашевъ). Но кромѣ того *репрессивность* условнаго осужденія заключается *въ психическихъ переживаніяхъ осужденнаго*, надъ которымъ нависла опасность дѣйствительнаго примѣненія наказанія. Возражаютъ, что такая опасность и безъ того угрожаетъ, въ силу уголовнаго закона, всякому, совершающему преступленіе; но здѣсь она имѣетъ конкретный характеръ; это не только абстрактная возможность, которая при необнаруженіи виновнаго, отпадаетъ, не реализуется. Необходимость хорошаго поведенія и сознаніе, что уклоненіе отъ этого повлечетъ опредѣленное послѣдствіе, особенно *при наблюденіи попечителей*, по американской системѣ, должны дѣйствовать значительно сильнѣе обыкновенной угрозы наказаніемъ, высказанной въ уголовномъ законѣ.

Уже отсюда вытекаетъ преимущество этой системы, но въ соединеніи съ французской: важно, чтобы судъ постановилъ приговоръ о наказаніи, не ограничиваясь признаніемъ виновности. Это важно и въ другомъ отношеніи: многими законодательствами условное осужденіе допускается лишь въ случаѣ, когда *судъ* по обстоятельствамъ дѣла *изберетъ* мѣру наказанія, не превышающую извѣстнаго максимума; такимъ образомъ, судъ долженъ раньше опредѣлить наказаніе. Дѣйствительно, не высказываясь по этому вопросу и ограничиваясь признаніемъ виновности, судъ впослѣдствіи, при необходимости примѣнить наказаніе (вслѣдствіе нарушенія виновнымъ условій отсрочки), могъ бы назначить мѣру его, выходящую за указанные предѣлы тѣмъ болѣе, что на эту мѣру въ этотъ, позднѣйшій моментъ могло бы оказать вліяніе и поведеніе осужденнаго въ періодъ испытанія. Въ этомъ иногда находятъ преимущество англійскаго порядка: для оцѣнки личности есть больше матеріала; но при этомъ существуетъ опасность, что въ основаніе приговора о наказаніи будетъ положенъ *только* новый матеріалъ, именно дурное поведеніе, а значеніе дѣянія, за которое послѣдовало условное осужденіе, стушуется; эта опасность увеличивается, когда въ послѣдующемъ засѣданіи часть матеріала перваго разбирательства не будетъ воспроизведена или будетъ фи-

гурировать въ формѣ протоколовъ, въ нарушеніе принципа непосредственности (выше, стр. 31), и когда о наказаніи будетъ выносить рѣшеніе не тотъ судья, который постановилъ объ условномъ осужденіи.

Послѣдняя мѣра, далѣе, не лишена и обще-превентивнаго значенія, по отсутствію котораго иногда ее отрицаютъ: въ самомъ дѣлѣ, *условное осужденіе судъ не обязанъ, а только въ правѣ примѣнить, и совершающій преступленіе не можетъ имѣть увѣренности въ полученіи этой льготы;* такимъ образомъ, вводя условное осужденіе, законодатель не даетъ патента на безнаказанное совершеніе деликта въ первый разъ, и нельзя согласиться, что это означаетъ: «einmal ist keinmal». Если шансъ подвергнуться условному осужденію и можетъ ослабить общую превенцію, то не слѣдуетъ забывать, что на эту льготу могутъ расчитывать только эпизодическіе преступники, при томъ не запятнанной репутаціи и не совершившіе серіознаго преступленія; въ отношеніи этой категоріи можно признать достаточной и ту степень репрессивности, которую имѣетъ, какъ отмѣчено, условное осужденіе; съ другой стороны, нѣкоторые изъ этой категоріи совершаютъ преступное дѣяніе подъ вліяніемъ столь исключительнаго давленія обстоятельствъ, что совершенно не задаются вопросомъ о мѣрѣ ожидающаго ихъ наказанія. Конечно, необходимо, чтобы условное осужденіе служило мѣрой репрессіи именно въ такихъ случаяхъ. Съ одной стороны, распространеніе его на преступниковъ съ задатками хронической преступности или же даже привычныхъ нигдѣ не принято и не можетъ быть принято, такъ какъ оно не служитъ ни исправленію, ни элиминаціи; съ другой стороны, его нельзя признать годнымъ средствомъ репрессіи и эпизодическихъ преступниковъ, если дѣяніе влечетъ серіозное наказаніе, ни съ точки зрѣнія справедливой оцѣнки вины или же общаго предупрежденія, ни съ точки зрѣнія укрѣпленія мотиваціи преступника къ закономѣрному поведенію.

Условія этого наказанія въ законодат.

IV. Въ законодательствахъ *субъективныя и объективныя условія*, при наличности которыхъ судъ можетъ примѣнить условное осужденіе, намѣчаются различно.

Субъективныя условія.

1. Въ первомъ отношеніи рѣшеніе вопроса, заслуживаетъ ли обвиняемый по своему характеру и прошлому этой льготы,

иногда предоставляется суду, который долженъ взвѣсить, не представляется ли примѣненіе наказанія нецѣлесообразнымъ (Англія, законъ 1907 г.; Норвегія, нѣкоторые штаты С. Америки). Другія законодательства ставятъ условіемъ кромѣ того *отсутствіе въ прошломъ* обвиняемаго *судимости* за дѣянія опредѣленной тяжести (Нью-Іоркъ) или присужденія въ прошломъ къ наказанію вообще (Австралія, нѣкоторые штаты), или къ лишенію свободы болѣе тяжкихъ видовъ: такъ, во Франціи условное осужденіе исключается предшествующимъ приговоромъ къ наказанію не ниже тюрьмы за общее преступленіе (но не политич. или военное), въ Италіи, если предшествующее наказаніе было reclusione, а также, если виновный уже воспользовался разъ льготой условнаго осужденія. Каждая изъ этихъ системъ находитъ сторонниковъ и среди ученыхъ. Казалось бы однако, что не одно лишеніе свободы въ прошломъ должно препятствовать условному осужденію: это обстоятельство можетъ играть роль только, если совершившаго деликтъ хотятъ возможно дольше уберечь отъ тлетворнаго вліянія тюрьмы: если онъ уже тамъ побывалъ, опасность новаго заключенія не идетъ въ счетъ; но едва ли правильно ограничиваться условнымъ осужденіемъ и при предшествующемъ присужденіи къ крупному денежному штрафу, если только онъ не имѣлъ специфическаго характера, какъ при нарушеніи Уставовъ казеннаго управленія. И въ отношеніи такихъ обвиняемыхъ трудно ожидать воспитательно-репрессивнаго дѣйствія условнаго осужденія. Только при ничтожности прежняго деликта (неосторожное дѣяніе, полицейское нарушеніе) прежняя судимость не должна служить препятствіемъ. Съ истеченіемъ извѣстнаго срока со дня предшествующаго осужденія или отбытія наказанія, оно могло бы терять препятствующее значеніе, какъ при давности для рецидива (см. ниже).

Объективныя условія. 2. Что касается объективныхъ условій, то или перечисляются въ законѣ преступныя дѣянія, при которыхъ условное осужденіе недопустимо, или оно исключается при обвиненіи въ дѣяніяхъ, влекущихъ *по закону* наказаніе опредѣленной тяжести, напр. заключеніе на срокъ свыше 10 лѣтъ (обѣ системы приняты въ С. Америкѣ), или условное осужденіе допускается только *при приговорахъ*, присуждающихъ

въ данномъ случаѣ къ наказанію опредѣленнаго рода или *не свыше опредѣленнаго максимума:*

такъ, во Франціи, при приговорахъ къ тюрьмѣ (emprisonnement) на любой срокъ, въ Бельгіи — ко всякому лишенію свободы, если на срокъ не свыше 6 мѣс., въ Японіи — не свыше двухъ лѣтъ, въ Норвегіи — къ тюрьмѣ не свыше 3 мѣс. или къ аресту не свыше 6 мѣс.; иногда устанавливается ограниченіе замѣны условнымъ осужденіемъ денежнаго штрафа вообще (Японія), или свыше опредѣленной суммы, или фискальнаго (французская практика и русскій проектъ).

Недопустимость условнаго осужденія при нѣкоторыхъ видахъ наказанія слѣдуетъ признать правильной при условіи, если они примѣняются въ данномъ кодексѣ только, какъ мѣра репрессіи хронической преступности; необходимо также указаніе максимума, свыше котораго такое осужденіе исключается даже при тѣхъ видахъ лишенія свободы, которое примѣняется именно къ эпизодическимъ преступникамъ, чтобы не подрывать общей превенціи и не ослаблять мотиваціи самаго преступника въ интересахъ спеціальнаго предупрежденія. Этотъ максимумъ могъ бы доходить до 6 мѣс. тюрьмы и до года крѣпости (или ареста). Хотя на подлежащихъ заключенію въ крѣпости оно не можетъ имѣть развращающаго вліянія, и условное осужденіе не нужно для предотвращенія вредныхъ послѣдствій лишенія свободы, но зато эта льгота диктуется здѣсь свойствомъ преступнаго настроенія и соображеніями справедливости. Примѣнимость условнаго осужденія должна зависѣть не отъ наказанія, назначеннаго за инкриминируемое дѣяніе въ законѣ, а отъ мѣры выбираемой судомъ, какъ опредѣляющей степень вины даннаго преступника въ данномъ конкретномъ случаѣ. Это вытекаетъ не только изъ необходимости индивидуализаціи, но также изъ возможности такимъ именно путемъ въ большей степени сохранить значеніе общей превенціи, такъ какъ при такомъ порядкѣ вѣроятность условнаго осужденія представляется преступнику въ моментъ дѣянія болѣе проблематичной.

Основанія отмѣны льготы.

V. Условіемъ для непримѣненія наказанія всѣми законодательствами признается хорошее поведеніе въ теченіе опредѣленнаго срока послѣ приговора; срокъ или устанавливается закономъ (во Франціи, напр., 5 лѣтъ) или предоставляется усмотрѣнію суда (С. Америка), или же въ послѣднемъ случаѣ усмотрѣніе ограничивается законнымъ максималь-

нымъ временемъ (Бельгія, Англія). Понятіе «хорошаго поведенія» иногда точнѣе опредѣляется закономъ: условно осужденному вмѣняется въ обязанность заниматься честнымъ трудомъ, не водить дурныхъ знакомствъ, не посѣщать питейныхъ заведеній, соблюдать и другія условія, предложенныя судомъ; нѣкоторыя законодательства требуютъ еще, чтобы осужденный проявилъ стараніе возмѣстить вредъ потерпѣвшему; это полезно, такъ какъ легче примиряетъ послѣдняго съ непримѣненіемъ наказанія къ обвиняемому; съ другой стороны, такое стараніе свидѣтельствуетъ въ пользу осужденнаго. Но особенное значеніе для отмѣны условнаго осужденія и для примѣненія наказанія пріобрѣтаетъ *совершеніе* тѣмъ же преступникомъ до истеченія срока испытанія *новаго преступнаго дѣянія*, влекущаго наказаніе опредѣленнаго рода: во Франціи льгота отпадаетъ при присужденіи за новое дѣяніе къ тюрьмѣ или высшему наказанію за délit commun; примѣняется наказаніе и за новое и за прежнее преступленіе. Въ Норвегіи отмѣна льготы и при новомъ деликтѣ предоставлена усмотрѣнію суда. Дѣйствительно, возможно, что присужденіе даже къ лишенію свободы не свидѣтельствуетъ о дурномъ поведеніи, напр., если новое дѣяніе неосторожное.

Послѣдствія соблюденія условій. VI. При благополучномъ исходѣ испытательнаго періода, наказаніе одними законодательствами признается отбытымъ (Норвегія, Данія), другими (большинство) — отмѣненнымъ; такимъ образомъ, оно при второй системѣ не должно идти въ счетъ при рецидивѣ, не должно играть роли при разрѣшеніи вопроса о возможности условнаго осужденія въ случаѣ совершенія впослѣдствіи новаго преступнаго дѣянія. Впрочемъ, эти выводы невсегда дѣлаются законодательствами (Листъ).

Результаты условнаго осужденія. VII. Что касается результатовъ условнаго осужденія, то статистика констатируетъ незначительный % неудачи этой мѣры, т. е. ея отмѣны (около 10% для Франціи, Бельгіи, Италіи, Новой Зеландіи и т. д.). Хотя вліяніе этой мѣры на общее движеніе преступности и не можетъ быть установлено, но въ странахъ, введшихъ условное осужденіе не наблюдается ослабленіе общей превенціи или ростъ рецидива со времени этого нововведенья.

Вопросъ объ услов. осужд. въ Россіи. VIII. Въ Россіи законопроектъ объ условномъ осужденіи былъ принятъ Государственной Думой въ 1909 г., но откло-

ненъ Государственнымъ Совѣтомъ. Введеніе этого закона находилъ несвоевременнымъ между прочимъ Н. С. Таганцевъ. Напротивъ, большинство русскихъ криминалистовъ, въ томъ числѣ Спасовичъ, проф. Фойницкій, Случевскій, Піонтковскій, постоянно высказывалось за этотъ институтъ, нѣкоторое подобіе котораго извѣстно было даже нашимъ волостнымъ судамъ, гдѣ практиковались подписка о хорошемъ поведеніи, какъ условіе непримѣненія наказанія, и присоединяемое къ условной отсрочкѣ наказанія внушеніе (проф. Жижиленко).

ЧАСТЬ ПЯТАЯ.

Индивидуализація наказанія.

XXV. Выборъ мѣры наказанія судомъ.

Выборъ наказанія по нашему законодательству.

I. Въ современныхъ законодательствахъ принята относительно-опредѣленная санкція: законъ указываетъ минимумъ и максимумъ того или другого вида наказанія за данное преступленіе, предоставляя въ этихъ предѣлахъ суду выборъ той мѣры—низшей, средней или высшей, которая соотвѣтствуетъ особенностямъ судимаго дѣянія. Иногда суду же предоставляется выборъ и между двумя или нѣсколькими видами наказанія, которыми альтернативно угрожаетъ законъ за совершеніе даннаго преступленія, указывая также минимальный и максимальный предѣлы каждаго изъ этихъ видовъ для этого преступленія: такъ, 1477 ст. Ул. о нак. за тяжкое увѣчье угрожаетъ или ссылкой въ каторжныя работы отъ 4 до 6 лѣтъ, или исправит. арестантскими отдѣленіями отъ 4 до 5 лѣтъ*), съ соотвѣтствующими правопораженіями. Въ Угол. Улож. 1903 г. опредѣляется или и высшій, и низшій предѣлы, или же только одинъ изъ нихъ, напр.: срочная каторга не ниже 8 лѣтъ, или каторга не свыше 8 лѣтъ, и въ такихъ случаяхъ высшимъ или низшимъ предѣломъ, который можетъ быть избранъ судомъ, служитъ максимальный или же минимальный срокъ, указанный въ законѣ для даннаго вида наказанія (законный, или легальный минимумъ или максимумъ), такимъ образомъ, въ первомъ примѣрѣ каторга отъ 8 до 15 лѣтъ, а во второмъ отъ 4 до 8 лѣтъ. Иногда законъ

*) По разъясненіямъ Сената, выборъ того или другого рода наказанія долженъ производиться въ зависимости отъ объема правонарушенія; при соучастіи, опредѣленіе мѣры наказанія различнымъ соучастникамъ должно исходить отъ рода наказанія, избраннаго для главныхъ виновныхъ.

говоритъ только: «наказывается тюрьмой», или указываетъ вообще только видъ наказанія; тогда суду предоставляется выборъ въ предѣлахъ законныхъ минимума и максимума, напр.: тюрьма можетъ быть назначена отъ 2 недѣль до 1 года, При этомъ Угол. Ул. опредѣляетъ, что срокъ каторги опредѣляется годами и полугодами, сроки заключенія въ исправит. домѣ—годами и мѣсяцами; въ крѣпости и тюрьмѣ—годами, мѣсяцами и недѣлями; срокъ ареста—мѣсяцами, недѣлями и днями (ст. 22); о выборѣ цыфры пени см. выше.

Связанный этими предѣлами, судъ выбираетъ наказаніе по своему усмотрѣнію, руководствуясь особенностями конкретнаго случая. Въ Улож. о нак. однако дается перечень обстоятельствъ, которыя судъ долженъ принять во вниманіе при выборѣ наказанія и которыя названы закономъ «увеличивающими и уменьшающими вину и наказаніе» (ст. 129 и 134), при чемъ *увеличеніе* наказанія можетъ происходить *только въ предѣлахъ максимума, положеннаго за судимое преступленіе въ законѣ*, а уменьшеніе можетъ выходить за предѣлы минимума, опредѣленнаго за данное преступленіе въ законѣ, а именно: *судъ въ правѣ понизить* наказаніе *одною или двумя степенями*, а при деликтахъ печати нѣсколькими степенями и даже переходить къ высшей степени ближайшаго низшаго рода наказаній (ст. 135). Увеличивающими вину обстоятельствами Ул. о нак. признаетъ бо́льшую обдуманность, безнравственность побужденій, нарушеніе особыхъ личныхъ обязанностей къ мѣсту или лицамъ, жестокость, гнусность, безнравственность дѣйствій, неискренность на судѣ и упорное запирательство и отклоненіе подозрѣнія на другого, бо́льшее образованіе, высшее соціальное положеніе, такимъ образомъ рядъ субъективныхъ моментовъ, сопровождавшихъ преступленіе, предшествовавшихъ ему или слѣдовавшихъ за нимъ; далѣе — рядъ объективныхъ моментовъ: большее количество привлеченныхъ къ соучастію, бо́льшія усилія къ устраненію препятствій, бо́льшую степень опасности дѣянія или причиненнаго имъ вреда. Сходный, но болѣе короткій перечень, даетъ 14 ст. Уст. о нак. Къ увеличивающимъ вину обстоятельствамъ Ул. о нак. и Уст. о нак. особо относятъ и рецидивъ—повтореніе и отдѣльно говорятъ объ увеличеніи наказанія при совокупности.

Уменьшающія вину обстоятельства по Ул. о нак. слѣдующія: чистосердечное сознаніе въ преступленіи; легкомысліе, глупость, крайнее невѣжество, благодаря которымъ подсудимый былъ вовлеченъ другими въ преступленіе; сильное раздраженіе, вызванное обидами или иными дѣйствіями потерпѣвшаго; вовлеченіе убѣжденіями, приказаніями или дурнымъ примѣромъ лицъ, имѣвшихъ у подсудимаго особый авторитетъ; крайность и неимѣніе никакихъ средствъ къ пропитанію и работѣ; раскаянье и сожалѣніе къ жертвамъ и ограниченіе поэтому размѣровъ вреда, стараніе послѣ преступленія отвратить вредныя послѣдствія и вознаградить потерпѣвшаго; выдача участниковъ. Но, согласно Уст. Уг. Суд. (ст 774) судъ не только въ правѣ, но даже *обязанъ* уменьшить наказаніе *одною степенью и въ правѣ уменьшить двумя степенями, если обвиняемый признанъ присяжными заслуживающимъ снисхожденія*, между тѣмъ такое снисхожденіе не обусловлено наличностью въ дѣлѣ одного изъ указанныхъ въ 134 ст. Ул. о нак. обстоятельствъ. Въ судебной практикѣ, независимо отъ ст. 774 Уст. Уг. Суд., наблюдается тенденція вообще не разсматривать перечень уменьшающихъ вину обстоятельствъ, данный 134 ст., какъ исчерпывающій.

Движеніе суда по лѣстницѣ наказаній.

II. При уменьшеніи или увеличеніи наказанія, выходящихъ за предѣлы указаннаго въ законѣ за судимое дѣяніе минимума или максимума, *судъ*, по Ул. о нак., *движется по лѣстницѣ наказаній*, напр.: за кражу со взломомъ тяжкимъ (1647 ст.) опредѣляются испр. арестант. отдѣленія по 3-й степени 31 ст. ($2^1/_2$ — 3 г), увеличивая наказаніе на (одну степень, допустимъ въ виду совокупности съ другимъ дѣяніемъ 152 ст.), судъ назначитъ вторую степень (3 — $3^1/_2$ г.); уменьшая, напр.: при неоконченномъ покушеніи на 2 степени, судъ назначитъ пятую степень, т. е отъ 1 до $1^1/_2$ г., и выберетъ въ этихъ предѣлахъ точную цыфру, напр. 1 г. и 3 мѣс., или $1^1/_2$, по своему усмотрѣнію, считаясь съ обстоятельствами, указанными въ 129 и 134 ст. Если же нѣтъ низшей степени даннаго рода наказанія, соотвѣтствующей винѣ подсудимаго, напр.: судъ желаетъ смягчить наказаніе при покушеніи на 3 степени, какъ онъ имѣетъ право, и назначить пришлось бы въ случаѣ упомянутой выше кражи 6-ю степень 31 ст., когда она ихъ имѣетъ только 5, то въ такихъ случаяхъ судъ переходитъ къ ближайшему низшему роду, руководствуясь правилами, установленными въ 150 ст. Ул. о нак.: отъ каторжныхъ работъ переходить нужно было не къ ссылкѣ, а къ исправит. арест. отдѣленіямъ; въ видѣ исключенія при нѣкоторыхъ деликтахъ переходъ отъ каторжныхъ работъ къ другому наказанію (по 134 и 135 ст. Ул. и 774 и 828 ст. Устава Угол. Судопр.) совсѣмъ

запрещается; *отъ тюрьмы съ лишен. всѣхъ особен. правъ* переходъ не къ крѣпости *и отъ крѣпости* не къ тюрьмѣ съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ, а *къ простой тюрьмѣ* (безъ лишенія правъ) въ обоихъ этихъ случаяхъ Такимъ образомъ лѣстница наказаній нарушается. Другое нарушеніе заключается въ томъ, что низшая степень тюрьмы съ лишеніемъ всѣхъ особен. правъ (2 — 4 мѣс.) и крѣпости (4 нед.—4 мѣс) по сроку мягче, чѣмъ высшія степени тюрьмы безъ лишен. правъ, поэтому согласно 150 ст., заключеніе въ тюрьмѣ назначается на тотъ же менѣе продолжительный срокъ, а отъ тюрьмы съ лишен нѣкотор. правъ (8⅓— 16 мѣс) слѣдуетъ переходить не къ первой степени 38-й ст. тюрьмы простой (8 — 16 мѣс.), а ко второй (4—8 мѣс.). И въ приведенномъ выше примѣрѣ судъ долженъ назначить не 1-ую степень 33 ст. (тюрьмы съ лишен. всѣхъ особен. правъ 1 г. и 4 мѣс. до 2 лѣтъ), ибо 5 степ. 31 ст. указываетъ меньшій срокъ (1 г.—1½ г.), а 2-ую степень 33 ст. (8 мѣс —1 г 4 мѣс.). См. ст. 140 Ул. о нак

Чрезвычайное смягченіе наказанія.

III. Улож. о нак. (ст. 154) знаетъ *смягченіе* наказанія, *выходящее за предѣлы*, указанные въ *135 ст.*, но *въ порядкѣ помилованія*, о которомъ суду предоставляется ходатайствовать въ чрезвычайныхъ случаяхъ съ представленіемъ имѣющихся о семъ основаній; къ этимъ основаніямъ чрезвычайнаго смягченія само Улож. о нак. относитъ (ст. 153): 1) полное чистосердечное признаніе и указаніе всѣхъ сообщниковъ, если сверхъ того преступникъ доставленіемъ вѣрныхъ въ свое время свѣдѣній предупредитъ исполненіе другого злого умысла, 2) признаніе и прежняя безпорочная служба или заслуги; 3) долговременное пребываніе подъ судомъ и подъ стражей, если преступленіе, за которое преступникъ осужденъ, не подвергаетъ лишенію всѣхъ правъ состоянія.

При увеличеніи наказанія, въ случаѣ, если нѣтъ соотвѣтствующей степени въ данномъ родѣ наказанія, судъ, согласно 150 ст. Ул. о нак., переходитъ отъ ареста къ тюрьмѣ, отъ тюрьмы съ лишеніемъ всѣхъ особен. правъ къ испр. арест отдѣленіямъ, а въ прочихъ случаяхъ вмѣсто перехода къ высшему роду наказанія, увеличиваетъ продолжительность заключенія, опредѣленную закономъ для высшей степени того наказанія. а для безсрочной каторги—время пребыванія въ разрядѣ испытуемыхъ (одной степени соотвѣтствуетъ увеличеніе этого времени на 1 годъ).

Угол. Улож.

IV. *Уголовн. Улож.* (ст. 65) въ общей части придаетъ значеніе *факультативнаго усиливающаго отвѣтственность обстоятельства нарушенію* виновнымъ въ учиненіи или въ участіи въ учиненіи общаго преступнаго дѣянія еще *отношеній служебной подчиненности*, или *долга службы* въ отношеніи частныхъ лицъ, или злоупотребленію своей обязанностью или полномочіемъ, *угрозъ* притѣсненіемъ или инымъ *злоупо-*

требленіемъ власти, если за такія дѣйствія не опредѣлены въ законѣ особыя наказанія. Судъ можетъ усилить наказаніе по 64 ст., т. е., какъ при квалифицированной совокупности (см. ниже). Что касается уменьшающихъ вину обстоятельствъ, то къ нимъ по Угол. Ул. относятся несущественное пособничество, покушеніе, меньшая наказуемость дѣянія по закону мѣста или времени совершенія, чѣмъ по закону мѣста или времени разрѣшенія дѣла. Но суду предоставляется и въ другихъ случаяхъ признать наличность уменьшающихъ вину обстоятельствъ, и, въ чемъ судъ ихъ усмотритъ, это предоставляется его собственному рѣшенію. Наказаніе смягчается, по *53 ст. Угол. Улож.*, на слѣдующихъ основаніяхъ: 1) *не* можетъ быть назначенъ *максимумъ* наказанія за судимое дѣяніе; 2) при опредѣленіи въ законѣ за это дѣяніе минимума судъ можетъ *понизить* наказаніе *до легальнаго минимума* этого вида наказанія; 3) если минимумъ за данное дѣяніе въ законѣ не указанъ, судъ въ правѣ или ограничиться такимъ же смягченіемъ, какъ подъ цифрой 2, или даже *перейти* отъ смертной казни къ каторгѣ безъ срока или на срокъ отъ 10 до 15 лѣтъ; отъ безсрочной каторги къ срочной, отъ срочной каторги къ исправит. дому; отъ исправит. дома — къ тюрьмѣ и отъ тюрьмы къ аресту.

Особо увеличивающія и уменьшающ. вину обстоятельства.

V. Отъ обстоятельствъ разсматриваемой категоріи, обозначаемыхъ въ нѣмецкой литературѣ терминомъ «основанія опредѣленія мѣры наказанія» (Strafzumessungsgründe), двухъ видовъ: увеличивающія и уменьшающія наказаніе (Strafmehrungs и Strafminderungsgründe), и предоставленныхъ усмотрѣнію суда, нужно отличать обстоятельства, которымъ *самъ законъ придаетъ* опредѣленное *вліяніе на наказаніе* и которыя могутъ быть *1) общими*, напр. совокупность и малолѣтство, въ другихъ законодательствахъ — уменьшенная вмѣняемость, неполное опьяненіе, продолжаемое свойство преступленія (Италія), провоцированность посягательства самимъ потерпѣвшимъ (Франція — excuse générale), эксцессъ обороны не въ аффектѣ, error juris (Норвегія), рецидивъ, покушеніе, ненеобходимое пособничество, или же *2) предусмотрѣнными при опредѣленныхъ преступленіяхъ, обращающими данный деликтъ въ квалифицированный или же привилегированный. Въ нашей судебной практикѣ* они носятъ названіе *особо увеличивающихъ или уменьшающихъ вину* (ср. ст. 755 Уст. Угол.

Суд.); признаніе ихъ или устраненіе принадлежитъ присяжнымъ, въ дѣлахъ съ ихъ участіемъ. Таковы, напр.: взломъ при кражѣ, легкомысліе при растратѣ. Эти обстоятельства носятъ названіе въ Германіи основаній измѣненія наказанія (Strafänderungsgründe), основаній усиленія или же смягченія его (Strafscharfungs—и Strafmilderungsgründe) Въ Ул. о нак. нѣкоторыя обстоятельства изъ категоріи увеличивающихъ или уменьшающихъ вину иногда при нѣкоторыхъ преступленіяхъ пріобрѣтаютъ значеніе особо уменьшающихъ или увеличивающихъ вину, въ силу спеціальнаго указанія закона въ особенной части, напр.: легкомысліе при растратѣ, крайность при кражѣ (ст. 1681, ч. 2, и 1663 Ул. о нак.).

Иностран. законодат.

VI. — 1. Иностранныя законодательства не содержатъ перечня или указанія на тѣ увеличивающія или уменьшающія вину обстоятельства, которыя вліяютъ въ предѣлахъ законныхъ рамокъ наказанія за данный деликтъ. *Французское* законодательство съ 1832 г. знаетъ *не спеціализированныя смягчающія обстоятельства* (circonstances atténuantes), которыя въ мотивахъ суда не нуждаются въ ближайшемъ опредѣленіи и могутъ быть усмотрѣны судомъ (или присяжными, въ дѣлахъ съ ихъ участіемъ) въ любыхъ фактахъ. Наказаніе должно быть тогда обязательно смягчено: при преступленіяхъ судъ переходитъ къ ближайшему низшему роду наказанія, напр. отъ смертной казни къ безсрочной каторгѣ, но судъ въ правѣ (но не обязанъ) перейти и къ слѣдующему роду наказанія—къ срочной каторгѣ (отъ 5 до 20 лѣтъ); если деликтъ влечетъ исправительное наказаніе, то судъ можетъ понизить послѣднее даже до 1 дня тюрьмы или 1 франка пени. *Нѣтъ минимумовъ* (за исключен. нѣкотор. преступленій) *въ особенной части Голландскаго улож.*; указывается только максимумъ; судъ всегда въ правѣ назначить одинъ день тюрьмы или 50 cent. штрафа. Большая власть въ отношеніи смягченія наказанія принадлежитъ и англійскимъ судьямъ.

Не спеціализированныя смягчающія обстоятельства извѣстны Германскому улож., но лишь въ особенной части, при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, при чемъ власть суда болѣе ограниченна. Особенно стѣсненъ судъ въ выборѣ наказанія Итальянскимъ кодексомъ.

2. Но нѣкоторыя законодательства и въ особенности новѣйшіе проекты идутъ дальше и *разрѣшаютъ суду иногда совершенно освободить виновнаго отъ наказанія:* такое право предоставлено судьѣ *въ Англіи* по дѣламъ суммарной юрисдикціи, *если* онъ *признаетъ проступокъ ничтожнымъ* и наказаніе нецѣлесообразнымъ. *Германскій предв. проектъ* разрѣшаетъ суду освобождать отъ наказанія *въ «особо легкихъ случаяхъ»*, т. е. такихъ, въ которыхъ «противоправныя послѣдствія дѣянія незначительны, преступная воля субъекта

невелика и по обстоятельствамъ извинительна, такъ что примѣненіе наказанія, опредѣленнаго въ законѣ, было бы несправедливой суровостью» (§ 83); проектъ отдѣльно упоминаетъ о такомъ освобожденіи «въ особо легкихъ случаяхъ» при покушеніи, при ошибкѣ въ правѣ, эксцессѣ обороны, уменьшенной вмѣняемости и при рядѣ деликтовъ: при всѣхъ нарушеніяхъ, клеветѣ, тѣлесныхъ поврежденіяхъ, растратѣ и т. д. Сходныя постановленія содержитъ *Норвежскій кодексъ* въ рядѣ параграфовъ общей и особенной части: при ошибкѣ въ правѣ, при незначительности роли участника въ преступленіи или вовлеченіи его зависимостью отъ другихъ, при полномъ признаніи, явкѣ съ повинною, предотвращеніи или возмѣщеніи вреда, *если* бы *могла быть назначена* за данный деликтъ *денежная пеня*, судъ въ правѣ совсѣмъ освободить отъ наказанія; такое же право принадлежитъ ему, независимо отъ приведеннаго условія, *при многихъ деликтахъ при наличности особенно смягчающихъ обстоятельствъ:* такъ, при необъявленіи о находкѣ, при присвоеніи находки не свыше 5 кронъ, при насиліи надъ должностнымъ лицомъ, когда оно было вызвано ненадлежащимъ поведеніемъ послѣдняго; далѣе, освобожденіе отъ наказанія можетъ послѣдовать *при покушеніи на дѣтоубійство,* не повлекшемъ тяжкаго тѣлеснаго поврежденія ребенка, *при содѣйствіи самоубійству* или тяжкому посягательству на собственное здоровье, *если не послѣдовали ни смерть, ни тяжкое тѣлесное поврежденіе*, наконецъ въ различныхъ случаяхъ оскорбленія или тѣлеснаго поврежденія, вызванныхъ однимъ изъ такихъ же дѣяній потерпѣвшаго.

Японское ул 1907 г и Швейцарскій проектъ (1903 г.) допускаютъ освобожденіе отъ наказанія *) въ нѣкоторыхъ случаяхъ, изъ которыхъ интересно отмѣтить слѣдующіе: согласно Японск. ул., при эксцессѣ крайней необходимости. взятіи обратно ложнаго показанія или ложнаго доноса, согласно Швейц. проекту—также при послѣднемъ дѣяніи и при принужденіи женщины къ половому акту посредствомъ злоупотребленія ея нуждой или зависимостью, если виновный затѣмъ на ней женился

3. Въ отношеніи выбора рода и мѣры наказанія проекты и Норвежское ул. даютъ суду общія указанія: судъ долженъ обратить вниманіе на побудительные *мотивы* преступленія, на соблазнъ, который оно представляло, на цѣли, которыя

*) Въ проектѣ 1908 г. суду не предоставлено это право.

преслѣдовалъ преступникъ, на его прошлое, его *личныя и хозяйственныя отношенія*, степень его развитія, на его *поведеніе послѣ дѣянія:* раскаянье, стремленіе загладить послѣдствія, на *общее преступное настроеніе* его (§ 81 герм. предв. проекта), и на представляемую имъ *опасность* (43 § австр. правит. проекта). Согласно *Норвежскому* кодексу судъ, въ случаѣ *«небезчестнаго настроенія»* обвиняемаго можетъ переходить къ аресту (Haft—custodia honesta) при *всѣхъ* преступныхъ дѣяніяхъ. Такова же была мысль составителей нашего Угол. Ул., но въ самомъ Угол. Ул. эта мысль нашла для себя слишкомъ ограниченное примѣненіе, и крѣпость указывается, какъ наказаніе, иногда альтернативно съ исправит. домомъ, только при нѣкоторыхъ политическихъ и религіозныхъ преступленіяхъ. Въ Венгріи тюрьма замѣняется custodia honesta (Staatsgefängniss), если первая не связана съ потерей почетныхъ правъ и судъ признаетъ виновнаго достойнымъ этого облегченія. Значеніе мотиву преступленія при выборѣ рода наказанія придается швейцарскимъ и австрійскимъ правительственнымъ проектами: согласно первому, если въ законѣ за данное дѣяніе указаны, какъ наказанія, альтернативно смирительный домъ (Zuchthaus) или тюрьма, судъ примѣняетъ первое изъ этихъ наказаній, если преступленіе свидѣтельствуетъ о низменномъ настроеніи (gemeine Gesinnung) или о дурномъ характерѣ виновнаго; такое же значеніе имѣетъ, *по австр. проекту, жестокость, своекорыстіе, безстыдство, отвращеніе къ труду.*

Контръ-проектъ (см. выше, 196) предлагаетъ введеніе, въ pendant къ „особо легкимъ случаямъ", особо тяжкихъ, гдѣ виновныя послѣдствія дѣянія значительны или преступная воля виновнаго особенно сильна и предосудительна (verwerflich). Объ увеличеніи наказанія въ такихъ случаяхъ за обычные предѣлы говоритъ и герман. предв. проектъ въ особенной части, при нѣкоторыхъ преступленіяхъ.

XXVI. Вліяніе на наказаніе совокупности, рецидива и привычки къ преступной дѣятельности. — Индивидуализація въ современномъ правѣ.

I.—1. Особенное вліяніе на отвѣтственность имѣютъ совокупность (реальная) и рецидивъ. **Вліяніе совокупности.**

При совокупности возможна троякая система:

1) *сложенія* наказаній, кумуляціи — quot delicta tot poenae. Система кумуляціи примѣняется въ Италіи при денежной пенѣ;

2) *поглощенія* — консумціи, т. е. примѣненія наказанія строжайшаго изъ тѣхъ, которыя положены въ законѣ за совершенныя преступленія; эта система во Франціи при совокупности crimes и délits;

3) *усиленія* этого строжайшаго наказанія—Asperationsprinzip, что́ можетъ выразиться и въ формѣ смягченія суммы всѣхъ наказаній, въ формѣ смягченной, такъ назыв. *юридической кумуляціи.* Такая система (юрид. кумуляц.) принята въ Англіи, Голландіи, Бельгіи, гдѣ отчасти примѣняется и система усиленія; послѣдняя примѣняется въ Италіи, Австріи, Венгріи, Даніи, Норвегіи, въ которой она принята и для идеальной совокупности.

Система смягченія иногда просто неосуществима, напр., если одно изъ наказаній смертная казнь или пожизненное заключеніе, и почти всегда несправедлива, такъ какъ тяжесть наказанія растетъ не только отъ увеличенія срока, но и отъ непрерывности примѣненія, напр.: не одно и то же отбыть три раза заключеніе въ тюрьмѣ по полъ-года и одинъ разъ полтора года; второе гораздо тяжелѣ. При многочисленности мелкихъ деликтовъ сумма наказаній можетъ иногда привести къ долгосрочному лишенію свободы, которое окажется чрезмѣрнымъ даже при проявленной преступникомъ интенсивности преступнаго настроенія: исходя изъ необходимости соотвѣтствія наказанія принадлежности преступника къ классу привычныхъ, слѣдовало бы не столько увеличивать срокъ заключенія, сколько измѣнять родъ репрессіи. Да и вообще фиксація наказанія въ опредѣленныхъ цыфрахъ не соотвѣтствуетъ раціональной организаціи репрессіи. Съ другой стороны, принципъ поглощенія даетъ преступнику, совершившему болѣе тяжкое преступленіе, какъ бы право на безнаказанное совершеніе ряда другихъ, менѣе тяжкихъ. Такимъ образомъ, остается принципъ усиленія наказанія, положеннаго въ законѣ за важнѣйшій деликтъ, при чемъ размѣры этого усиленія слѣдуетъ предоставить суду, указавши только высшій предѣлъ, достаточно высокій, позволяющій учесть и количество и серіозность преступленій при совокупности.

2. Особенное значеніе получаетъ совокупность, если она служитъ симптомомъ привычки къ преступной дѣятельности или обращенія ея въ промыселъ. Въ этомъ отношеніи признается показательной однородность совершенныхъ дѣяній. *Совокупность тождественныхъ или однородныхъ дѣяній по привычкѣ къ преступной дѣятельности или вслѣдствіе обращенія ея въ промыселъ выдѣляетъ* 64 ст. *Угол. уложе.*, но она только увеличиваетъ наказаніе сравнительно съ обыкновенной совокупностью, не измѣняя рода наказанія. Это *увеличеніе факультативно:* судья *можетъ*, но не обязанъ, назначая каторгу безъ срока, воспретить переводъ на поселеніе, ранѣе истеченія 20 лѣтъ (до отмѣны ссылки); срочное лишеніе свободы продлить: если въ законѣ указанъ максимумъ за важнѣйшее преступленіе, до высшаго законнаго максимума, а если первый не указанъ, каторгу продлить до 20 лѣтъ, заключеніе въ исправ. домѣ и крѣпости до 8 лѣтъ, — въ тюрьмѣ до 2 лѣтъ, арестъ до 1 года; а кромѣ денежной пени назначить арестъ не свыше 1 мѣсяца. **Квалифицированная совокупность.**

При *обыкновенной совокупности* (ст 60) усиленіе наказанія только факультативное; судъ можетъ назначить лишь тягчайшее изъ наказаній, опредѣленныхъ имъ (*судомъ*, а не закономъ) за совершенныя дѣянія; но судъ можетъ и усилить это наказаніе до законнаго максимума, не превышая однако суммы всѣхъ назначенныхъ виновному наказаній; при этомъ каторга можетъ быть дробима въ предѣлахъ до 3 мѣс. Усиленіе наказанія не допускается, если тягчайшимъ наказаніемъ будетъ каторга или исправит. домъ, а за другое дѣяніе судомъ назначены: денежная пеня, арестъ или заключеніе въ крѣпости не свыше одного года. Дѣйствительно, арестъ и крѣпость изъ цѣлей спеціальной превенціи преслѣдуютъ только устрашеніе, которое достаточно достигается примѣненіемъ болѣе суроваго заключенія, напр., исправительнаго дома Интересы общей превенціи могутъ быть удовлетворены судомъ въ предѣлахъ обычнаго максимума важнѣйшаго наказанія. Но суду слѣдовало бы предоставить право присоединять къ послѣднему денежную пеню за другое дѣяніе, имѣющую спеціальное мотивирующее значеніе при корыстныхъ деликтахъ. Не поглощаются тягчайшимъ наказаніемъ, а присоединяются къ нему лишеніе и ограниченіе правъ и дополнительныя наказанія, опредѣлен-

ныя за другія конкуррирующія дѣянія и не сопровождающія тягчайшаго наказанія.

Тотъ же принципъ поглощенія принятъ и *Ул. о нак.* (152 ст.), съ правомъ суда увеличить тягчайшее наказаніе на одну степень, если подсудимый приговоренъ къ однороднымъ наказаніямъ или хотя и разнороднымъ, но низшее по роду опредѣлено ему на срокъ равный или больший, чѣмъ высшее. При наказаніяхъ ниже заключенія въ тюрьмѣ судъ назначаетъ то изъ нихъ, которое признаетъ болѣе строгимъ для виновнаго (напр., штрафъ въ 200 р. или арестъ на 1 день) Принципъ поглощенія проводится и при денежныхъ взысканіяхъ. Совокупность при наказаніяхъ ниже тюрьмы считается во всякомъ случаѣ обстоятельствомъ увеличивающимъ вину. Денежныя взысканія фискальныя или имѣющія характеръ также удовлетворенія за убытки (за самовольныя порубки лѣса и т. п.) не поглощаются. Въ Уст. о нак. (ст. 16) принятъ принципъ поглощенія.

Ст. 152 Ул. о нак. упоминаетъ объ одномъ условіи совокупности, которое само собою разумѣется, что дѣянія не должны быть покрыты давностью, общимъ или особеннымъ прощеніемъ Ст. 60 Уг. Ул. объ этомъ не упоминаетъ, при квалифицированной совокупности, предусмотр. 64 ст., если два или болѣе однородныхъ дѣянія подлежатъ суду, другія дѣянія, уже покрытыя давностью, хотя и не могутъ дать основаніе для наказанія, могли бы служить доказательствомъ привычки къ преступной дѣятельности или обращенія ея въ промыселъ, когда это не вытекаетъ опредѣленно изъ подлежащихъ суду дѣяній; но ст. 67 усиливаетъ наказаніе при рецидивѣ однородныхъ деликтовъ на тѣхъ же основаніяхъ, что и при этомъ видѣ совокупности, между тѣмъ 67 ст. устанавливаетъ погашеніе прежнихъ дѣяній давностью рецидива, сроки которой короче давности преслѣдованія; здѣсь принимается во вниманіе, что при извѣстномъ промежуткѣ времени послѣ отбытія наказанія прежнее дѣяніе именно не можетъ служить показателемъ привычки, вообще упорства преступнаго настроенія. Поэтому и для установленія моментовъ, квалифицирующихъ совокупность, дѣянія, покрытыя давностью, не должны имѣть значеніе.

3. Наше право особо предусматриваетъ случаи, когда преступное дѣяніе учинено *до отбытія* наказанія за пред

шествующее дѣяніе, слѣдовательно не обосновываетъ рецидива, *но послѣ признанія* обвиняемаго *виновнымъ* въ томъ дѣяніи вердиктомъ присяжныхъ или резолюціей суда. Наказаніе за новое дѣяніе назначается отдѣльно и принимается *принципъ кумуляціи, съ нѣкоторымъ смягченіемъ*. Это усиленіе вызвано потребностью предупредить бывшіе въ практикѣ случаи учиненія только что осужденнымъ преступникомъ или же отбывающимъ наказаніе новыхъ серіозныхъ преступленія, которыя, по правиламъ о совокупности, не могли бы существенно отразиться на наказаніи или же совершенно не повліяли бы на участь этого преступника. При срочныхъ наказаніяхъ однородныхъ, согласно 133 ст., сумма ихъ не должна превышать 30 лѣтъ каторги, а для несовершеннолѣтнихъ 20 лѣтъ, и не должна быть болѣе, чѣмъ въ $1^1/_2$ раза максимальнаго законнаго срока какого-либо другого вида лишенія свободы; при разнородности наказаній менѣе тяжкое присоединяется къ болѣе тяжкому, при чемъ 6 мѣс. каторжныхъ работъ приравниваются 1 году исправ. арест. отдѣленій, 2 годамъ крѣпости или тюрьмы и 1 г. ареста. Денежныя взысканія взыскиваются независимо отъ другихъ наказаній. Если одно изъ наказаній безсрочная каторга, то увеличивается время пребыванія въ разрядѣ испытуемыхъ, въ зависимости отъ тяжести наказанія за новое преступленіе. Сходны постановленія ст. 66 Уг. Ул., но при сложеніи срочныхъ наказаній максимумъ не долженъ превосходить максимума, установленнаго въ 64 ст. для квалифицированной совокупности (см. выше); при разнородности наказаній шесть мѣс. каторги приравниваются 1 г. исправ. дома, $1^1/_2$ г. тюрьмы, 2 г. крѣпости и 4 г. ареста; при сложеніи заключенія въ крѣпости съ заключеніемъ въ тюрьмѣ, назначается послѣднее съ соотвѣтственнымъ удлиненіемъ срока; денежная пеня сравнивается съ арестомъ въ предѣлахъ, установленныхъ 59-ой ст., гдѣ пеня до 25 руб. приравнивается аресту до 1 недѣли и т. д. Уст. о нак. устанавливаетъ для разсматриваемаго вида стеченія преступныхъ дѣяній тотъ же порядокъ, что Ул. о нак. при чемъ 2 мѣс. тюрьмы приравниваются 3 мѣс. ареста (ст. 14^2).

Вліяніе рецидива въ нашемъ правѣ.

II.—1. Совершеніе *тождественнаго или однороднаго* преступленія *послѣ отбытія наказанія* за прежнее (ст. 67 Уг. Ул.), а *по Ул. о нак.* (ст. 131) и по Уст. о нак. (ст. 14^1) *и послѣ*

освобожденія отъ наказанія въ силу амнистіи или *помилованія*, признается рецидивомъ, повтореніемъ. По Ул. о нак. и Уст. о нак. рецидивъ есть *увеличивающее* вину *обстоятельство*, вліяющее на выборъ наказанія судьей только *въ предѣлахъ* обычнаго *максимума*; случаи, когда наказаніе выходитъ *за эти предѣлы*, предусматриваются особо *при пѣкорыхъ*, въ особенности при имущественныхъ *преступленіяхъ*, при которыхъ второй рецидивъ часто служитъ къ образованію квалифицированнаго вида преступленія: таковы, напр., третья кража, третье мошенничество, второй разбой; при квалифицированныхъ видахъ кражи (во время пожара, въ пути и т. д.) наказаніе увеличивается часто съ каждымъ послѣдующимъ рецидивомъ; иногда рецидивъ даетъ суду право повысить наказаніе, но не обязываетъ къ этому, напр. 1-й рецидивъ простой кражи (ст. 170 Уст. о нак.), *Угол. Ул.*, кромѣ такого значенія рецидива при отдѣльныхъ преступленіяхъ, придаетъ ему и общее значеніе, увеличивая *наказаніе* такъ же, *какъ при квалифицированной совокупности;* это *усиленіе факультативно*, т. е. зависитъ отъ суда (судъ «можетъ»). Повтореніе послѣ отбытія наказанія преступленія неоднороднаго или нетождественнаго не имѣетъ вліянія на наказаніе; это особо оговорено въ 67 ст. Уг. Ул. Условіями рецидива, кромѣ однородности преступленій и отбытія наказанія, служитъ совершеніе новаго дѣянія послѣ этого момента *до истеченія сроковъ, указанныхъ въ законѣ. Сроки этой давности рецидива зависятъ* отъ тяжести прежняго преступленія по Угол. Улож. и *отъ тяжести отбытаго наказанія по Ул. о нак. и Уст. о нак.:* если, говоритъ Угол. Ул. (67 ст.), прошло со времени отбытія наказанія за тяжкое преступленіе не болѣе 5 лѣтъ, преступленіе — не болѣе 3 л. и проступокъ—не болѣе 1 года; если, по Ул. о нак. (ст. 132), не протекло 10 лѣтъ для лицъ, приговоренныхъ къ каторжнымъ работамъ, 8 л.—къ исправ. арест. отдѣленіямъ, 5 лѣтъ—къ тюрьмѣ съ лишеніемъ правъ или къ крѣпости, 3 л.—для приговоренныхъ за кражу, мошенничество, растрату къ тюрьмѣ (простой—ст. 30—V), 2 года—для приговорен. къ тюрьмѣ (безъ лишен. правъ) за другія преступленія, 1 г.—для приговорен. къ наказаніямъ ниже тюрьмы. Тѣ же сроки въ Уст. о нак. (ст. 14[1]).

Рецидивъ въ иностранныхъ законодательствахъ.

2. Французское законодательство содержитъ весьма сложныя постановленія по поводу рецидива: съ одной стороны, достаточно общаго рецидива, если и предшествующее и новое дѣяніе преступленія въ технич. смыслѣ (crime), или прежнее преступленіе, а новое проступокъ (délit), или прежнее проступокъ, а новое преступленіе, караемое исправительнымъ наказаніемъ, если же и прежнее, и новое дѣянія — проступки, то имѣетъ значеніе только спеціальный рецидивъ. Условіе неистеченія срока устанавливается не при всѣхъ видахъ рецидива. Рецидивъ усиливаетъ наказаніе, но усиленіе не обязательно, ибо судъ можетъ признать смягчающія обстоятельства. Наказаніе можетъ быть увеличено въ отношеніи срока, если оно исправительное*), а, если уголовное (peine criminelle), то это увеличеніе примѣняется лишь въ видѣ исключенія, а по общему правилу наказаніе возвышается въ степени, т. е. совершается переходъ къ другому, высшему роду наказанія (отъ réclusion къ каторжнымъ работамъ). Но кромѣ постановленій code pénal и измѣненій, внесенныхъ закономъ 26 марта 1891 г., сущность которыхъ вкратцѣ сейчасъ изложена, законъ 27 мая 1885 г. ввелъ релегацію для повторнаго, или сложнаго рецидива въ зависимости отъ 1) числа осужденій; 2) ихъ тяжести; 3) ихъ послѣдовательности въ теченіе опредѣленныхъ сроковъ: такъ, релегацію вызываютъ два осужденія въ теченіе 10 лѣтъ къ срочнымъ каторжнымъ работамъ или réclusion, три осужденія, изъ которыхъ одно къ одному изъ сейчасъ приведенныхъ наказаній, а два къ тюрьмѣ за crimes, или за перечисленные въ законѣ délits къ тюрьмѣ свыше 3 мѣс.; эти деликты кража, мошенничество, злоупотребленіе довѣріемъ, нѣкотор. преступленія противъ нравственности, бродяжничество и нищенство (оба при квалифицир. обстоятельствахъ); затѣмъ релегаціи даютъ основаніе 4 осужденія за эти деликты и т. д. Время отбытія наказанія не входитъ въ счетъ 10-лѣтняго срока, въ теченіе котораго должны послѣдовать осужденія. Къ не достигшимъ 21 г. или перешед. за 60 лѣтъ релегація не примѣняется. Общимъ отягчающимъ обстоятельствомъ служитъ рецидивъ и въ Англіи, собственно при болѣе тяжкой категоріи деликтовъ, при felonies, а въ Голландіи — при повтореніи дѣяній, принадлежащихъ къ одной и той же группѣ преступленій — корыстныхъ, насильственныхъ и противъ чести.

Въ Англіи, Франціи и Голландіи не требуется для рецидива отбытіе наказанія, достаточно *осужденія* за прежнее.

Итальянское улож. при общемъ рецидивѣ запрещаетъ суду только присужденіе къ низшей мѣрѣ наказанія, положеннаго за новое дѣяніе; когда же оно того же рода, что и прежнее, наказаніе увеличивается въ извѣстной пропорціи (на $^1/_6$, на $^1/_3$, на $^1/_2$). Законъ самъ

---

*) Максимумъ тюремнаго заключенія можетъ быть удвоенъ, а минимумъ равняется нормальному максимуму за данный проступокъ, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ (при рецидивѣ мелкихъ деликтовъ) тюремное заключеніе назначается на срокъ не ниже двойного срока прежняго наказанія, но не свыше двойного максимума наказанія за новое дѣяніе.

устанавливаетъ понятіе однородности: это дѣянія нарушающія или одно и то же предписаніе закона, или предусмотрѣнныя въ той же главѣ кодекса: или же относящіяся къ одной и той же изъ 8 категорій, перечисленныхъ въ 82 ст.; здѣсь напр. указываются въ категоріи литер. d. симуляція преступленія, клевета, ложное показаніе или заявленіе на судѣ; въ категоріи g. убійство (homicidio) и тѣлесное поврежденіе, поэтому спеціальный рецидивъ составляютъ тѣлесное поврежденіе при эксцессѣ обороны и убійство невѣрной жены in flagranti, хотя дѣяніе указываетъ скорѣе на эпизодическаго преступника, а не на склонность, привычку къ преступной дѣятельности (Гарофало. Майно и нѣкот. друг.). Итал. ул. требуетъ, чтобы новое дѣяніе было совершено до истеченія опредѣленнаго срока со дня отбытія наказанія.

Въ Германіи необходимо, отбытіе наказанія, но рецидивъ предусматривается только въ особенной части, при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, какъ разбой, кража; новое дѣяніе должно быть однороднымъ, напр. кража послѣ разбоя, должно быть совершено до истеченія опредѣленнаго срока со дня отбытія наказанія за прежнее; усиленіе наказанія весьма значительное: за простую кражу, наказуемую тюрьмой, при второмъ рецидивѣ. т. е. послѣ отбытія дважды наказанія за кражу, разбой, укрывательство вещей съ корыстной цѣлью, назначается Zuchthaus до 10 лѣтъ, а за тяжкую кражу при такомъ рецидивѣ Zuchthaus не ниже 2 лѣтъ. Впрочемъ, судъ можетъ признать смягчающія обстоятельства и приговорить къ тюрьмѣ не менѣе, чѣмъ на 3 мѣс., а при тяжкой кражѣ не менѣе, чѣмъ на 1 годъ. Частичному отбытію наказанія или полному или частичному освобожденію отъ него придается такое же значеніе, какъ отбытію. Въ особенной части придается вліяніе на наказаніе рецидиву и въ Венгріи и въ Даніи.

Новѣйшіе проекты швейцарскій и германскій усиливаютъ наказаніе при рецидивѣ до законнаго максимума даннаго рода наказанія, если новое преступленіе (или умышленный проступокъ, по герман. проекту), за которое назначено судомъ лишеніе свободы, совершено до истеченія 3 (по герм. проекту 5) лѣтъ послѣ отбытія наказанія лишеніемъ свободы за преступленіе (или умышлен. проступокъ); по швейц. проекту прежнее лишеніе свободы должно быть на срокъ не менѣе 6 мѣс., въ германскомъ нѣтъ этого условія. Австр. проектъ разсматриваетъ рецидивъ, какъ Strafzumessungsgrund (см. выше), при условіи его однородности, признакомъ которой законъ признаетъ тожество склонности (Neigung) въ новомъ и прежнихъ дѣяніяхъ.

Репрессія закоренѣлой преступности.

III. Но *проекты* и еще до нихъ нѣкоторыя *новеллы въ Англіи и въ Австраліи* идутъ гораздо дальше въ репрессіи рецидива или, точнѣе, *упорной привычки* къ преступной дѣятельности, при чемъ рецидивъ, обыкновенно повторный

(сложный), служитъ симптомомъ хронической преступности закоренѣлой, или неисправимости; въ этомъ случаѣ достаточно общаго рецидива. Репрессія выражается тогда въ формѣ *элиминаціи*, поставленія въ невозможность вредить, посредствомъ долгосрочнаго лишенія свободы, которое или получаетъ названіе «мѣры безопасности», мѣры соціальной защиты, таково предупредительное заключеніе въ швейцарскомъ проектѣ, или именуется обезпечительнымъ наказаніемъ — Sicherungsstrafe герман. проекта, или же имѣетъ смѣшанный характеръ, а именно: предупредит. заключеніе присоединяется къ наказанію (такъ въ Англійскомъ Prevention of crimes Bill, 1908 г. и въ австр. проектѣ). Такое заключеніе можетъ быть примѣняемо и *въ Норвегіи, но не только къ неисправимымъ, но и вообще къ опаснымъ*)* преступникамъ, при совершеніи нѣсколькихъ изъ указанныхъ въ законѣ преступныхъ дѣяній; при чемъ признаніе опасности предоставляется присяжнымъ. Заключеніе въ тюрьмѣ можетъ доходить въ Норвегіи до тройного размѣра наказанія, къ которому приговоренъ виновный и которое онъ раньше долженъ отбыть, но во всякомъ случаѣ *не* можетъ продолжаться *болѣе 15 лѣтъ*. Упомянутыя преступныя дѣянія, о которыхъ говоритъ Норвежскій законъ (§ 65),—нѣкоторыя общеопасныя преступленія, нѣкотор. прест. противъ нравственности, убійство, абортъ, тяжкая кража, тяжкое поврежденіе имущества, тяжкое тѣлесное поврежденіе или рецидивъ обыкновен. тѣлесн. поврежденія, вымогательство, разбой, поддѣлка монеты и др. Швейцарскій проектъ ставитъ условіемъ предупредительнаго заключенія (Verwahrung) отбытіе нѣсколькихъ наказаній лишеніемъ свободы и новое присужденіе къ такому наказанію за преступленіе (въ технич. смыслѣ) при наличности склонности къ преступленію, къ праздности или лѣни; по австр. правит. проекту условіями служатъ совершеніе новаго преступнаго дѣянія, принадлежащаго къ группѣ указанныхъ въ законѣ, и отбытіе до того двухъ тяжкихъ наказаній лишеніемъ свободы. „Verwahrung“ *по швейц. проекту* можетъ продолжаться *не болѣе 20 лѣтъ, а по австрійскому до 10 лѣтъ*.

---

*) т. е. признаннымъ присяжными опасными для общества, жизни, здоровья или имущества отдѣльныхъ лицъ, въ виду свойства дѣянія, побудительныхъ его мотивовъ и выразившагося въ немъ настроенія.

Англійскій законъ 1908 г. устанавливаетъ предупредительное *детенированіе привычныхъ преступниковъ* на срокъ *отъ 5 до 10 лѣтъ, послѣ отбытія наказанія каторжной тюрьмой.* При этомъ, хотя судъ можетъ назначить это детенированіе, если придетъ къ убѣжденію, что это нужно въ интересахъ защиты общества въ виду преступныхъ привычекъ и образа жизни виновнаго, однако законъ устанавливаетъ нѣкоторыя условія принятія этой мѣры: привычнымъ преступникъ можетъ быть признанъ или въ силу вердикта присяжныхъ, или въ силу собственнаго признанія, *если* при томъ онъ уже былъ *не менѣе 3 разъ осужденъ* по достиженіи 16 лѣтъ за преступное дѣяніе до настоящаго дѣла и постоянно велъ безчестную или преступную жизнь, или же если онъ ранѣе уже былъ приговоренъ къ предупредительному детенированію, какъ привычный преступникъ. Преступныя *дѣянія* новое и прежнія *должны принадлежать къ опредѣленной категоріи.* Сюда относятся убійство, поджогъ, тяжкія раны, изнасилованье, кража со взломомъ, сбытъ фальшивой монеты, обманы, различные виды кражи и нѣкот. другія. Законъ имѣлъ въ виду настигнуть *профессіональныхъ* преступниковъ, а не привычныхъ вообще, къ которымъ въ Англіи относятъ впавшихъ въ преступленіе скорѣе подъ вліяніемъ среды, умственной дефективности или физической немощи, чѣмъ вслѣдствіе сознательнаго упорнаго настроенія, противнаго правопорядку, характернаго для профессіональныхъ. Въ циркулярѣ министра (1911 г.) рекомендуется не привлекать по закону 1908 г. лицъ, не достигшихъ 30-лѣтняго возраста, далѣе— совершившихъ мелкія неквалифицированныя кражи; а, какъ *симптомы профессіональности*, указываются *особое искусство преступника*, наличность смертоноснаго орудія, *употребленіе особыхъ приготовленій.* Детенированные содержатся *въ особыхъ тюрьмахъ* или отдѣленіяхъ при тюрьмахъ съ соблюденіемъ въ общемъ правилъ для каторжныхъ, но съ *извѣстными смягченіями:* по проекту, предложенному въ 1911 г. Парламенту, допускается большее общеніе между заключенными, пользованіе тюремной лавкой для улучшенія довольствія на выдаваемую часть заработка; лучшіе изъ детенированныхъ (получившіе 3 свидѣтельства о прилежаніи, для чего требуется не менѣе $1^1/_2$ года), могутъ получить небольшой участокъ сада для обработки; продукты съ участка пріо-

брѣтаются тюрьмой по рыночнымъ цѣнамъ, и выручка записывается на счетъ заключеннаго. Детенированіе на практикѣ примѣняется чаще при присужденіи къ каторгѣ на сравнительно меньшіе сроки (3 года, 5 лѣтъ). См. объ этомъ законѣ у Люблинскаго (Очерки). *Въ Австраліи* изданъ въ 1905 г. законъ въ Новомъ Южномъ Уэльсѣ и въ 1906 г. въ Новой Зеландіи; они предписываютъ *заключеніе на неопредѣленный срокъ въ тюрьмѣ съ облегченнымъ режимомъ для привычныхъ* преступниковъ. Первый законъ ставитъ условіями два предшествующихъ осужденія за отравленіе, умерщвленіе плода или преступленіе противъ нравственности, или же три осужденія: за причиненіе ранъ, разбой, вымогательство, ночное вторженіе, кражу, растрату, обманъ, поджогъ, подлогъ документовъ или поддѣлку монеты, и совершеніе новаго преступленія изъ этихъ категорій. Ново-Зеландскій законъ создаетъ такую же мѣру репрессіи кромѣ того и для лицъ, многократно (6 разъ) осужденныхъ за нарушенія (въ технич. смыслѣ).

Вопросъ о рецидивѣ и привычкѣ къ преступленію въ наукѣ.

IV. Въ наукѣ вопросъ о вліяніи рецидива на отвѣтственность принадлежитъ къ числу спорныхъ. Въ настоящее время никто, конечно, не отрицаетъ необходимости особыхъ мѣръ борьбы съ *привычной* преступностью. Многократность преступленій, конечно, служитъ доказательствомъ привычки къ преступной дѣятельности или же обращенія послѣдней въ профессію. Вмѣстѣ съ тѣмъ статистика показываетъ, что склонность къ повторенію преступленій встрѣчается тѣмъ чаще, чѣмъ бо́льшее число осужденій имѣется въ формулярѣ преступника*). Такимъ образомъ, существуетъ классъ людей, ведущихъ постоянную борьбу съ правопорядкомъ и не поддающихся исправленію, не приспособляющихся къ условіямъ жизни въ обществѣ. Называть ли ихъ неисправимыми, или

*) Незначительное число многократныхъ рецидивистовъ — всего 0,2% констатируетъ для Россіи Тарновскій (Ж. Мин. Юст., 1915 г. № 2), за 1908 и 1913 г., но онъ имѣетъ въ виду осужденныхъ 10 или болѣе разъ, при чемъ подавляющее большинство (около 80%) — за кражу и 73% было приговорено къ исправит. арест. отд. отъ 1½ года до 3 лѣтъ. Анкета Регль-Брайса въ Англіи показала, что 70% изъ побывавшихъ въ первый разъ въ тюрьмѣ не возвращаются туда, изъ побывавшихъ два раза возвращается почти половина — 48%, 3 раза — 64%, 4 раза — 71% и 5 разъ — 79% (Люблинскій, Очерки). См. еще статистич. данныя въ моей статьѣ, въ Ж. Мин. Юст., 1904 г., сент.

относить долю вины въ ихъ неприспособляемости къ общественнымъ условіямъ и къ недостаткамъ пенитенціарной системы (такъ донна Ареналь, Спасовичъ, Фойницкій на Петербург. пенитенц. конгрессѣ 1890 г.; Познышевъ), это вопросъ несущественный: при данныхъ условіяхъ, преступники этого типа угрожаютъ опасностью обществу и проявляютъ упорное преступное настроеніе, закоренѣлую привычку къ преступленію. (Такъ Петроград. конгрессъ, и большинство Листъ, Принсъ, Фойницкій — Наказаніе. Зойффертъ и др.). Несущественно также, признавать ли мѣры элиминаціи въ отношеніи этихъ преступниковъ мѣрами соціальной защиты, или наказаніемъ; важно, что элиминація представляется единственно правильнымъ способомъ ихъ репрессіи. Съ нашей точки зрѣнія, эти мѣры остаются наказаніемъ, соотвѣтствуя болѣе тяжкой винѣ преступника (такъ Листъ, Максъ Майеръ, Гарро, Принсъ и уже давно Гельшнеръ, и въ томъ же смыслѣ Таганцевъ и Биндингъ); тѣ законы и проекты, которые вводятъ долгосрочное заключеніе (предупредит. детенированіе, Verwahrung) для закоренѣлыхъ преступниковъ, считаются и съ тяжестью и свойствомъ судимаго дѣянія, а не только съ «опаснымъ состояніемъ» личности. Впрочемъ, отъ упомянутыхъ сейчасъ моментовъ зависитъ отчасти не только степень вины, но и степень опасности: закоренѣлая привычка къ менѣе тяжкимъ дѣяніямъ должна оцѣниваться и, какъ меньшая опасность личности. Одинаковый максимумъ заключенія для тяжкихъ и менѣе важныхъ закоренѣлыхъ преступниковъ только въ силу одинаковаго упорства преступнаго настроенія представляется несправедливымъ. Замѣну долгосрочнымъ интернированіемъ обычнаго наказанія, положеннаго за судимое дѣяніе, въ случаѣ принадлежности преступника къ неисправимымъ — закоренѣлымъ, слѣдуетъ признать пріемомъ болѣе простымъ и болѣе отвѣчающимъ сущности этого интернированія, чѣмъ назначеніе его послѣ отбытія обычнаго наказанія. Различіе въ тяжести судимаго преступленія могло бы найти для себя выраженіе въ различіи максимальныхъ сроковъ интернированія. Слишкомъ низко опредѣляетъ ихъ Копенгагенскій конгрессъ Междунар. Союза угол. права 1913 г.: детенированіе (вмѣсто наказанія) не должно быть меньше срока наказанія, къ которому могъ бы быть присужденъ обвиняемый, и не должно превышать этотъ срокъ болѣе, чѣмъ на два года.

Болѣе важное значеніе имѣетъ вопросъ о признакахъ преступной привычки, и въ частности закоренѣлой, упорной, а также о признакахъ преступной профессіи, для нѣкоторыхъ—вопросъ о признакахъ опасности преступника. Въ первомъ отношеніи въ настоящее время раздаются голоса противъ значенія именно рецидива для констатированія привычки и далѣе противъ значенія отбытія наказанія и однородности новаго и прежнихъ преступленій, какъ условій рецидива. Не усиливать репрессіи при отсутствіи послѣдняго значитъ, по словамъ Радбруха, давать привилегію за ловкость, съ которою преступникъ умѣлъ ускользать отъ наказанія. Опредѣленіе наличности преступной привычки предоставляется многими суду, не связываемому спеціальными указаніями закона (такъ 28-ой съѣздъ герман. юристовъ). Дѣйствительно, и самое осужденіе въ прошломъ и даже просто многократность преступныхъ дѣяній, независимо отъ осужденія,—реальная совокупность, могутъ служить симптомами привычки; едва ли однако можно идти дальше и допустить признаніе ея и при единичномъ преступномъ эпизодѣ, на основаніи другихъ данныхъ (Листъ по поводу распознаваемости привычнаго гомосексуалиста; Радбрухъ—доказательствомъ могутъ служить ненаказуемыя прежнія приготовительныя дѣйствія или покрытые давностью деликты); за исключеніемъ признаковъ дефективности въ такомъ случаѣ, требующей спеціальнаго способа репрессіи, констатированіе привычки всегда окажется сомнительнымъ. Скорѣе, можно согласиться съ тѣмъ, что профессіональный характеръ деликта можетъ выступить достаточно отчетливо и при единичномъ преступномъ дѣяніи, которое оказывается только однимъ изъ многихъ преступленій того же спеціалиста, оставшихся только не открытыми. Примѣненіе особыхъ пріемовъ взлома (напр. желѣзныхъ кассъ) при кражѣ, указанія въ письмахъ не обнаруженныхъ паціентокъ акушерки на предыдущіе случаи умерщвленія плода, которые слѣдствію не удалось точно установить,—такіе факты могутъ служить доказательствомъ обращенія деликта даннаго вида въ промыселъ. Съ другой стороны, не всегда рецидивъ, даже при однородности новаго деликта съ прежнимъ, будетъ выраженіемъ привычки, и въ отдѣльныхъ случаяхъ новое дѣяніе можетъ быть эпизодомъ, вызваннымъ особыми обстоятельствами и не находящимся въ связи съ прошлымъ (Листъ, Ли-

лiенталь, Лоранъ-Атталенъ на Брюссел. пенит. конгрессѣ 1900 г., Радбрухъ, В. Миттермайеръ, Таганцевъ); отсюда принимаемая нѣкоторыми законодательствами факультативность усиленія наказанія при рецидивѣ (Россія, Норвегія, Голландія).

Самое понятіе однородности дѣяній принадлежитъ къ числу спорныхъ и не отличается точностью: иногда къ однороднымъ относятъ преступныя дѣянія, расположенныя въ одной главѣ кодекса (Итал. ул. и сходно Объяснен. къ нашему Уг. Ул.), иногда рѣшающимъ моментомъ считаютъ тожество или однородность мотивовъ (Манцини), или способовъ дѣйствія и объектовъ, но ни одинъ изъ этихъ признаковъ не можетъ быть признанъ твердымъ симптомомъ привычки къ преступленію. Статистика свидѣтельствуетъ, что особенно повторные рецидивисты легко переходятъ отъ одной категоріи преступныхъ дѣяній къ другой*), и многіе считаютъ (Ванъ-Гамель, Гарро, Жоли, Зихартъ, Регль-Брайсъ) достаточнымъ для усиленія или измѣненія рода репрессіи общій рецидивъ. Во всякомъ случаѣ для отнесенія къ закоренѣлымъ преступникамъ многократность именно однородныхъ деликтовъ несущественна; съ другой стороны, для зачисленія въ эту категорію слѣдуетъ признать важнымъ условіемъ отбытіе за прежнее дѣяніе продолжительнаго и исправительнаго лишенія свободы для того, чтобы выводъ о неисправимости опирался на серіозныя основанія. Часто требуютъ отбытія даже нѣсколькихъ наказаній, т. е. повторнаго или сложнаго рецидива (Штоссъ, Листъ, Тири).

Вопросъ объ опасности преступника, независимо отъ привычки къ преступленію или отъ обращенія его въ профессію, а единственно на основаніи особой тяжести совершеннаго дѣянія и въ связи съ этимъ вопросъ о примѣненіи мѣръ элиминаціи и въ этихъ случаяхъ (такъ Ванъ-Гамель) должны получить отрицательное разрѣшеніе, за исключеніемъ случаевъ уменьшенной вмѣняемости преступника: только при этомъ предположеніи, онъ можетъ представлять опасность, хотя бы привычка не была установлена, и долженъ подлежать заключенію въ спеціальномъ заведеніи. Въ другихъ случаяхъ тяжесть преступленія и особая его антисоціальность должны

*) Въ Германіи процентъ рецидивистовъ, совершившихъ преступленіе неоднородное, при первомъ рецидивѣ 40, при шестомъ (и болѣе) 45.

вызывать только удлиненіе срока наказанія и отягченіе лишенія свободы въ интересахъ устрашенія преступника и справедливаго воздаянія съ обще-превентивнымъ эффектомъ. Иногда, впрочемъ, въ наукѣ высказываются (Ванъ-Калькеръ, Глейхшпахъ) въ пользу измѣненія и рода репрессіи, перехода къ иному виду лишенія свободы, при особой низменности мотивовъ или особыхъ жестокости или безстыдствѣ, напр. къ Zuchthaus, такъ что тюрьма остается мѣрой репрессіи среднихъ по тяжести деликтовъ, не связанныхъ при томъ съ указаннымъ отягчающимъ свойствомъ преступнаго настроенія.

Проведеніе принципа индивидуализаціи въ современномъ правѣ.

V. Приведенный обзоръ постановленій положительнаго права и взглядовъ ученыхъ свидѣтельствуетъ о все растущей тенденціи расширить полномочія суда при выборѣ мѣры репрессіи въ конкретномъ случаѣ въ интересахъ лучшей индивидуализаціи наказанія, возможно большаго соотвѣтствія его съ свойствами личности преступника, съ принадлежностью его къ тому или другому классу преступниковъ. Съ одной стороны, выдѣляются малолѣтніе, а также преступники съ болѣзненнымъ предрасположеніемъ къ преступленію — дефективные и привычные пьяницы, далѣе преступники наиболѣе молодого возраста, хотя и достигшіе юношескаго возраста и даже совершеннолѣтія. Каждая изъ этихъ категорій подлежитъ своеобразнымъ мѣрамъ репрессіи. Остальные преступники принадлежатъ или къ эпизодическимъ, или къ такимъ, у которыхъ есть задатки хронической преступности, или къ хроническимъ съ уже сложившейся привычкой къ преступной дѣятельности, которая у большинства стала профессіей, постояннымъ занятіемъ, или наконецъ къ закоренѣлымъ. И снова въ отношеніи каждаго изъ этихъ классовъ принимаются различные пріемы репрессіи: въ отношеніи перваго — денежная пеня, условное осужденіе, тюрьма, а при отсутствіи антисоціальнаго настроенія—крѣпость, арестъ, вообще custodia honesta, въ отношеніи второго класса рабочій домъ или исправительный домъ или тюрьма (при усиленіи репрессіи рецидивистовъ, съ еще невполнѣ выразившейся привычкой), въ отношеніи третьихъ долгосрочное исправительное заключеніе, преимущественно по прогрессивной системѣ, въ отношеніи четвертаго класса—смягченная элиминація, не доходящая до пожизненнаго лишенія свободы.

Вмѣстѣ съ тѣмъ увеличивается власть суда и по смягченію наказанія въ формѣ отмѣны минимумовъ въ особенной части (Голландія) и доходитъ до права освобождать отъ наказанія. Едва ли однако оба эти полномочія дѣйствительно необходимы, при существованіи условнаго осужденія: послѣднее могло бы служить тѣмъ же цѣлямъ, при назначеніи короткаго срока испытанія, и приговоръ не содержалъ бы въ себѣ внутренняго противорѣчія, признавая виновность въ деликтѣ и не высказывая никакого осужденія. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ вмѣсто права суда освобождать отъ наказанія было бы правильнѣе установить ненаказуемость въ самомъ законѣ для всѣхъ случаевъ извѣстной категоріи, напр.: при ошибкѣ въ правѣ, при эксцессѣ обороны, выразившемся въ причиненіи ничтожнаго вреда, при покушеніи на абортъ для спасенія чести. Противъ указаннаго права Биркмейеръ, въ пользу Листъ, Розенфельдъ и даже Вахъ.

Принципъ индивидуализаціи и перенесеніе центра тяжести съ конкретнаго дѣянія на отношеніе его ко всей личности преступника ставитъ на очередь и другой вопросъ— объ упрощеніи особенной части кодексовъ, объ освобожденіи ея отъ многочисленныхъ, особенно въ болѣе старыхъ законодательствахъ, квалифицированныхъ и привилегированныхъ деликтовъ, вліяющихъ на тяжесть репрессіи, но далеко не всегда представляющихъ собою выраженіе болѣе тяжкой или менѣе тяжкой вины или опредѣленной степени упорства преступнаго настроенія или его антисоціальности. Иногда въ основу этихъ подвидовъ деликта кладутся случайные признаки, не характерные для преступнаго настроенія, иногда дѣйствительно симптоматическіе, но, съ одной стороны, въ отдѣльныхъ случаяхъ обстоятельство, которому придаетъ значеніе законъ, какъ *постоянному* моменту квалификаціи, можетъ и не дать указаній на преступное настроеніе, въ связи съ другими конкретными данными, съ другой стороны, возможны и другія обстоятельства, не отмѣченныя закономъ, которыя однако окажутся симптоматичными: напр., для отнесенія преступника къ профессіональнымъ или для опредѣленія степени антисоціальности настроенія. Взамѣнъ большинства такихъ подвидовъ деликта слѣдуетъ въ общей части кодекса дать директивы суду относительно выбора мѣры репрессіи, напр., такіе, какіе даются новѣйшими проектами (см. выше). Въ поль-

зу упрощенія особенной части Листъ, Радбрухъ, Розенфельдъ, Ашроттъ, Тиренъ и даже классикъ Вахъ.

Но принципъ индивидуализаціи требуетъ не только существеннаго расширенія полномочій суда, но и возможности исправленія приговора во время отбытія наказанія, такъ какъ отнесеніе преступника къ тому или другому классу и выборъ наказанія судомъ на основаніи матеріаловъ судебнаго слѣдствія, даже при расширеніи его рамокъ за предѣлы нынѣ принятыхъ, не могутъ претендовать на безошибочность, и оцѣнка преступнаго настроенія можетъ оказаться слишкомъ суровой или вообще не соотвѣтствующей дѣйствительному характеру преступника. Дальнѣйшее знакомство съ нимъ нерѣдко измѣняетъ первоначальную точку зрѣнія, нашедшую выраженіе въ приговорѣ и основанную на кратковременномъ впечатлѣніи, произведенномъ обвиняемымъ на судъ. Коррективъ дается условнымъ освобожденіемъ и неопредѣленными приговорами, которые вмѣстѣ съ тѣмъ служатъ и другимъ цѣлямъ раціональной борьбы съ преступностью.

XXVII. Условное освобожденіе и неопредѣленные приговоры. Реабилитація.

Условное освобожденіе.

I.—1. *Условное освобожденіе* состоитъ въ освобожденіи преступника, признаннаго достаточно исправившимся или безопаснымъ для общества, *до истеченія опредѣленнаго въ приговорѣ срока, подъ условіемъ хорошаго поведенія на свободѣ въ теченіе промежутка времени, обыкновенно равнаго неотбытой части наказанія*, для отбытія которой преступникъ однако возвращается въ тюрьму въ случаѣ несоблюденія указаннаго условія.

Историческія данныя.

2. *Впервые* условное освобожденіе примѣнено *въ Австралійской ссылкѣ*, какъ мѣра поощренія лучшихъ изъ ссыльныхъ. Затѣмъ, при отбытіи уголовнаго рабства въ самой Англіи, эта мѣра сохранилась, какъ *послѣдняя стадія прогрессивной системы*, по закону 1853 г. (Грея), съ модификаціями, введенными позднѣйшими узаконеніями. Защитниковъ условное освобожденіе нашло еще раньше въ лицѣ Люка, въ сороковыхъ годахъ въ лицѣ Бонневиля-де-Марсанжи и упомянутаго выше (стр. 319) Гилля, въ пятидесятыхъ го-

дахъ—Миттермайера (старшаго) и Голтцендорфа. Въ пользу этой мѣры высказался Стокгольмскій пенитенц. конгрессъ 1878 г. (по докладу Pols), и *въ настоящее время* условное освобожденіе принято *почти во всѣхъ культурныхъ государствахъ*, а въ наукѣ встрѣчаетъ только единичныхъ противниковъ.

Значеніе условнаго освобожденія.

3. Условное освобожденіе, съ одной стороны, представляетъ собою лучшее *воспитательное средство* тюрьмы, такъ какъ ставитъ судьбу отбывающаго наказаніе въ зависимость отъ его собственныхъ усилій, создаетъ въ немъ стимулъ къ прилежанію, поддержанію порядка и исправленію; безнадежный взглядъ на будущее при долгосрочномъ заключеніи, ведущій къ усыпленію энергіи, къ апатіи, къ механическому исполненію требованій тюремной администраціи смѣняется надеждой выйти до срока на свободу, придаетъ бодрость, вызываетъ дѣятельное сознательное отношеніе къ исполненію указанныхъ требованій. Съ другой стороны, досрочное освобожденіе *можетъ служить коррективомъ приговора* суда, который часто основанъ на матеріалѣ, не способномъ дать полную характеристику обвиняемаго, и который можетъ оказаться слишкомъ суровымъ, не соотвѣтствующимъ винѣ или опасности осужденнаго. Вина не можетъ быть выражена въ точныхъ цыфрахъ, въ опредѣленномъ числѣ лѣтъ или мѣсяцевъ заключенія, и свойства, обнаруженныя преступникомъ при отбытіи наказанія, не должны остаться безъ вліянія на оцѣнку его личности, указывая на степень его испорченности, на большую или меньшую способность къ нравственному возрожденію или къ гражданскому исправленію. Еще меньше данныхъ въ виду суда для рѣшенія вопроса, какой срокъ наказанія понадобится для исправленія или для элиминаціи преступника, когда именно будетъ достигнуто исправленіе, или когда прекратится «опасное его состояніе». Поведеніе преступника при отбытіи наказанія скорѣе позволитъ поставить правильный діагнозъ въ этомъ отношеніи. Конечно и безусловное досрочное освобожденіе можетъ служитъ тѣмъ же, отмѣченнымъ цѣлямъ (въ пользу этого Познышевъ); такое освобожденіе было принято у насъ для каторжныхъ и заключенныхъ въ арестантскихъ отдѣленіяхъ, въ Пенсильваніи и нѣкотор. друг. штатахъ (система льготнаго времени или самосокращающихся—въ зависимости отъ числа

марокъ—приговоровъ), существуетъ и въ Англіи для заключенныхъ въ тюрьмѣ въ тѣсномъ смыслѣ, но нельзя отрицать возможность ошибки въ оцѣнкѣ преступника и при болѣе основательномъ изученіи его въ стѣнахъ тюрьмы. Обстановка послѣдней способствуетъ извѣстной приспособляемости заключенныхъ: строгая дисциплина, отсутствіе соблазновъ къ преступленію и необходимости вести борьбу за существованіе уже сами по себѣ предохраняютъ отъ проявленія истинныхъ чертъ характера, которыя легко могутъ обнаружиться на свободѣ; опытные, бывалые преступники умѣютъ подчасъ обмануть проницательность тюремнаго персонала, такъ какъ легко переносятъ привычный имъ тюремный режимъ, и возможно, что это по внѣшности хорошее поведеніе, прикрывающее истинную физіогномію преступника, произведетъ впечатлѣніе раскаянья, исправленія, пригодности для свободной жизни. Условное освобожденіе позволяетъ продлить испытаніе преступника и при томъ въ обстановкѣ, въ которой нѣтъ указанныхъ выше препятствій для наблюденія и правильной оцѣнки, и вмѣстѣ съ тѣмъ ошибка можетъ быть легко исправлена: плохое поведеніе, даже не выразившееся пока въ новомъ преступномъ дѣяніи, влечетъ возвращеніе въ тюрьму.

Объемъ примѣненія условнаго освобожд.

4. При этомъ, условное освобожденіе должно предоставляться дѣйствительно достойнымъ, безъ излишней щедрости въ раздачѣ этой льготы*) и послѣ достаточно продолжительнаго изученія личности отбывающаго наказаніе; такимъ образомъ освобожденіе *не* должно наступать *ранѣе отбытія извѣстнаго минимума*, извѣстной части назначеннаго въ приговорѣ срока; этого требуютъ также интересы общаго предупрежденія и справедливости, подъ вліяніемъ которыхъ не устанавливается одинъ общій минимумъ, а онъ зависитъ отъ срока, назначеннаго въ приговорѣ, и выражающаго не только оцѣнку личности, но и оцѣнку дѣянія: требуется отбытіе

*) Статистика показываетъ, что при большомъ числѣ освобожденныхъ растетъ % случаевъ возвращенія въ тюрьму и затрудняется дѣйствительное наблюденіе въ теченіе срока испытанія и оказаніе содѣйствія въ пріисканіи заработка. Послѣднее соображеніе приводитъ Миттермайера (младшаго) къ положенію, что условное освобожденіе не должно примѣняться къ заключеннымъ на срокъ менѣе года. Отбытіе не менѣе 6 мѣс. заключенія, которое требуется у насъ, и не менѣе 1 г. въ Германіи исключаетъ примѣненіе условнаго освобожденія къ приговореннымъ на меньшіе сроки.

1/3 (*Бельгія*), или половины (Франція) или 3/4 (*Германія, нашъ законъ 1909 г.*, Англія — для мужчинъ, для женщинъ 2/3) срока. При приговорѣ къ *пожизненному* заключенію устанавливается, какъ минимумъ, *у насъ 12 лѣтъ*, въ Бельгіи 10, въ Англіи и Норвегіи 20; многія законодательства въ такихъ случаяхъ не допускаютъ условнаго освобожденія.

Такъ какъ условное осужденіе служитъ не только средствомъ исправленія преступника, но и средствомъ поддержанія дисциплины и бодрости въ отбывающихъ наказаніе, и коррективомъ приговора, *нѣтъ основанія не распространять этой мѣры на эпизодическихъ преступниковъ*, если только они приговорены *не къ слишкомъ коротkимъ срокамъ* заключенія, или на подвергнутыхъ custodia honesta, а также на *закоренѣлыхъ* тѣмъ болѣе, что діагнозъ о неисправимости можетъ быть и ошибочнымъ, между тѣмъ элиминирующее наказаніе составляетъ особенно рѣзкое вторженіе въ права личности, и особая долгосрочность заключенія даже при нетяжкихъ преступныхъ дѣяніяхъ могла бы казаться слишкомъ суровой въ глазахъ массы, если бы не умѣрялась возможностью освобожденія ранѣе максимальнаго предѣла такого детенированія. Переходъ отъ тюрьмы прямо къ свободѣ безъ испытательнаго періода, когда рѣчь идетъ о привычномъ преступникѣ особенно опасенъ (Гольцендорфъ, Кроне и др.).

При всѣхъ видахъ лишенія свободы допускается условное освобожденіе въ Бельгіи, Норвегіи, Франціи (и въ отношеніи транспортированныхъ) и въ большинствѣ законодательствъ и въ отношеніи рецидивистовъ, иногда съ увеличеніемъ обязательнаго минимума отбытія (напр. 2/3 срока во Франціи). Не примѣняется условное освобожденіе къ повторнымъ рецидивистамъ въ Италіи. Оно не примѣняется иногда къ осужденнымъ за опредѣленныя преступленія, напр. за убійство, изнасилованіе, измѣну (С.-Америка), рецидивъ убійства, тяжкой кражи (Италія), конокрадство (нашъ законъ 1909 г.).

Неопредѣленные приговоры.

II.—1. Дальнѣйшее развитіе идеи, лежащей въ основаніи условнаго освобожденія, представляютъ собою неопредѣленные приговоры, мысль о которыхъ высказывалась, впрочемъ, уже въ 30-ыхъ годахъ XIX в. въ Англіи и Германіи (Обермайеръ), но которые впервые находятъ себѣ примѣненіе въ 1877 г. въ штатѣ Нью-Іоркъ, благодаря Броквею, сначала въ отношеніи реформаторій (Эльмайра), а затѣмъ и при другихъ, болѣе тяжкихъ видахъ заключенія. Извѣстную неопредѣленность получаетъ приговоръ уже, благодаря возможности

дальнѣйшаго сокращенія указаннаго въ немъ срока при условномъ освобожденіи; но при послѣднемъ не допускается удлиненіе этого срока, между тѣмъ онъ можетъ оказаться недостаточнымъ: преступникъ и по его истеченіи можетъ представлять опасность для общества и не проявлять признаковъ исправленія. Рѣшеніе судомъ вопроса о моментѣ, когда послѣдуетъ исправленіе или прекратится опасность, всегда имѣетъ характеръ догадки и не опирается на прочныя основанія, поэтому выбранная мѣра наказанія не должна быть и максимальнымъ предѣломъ заключенія, какъ она не служитъ при условномъ освобожденіи минимальнымъ предѣломъ. Отсюда дѣлается выводъ о полной неопредѣленности приговора въ отношеніи срока (такъ Броквей, впервые на конгрессѣ въ Цинциннати 1870 г., Крепелинъ, Ванъ-Гамель отчасти Листъ и Тири) или, до извѣстной степени, и рода наказанія, т. е. послѣдній можетъ быть послѣ приговора замѣненъ болѣе соотвѣтствующимъ характеру преступника. Въ пользу опредѣленія наказанія окончательно не въ первоначальномъ приговорѣ, когда возникаетъ вопросъ о принадлежности преступника къ неисправимымъ, а позже въ дополнительномъ приговорѣ, на основаніи наблюденія надъ его характеромъ при отбытіи первоначально назначеннаго наказанія, высказался конгрессъ Межд. Союза угол. права въ Христіаніи въ 1891 г., по предложенію Ванъ-Гамеля и норвежскаго криминалиста Uppström'a. Неопредѣленные приговоры защищаются не только по приведеннымъ выше соображеніямъ, но и въ виду ихъ большей устрашительности: вмѣсто опредѣленнаго времени лишенія свободы, которымъ въ худшемъ случаѣ, при отбытіи всего назначеннаго судомъ срока, должно окончиться наказаніе, преступнику грозитъ перспектива гораздо большаго заключенія; будущее представляется ему совершенно неяснымъ, таящимъ возможность всякихъ стѣсненій, не поддающимся заранѣе никакому учету.

Полная неопредѣленность приговора поддерживается однако и сторонниками этой системы только *въ отношеніи уменьшенно-вмѣняемыхъ и малолѣтнихъ* преступниковъ, т. е. въ случаѣ примѣненія мѣръ не чисто карательныхъ, а смѣшаннаго типа, какъ особыя заведенія для преступниковъ перваго изъ сейчасъ указанныхъ классовъ (Листъ, Вашингтонскій пенитенц. конгрессъ 1910 г.), или же мѣръ воспита-

тельныхъ (въ отношеніи малолѣтнихъ), а также *иногда въ отношеніи неисправимыхъ* (Листъ, Ванъ-Гамель, Тири, Гарро, *Копенгагенскій конгрессъ Межд. Союза*, 1913 г., по предложенію датскаго криминалиста Торпа, далѣе Ашаффенбургъ, Глейхшпахъ и по его докладу *Кельнскій конгрессъ уголовной антропологіи*, 1911 г.).

Относительно неопредѣленные приговоры.

2. Но есть сторонники относительной неопредѣленности и въ отношеніи послѣдней категоріи преступниковъ (Липманъ, Набоковъ, Максъ Майеръ); такое же рѣшеніе получаетъ вопросъ *въ англійскомъ и норвежскомъ законодательствѣ и новѣйшихъ проектахъ*, устанавливающихъ общій для заключенія такихъ преступниковъ высокій максимумъ, и на родинѣ неопредѣленныхъ приговоровъ — *въ С. Америкѣ*, гдѣ они примѣняются обыкновенно именно не въ отношеніи закоренѣлыхъ рецидивистовъ, преслѣдуя главнымъ образомъ цѣль исправленія. Приговоры здѣсь *относительно—неопредѣленные:* въ однихъ штатахъ *максимумъ* заключенія опредѣляется общій для всѣхъ подвергнутыхъ данному виду заключенія, напр. 5 лѣтъ для приговоренныхъ къ реформаторіи (Массачузетсъ), въ другихъ—максимумъ *не долженъ превышать высшаго срока, положеннаго за данное дѣяніе въ законѣ* (Эльмайрская реформаторія), въ третьихъ — максимумъ опредѣляется *въ приговорѣ суда;* такимъ образомъ, вообще и особенно въ этомъ случаѣ *отличіе отъ* системы *условнаго освобожденія только количественное:* срокъ, выбранный судомъ, указывается въ приговорѣ именно, какъ высшій для пребыванія осужденнаго въ заключеніи; обязательный минимальный срокъ послѣдняго не зависитъ отъ этого, такъ какъ не составляетъ извѣстной доли опредѣленнаго въ приговорѣ времени, напр. половины или трети, какъ при условномъ освобожденіи; этотъ минимумъ или независимо отъ этого долженъ быть назначенъ судомъ, или это *легальный минимумъ* наказанія за данное преступленіе, или общій закономъ указанный минимумъ для заключенія даннаго вида, напр. 1 годъ для реформаторіи, $2^1/_2$ г. для пенитенціарія (Массачузетсъ). Такъ, если судомъ назначено въ приговорѣ, какъ максимумъ, 10 лѣтъ, освобожденіе можетъ послѣдовать, напр., черезъ годъ, два; поэтому судъ скорѣе рѣшается указать большой срокъ (конечно, не выше максимума за данное дѣяніе), чѣмъ при опредѣленномъ приговорѣ. Осво-

божденіе и при неопредѣленныхъ приговорахъ условное, и болѣе *высокіе максимумы позволяютъ значительно продлить срокъ испытанія на свободѣ и упростить возвращеніе освобожденнаго въ мѣсто заключенія.*

3. Такимъ образомъ, нѣтъ особыхъ основаній отвергать систему относительно—неопредѣленныхъ приговоровъ, тѣмъ бо́лѣе, что и въ Америкѣ наука склоняется къ признанію необходимости указывать въ приговорѣ минимумъ въ извѣстномъ соотношеніи съ максимумомъ, напр. чтобы первый составлялъ половину второго, или треть его. Между тѣмъ большинство европейскихъ ученыхъ, признающихъ условное освобожденіе, опасается введенія неопредѣленныхъ приговоровъ. Въ этомъ сказывается, впрочемъ, не столько отрицаніе карательнаго значенія послѣднихъ, сколько недовѣріе къ тѣмъ органамъ, которымъ должно быть предоставлено рѣшеніе вопроса о моментѣ освобожденія преступника. Дѣйствительно, постановка даже приблизительно правильнаго діагноза о свойствахъ личности отбывшаго часть наказанія, признаніе его исправившимся или безопаснымъ для общества, предполагаетъ *раціональный режимъ мѣстъ заключенія* и въ особенности *высокія качества тюремнаго персонала*—его проницательность, справедливость, знаніе преступнаго міра, гуманность и независимость, для того, чтобы гражданская свобода была обезпечена. Правда, рѣшеніе вопроса объ освобожденіи предоставляется особымъ совѣтамъ или комиссіямъ*), и въ совѣты можетъ и не входить начальникъ мѣста заключенія, хотя обычно онъ является членомъ этого совѣта; но во всякомъ случаѣ характеристика преступника опирается на матеріалъ, полученный въ стѣнахъ тюрьмы относительно поведенія, усилій къ исправленію, прилежанія и т. п., а такой матеріалъ только тогда представляется надежнымъ, когда весь порядокъ тюрьмы и способъ изученія преступника находятся въ заслуживающихъ довѣрія и опытныхъ рукахъ. Конечно, эти условія необходимы и при условномъ освобожденіи, когда приговоръ суда опредѣленный, но неопредѣленные приговоры больше раздвигаютъ рамки между обязательнымъ миниму- **Оцѣнка ихъ.**

*) Обыкновенно съ утвержденія министра, въ вѣдѣньи котораго находятся мѣста заключенія. Вашингтонскій конгрессъ высказался въ пользу состава совѣта изъ представителей судебнаго вѣдомства, тюремной администраціи и медицины (по крайней мѣрѣ по одному).

момъ и возможнымъ максимумомъ заключенія, и власть административнаго органа, опредѣляющаго въ этихъ рамкахъ время освобожденія, увеличивается. Поэтому противъ введенія такихъ приговоровъ у насъ высказываются проф. Люблинскій и, по другимъ соображеніямъ, Таганцевъ, Сергѣевскій и нѣкот. др.

Условное освобожденіе въ Россіи.

III. Въ Россіи условное освобожденіе введено впервые *закономъ 22 іюня 1909 г.* для заключенныхъ *въ исправит. арестант. отдѣленіяхъ* (или въ исправит. домѣ) и *тюрьмѣ*, съ обязательнымъ минимальнымъ срокомъ отбытія наказанія, равнымъ $^3/_4$ указаннаго въ приговорѣ, и во всякомъ случаѣ не менѣе 6 мѣс. Постановленіемъ Времен. Правительства отъ *1 августа 1917 г. условное освобожденіе распространено и на отбывающихъ каторжныя работы; обязательный минимумъ понижень до половины срока*, опредѣленнаго приговоромъ, и не долженъ быть *менѣе 6 мѣс.* *); при безсрочной каторгѣ минимумъ 12 лѣтъ и срокъ испытанія 8 лѣтъ; въ другихъ случаяхъ *срокъ испытанія* равняется продолжительности той части наказанія, которая осталась не отбытой, какъ принято и въ другихъ законодательствахъ, но, такъ какъ этотъ срокъ можетъ быть слишкомъ недостаточнымъ, установленъ въ законѣ *минимумъ* испытанія—*6 мѣс.*, сходно съ Норвежскимъ закономъ.

Измѣненіе внесено Времен. Правительствомъ и въ порядокъ, въ которомъ производится условное освобожденіе: нынѣ возбужденіе вопроса о немъ принадлежитъ начальнику мѣста заключенія, состоящимъ при послѣднемъ врачамъ, духовнымъ лицамъ, учителямъ, лицамъ прокурорскаго надзора, представителямъ адвокатуры, избраннымъ совѣтами присяжныхъ повѣренныхъ, членамъ обществъ патроната или иныхъ обществъ, имѣющихъ цѣлью попеченіе о заключенныхъ и освобожденныхъ изъ мѣстъ заключенія. Рѣшеніе вопроса предоставляется *особой комиссіи по освобожденію изъ мѣста заключенія*, которая образуется при каждомъ мѣстѣ заключенія, подъ предсѣдательствомъ мирового судьи, назначеннаго съѣздомъ, изъ членовъ: начальника мѣста заключенія, лица прокурорскаго

*) При исчисленіи срока принимается назначенный судомъ до зачета предварительнаго (подслѣдственнаго) заключенія, если судъ постановитъ о такомъ зачетѣ. Но зачтенное судомъ такое заключеніе зачитывается въ половину назначеннаго срока.

надзора, представителя адвокатуры, и двухъ представителей упомянутыхъ обществъ (патроната и т. п.). Для законности состава необходимо присутствіе предсѣдателя, начальника мѣста заключенія и двухъ другихъ членовъ. По закону 1909 г. рѣшеніе постановлялось окружнымъ *судомъ* на основаніи заключенія особаго совѣщанія, составъ котораго нѣсколько отличался отъ состава нынѣшней комиссіи (не было представителя адвокатуры, участвовалъ представитель полиціи). Комиссія постановляетъ рѣшеніе по выслушаніи доклада иниціатора вопроса, объясненій заключеннаго и его повѣреннаго (изъ присяжной адвокатуры) и всѣхъ лицъ, показанія которыхъ будутъ признаны полезными.

Освобожденіе предоставляется только при согласіи заключеннаго подчиниться условіямъ, которыя укажетъ комиссія; они могутъ касаться воздержанія отъ преступныхъ дѣяній и отъ порочнаго поведенія, угрожающаго общественной безопасности или порядку (какъ-то пьянство, тунеядство, общеніе съ порочными людьми и т. д.), и подчиненія мѣрамъ, вызываемымъ необходимостью правильнаго устройства попеченія и наблюденія за нимъ. Особо упоминается о назначеніи обязательнаго мѣста жительства. Что касается основаній для условнаго освобожденія, то законъ говоритъ: «*если одобрительное поведеніе во время заключенія даетъ достаточныя основанія предполагать, что по освобожденіи изъ заключенія освобожденный будетъ вести добропорядочный образъ жизни.* Иностранныя законодательства въ общемъ содержатъ такія же постановленія какъ объ основаніяхъ, такъ и объ условіяхъ освобожденія; иногда, впрочемъ, требуется, чтобы освобождаемому были обезпечены занятіе или матеріальная поддержка *), и, если этого нѣтъ, освобожденіе не можетъ послѣдовать.

Въ отношеніи условно-освобожденныхъ у насъ устанавливается наблюденіе обществъ патроната или другихъ однородныхъ по цѣлямъ, а въ случаѣ отказа ихъ или ихъ отсутствія въ мѣстѣ жительства освобожденнаго наблюденіе мѣстной административной власти.

*) На это обстоятельство, но не какъ на столь существенное, обращалъ вниманіе и Циркуляръ Главн. Тюремн. Управл. 4-го іюля 1909 г. № 34, тамъ же предлагалось обращать вниманіе на трудолюбіе, способъ расходованія заработка, отсутствіе дисциплинарныхъ взысканій.

Основаніемъ для *отмѣны* условнаго освобожденія можетъ служить (но не обязательно служитъ) совершеніе новаго преступнаго дѣянія, самовольная отлучка изъ назначеннаго мѣста жительства или же нарушеніе принятыхъ на себя условій. Объ отмѣнѣ постановляетъ мѣстный мировой судья, съ вызовомъ условно освобожденнаго и по выслушаніи объясненій его или его повѣреннаго и лицъ, показанія которыхъ будутъ признаны полезными; если поводомъ отмѣны служитъ преступное дѣяніе, то вопросъ о ней рѣшается судомъ, постановляющимъ приговоръ объ этомъ дѣяніи; если освобожденіе не будетъ отмѣнено*), то время, проведенное подъ стражей, не зачитывается въ срокъ испытанія; если же будетъ отмѣнено, то судъ въ подлежащихъ случаяхъ примѣнятъ правила о повтореніи (рецидивѣ), и новое наказаніе отбывается дополнительно къ неотбытой части наказанія. При возвращеніи въ мѣсто заключенія время, проведенное на свободѣ, не зачитывается въ срокъ оставшагося неотбытымъ заключенія. Если условное освобожденіе не будетъ отмѣнено въ теченіе срока испытанія, то наказаніе почитается отбытымъ со дня предоставленія услов. освобожденія; ограниченія въ избраніи и перемѣнѣ мѣста жительства, сопровождающія по закону преступныя дѣянія, отпадаютъ.

Реабилитація.

IV. Особой формой измѣненія наказанія, опредѣленнаго въ приговорѣ, является реабилитація — *досрочное возстановленіе въ правахъ* или *возвращеніе правоспособности*, утраченныхъ вслѣдствіе преступнаго дѣянія. Условіемъ реабилитаціи, согласно большинству законодательствъ, служитъ *безупречное поведеніе* лишеннаго правъ послѣ отбытія главнаго наказанія *въ теченіе извѣстнаго срока*, *продолжительность* котораго обыкновенно *зависитъ отъ тяжести отбытаго наказанія*. Реабилитація совершается по ходатайству лишеннаго правъ судебной властью въ непубличномъ засѣданіи на основаніи матеріала, доставляемаго прокурорскимъ надзоромъ. См. для нашего права 975^{1-9} Уст. Уг. Суд. и ст. 31 Уг. Ул., (выше, стр. 316), а также ст. 139^{1} Ул. о нак., которое знаетъ сокращеніе срока правопораженія (десятилѣтняго) до половины только для несовершеннолѣтнихъ. Условіями реабилитаціи,

*) По закону 1909 г. отмѣна была обязательна, если условно освобожденный присужденъ за новое дѣяніе къ наказанію свыше ареста.

согласно Угол. Ул. и Ул. о нак., служатъ одобрительное поведеніе и проживаніе въ теченіе не менѣе 2 лѣтъ въ послѣднемъ мѣстѣ жительства.

Реабилитацію можно разсматривать также, какъ проведеніе принципа индивидуализаціи, приспособленія системы правопораженій къ особенностямъ отдѣльнаго случая: установленіе впередъ времени, въ теченіе котораго пользованіе осужденнымъ правами представляется опаснымъ или компрометирующимъ извѣстное учрежденіе или корпорацію, можетъ оказаться неудачнымъ, и коррективомъ является реабилитація. Лицо доказываетъ всѣмъ своимъ поведеніемъ послѣ отбытія наказанія, что оцѣнка его личности была слишкомъ суровой, что онъ способенъ къ исправленію и можетъ занять мѣсто въ средѣ неопороченныхъ гражданъ.

ЧАСТЬ ШЕСТАЯ

XXVIII. Обстоятельства, погашающія наказаніе.

Понятіе обст. погашающ. наказ.

I. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ право государства на наказаніе (Strafanspruch) преступника, возникшее изъ совершеннаго имъ дѣянія, отпадаетъ. Обстоятельства, вызывающія этотъ юридическій эффектъ, носятъ названіе погашающихъ наказаніе, въ отличіе отъ обстоятельствъ, исключающихъ наказуемость, препятствующихъ самому возникновенію права наказанія: таково, напр., то обстоятельство, что не донесшій о содѣянномъ преступленіи сынъ того, кто послѣднее совершилъ.

Къ обстоятельствамъ, погашающимъ наказаніе, обыкновенно относятъ смерть преступника, примиреніе, давность и помилованіе. Но вопросъ о примиреніи имѣетъ ближайшее отношеніе къ процессу. Что же касается смерти преступника, то единственный вопросъ, который иногда здѣсь возникаетъ, заключается въ томъ, устраняетъ ли смерть взысканіе денежной пени съ наслѣдниковъ, если къ этой пенѣ уже послѣдовало присужденіе. Отрицательный отвѣтъ даетъ Германское улож. но утвердительный вытекаетъ изъ принципа личной отвѣтственности и принимается наукой, нашимъ правомъ и другими кодексами.

Примиреніе.

II. Примиреніе устраняетъ примѣненіе наказанія только *въ видѣ рѣдкаго исключенія:* при такъ назыв. уголовно-частныхъ деликтахъ. Самое уголовное преслѣдованіе начинается въ этихъ случаяхъ не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго; объ этомъ отступленіи отъ обычнаго порядка преслѣдованія—публичнаго, возбуждаемаго независимо отъ жалобы, говорится въ примѣчаніяхъ къ нѣкоторымъ статьямъ Улож. о нак., напр. 1539, 1496, 1532—при клеветѣ, при менѣе важныхъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ, при посягательствахъ на женскую

честь. Но не при всѣхъ дѣяніяхъ, преслѣдуемыхъ только по жалобѣ потерпѣвшаго, допускается примиреніе (см. ст. 159 Ул. о нак.): при нѣкоторыхъ необходимость жалобы вызывается опасеніемъ повредить пострадавшему огласки преступленія при непрошенномъ вмѣшательствѣ органовъ обвиненія; къ такимъ дѣяніямъ принадлежитъ, напр., изнасилованіе. Но, если жалоба подана, это соображеніе отпадаетъ, и дальнѣйшій ходъ дѣла и примѣненіе къ виновному наказанія не зависятъ отъ воли потерпѣвшаго. Напротивъ, при другихъ дѣяніяхъ государство ставитъ въ зависимость отъ воли потерпѣвшаго и дальнѣйшую судьбу дѣла, въ случаѣ примиренія его съ совершившимъ преступленіе преслѣдованіе прекращается, при чемъ примиреніе по дѣламъ, разрѣшеннымъ общими судебными мѣстами, можетъ послѣдовать до фактическаго начала отбыванія наказанія, а по дѣламъ, подсуднымъ мировымъ учрежденіямъ, даже послѣ этого момента. Въ этихъ случаяхъ государство какъ-бы передаетъ свое право наказанія потерпѣвшему, и жалоба можетъ разсматриваться, какъ условіе наказуемости, а въ случаяхъ первой категоріи это процессуальное условіе.

Давность и ея виды.

III.—1. Давность уголовная есть погашающее наказаніе истеченіе указаннаго въ законѣ времени со дня совершенія преступнаго дѣянія до дня возбужденія уголовнаго преслѣдованія *(давность преслѣдованія)* или также, по Угол. Улож., до дня постановленія приговора *(давность приговора)* или со дня постановленія приговора до дня обращенія его въ исполненіе *(давность наказанія)*.

Сроки.

2. Сроки давности преслѣдованія зависятъ отъ максимальнаго наказанія, положеннаго за преступное дѣяніе въ законѣ. По Улож. о нак. эти сроки 10 лѣтъ, если это наказаніе уголовное, 8 лѣтъ, если исправит. арестант. отдѣленія, 5 лѣтъ, если тюрьма съ лишеніемъ правъ (всѣхъ особен. или нѣкоторыхъ) или крѣпость, 2 года, если тюрьма безъ лишен. правъ, 6 мѣс., если наказаніе ниже тюрьмы. По нарушеніямъ постановленій о печати срокъ годовой. О друг. исключеніяхъ см. 158 ст., примѣч. Уст. о нак. устанавливаетъ двухгодичную давность для кражи, мошенничества и присвоенія, годовую для лѣсоистребленія, и шестимѣсячную для прочихъ проступковъ. Исключенія см. ст. 21, примѣч. и 21[1]. По Угол. Улож. давность для тяжкихъ преступленій 10 лѣтъ, а для каравшихся

смертною казнью 15 лѣтъ, для преступленій 3 года, а для наказуемыхъ исправит. домомъ 8 лѣтъ, для проступковъ 1 годъ. Сроки давности приговора и его исполненія (давности наказанія) двойные для тяжкихъ преступленій и преступленій и тройные для проступковъ, при чемъ при давности исполненія кладется въ основаніе исчисленія наказаніе, назначенное приговоромъ (а не возможное за данное дѣяніе по закону). При этомъ видѣ давности сохраняетъ силу и ею не погашается назначенное приговоромъ правопораженіе, и срокъ послѣдняго исчисляется со дня погашенія давностью главнаго наказанія.

Основаніе давности.

3. Что касается основанія погашающей силы давности, то указанный вопросъ не нашелъ единогласнаго рѣшенія: одни усматриваютъ это основаніе давности въ процессуальныхъ затрудненіяхъ: въ утратѣ съ теченіемъ времени многихъ доказательствъ, вслѣдствіе смерти или неизвѣстности мѣста жительства свидѣтелей, вслѣдствіе неясности ихъ воспоминаній объ обстоятельствахъ дѣла, вслѣдствіе исчезновенія или меньшей достовѣрности другихъ доказательствъ, напр. вещественныхъ; давность пріобрѣтаетъ значеніе обстоятельства, устраняющаго уголовное преслѣдованіе, и только косвенно также наказаніе; при такомъ взглядѣ (Биндинга), нельзя обосновать давность наказанія, такъ какъ приведенныя соображенія непримѣнимы, если приговоръ уже постановленъ; и не находитъ удовлетворительнаго объясненія различіе въ срокахъ давности преслѣдованія при деликтахъ разной тяжести (Эткеръ). Другіе стараются найти матеріально-правовое основаніе давности и видятъ его во всепоглощающей силѣ времени (Гуго Мейеръ), или въ перенесенныхъ преступникомъ страданіяхъ, вызываемыхъ постояннымъ страхомъ наказанія въ случаѣ его обнаруженья (старая французская доктрина); или въ томъ, что хорошее поведеніе преступника доказало безцѣльность наказанія: онъ исправился; при этой точкѣ зрѣнія, давность погашала наказаніе только въ случаѣ, если за это время не было совершено преступникомъ новое преступное дѣяніе (Кестлинъ, и сходно нынѣ Ламмашъ), условіе, неизвѣстное положительному праву. Часто приводятся и указанное процессуальное соображеніе и матеріально-правовыя (Меркель, Листъ, Эткеръ и др.).

Высказывалось и мнѣніе, совершенно отрицавшее значеніе уголовной давности. Противники ея между прочимъ Беккарія, Бентамъ, Кантъ, признававшіе погашеніе наказанія давностью непослѣдовательностью.

Дѣйствительнымъ основаніемъ давности слѣдуетъ признать безцѣльность наказанія, когда извѣстное, болѣе или менѣе продолжительное, время послѣ преступнаго дѣянія оно не было примѣнено, потому ли, что преступникъ скрылся или не былъ раньше обнаруженъ или уголовное преслѣдованіе не возбуждалось или не привело къ постановленію приговора; въ этихъ послѣднихъ случаяхъ играютъ роль процессуальныя трудности не столько сами по себѣ, сколько по сравненію съ тѣмъ результатомъ, ради котораго процессъ начинается или возобновляется, т. е. съ примѣненіемъ наказанія, которое безцѣльно. Въ самомъ дѣлѣ, то возмущеніе, которое возбуждаетъ въ обществѣ преступное дѣяніе и которое находитъ себѣ выраженіе въ моментѣ осужденія, порицанія, присущемъ наказанію, черезъ извѣстный промежутокъ времени теряетъ свою остроту и совершенно исчезаетъ, и примѣненіе наказанія въ интересахъ возмездія и общей превенціи оказывается тогда запоздалымъ, когда изгладилось самое воспоминаніе о преступленіи. Поддержаніе правовыхъ нормъ, защита правовыхъ интересовъ нисколько не проиграютъ, если наказаніе не послѣдуетъ.

Конечно, чѣмъ деликтъ менѣе значителенъ, тѣмъ раньше наступаетъ моментъ, когда наказаніе болѣе неумѣстно; но выборъ сроковъ всегда произвольный, такъ какъ время, необходимое для указанныхъ послѣдствій (забвенія и т. д.), не поддается точному учету. Установленіе опредѣленныхъ сроковъ вызывается практическими соображеніями: невозможностью предоставить рѣшеніе этого вопроса суду, у котораго нѣтъ средствъ для такого рѣшенія, и необходимостью точныхъ опредѣленій, когда рѣчь идетъ о наказаніи или безнаказанности.

Вмѣстѣ съ тѣмъ для осуществленія цѣлей спеціальнаго предупрежденія также часто не остается основаній: склоненіе преступника къ законномѣрному поведенію посредствомъ его устрашенія дѣйствительнымъ примѣненіемъ наказанія, или же его исправленіе или элиминація окажутся совершенно неумѣстными, когда при мелкихъ деликтахъ онъ самъ

успѣлъ забыть объ отклоненіи отъ права, имъ допущенномъ, или когда, при болѣе серіозныхъ, за истекшій значительный промежутокъ времени измѣнилось его соціальное положеніе и даже его характеръ*) и нѣтъ прежнихъ стимуловъ къ совершенію новыхъ преступленій. Конечно, могутъ быть и другіе случаи, но изъ-за нихъ отвергать давность и разрушать ради невсегда достижимыхъ цѣлей наказанія то, что совершено самою жизнью въ случаяхъ, указанныхъ выше, значило бы причинять больше вреда, чѣмъ тотъ, который хотѣли бы устранить.

При этомъ остается возможность прежніе покрытые давностью деликты, поскольку ихъ удается констатировать, принимать во вниманіе, какъ доказательство привычки къ преступной дѣятельности при обвиненіи въ новомъ преступномъ дѣяніи, имѣющемъ связь съ прежними. Въ такомъ случаѣ тѣ соображенія, которыя лежатъ въ основаніи давности, перестаютъ играть роль, такъ какъ за прежнія дѣянія наказаніе не примѣняется и они только служатъ для характеристики подсудимаго; если же произошло измѣненіе его характера за долгій промежутокъ времени, отдѣляющій новое дѣяніе отъ прежнихъ, то судъ отвергнетъ связь между ними, и они и косвенно не отразятся на репрессіи. Такимъ образомъ едва ли можно признать правильнымъ введеніе давности рецидива: и эта давность, какъ и самое вліяніе именно рецидива на отвѣтственность, не болѣе, чѣмъ пресумціи привычки или ея отсутствія, напрасно связывающія судъ при рѣшеніи этого вопроса.

Изъятія.

4. Указанныя основанія давности одинаково примѣнимы ко всѣмъ преступленіямъ, и встрѣчающіяся въ нашемъ правѣ изъятія не могутъ быть оправданы. Улож. о нак. устанавливаетъ изъятіе для убійцы отца или матери, но смягчаетъ наказаніе въ случаѣ истеченія 20 лѣтъ со дня преступленія до дня его обнаруженья (см. ст. 161). Угол. Ул. устанавливало изъятіе (и смягченіе наказанія) въ случаѣ преступленія, пред. 99 ст. Мнимое изъятіе содержится въ 162 ст. Ул. о нак. для вступившихъ завѣдома въ противозаконный бракъ, для виновныхъ въ присвоеніи правъ состоянія,

*) Этому обстоятельству придаютъ значеніе основанія давности Тардъ и Гарро.

титула и т. п. и для уклонившихся отъ воинской повинности: въ дѣйствительности, и при этихъ дѣяніяхъ, какъ и при другихъ *длящихся преступленіяхъ*, *давность* возможна, но она *начинаетъ свое теченіе со времени прекращенія противоправнаго состоянія*, напр.: со времени явки къ отбыванію повинности, расторженія брака. Въ этомъ смыслѣ и рѣш. Сената (1875 г. № 284). Въ прежней редакціи 162 ст. было и прямое указаніе на это по поводу отпавшихъ отъ православія или отъ Христіанской вѣры; давность на нихъ не распространялась, доколѣ они не обратились къ долгу, и указывалось, какъ основаніе, что это преступленіе безпрерывно продолжающееся. Съ исключеніемъ изъ 162 ст. этого деликта, въ новую редакцію ея не ввели и упомянутаго указанія Оно прямо выражено Угол. Уложеніемъ, въ ст. 70.

Начальный моментъ давности.

5. Начальнымъ днемъ давности служитъ при преступленіяхъ продолжаемыхъ, въ указанномъ на стр. 220 смыслѣ, и при собирательныхъ день совершенія послѣдняго изъ актовъ, изъ которыхъ состоитъ такое преступленіе (ст. 70 Угол. Ул.); оно окончено именно въ этотъ моментъ, и только тогда возникаетъ право государства на наказаніе преступника. Въ наукѣ иногда начало давности находятъ нужнымъ связывать не съ моментомъ delictum consummatum, при матеріальныхъ преступленіяхъ не съ моментомъ наступленія результата, *) а со временемъ совершенія самаго дѣйствія (такъ Германское улож.), на томъ основаніи, что этотъ моментъ легче констатировать, но до наступленія результата дѣяніе можетъ быть ненаказуемымъ, напр. при неосторожныхъ деликтахъ или при ненаказуемости покушенія на данный деликтъ, или можетъ представляться другимъ преступленіемъ, и давностью погашалось бы еще не возникшее карательное право.

Для соучастниковъ теченіе давности должно начинаться съ того же момента, что и для исполнителей, признавать ли акцессорную природу соучастія, или же видѣть въ немъ посредственное совершеніе; только, если создать изъ подстрекательства и пособничества delicta sui generis (выше, стр. 193), можно установить и самостоятельные сроки дав-

*) Въ пользу этого большинство криминалистовъ и наша практика.

ности. За равенство сроковъ и Ул. о нак., ст. 160. Конечно, они могутъ быть разные, по Угол Ул., при давности наказанія, такъ какъ исчисляются сообразно наказанію, назначенному въ приговорѣ, а оно можетъ быть для отдѣльныхъ соучастниковъ неодинаковымъ.

Прекращеніе, перерывъ и пріостановка давности.

6. Предѣльнымъ моментомъ давности служитъ истеченіе срока, но теченіе давности *по Ул. о нак. прекращается*, когда виновный до окончанія срока былъ обнаруженъ, при чемъ подъ *обнаруженіемъ виновнаго* слѣдуетъ понимать, по разъясненіямъ Сената, дѣйствіе органа, уполномоченнаго на возбужденіе уголовнаго преслѣдованія, направленное противъ *опредѣленнаго* лица; такимъ органомъ можетъ быть и полиція. Если однако дѣло было прекращено послѣ обнаруженія по недостатку уликъ, то, по 24 ст. Уст. Уг. Суд., оно можетъ быть возобновлено въ виду новыхъ обстоятельствъ только, если они открылись до истеченія давности; отсюда слѣдуетъ, что возбужденіе преслѣдованія, если дѣло было прекращено, въ этомъ случаѣ не препятствуетъ давности (Таганцевъ); но нельзя согласиться съ проф. Сергѣевскимъ, что возбужденіе преслѣдованія пріостанавливаетъ теченіе давности и только преданіе суду ее исключаетъ. Болѣе точно говоритъ Угол. Ул. о возбужденіи противъ обвиняемаго уголовнаго преслѣдованія; это возбужденіе не принадлежитъ полиціи въ общихъ судебныхъ мѣстахъ, и недостаточно другихъ дѣйствій даже слѣдственной или обвинительной власти, если они не составляютъ еще возбужденія преслѣдованія *). Не имѣетъ практическаго значенія другое основаніе прекращенія давности, о которомъ говоритъ Ул. о нак., именно — *безгласность* преступленія, т. е., поясняетъ ст. 158, когда о немъ не было никакого производства или слѣдствія, ниже донесенія или жалобы, извѣта или иного показанія, потому что, если была жалоба или былъ составленъ протоколъ о фактѣ преступленія, напр., о лѣсоистребленіи, но виновный еще не былъ обнаруженъ, давность, прекратившаяся, въ виду огласки преступленія, продолжаетъ течь вслѣдствіе необнаруженія виновнаго.

Иностранныя законодательства возбужденію преслѣдованія придаютъ значеніе обстоятельства, *прерывающаго дав-*

*) Иначе во Франціи, гдѣ давность прерываютъ и слѣдственныя дѣйствія, не имѣющія пока въ виду привлеченія опредѣленнаго лица.

ность въ томъ смыслѣ, что истекшее до этого время не идетъ въ счетъ ея, пропадаетъ для обвиняемаго, но возможно новое теченіе давностнаго срока: если, напр., преступникъ скроется и пройдетъ снова давностный срокъ, то дальнѣйшее преслѣдованіе его послѣ этого не допускается. *Въ сущности* такое же значеніе имѣетъ возбужденіе преслѣдованія и *по Угол. Уложс.*: хотя обвиняемый и не можетъ сослаться на давность преслѣдованія, но, если приговоръ не постановленъ въ теченіе опредѣленнаго времени, то и не можетъ быть постановленъ, въ силу давности осужденія, другими словами: *давность прерывается*, но начинается не новый счетъ ея, а срокъ, до истеченіи котораго можетъ быть постановленъ приговоръ, удлиняется и исчисляется съ момента учиненія дѣянія, т. е. съ того же, что и давность преслѣдованія, только становится вдвое, а при проступкахъ втрое длиннѣе.

Уст. о нак. (21 ст.) условіями давности признаетъ, съ одной стороны, неизвѣстность проступка мировому судьѣ или полиціи, съ другой стороны, отсутствіе производства о проступкѣ въ теченіе давностнаго срока. Въ этомъ второмъ условіи, по мнѣнію проф. Фойницкаго, есть сходство съ давностью приговора (осужденія), а, по мнѣнію проф. Сергѣевскаго, устанавливается только перерывъ давности, если мировой судья началъ дѣло: если оно потомъ не двигалось, начинаетъ течь снова давность. Но скорѣе выраженіе 21 ст. «не было никакого производства» есть только сокращенная передача словъ 158 ст. Ул. о нак., поясняющихъ безгласность преступленія, но не есть измѣненіе условій давности. Такъ и Сенатъ.

Нашему *Угол. Ул. неизвѣстенъ перерывъ давности наказанія* дѣйствіемъ, представляющимъ собою фактическое приведеніе его въ исполненіе; по нѣкоторымъ иностраннымъ кодексамъ, если оно все-таки не отбыто полностью, преступникъ бѣжалъ, съ этого момента течетъ новый давностный срокъ; по Угол. Ул. обращеніе приговора къ исполненію прекращаетъ теченіе давности наказанія, и рѣдкость случаевъ, когда теченіе ея могло бы возобновиться, дѣлаетъ этотъ дефектъ несущественнымъ.

Угол. Ул., какъ и иностранные кодексы, говоритъ о *пріостановленіи* давности преслѣдованія и давности наказанія: первой на время производства въ другомъ судѣ (гражданскомъ или духовномъ) дѣла по преюдиціальному вопросу, напр. о дѣйствительности брака при обвиненіи въ многобрачіи, или на время пріостановки возбужденнаго дѣла по указаннымъ въ законѣ основаніямъ; второй—давности наказанія—на время пріостановки приведенія приговора въ исполненіе по указаннымъ въ законѣ причинамъ (напр. побѣгъ осужденнаго). Съ минованіемъ причины пріостановки теченіе давности продолжается и зачитывается истекшее до наступленія этой причины время.

Улож. о нак. (ст. 159) говоритъ еще о погашеніи наказанія давностью по нехожденію частнаго обвинителя по дѣлу въ теченіе давностнаго срока, если оно принадлежитъ къ числу такихъ, которыя могутъ быть окончены примиреніемъ. Но хожденіемъ по дѣлу практика признаетъ и обыкновенное наведеніе справокъ о его положеніи; разрѣшеніе вопроса, было ли хожденіе, принадлежитъ суду существа, и практическаго значенія эта статья не имѣетъ.

Помилованіе

IV. Помилованіе есть устраненіе карательныхъ послѣдствій распоряженіемъ верховной власти.

Оно можетъ выражаться въ формѣ: 1) отмѣны, измѣненія или замѣны наказанія, опредѣленнаго приговоромъ отдѣльному подсудимому, при чемъ измѣненіе и замѣна состоятъ въ смягченіи наказанія; а кромѣ отмѣны возможно и возстановленіе въ правахъ, 2) устраненія уголовнаго преслѣдованія или прекращенія уже возникшаго преслѣдованія—такъ наз. *аболиціи*, 3) въ формѣ прощенія или смягченія наказанія или же аболиціи въ отношеніи всѣхъ осужденныхъ или обвиняемыхъ въ опредѣленныхъ преступленіяхъ,—*амнистіи*.

Помилованіе вызывало энергичныя возраженія въ эпоху просвѣщенія, отчасти подъ вліяніемъ идеи о полномъ раздѣленіи властей и невмѣшательствѣ правительственной и законодательной власти въ область правосудія, но особенно подъ вліяніемъ свѣжихъ воспоминаній о злоупотребленіяхъ правомъ помилованія, которое давалось французскими королями по протекціи могущественныхъ придворныхъ и фаворитокъ преступникамъ, не заслуживавшимъ снисхожденія. Не соотвѣтствовало оно и абсолютнымъ теоріямъ наказанія, хотя представители ихъ иногда это право допускали, въ

ущербъ послѣдовательности. Нынѣ возраженія иногда вызываетъ аболиція, препятствующая самому возникновенію процесса и оставляющая открытымъ вопросъ о виновности лица, подозрѣваемаго въ опредѣленномъ деликтѣ; аболиція можетъ быть средствомъ предупредить непріятное для власти разглашеніе преступныхъ дѣяній высшихъ должностныхъ лицъ. Напротивъ, общимъ признаніемъ пользуется помилованіе въ двухъ другихъ формахъ: прощеніе или смягченіе наказанія въ отдѣльномъ случаѣ должно служить коррективомъ всегда возможныхъ ошибокъ суда или проведенію принципа индивидуализаціи въ размѣрѣ, превышающемъ полномочія судебной власти. Амнистія служитъ къ успокоенію общества и являетъ собою часто признаніе несовершенства прежняго правового строя, нарушенія котораго и вызвали респрессію, или же представляетъ собою уступку со стороны государственной власти политическимъ противникамъ, или же пріобщеніе къ какому-либо радостному для государства событію всего населенія, не исключая и отбывающихъ наказаніе.

Помилованіе представляетъ собою правительственный актъ и принадлежитъ главѣ государства, но, въ виду важнаго общественнаго значенія амнистіи, послѣдняя иногда осуществляется посредствомъ изданія закона, т. е. при участіи парламента (Франція).

Какъ изъятіе изъ законовъ, актъ объ амнистіи подлежитъ ограничительному толкованію. Помилованіе во всѣхъ формахъ не устраняетъ послѣдствій не карательныхъ напр. обязанности возмѣстить вредъ и убытки, не устраняетъ и самой преступности дѣянія, поэтому оно можетъ идти въ счетъ при рецидивѣ (такъ Угол. Улож., иначе Улож. о нак.) и служить доказательствомъ преступныхъ привычки или профессіи. Согласіе амнистированнаго не требуется, но при аболиціи, если дѣло уже находится на разсмотрѣніи суда, подсудимый можетъ просить объ установленіи въ приговорѣ свойства его виновности и мѣры наказанія, въ интересахъ извѣстной реабилитаціи передъ обществомъ.

Важнѣйшія опечатки.

Стран.	Строка.	*Напечатано:*	*Слѣдуетъ читать:*
1	13	юридичеекихъ	юридическихъ
45	11	вовмедія	возмездія
146	23	II. — 1.	IV. — 1.
199	2	выс ка-	выска-
200	27	Бури),	Бури)
250	17	пре-свенціи	превенціи
257	8	„освобожденныхъ“,	„освобожденныхъ“
296	23	или закоренѣлые	или закоренѣлости
296	24	или закоренѣлости...	вся строка напечатана по ошибкѣ 2 раза.
330	28	(одну...	одну
330	29	152 ст.),	(152 ст.),
336	16	смягченія	сложенія
339	9	ступленія	ступленій
340	23	условіями	условіемъ
352	3	вь	въ
353	38	ве	не
354	7	осужденіе	освобожденіе
358	3	увеличвается	увеличивается
360	27	безупречнае	безупречное
363	16	учрежднямъ	учрежденіямъ

Важнѣйшія пособія (кромѣ указан. въ моемъ трудѣ „Основныя начала угол. права").

P. Merkel. Konkurrenz въ Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Band V. 1908. Bar. Gesetz und Schuld. III. 1909. Гернетъ. Смертная казнь. 1913. Люблинскій. Жур. угол. права. 1912 г. № 1. Піонтковскій. Смертная казнь въ Европѣ. 1908. Кистяковскій. Изслѣдованіе о смертной казни. 1896 (2-ое изд.). Сергѣевскій. Наказаніе въ русск. правѣ XVII в. Фойницкій. Ссылка на Западѣ въ ея историческомъ развитіи и современ. состояніи. 1881. Фойницкій. Ученіе о наказаніи въ связи съ тюрьмовѣдѣньемъ. 1889. Korn. Ist die Deportation.... als Strafmittel praktisch verwendbar. 1898. Дриль. Ссылка во Франціи и въ Россіи. 1899. Holtzendorff und Jagemann. Handbuch des Gefängniswesens. I. и II. т. 1888. Krohne. Lehrbuch der Gefängniskunde. 1889. Фойницкій. Наказаніе. Cuche. Traité de science et de législation pénitentiaires. 1905. Люблинскій. Очерки уголов. суда и наказанія въ современной Англіи. 1911. Aschrott. Strafensystem und Gefängniswesen in England. 1887. Познышевъ. Очерки тюрмовѣдѣнья. 1912. Wach. Die Reform der Freiheitsstrafe. 1890. Aschrott. Aus dem Strafen - und Gefängniswesen Nordamerikas. 1889. Hartmann. Die Strafrechtspflege in Amerika. 1906. Herr. Das moderne amerikanische Besserungssystem. 1907. Herr. въ Vergl. Darst. (выше) IV. Rosenfeld. Welche Strafmittel können и т. д. 1890. Mittelstädt. Gegen die Freiheitsstrafe. 1879. Schmölder. Die Geldstrafe. Маклецовъ. Лишеніе правъ по нов. проектамъ Юридич. Вѣстн. 1915. Паше-Озерскій. Реабилитація осужденнаго. 1918. Delaquis. Die Rehabilitation. 1907. Піонтковскій. Условное осужденіе. 1894. Тимашевъ. Условное осужденіе. 1914. Liszt. Bedingte Verurtheilung въ Vergleich. Darstel. III. Tell Perrin. De la remise conditionelle des peines. 1904. Wahlberg. Der Prinzip der Individualisierung. 1869. Saleilles.

L' individualisation de la peine. 1898. Liszt. Aufsätze und Vorträge. 1905. Kräpelin. Die Abschaffung des Strafmasses. 1880. Strafzumessung статьи Rosenfeld'a, Van-Calker'a и Radbruch'a въ Vergleich. Darstel. III. W. Mittermaier. Die Behandlung unverbesserlicher Verbrecher, тамъ же. Freudenthal. Unbestimmte Verurteilung, тамъ же. Піонтковскій. Условное освобожденіе. Люблинскій. Условн. освобожд. и неопредѣлен. приговоры въ С. Америкѣ. Жур. угол. права 1913. №№ 2 и 3. Моя статья „Привычн. и профессіональные преступники" въ Журн. Мин. Юстиц., 1904 г., сент., окт. Liszt. Strafbemessung въ Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. 1910. Aschrott. Strafen, Sichernde Massnahmen... тамъ же (Reform). Oetker. Strafantrag und Verjährung, тамъ же. Тауберъ. Жалоба потерпѣвшаго. 1909. Loening. Verjährung въ Vergleich. Darst. Bar. Gesetz und Schuld. III (о давности, помилованіи и примиреніи). Курсы Таганцева, Познышева, Garraud (Traité), Vidal'я. Обширное изслѣдованіе о наказаніи Goldschmidt'a въ Vergleich. Darstel. IV. (1908 г.). Люблинскій. Международные Съѣзды по вопросамъ уголовнаго права за 10 лѣтъ (1905 — 1915). Kitzinger. Internationale Kriminalistische Vereinigung. 1905.

Въ указан. трудахъ и дальнѣйшія указанія литературы. Литерат. указанія къ главамъ I—XV и ко введенію см. въ моихъ «Основныхъ началахъ» (1917).

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Введеніе.

Стр.

I. Задачи, содержаніе и методы науки уголовнаго права. Вспомогательныя дисциплины 1

II. Историческій очеркъ науки уголовнаго права 7

Часть первая. Уголовный законъ, его дѣйствіе и примѣненіе.

I. Законъ, какъ источникъ уголовнаго права 18

II. Дѣйствіе уголовнаго закона во времени, въ пространствѣ и въ отношеніи лицъ. Выдача преступниковъ 26

Часть вторая. Наказаніе и его цѣли.

III. Наказаніе, его сущность и отличіе отъ другихъ сходныхъ институтовъ 38

IV. Цѣли наказанія. Обоснованіе его 49

Часть третья. Ученіе о преступленіи.

А. Понятіе преступленія.

V. Преступленіе, составъ его. Классификація преступленій. . 63

В. Элементы преступленія. Субъективная сторона его.

VI. Понятіе и значеніе вины въ уголовномъ правѣ 73

VII. Вмѣняемость и обстоятельства, ее исключающія. Уменьшенная вмѣняемость. Вопросъ объ уголовной отвѣтственности юридическихъ лицъ 84

VIII. Формы проявленія вины. Умыселъ 99

IX. Ошибка, какъ обстоятельство, исключающее умыселъ . . 110

X. Формы проявленія вины (продолж.). Неосторожность . . 118

С. Элементы преступленія (продолж.). Объективная сторона его.

XI. Дѣяніе, упущеніе, причинная связь 126

XII. Противоправность дѣянія и обстоятельства, ее исключающія. 142

XIII. Обстоятельства, исключающія противоправность (прод.). Необходимая оборона. Крайняя необходимость 155

D. Модальности (формы проявленія) преступнаго дѣянія.

XIV. Преступная дѣятельность, не приведшая къ результату. . 174
XV. Соучастіе 192
XVI. Единство дѣянія и единство преступленія. Совокупность. 214

Часть четвертая. Виды наказанія.

XVII. Общія положенія. Классификація и система наказаній. . 226
XVIII. Смертная казнь 234
XIX. Тѣлесныя наказанія 245
XX. Лишеніе свободы. Ссылка и изгнаніе 250
XXI. Лишеніе свободы. Тюрьма. Заключеніе въ другихъ формахъ 267
XXII. Имущественныя наказанія 306
XXIII. Лишеніе правъ. Позорящія наказанія. Выговоръ. Опубликованіе приговора. Другія дополнительныя наказанія. . 311
XXIV. Условное осужденіе 319

Часть пятая. Индивидуализація наказанія.

XXV. Выборъ мѣры наказанія судомъ 328
XXVI. Вліяніе на наказаніе совокупности, рецидива и привычки къ преступной дѣятельности.—Индивидуализація въ современномъ правѣ 335
XXVII. Условное освобожденіе и неопредѣленные приговоры. Реабилитація. 351

Часть шестая.

XXVIII. Обстоятельства, погашающія наказаніе 362