ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР

НЕ КОПИРОВАТЬ

1208
56

Въ предлагаемый сборникъ вошли тѣ изъ статей, напечатанныхъ въ теченіи послѣднихъ лѣтъ въ «Правѣ» и «Вѣстникѣ Права», которыя по мнѣнію автора—быть-можетъ ошибочному—не утратили интереса или имѣютъ нѣкоторое научное значеніе. Сборникъ открывается той profession de foi, которую авторъ высказалъ восемь лѣтъ тому назадъ, приступая къ преподаванію уголовнаго права. Съ тѣхъ поръ кое-что въ воззрѣніяхъ автора измѣнилось, но основныя начала, посильно развитыя въ этой первой статьѣ, исповѣдуются имъ и теперь.

Мартъ 1904 г.
СПБ.

БИБЛИОТЕКА
Ленинградск. отделения
Коммунист. Академии
ЦИК СССР

34278

Содержаніе и методъ науки уголовнаго права [1]).

Лѣтъ пятнадцать тому назадъ одинъ изъ нашихъ выдающихся ученыхъ, характеризуя въ блестящей рѣчи тогдашнее состояніе науки права, находилъ, что матеріала накоплено много, отдѣльные вопросы до извѣстной степени разработаны, а общія начала составляютъ какъ бы камень преткновенія; первыя страницы въ каждой отрасли нашей науки, говорилъ онъ, сами изображаютъ собою знакъ вопроса, и причина этого заключается въ томъ, что далеко еще не разрѣшенъ вопросъ, откуда и какъ черпать основы для науки. Многое изъ того, что прежде считалось безспорнымъ, подверглось сомнѣнію; многіе изъ прежнихъ научныхъ кумировъ осмѣяны и свергнуты, и закипѣла усиленная работа для отысканія новыхъ путей и источниковъ научнаго знанія.

Справедливыя въ то время, слова эти еще съ гораздо большимъ основаніемъ могли бы быть приложены къ современному положенію науки права вообще и въ частности уголовнаго. Въ настоящее время уже не первыя страницы, а самое оглавленіе нашей науки, если можно такъ выразиться, представляетъ знакъ вопроса; разнорѣчія и споры касаются не отдѣльныхъ деталей, а собственнаго содержанія, метода науки уголовнаго права. Обстоятельство это вызвано преимущественно возникновеніемъ школы, поставившей себѣ цѣлью изученіе преступленія, какъ явленія соціальнаго, и преступника, какъ разновидности антропологической;—школы,

[1]) Вступительная лекція, прочитанная авторомъ въ Императорскомъ Училищѣ Правовѣдѣнія 9 сентября 1896 года.

приверженцы коей, выступивъ врагами предшествовавшаго направленія, придали послѣднему названіе классическаго, не въ смыслѣ эпитета, знаменующаго простоту и красивую стройность, эти обыкновенные атрибуты классицизма, а въ оскорбительномъ значеніи клички, рисующей нѣчто устарѣлое, отвлеченное, мертвое.

Каковы бы ни были результаты новаго движенія, несомнѣнно одно: въ виду громадности литературы, имъ вызванной, въ виду значенія вырабатываемыхъ имъ данныхъ, теперь невозможно обойти его молчаніемъ. Оно коснулось важнѣйшихъ и капитальнѣйшихъ вопросовъ, лежащихъ въ основаніи уголовнаго права; идея отвѣтственности, эта альфа и омега всѣхъ уголовно-юридическихъ построеній, подверглась безпощадной критикѣ, стоящей на почвѣ детерминистическаго міровоззрѣнія; самой наукѣ права указаны были другіе пріемы, прежніе были объявлены достояніемъ мертвой схоластики, и надъ всѣми трудами этого новаго направленія поднято было знамя „естественно-научнаго метода“.

При такихъ коренныхъ разногласіяхъ, начинающихся прямо ab ovo, всякій, кто себя посвящаетъ изученію уголовнаго права, а тѣмъ болѣе тотъ, на кого возложенъ почетный и возвышенный трудъ преподаванія, прежде всего обязанъ дать себѣ отчетъ въ томъ, какъ онъ понимаетъ содержаніе и методъ своей науки, и указать въ связи съ этимъ на вытекающія изъ этого пониманія задачи преподаванія.

Подъ *содержаніемъ* науки подразумѣвается тотъ матеріалъ, надъ которымъ она работаетъ. Матеріалъ этотъ черпается отовсюду, но для каждой данной науки онъ представляется чѣмъ-то однороднымъ, объединеннымъ по одному какому-либо признаку. Существованіе такого матеріала есть условіе самаго рожденія каждой науки; въ большей части названій, обозначающихъ ту или другую научную отрасль, обыкновенно мы находимъ указанія на этотъ матеріалъ.

Таковы, напр., названія „астрономія, минералогія“ и др. Но юридическія науки не окрещены именемъ латинскаго или греческаго происхожденія: слово „юриспруденція“ обозначало скорѣе искусство римскихъ юристовъ, чѣмъ науку въ настоящемъ значеніи слова. И

такъ какъ научныя отрасли отдѣляются другъ отъ друга именно по особенностямъ своего предмета, то въ названіяхъ разнообразныхъ юридическихъ наукъ предметъ науки нерѣдко смѣшивается съ самой наукой въ одно.

Въ обычномъ словоупотребленіи выраженіе „уголовное право“ обозначаетъ именно ту отрасль юридическихъ наукъ, которая занимается изученіемъ преступленія и наказанія, какъ юридическихъ отношеній.

Наука эта самостоятельнаго названія не имѣетъ: лишь въ самое послѣднее время пущено въ обращеніе имя „криминологіи“, какъ разъ въ ту эпоху Sturm und Drang, начало которой относится къ появленію главнаго труда Ломброзо. Въ этомъ словѣ „криминологія“ и въ отождествленіи этой криминологіи съ наукой уголовнаго права мнѣ представляется наиболѣе яркій и осязательный примѣръ той логической ошибки, которая лежитъ въ основаніи всего современнаго раскола среди криминалистовъ.

Въ самомъ дѣлѣ, когда мы читаемъ у одного изъ представителей такъ называемаго соціологическаго направленія въ области науки уголовнаго права такое опредѣленіе послѣдней, согласно которому она есть наука, занимающаяся изученіемъ преступной дѣятельности, раскрытіемъ естественныхъ законовъ, обусловливающихъ собою эту дѣятельность, и изученіемъ и установленіемъ средствъ и способовъ борьбы съ этою дѣятельностью, то невольно возникаетъ вопросъ: причемъ же тутъ *„право“*? Согласимся ли съ Іерингомъ, что право есть юридически защищенный интересъ, или скажемъ, что право разграничиваетъ интересъ, или, что оно мѣра свободы, словомъ, какое бы ни приняли изъ этихъ безчисленныхъ опредѣленій, изъ которыхъ каждое стремится выразить наиболѣе рельефно внутреннюю сущность и движущую идею права, — ни для одного изъ этихъ понятій нѣтъ мѣста въ приведенномъ опредѣленіи, и происходитъ это оттого, что въ этомъ опредѣленіи авторъ сходитъ съ юридической почвы и, характеризуя содержаніе еще зарождающейся уголовной соціологіи, совершенно забываетъ уголовное право. И читатель невольно приходитъ къ такой дилеммѣ: или науки уго-

ловнаго права не существуетъ, или она имѣетъ содержаніе, не укладывающееся въ указанныя рамки. Мы не затрудняемся принять второй отвѣтъ не только потому, что юристъ, отвергающій юридическую науку, представляется какимъ-то contradictio in adjecto, но и вслѣдствіе той совершенной опредѣленности, которая, по нашему мнѣнію, присуща наукѣ уголовнаго права, какъ наукѣ юридической, въ отличіе отъ уголовной соціологіи, какъ науки общественной.

Смѣшеніе этихъ двухъ отраслей обыкновенно начинается съ того, что ихъ содержаніе отождествляютъ. И наука уголовнаго права и уголовная соціологія, говорятъ, имѣютъ своимъ предметомъ преступленіе, но изучаютъ этотъ предметъ съ различныхъ точекъ зрѣнія Такъ выражается и такой заправскій юристъ какъ Гарро. Между тѣмъ, тѣ понятія преступленія и наказанія, которыя лежатъ въ основаніи уголовнаго права,—вовсе не тѣ, надъ которыми оперируетъ соціологія. Послѣдней до юридическаго значенія тѣхъ дѣяній, природу которыхъ она изучаетъ, нѣтъ никакого дѣла.

Соціологъ подъ преступленіемъ понимаетъ нарушеніе нормальныхъ условій общежитія. Для юриста—преступленіе есть посягательство на норму, предусмотрѣнное уголовнымъ закономъ.

Не ясно ли, что это не двѣ точки зрѣнія, а два разныхъ предмета. Какъ отклоненіе отъ нормальныхъ условій общежитія можетъ выражаться въ формахъ, не предусмотрѣнныхъ уголовнымъ закономъ (напр. пьянство, половой развратъ), такъ наоборотъ посягательство на норму можетъ само по себѣ не нарушать нисколько нормальныхъ условій общежитія. Исторіи извѣстны примѣры законовъ, представляющихъ плодъ чистаго произвола, не обезпечивающихъ достиженія какой-либо разумной цѣли. Законы эти не могутъ быть долговѣчны. Тѣмъ не менѣе посягательство на нихъ, разъ они были изданы надлежащею властью, есть преступленіе,—въ юридической системѣ оно можетъ стоять рядомъ съ убійствомъ, кражей и т. д., для соціолога же оно безразлично, для него нѣтъ точки зрѣнія, съ которой онъ могъ бы смотрѣть на такое посягательство, разъ оно не играетъ роли въ условіяхъ общежитія.

Оттого приверженцы соціологическаго направленія принуждены были создать теорію двухъ родовъ преступныхъ дѣяній: одни délits naturels, другія délits relatifs. Различіе, не имѣющее для юриста никакого смысла, ни значенія, да и для автора теоріи представляющее немаловажныя затрудненія, такъ какъ délit naturel опредѣляется имъ какъ „l'outrage fait, en tout temps et en tout pays, à un certain sentiment moyen de pitié et de justice", причемъ даже приблизительно не указаны предѣлы этого „sentiment moyen".

Я думаю, можно наиболѣе наглядно выразить предметное различіе науки уголовнаго права отъ уголовной соціологіи, сказавъ, что для первой преступленіе и наказаніе суть понятія, а для второй — явленія общественной жизни. Тѣ однородные признаки, на основаніи которыхъ различныя дѣянія относятся юристомъ въ категоріи преступленій, вовсе не имѣютъ значенія для соціолога, такъ какъ признаки понятія не тождественны съ признаками явленія. Изучая преступленіе, какъ юридическое понятіе, юристъ долженъ изслѣдовать весь тотъ сложный комплексъ юридическихъ нормъ, которыми регулируются отношенія людей между собой, и бытіе которыхъ есть необходимое условіе бытія сказаннаго понятія. Тѣ явленія дѣйствительной жизни, которыя проходятъ передъ его глазами, имѣютъ для него значеніе, входятъ въ кругъ его науки, только постольку, поскольку они относятся къ этимъ нормамъ. Отсюда и виновникъ преступленій разсматривается ими только постольку, поскольку онъ, какъ выразился Н. С. Таганцевъ, вложился въ фактъ преступленія.

Вопросъ о значеніи преступленія въ ряду другихъ явленій общественной жизни не изслѣдуется юристомъ, такъ какъ въ матеріалѣ, надъ которымъ онъ работаетъ,—„совокупности юридическихъ нормъ"—онъ не найдетъ отвѣта на этотъ вопросъ.

Именно противъ работы среди понятій, выведенныхъ абстракціей, противъ изученія, по образному выраженію одного ученаго, логики величинъ ополчилась новая школа въ уголовномъ правѣ.

При этомъ, однако, она не напала непосредственно an und für sich на такъ называемую классическую науку уголовнаго права.

Нѣтъ, она стремилась доказать, что самое это уголовное право есть продуктъ вѣкового заблужденія, что оно построено на ложныхъ началахъ, отвергнутыхъ современнымъ естественно-научнымъ мышленіемъ, что всѣ дѣйствующія уголовныя законодательства безцѣльны и несправедливы,—а слѣдовательно необходимо отъ нихъ отказаться и пойти по той дорогѣ, по которой ведетъ такъ называемый естественно-научный методъ, для изысканія новыхъ цѣлесообразныхъ способовъ борьбы съ преступностью.

Такимъ образомъ, вопросъ о выборѣ между уголовной соціологіей (въ обширномъ смыслѣ) и наукой уголовнаго права не формулируется приверженцами соціологическаго направленія такъ: могутъ ли существовать обѣ эти науки рядомъ, или одна должна поглотить другую.

Ихъ pium desiderium заключается въ упраздненіи всей системы юридическихъ понятій, выведенныхъ изъ изученія уголовнаго законодательства. Въ проектируемой ими криминологіи для современной науки уголовнаго права вовсе нѣтъ мѣста, такъ какъ ей рѣшительно неоткуда почерпать юридическія понятія. Отмежевать ей область средствъ и способовъ борьбы съ преступностью было бы неправильно, такъ какъ въ этой области на первомъ планѣ выступаетъ не наказаніе, какъ юридическое послѣдствіе преступленія, а sostituivi penali, мѣры, замѣняющія наказаніе и дѣлающія примѣненіе его безполезнымъ. Борьба съ преступностью, или, вѣрнѣе сказать, антисоціальными проявленіями человѣка, совершенно утрачиваетъ юридическій характеръ. Если одинъ изъ крайнихъ представителей новаго направленія, проф. Варга, въ недавно вышедшемъ трудѣ „Die Abschaffung der Strafknechtschaft“, высказываясь за сохраненіе въ области криминологіи и уголовнаго права, въ тѣсномъ смыслѣ, ставитъ въ основаніе послѣдняго все тотъ же старый принципъ: nullum crimen nulla poena sine lege, то въ этомъ можно видѣть лишь непослѣдовательность. Юристу дѣйствительно трудно отрѣшиться отъ юридическихъ началъ, но съ точки зрѣнія соціолога нѣтъ никакой причины ограничивать примѣненіе мѣръ, могущихъ принести пользу и обществу и отдѣльному человѣку, такими условными требованіями.

Казалось бы, представителямъ „естественно-научнаго“ направленія менѣе всего приличествуетъ такой въ высшей степени не историческій взглядъ, который съ одной стороны видитъ въ дѣйствующемъ правѣ продуктъ произвола, а съ другой желаетъ отмѣнить его однимъ почеркомъ пера, поставивъ на его мѣсто другое усовершенствованное, безъ понятій отвѣтственности и виновности, и съ полнымъ поглощеніемъ принципа справедливости—узкимъ практическимъ критеріемъ цѣлесообразности. Нельзя забывать, что если уголовное право живетъ и развивается, какъ одинъ изъ элементовъ народной жизни, то и лежащія въ его основаніи идеи отвѣтственности и справедливости являются элементами народнаго сознанія. „Есть нѣкоторыя слова, говоритъ Летурно въ своемъ сочиненіи l'Evolution juridique, которыя ни одинъ цивилизованный человѣкъ не можетъ слышать равнодушно, такъ какъ они пробуждаютъ въ немъ цѣлый рядъ ощущеній, унаслѣдованныхъ отъ предковъ. Среди этихъ лучезарныхъ словъ на первомъ планѣ стоитъ слово „справедливость“; оно отвѣчаетъ смутному, но могущественному чувству, съ очень давнихъ поръ запечатлѣнному въ человѣческомъ мозгу“. Съ такими идеями необходимо считаться; отвергать ихъ, за ихъ мнимой ненаучностью, значитъ ex professo работать въ ущербъ интересамъ дѣйствительной жизни, не могущей безъ нихъ обходиться.

Указывая на разрушительныя стремленія представителей новой школы, направленныя противъ классиковъ-юристовъ, мы вовсе не отрицаемъ ни прямыхъ, ни посредственныхъ ихъ заслугъ передъ нашей наукой.

О первыхъ Н. С. Таганцевъ говоритъ: „Пересмотръ ученія о вмѣняемости и созданіе новой формулы вмѣненія, переходящей уже въ законодательства, своеобразная постановка ученія о повторяемости преступленій и ея наказуемости, наконецъ, всѣ измѣненія системы карательныхъ мѣръ и порядка ихъ отбытія, въ значительной степени обязаны возникновеніемъ соціологическому изученію преступленія...

...„Антропологическое же направленіе сдѣлало уже извѣстный

вкладъ въ уголовное право, указавъ на необходимость классификаціи преступниковъ".

Посредственная, отрицательная такъ сказать, заслуга новаго направленія заключается въ томъ, что появленіе его внесло новую жизнь и движеніе въ теорію права, вызвала борьбу, стремленіе отстоять и лучше, прочнѣе обосновать тѣ ученія, противъ которыхъ предпринятъ былъ походъ. Нѣтъ ничего страшнѣе для науки застоя и рутины, особенно же для такой науки, конечное назначеніе, конечная цѣль которой—служить практическимъ интересамъ общежитія. . Припомнимъ слова Виндшейда: „Мы знаемъ, говоритъ онъ, что наука права существуетъ для того, чтобы содѣйствовать образованію такого права (матеріальнаго и формальнаго), которое могло бы удовлетворять человѣческимъ интересамъ и потребностямъ, въ условіяхъ опредѣленнаго времени и мѣста. Витать въ эфирѣ чистаго познанья прекрасно, но еще лучше работать на благо человѣчества".

Полемика новой школы именно коснулась многихъ жгучихъ вопросовъ въ области уголовнаго права, разрѣшеніе которыхъ въ ту или другую сторону имѣетъ, несомнѣнно, огромное практическое значеніе.

Итакъ, я высказываюсь за то мнѣніе, которое въ основу науки уголовнаго права кладетъ само уголовное право, т. е. совокупность юридическихъ нормъ, коими регулируются преступленіе и наказаніе, какъ юридическія отношенія.—Это истинная область юриста Онъ можетъ конечно, выходить изъ нея для провѣрки, насколько выработанныя имъ теоретическія понятія и опредѣленія соотвѣтствуютъ даннымъ, добытымъ антропологическими и общественными науками. При этомъ онъ долженъ болѣе всего остерегаться принимать какіе бы то ни было выводы на вѣру. Только то, что въ соотвѣтствующей области установлено точнымъ наблюденіемъ и строго научной индукціей, какъ несомнѣнный результатъ, можетъ получить право гражданства въ юридической наукѣ. Именно въ этомъ отношеніи мы можемъ лишь привѣтствовать консервативное направленіе въ юридической наукѣ. Прежде чѣмъ отказываться

отъ построеній, выработанныхъ старой доктриной, прежде чѣмъ задать себѣ вопросъ, вложенный поэтомъ въ уста Сенеки:

„Быть-можетъ, истина не съ нами,
Нашъ умъ ея уже неймётъ
И ослабѣвшими очами
Глядитъ назадъ, а не впередъ,
И свѣта истины не видитъ“...

мы должны дѣйствительно убѣдиться въ томъ, что данныя, которыя кладутся въ основаніе новыхъ стремленій, въ самомъ дѣлѣ—истина, а не „плѣнной мысли раздраженіе“. Выводы положительной науки не зависятъ отъ того, вѣримъ ли мы въ нихъ, или нѣтъ. Если они добыты путемъ научнаго метода, если повѣрка ихъ, всегда возможная, убѣждаетъ въ ихъ точности, тогда упорство въ опровергаемыхъ ими заблужденіяхъ уже невозможно.

Если, далѣе, результаты изслѣдованій соціологическихъ и антропологическихъ могутъ имѣть и нерѣдко уже имѣли важное значеніе для юриста, то это не значитъ, что эти изслѣдованія должны составлять задачу послѣдняго. Принципъ раздѣленія труда одинаково необходимъ и благотворенъ въ примѣненіи къ научной работѣ, какъ и во всякой другой. Въ послѣднее время мы все чаще и чаще встрѣчаемся съ мнѣніемъ, что юристъ долженъ быть натуралистомъ, что онъ обязанъ предпослать своему юридическому образованію полное и подробное усвоеніе всѣхъ данныхъ, даваемыхъ науками біологическими, антропологическими и т. д., что только тогда работа его будетъ полезна, мало того, только тогда она заслуживаетъ названія научной... О признакахъ, опредѣляющихъ понятіе научной работы, я скажу ниже, касаясь вопроса о методѣ науки уголовнаго права. Теперь же замѣчу, что область юриста настолько велика и разнообразна, ознакомленіе съ нею требуетъ такого внимательнаго и упорнаго труда, что вводить въ нее посторонніе элементы, да еще въ такомъ количествѣ и такого объема, значитъ налагать задачу непосильную для ума одного человѣка. И вмѣсто двухъ знающихъ и вполнѣ образованныхъ лю-

дей—естественника и юриста—получится одинъ полуобразованный, одинаково непризванный ни къ той, ни къ другой сферѣ.

Для русскаго юриста въ особенности непростительно отрицаніе самостоятельной науки уголовнаго права. На западѣ теорія кодексовъ разработана и въ общей и въ особенной части съ крайнею тщательностью и подробностью. Каждый вопросъ имѣетъ богатую литературу, систематизація и обобщеніе доведены до высокой степени совершенства.

Судебная практика имѣетъ въ большинствѣ случаевъ возможность руководиться твердыми и ясными началами. Масса контроверзъ, въ особенности по теоріи общей части,—носитъ скорѣе академическій характеръ, да и устраненіе ихъ является вопросомъ времени и работы.

Наконецъ, число ученыхъ, посвящающихъ себя юридической наукѣ, не оскудѣваетъ, такъ что умноженіе приверженцевъ новаго направленія не можетъ обезпечить имъ побѣду, одерживаемую не качествомъ, а количествомъ выставленныхъ силъ...

Совсѣмъ другое видимъ мы у насъ. Правда, въ нашей небогатой литературѣ можно насчитать нѣсколько капитальныхъ трудовъ, всесторонне исчерпывающихъ и ярко освѣщающихъ избранную ими область. Достаточно указать на „Курсъ“ и „Лекціи по уголовному праву“ Н. С. Таганцева, на „Преступленія противъ жизни“ его же, на „Руководство“ Неклюдова, на „Ученіе о наказаніи“, „Мошенничество по русскому праву“ проф. Фойницкаго, на труды проф. Сергѣевскаго, Кистяковскаго и нѣкоторые другіе. Тѣмъ не менѣе цѣлыя области нашего, даже писаннаго, права остаются совершенно не разработанными.

„Только помощью систематизаціи знаній, замѣчаетъ проф. Листъ, можно овладѣть всѣми частностями; безъ этого примѣненіе права всегда останется диллетантствомъ, предоставленнымъ случаю и произволу“. Именно этой систематизаціи по многимъ весьма крупнымъ вопросамъ у насъ недостаетъ.

Цѣлые отдѣлы нашего уложенія представляютъ дѣвственные лѣса, не изслѣдованные теоретиками. Оттого и былъ такъ огро-

менъ замѣчательный трудъ составителей объяснительной записки къ проекту уголовнаго уложенія: имъ приходилось не только мотивировать выработанныя комиссіей положенія, но и систематизировать—часто впервые—то, что подлежитъ измѣненію или отмѣнѣ. Еще меньше мы находимъ изслѣдованій по исторіи нашего права: не собраны даже съ достаточной полнотой матеріалы послѣдней. Равнымъ образомъ, и обычное наше право, примѣняемое въ объемѣ несуществующемъ въ Западной Европѣ, до сихъ поръ не приведено въ извѣстность, не обработано.

Словомъ, куда бы мы ни взглянули, вездѣ мы видимъ массу матеріала, ждущаго своего изслѣдователя. Не будемъ же увлекаться стремленіями въ новыя и интересныя области, куда проложили путь Ломброзо, Ферри, Гарофало и др. Въ самолюбивомъ желаніи наклеить надъ нашими изслѣдованіями ярлыкъ „естественно-научныя“, мы поспособствуемъ процвѣтанію эмпиризма въ судебной практикѣ, ждущей отъ теоріи правильнаго руководства. Жизнь дѣйствительная обращается къ юристу съ своими запросами и требованіями, со своими неразрѣшенными проблемами. Имѣетъ ли онъ право не внимать этому зову?

Изложивъ взглядъ на содержаніе науки уголовнаго права, перехожу къ вопросу о ея методѣ.

Наблюдая и изучая окружающую дѣйствительность, человѣкъ узнаетъ ее тогда, когда протекающіе передъ его глазами процессы отпечатлѣваются въ его умѣ сознательно. Это положеніе можно одинаково примѣнить и къ многообразнымъ *явленіямъ*, въ ихъ возникновеніи, развитіи и прекращеніи, и къ *фактамъ*, въ ихъ признакахъ и элементахъ. И тѣ и другіе существуютъ внѣ и независимо отъ человѣческаго мышленія и становятся его принадлежностью лишь тогда, когда онъ ихъ знаетъ, т. е. сознаетъ.

Но не всякое знаніе равносильно наукѣ. Понятіе научнаго знанія вырабатывается медленно и постепенно, и даже теперь нельзя сказать, чтобы оно было точно и безспорно опредѣлено. Между тѣмъ, всякому ясно, что только съ установленіемъ признаковъ научнаго знанія можетъ быть рѣчь о наукѣ вообще, въ

примѣненіи же къ какой-либо опредѣленной области явленій или фактовъ можетъ быть рѣчь о наукѣ, имѣющей предметомъ эти явленія или факты.

Такъ какъ знаніе складывается изъ двухъ элементовъ: мышленія и его объекта, то и различіе между научнымъ знаніемъ и всякимъ другихъ слѣдуетъ искать въ одномъ изъ этихъ двухъ элементовъ. Заключается ли оно въ свойствахъ объекта?

Утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ былъ бы признаніемъ того, что всѣ явленія и факты дѣйствительности распадаются на двѣ категоріи—доступныя знанію и доступныя наукѣ. Мы видимъ, однако, что такихъ категорій не существуетъ, что прогрессъ науки вообще заключается въ постоянномъ ростѣ ея содержанія, причемъ оно пополняется изъ области знанія. Наука работаетъ надъ тѣмъ, что дается знаніемъ. Констатированіе этого факта обнаруживаетъ невозможность коренного различія между ихъ объектами.

Итакъ, различіе должно заключаться въ свойствахъ научнаго мышленія, отличающаго его отъ обыкновеннаго мышленія, плодомъ котораго является знаніе. Свойства эти—методичность и систематичность. Другими словами: всякое добытое по извѣстному методу и приведенное въ опредѣленную систему познаніе, т. е. мышленіе въ примѣненіи къ объекту, есть наука.

Въ чемъ же выражается научное, т. е. методическое и систематическое познаніе въ примѣненіи къ праву?

Вопросъ о методѣ юриспруденціи весьма мало разработанъ. Обширное изслѣдованіе Вундта, озаглавленное „Die Methodenlehre“, содержитъ, между прочимъ, 16 стр., посвященныхъ ему, причемъ, по справедливому замѣчанію Листа, „эти страницы представляются скудными и поверхностными, въ сравненіи съ глубоко продуманными и исчерпывающими разсужденіями Вундта относительно метода другихъ наукъ, напр. математики“.

Основная мысль Вундта заключается въ томъ, что первичной, элементарной формой (das Primäre) юридическаго мышленія является абстракція. То правовоззрѣніе, изъ котораго нѣкогда образовались

юридическія понятія, принадлежитъ „dem vorwissenschaftlichen Denken“, т. е. мышленію, предшествовавшему наукѣ. Задача послѣдней состоитъ въ установленіи такой системы понятій, которыя обладали бы достаточной всеобщностью для подведенія подъ нихъ всей правовой жизни.

Въ послѣднихъ словахъ вѣрно характеризована задача систематизаціи. Но нельзя ожидать правильныхъ результатовъ отъ примѣненія метода, отправной точкой котораго служитъ принятіе вовсе бездоказательнаго положенія, что юридическія понятія возникли изъ какого-то первичнаго Rechtsanschauung, принадлежащаго „dem vorwissenschaftlichen Denken“.

Болѣе цѣнныя замѣчанія по занимающему насъ вопросу мы находимъ въ работахъ, принадлежащихъ перу юристовъ, и посвященныхъ общей теоріи права. Гарейсъ въ „Encyclopädie u. Methodologie der Rechtswissenschaft“ разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: „человѣку дана способность и потребность приводить въ порядокъ (zu ordnen) свои впечатлѣнія и наблюденія, субсуммировать единичное подъ общее, для единичнаго видового явленія отыскивать тотъ родъ, къ которому оно относится, и, такимъ образомъ, доходить до логическихъ или естественныхъ законовъ“. Въ примѣненіи же къ праву научный методъ обрисовывается, по мнѣнію Гарейса, такъ: „наука права, подобно всякой другой наукѣ, есть систематическое познаніе, связывающее подлежащіе ему предметы по ихъ однородности въ одно замкнутое цѣлое, причемъ каждый изъ этихъ предметовъ разсматривается, какъ составная часть этого цѣлаго. Къ такому познанію приходятъ путемъ *опредѣленій* (Definition) и *раздѣленій* (Division); опредѣленіе и раздѣленіе суть методическіе пріемы, помощью которыхъ человѣкъ можетъ вникнуть въ содержаніе и представить себѣ объемъ всякихъ подлежащихъ изученію объектовъ... Въ зависимости отъ того, что всѣ отдѣльныя явленія разсматриваются и представляются, какъ составныя части одного совокупнаго цѣлаго, познаніе называется систематическимъ, а систематическое познаніе однородныхъ явленій есть наука“.

Недавно умершій Адольфъ Меркель, много потрудившійся надъ

вопросами общей теоріи уголовнаго права, съ своей стороны указывалъ, что однородности всѣхъ функцій права соотвѣтствуетъ однородность тѣхъ догматическихъ задачъ, которыя должны найти себѣ разрѣшеніе въ каждой изъ областей права. Юридическими нормами создаются отношенія, элементами которыхъ служатъ обязанности съ одной, права или правомочія—съ другой стороны; вездѣ возникаетъ вопросъ о субъектахъ этихъ правъ и обязанностей вездѣ должна быть разрѣшена задача опредѣлить и анализировать ихъ содержаніе, выяснить возможныя ихъ превращенія, по возможности точно установить и разложить на составные элементы основанія возникновенія, измѣненія и прекращенія юридическихъ отношеній и всесторонне освѣтить связь между фактическими предположеніями, заключающимися въ этихъ основаніяхъ, и возникающими изъ нихъ юридическими отношеніями. Сходныя указанія мы находимъ у Листа.

Если бы задачи науки ограничивались фактическимъ знаніемъ правовыхъ положеній, какъ писанныхъ, такъ и обычныхъ, въ ихъ исторіи и современномъ состояніи, то вопросъ о методѣ упростился бы чрезвычайно. Тогда научной мысли не приходилось бы ничего обработывать, а только собирать, причемъ все собираемое, нося характеръ случайный и отрывочный, оставаясь фактомъ, а не претворяясь въ понятіе, будучи притомъ всегда неполнымъ, не могло бы служить основаніемъ для разрѣшенія затрудненій, возникающихъ въ жизни. Законовѣдѣніе (Gesetzeskunde) и наука права (Rechtswissenschaft) рѣзко отличаются другъ отъ друга.

Съ другой стороны, нѣтъ сомнѣнія, что образованіе и развитіе права невозможно безъ предварительнаго зарожденія извѣстнаго идеала справедливости, къ достиженію котораго оно и стремится. Идея справедливости лежитъ въ основаніи всѣхъ элементарныхъ положеній права. Осуществленіе, охрана интереса достигается и другими путями. Знаменитое опредѣленіе Іеринга: „Recht sind rechtlich geschützte Interessen“, если видѣть въ немъ, какъ и слѣдуетъ, центръ тяжести въ словѣ „rechtlich“, подтверждаетъ эту мысль: право именно тѣмъ и отличается отъ другихъ возможныхъ средствъ

защищать свои интересы, что въ осуществленіи его человѣческая совѣсть находитъ свое успокоеніе, съ требованіями его оно мирится. Въ этомъ смыслѣ можно согласиться съ образнымъ выраженіемъ старыхъ гегельянцевъ, говорившихъ, что въ преступленіи частная воля расходится съ общей, а наказаніе должно возстановить разрушенную гармонію.

Но отъ такого положенія, согласно коему въ правѣ осуществляется идея справедливости, весьма соблазнителенъ переходъ къ взглядамъ, легшимъ въ основаніе теоріи естественнаго права. Какъ замѣчаетъ С. В. Пахманъ, мысль о естественномъ правѣ была знакома и древнему міру, но въ новой исторіи она выдвинулась и получила самостоятельное развитіе, проявившись въ самыхъ разнообразныхъ ученіяхъ, общій смыслъ коихъ сводился къ тому, что идея права дана человѣку отъ природы и должна служить единственнымъ источникомъ, изъ котораго при посредствѣ разума могутъ быть почерпнуты и развиты начала, опредѣляющія общественныя отношенія; изъ такихъ началъ и должно образоваться неизмѣнное абсолютное право, обязательное для всѣхъ временъ и народовъ, а построеніе системы такого права, на указанной почвѣ, и объявлено было задачей науки.

Въ нашей исторіи взглядъ этотъ нашелъ себѣ выраженіе въ законодательныхъ попыткахъ Екатерининской комиссіи. Наказъ прямо говорилъ: „Боже сохрани, чтобы послѣ окончанія сего законодательства былъ какой народъ на землѣ больше справедливъ и больше процвѣтающъ, чѣмъ нашъ“. Депутаты же комиссіи со своей стороны признавали, что „нѣтъ другого зерцала, какъ, во-первыхъ, наказъ, а потомъ здравый разсудокъ, любовь къ отечеству и должная благодарность къ строительницѣ блаженства нашего“.

Тотъ же взглядъ господствовалъ и въ комиссіи, образованной въ 1803 году и имѣвшей въ 1808 году своимъ руководителемъ Сперанскаго. Безплодность его была признана въ 1833 году Императоромъ Николаемъ I, сказавшимъ въ засѣданіи Государственнаго Совѣта свои знаменательныя слова: „Недостатокъ результатовъ происходилъ главнѣйше оттого, что всегда обращались къ сочине-

нію новыхъ законовъ, тогда какъ надо было сперва основать старые на новыхъ началахъ. Вмѣсто сочиненія новыхъ законовъ я велѣлъ сперва собрать вполнѣ и привести въ порядокъ тѣ, которые уже существуютъ".

Между тѣмъ, эпоха, когда были произнесены эти слова, была эпохой процвѣтанія въ юриспруденціи той школы, которая имѣла весьма много общаго со школой естественнаго права. Я говорю о гегельянствѣ. Отличительной и характерной чертой этого ученія было проведеніе въ изслѣдованіи всѣхъ явленій нравственнаго порядка спекулятивнаго діалектическаго метода. Результатомъ же было такое отношеніе къ фактамъ дѣйствительной жизни, которое выразилось въ знаменитомъ отвѣтѣ на возраженіе: „Ваши выводы опровергаются дѣйствительностью". „Тѣмъ хуже для дѣйствительности" (Desto schlimmer für die Thatsachen) Дальше такого афоризма, въ самомъ дѣлѣ, некуда идти; а онъ есть прямой результатъ двухъ положеній: все дѣйствительное разумно; не все существующее дѣйствительно.

Въ противоположность этому спекулятивному методу въ наукѣ права нынѣ выдвинутъ другой—позитивный. Замѣчу, что, по моему мнѣнію, говорить объ историческомъ методѣ, было бы неправильно, и вотъ почему:

Спекулятивный методъ стремится къ познанію права путемъ выводовъ, вытекающихъ изъ началъ чистаго разума. Позитивный, какъ сейчасъ увидимъ, отправляется отъ наблюденія дѣйствительности. Между тѣмъ исторія, вѣдь, есть не что иное, какъ смѣна дѣйствительности во времени. Каждый данный моментъ въ прошломъ, а слѣдовательно и вся совокупность историческихъ фактовъ можетъ быть познаваема и по спекулятивному и по позитивному методу. Гегельянцы, какъ извѣстно, смотрѣли на философію исторіи, какъ на цѣль всякой философіи. Такимъ образомъ, говоря объ историческомъ направленіи въ наукѣ права, мы характеризуемъ лишь тотъ матеріалъ, надъ которымъ она работаетъ, но не даемъ отвѣта на вопросъ о пріемахъ этого изученія, о его методѣ.

Съ другой стороны, я позволю себѣ подчеркнуть, что, противопо-

лагая позитивный методъ спекулятивному, я положительно не признаю возможности противопоставлять его философскому, какъ это не разъ дѣлалось въ литературѣ, и ссылаюсь на заглавіе того труда, который легъ въ основаніе новаго направленія: „Cours de philosophie positive“. Существованіе положительной философіи показываетъ, что философское познаніе и положительное познаніе не суть антитезы. Едва ли можно сказать о положительной философіи, что она „строитъ свои выводы a priori, исходя изъ того или другого незыблемаго начала и руководствуясь въ дальнѣйшихъ выводахъ единственно законами логики“. Этими словами характеризуется лишь спекулятивный методъ въ примѣненіи къ философіи, которая, съ точки зрѣнія позитивиста, есть не болѣе, какъ система общихъ понятій (идей), выведенныхъ изъ дѣйствительнаго наблюденія надъ явленіями духа.

Обращаясь къ установленію признаковъ положительнаго метода, я ссылаюсь на слова Гарро въ его „Traité“ I, p. 5. Какъ замѣчаетъ послѣдній, Ог. Контъ, основатель положительной философіи, первый опредѣлилъ истинную природу общественныхъ наукъ и тотъ методъ, который долженъ быть примѣняемъ къ ихъ изученію. Поставивъ общественныя науки на вершину человѣческихъ знаній, не для пустого ихъ возвеличенія, а потому, что въ нихъ сходятся всѣ прочія науки, онъ показалъ, что общественныя явленія имѣютъ постоянныя и необходимыя отношенія къ физіологическимъ процессамъ,—что, если хотятъ построить общественныя науки на твердой почвѣ, слѣдуетъ ихъ опереть на наукахъ біологическихъ и естественныхъ, т. е. на наукахъ, изучающихъ физическую природу человѣка и того матеріальнаго міра, въ которомъ онъ дѣйствуетъ. И подобно тому, какъ біологическія и естественныя науки усовершенствовались благодаря строгому методу, отвергающему искусственныя построенія, подъ вліяніемъ которыхъ человѣческій умъ прожилъ до нынѣшняго столѣтія, Ог. Контъ показалъ, что и въ общественныхъ наукахъ прогрессъ можетъ быть достигнутъ лишь примѣненіемъ къ ихъ изученію метода непосредственнаго наблюденія и научной индукціи. Съ точки зрѣнія этого метода, право, какъ

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
общественных Наук
Академии Наук СССР

общественное явленіе, есть продуктъ разнообразныхъ внѣшнихъ условій, которыя всѣ доступны изученію. Познаніе права только тогда будетъ совершеннымъ, когда будутъ изслѣдованы и опредѣлены всѣ эти внѣшнія условія.

Указывая на эти въ высшей степени плодотворныя идеи, надо однако сдѣлать двѣ существенныя оговорки.

Съ одной стороны, не надо забывать, что указаніе тѣсной связи между науками естественными и общественными (въ частности, правомъ) не равносильно признанію совершенной однородности ихъ матеріала. Во всѣхъ тѣхъ явленіяхъ, которыя возникаютъ при посредствѣ творческой силы человѣческаго ума, есть нѣчто, не поддающееся конечному, исчерпывающему анализу. Игнорируя этотъ элементъ, мы рискуемъ не понять или понять односторонне разсматриваемое явленіе, такъ какъ разумъ и воля способны стать выше внѣшнихъ условій среды, эпохи и т. д. Какъ на примѣръ такого заблужденія, мы можемъ указать на „Исторію англійской литературы“ Тэна. Здѣсь проводится взглядъ на литературу, какъ на естественный продуктъ расы, среды, момента, причемъ индивидуальной свободной дѣятельности не отводится принципіально никакого мѣста, согласно тому понятію, что порокъ и добродѣтель суть такіе же продукты, какъ сѣрная кислота или сахаръ. Въ результатѣ же авторъ не можетъ держаться неуклонно своего метода, такъ какъ становится совершенно непонятнымъ, какъ могли въ одно и то же время, при тѣхъ же условіяхъ, появляться такія совершеннѣйшія антитезы, какъ произведенія Байрона и произведенія Китса.

Замѣчу, что такой характеръ общественныхъ явленій указанъ и Стюартомъ Миллемъ; хотя онъ и признаетъ ихъ подлежащими неизмѣннымъ законамъ, тѣмъ не менѣе, по его мнѣнію, нѣтъ надежды, чтобы эти законы, хотя бы они были намъ извѣстны съ такой же достовѣрностью и полнотою, какъ законы астрономіи, дали намъ возможность предсказать исторію общества, подобно тому, какъ могутъ быть предсказаны явленія небесныя. А это, позволю себѣ прибавить, именно и доказываетъ, что такая полнота и достовѣрность недостижимы.

Шиллеръ говоритъ о человѣческихъ мысляхъ и дѣяніяхъ:

«Sie sind notwendig, wie des Baumes Frucht;
«Sie kann der Zufall gaukelnd nicht verwandeln.
«Hab'ich des Menschen Kern erst untersucht,
«So weiss ich auch sein Wollen und sein Handeln.

Но именно это „des Menschen Kern" и останется всегда таинственнымъ, не досказаннымъ, до конца не извѣданнымъ; чужая душа всегда будетъ потемками. „Плоды высокихъ думъ", въ чемъ бы они ни воплощались, недоступны дѣйствію химическихъ реактивовъ.

Другое различіе между науками общественными и естественными очень ярко выражено проф. Градовскимъ въ статьѣ „Значеніе идеала въ общественной жизни". „Науки общественныя, политическія, говорится тамъ, по существу своему отличаются отъ наукъ естественныхъ. Это зависитъ отъ природы изслѣдуемыхъ ими явленій. Явленія міра физическаго суть результатъ причинъ и условій, не зависящихъ отъ воли человѣка, законы ихъ вѣчны и неизмѣнны, мы въ нихъ не участвуемъ и не несемъ за нихъ отвѣтственности. Напротивъ, въ процессѣ общественнаго развитія сознаніе и воля человѣка принимаютъ дѣятельное участіе; формы общественной жизни далеко не неизмѣнны. Конечно, внѣшнія условія имѣютъ на нихъ огромное вліяніе. Но всѣ внѣшнія условія не создаютъ сами по себѣ общественныхъ формъ. Они рождаются въ посредствующемъ элементѣ, въ сознательной волѣ человѣка, вѣрно понявшаго свое время и облекшаго въ плоть и кровь его требованія. Поэтому въ жизни общественной мы имѣемъ дѣло не только съ законами развитія обществъ, но и съ нормами, по которымъ должна дѣйствовать воля человѣка, какъ существа разумно-нравственнаго".

Съ другой стороны, не слѣдуетъ забывать, что, какъ было указано С. В. Пахманомъ, право можетъ быть изучаемо и само по себѣ, т. е. исключительно со стороны его содержанія, слѣдовательно, независимо отъ вопроса о происхожденіи и развитіи права, о тѣхъ жизненныхъ цѣляхъ, которыя въ немъ осуществляются, или вообще

о тѣхъ силахъ, которыя порождаютъ право. И вотъ тутъ-то, для этого изученія выступаютъ на сцену тѣ пріемы, на которые, какъ мы видѣли, указывали и Гарейсъ, и Меркель, и Листъ.

Въ болѣе тѣсной области этого изученія положительный методъ будетъ отличаться отъ спекулятивнаго отсутствіемъ априорныхъ предположеній; всякій выводъ долженъ вытекать изъ данныхъ наблюденій путемъ строгой индукціи.

Критерій цѣлесообразности и справедливости, предлагаемый въ оцѣнкѣ тѣхъ или другихъ юридическихъ нормъ, основывается не на отвлеченныхъ умозрѣніяхъ, а на опытѣ и опять-таки на наблюденіи, имѣющемъ цѣлью отвѣтить на вопросъ: насколько данное юридическое правило соотвѣтствуетъ даннымъ бытовымъ и историческимъ условіямъ.

Другое требованіе положительнаго метода заключается въ томъ, чтобы не терять изъ виду связи, существующей между уголовнымъ правомъ и другими юридическими дисциплинами,—связи, зависящей отъ того, что тѣ обязательныя нормы, нарушеніе которыхъ предусматривается уголовнымъ закономъ, сами принадлежатъ къ другимъ областямъ. Нѣкоторыя изъ нихъ, конечно, уже стали той lex nata, о которой говоритъ Цицеронъ, и мы тщетно стали бы искать ее въ памятникахъ писаннаго права. Но другія прямо представляются опредѣленіями гражданскаго, государственнаго, административнаго права, и безъ ихъ знанія невозможно полное разумѣніе охраняющихъ ихъ дѣйствительность и санкціонирующихъ ихъ требованія уголовныхъ законовъ. Гегельянцы находили возможнымъ разсматривать уголовное право въ изолированной сферѣ, видя центръ тяжести его въ тѣхъ абсолютныхъ понятіяхъ, изъ которыхъ само собою вытекало все содержаніе уголовныхъ законовъ. Современный юристъ такого воззрѣнія не принимаетъ.

Вглядываясь въ отечественную литературу уголовнаго права съ точки зрѣнія приведенныхъ требованій, можно сказать, что ей несомнѣнно чуждъ спекулятивный методъ. Немногія отдѣльныя монографіи, какъ напримѣръ книга Власьева „О вмѣненіи по началамъ Русской Правды“, не опровергаютъ этого утвержденія, такъ какъ

онѣ всегда были явленіями спорадическими. Уму наиболѣе выдающихся русскихъ юристовъ всегда казались аномаліей чисто-метафизическія построенія на практической почвѣ права. Въ капитальномъ трудѣ авторитетнѣйшаго изъ русскихъ представителей науки уголовнаго права мы читаемъ: „рядомъ съ научною обработкой права въ его изученіе должна быть введена и критическая оцѣнка дѣйствующаго права, и притомъ съ двоякой точки зрѣнія: его устойчивости и его жизнепригодности. „Изъ жизни для жизни“ вотъ тотъ девизъ, который долженъ быть начертанъ на знамени законодателя. Даже въ борьбѣ съ аномальными явленіями, съ преступностью, законодатель не долженъ забывать, что онъ служитъ общей цѣли государства, развитію народной жизни, а тѣмъ самымъ и общему прогрессу человѣчества, осуществленію его идеаловъ“.

Другой русскій ученый, въ самомъ началѣ своей дѣятельности, высказалъ въ статьѣ, озаглавленной „философскіе пріемы и наука уголовнаго права“:

„Не въ теоріяхъ и ихъ созданіи должна заключаться наука уголовнаго права и ея прогрессъ, а въ изслѣдованіи положительнаго матеріала. Не въ какихъ-либо предвзятыхъ идеяхъ или представленіяхъ, не въ трансцендентныхъ идеалахъ и математически размѣренныхъ утопіяхъ должны мы искать основныхъ положеній уголовнаго права, а въ дѣйствительной жизни человѣка и человѣческаго общества, въ природѣ его и въ законахъ его развитія“. Впослѣдствіи авторъ этихъ словъ сдѣлалъ блестящее примѣненіе указаннаго метода къ изслѣдованію наказанія въ русскомъ правѣ XVII вѣка.

Равнымъ образомъ и создатель каѳедры тюрьмовѣдѣнія при Петербургскомъ университетѣ уже своей магистерской диссертаціей „о мошенничествѣ“ заявилъ себя приверженцемъ положительнаго метода и въ дальнѣйшей своей научной дѣятельности, какъ въ области матеріальнаго, такъ и формальнаго права, всегда служилъ жизненнымъ цѣлямъ, заботясь притомъ не о схоластическомъ развитіи науки права путемъ нагроможденія безплодныхъ теорій и контроверзъ, а о пополненіи ея содержанія и расширеніи ея кругозора.

Приведенныя данныя, число коихъ можно бы еще увеличить, даютъ намъ, кажется, полное право сказать, что примѣненіе позитивнаго метода уже дало въ нашей наукѣ плоды.

Обращаюсь къ послѣднему изъ затронутыхъ мною вопросовъ, къ вопросу о задачахъ академическаго преподаванія.

Оно имѣетъ своимъ предметомъ такъ называемую особенную часть русскаго уголовнаго права, т. е. систематическое изложеніе нормъ нашего права, относящихся до отдѣльныхъ видовъ преступленій. Соотвѣтственно этому, задача его ясна: она заключается въ ознакомленіи, по возможности полномъ и всестороннемъ, съ системой нашего дѣйствующаго права. Такъ какъ пониманіе многихъ подробностей этого права невозможно безъ выясненія ихъ историческаго происхожденія, съ одной стороны, а съ другой—безъ указанія на ихъ связь, а зачастую и на ихъ зависимость отъ западно-европейскихъ законодательствъ, то и исторія права и право Западной Европы входятъ до нѣкоторой степени въ кругъ нашего разсмотрѣнія.

Юриспруденція нашего времени представляется полнымъ воплощеніемъ знаменитой фрески Рафаэля въ покояхъ Ватикана, изображающей ее въ видѣ двуликой женской фигуры, однимъ лицомъ—старческимъ, убѣленнымъ сѣдинами, смотрящей назадъ, на прошлое; другимъ—юношескимъ, радостнымъ, устремляющей взоръ впередъ, въ свѣтлое будущее...

Дѣйствующее наше право переживаетъ переходную эпоху. Мы наканунѣ замѣны уложенія и устава о наказаніяхъ—двухъ главныхъ источниковъ—уголовнымъ уложеніемъ, и должны потому говорить не только de lege lata, но и de lege ferenda. Согласно этому, системѣ проекта въ моемъ изложеніи будетъ всегда отводимо мѣсто на-ряду съ системой дѣйствующаго права.

Равнымъ образомъ, мы не можемъ миновать и практики кассаціоннаго сената, въ виду огромной ея важности для разрѣшенія множества спорныхъ вопросовъ, не говоря уже о томъ, что мотивировка рѣшеній имѣетъ, по большей части, общее научное значеніе, касаясь той или другой области теоріи уголовнаго права.

Такова, въ общихъ чертахъ, та программа, которой я намѣренъ держаться: она, по моему разумѣнію, единственно правильная, она одна обезпечиваетъ возможность достиженія какъ общихъ цѣлей юридическаго преподаванія, такъ и тѣхъ спеціальныхъ практическихъ, которымъ прежде всего служитъ Императорское Училище Правовѣдѣнія, которымъ оно съ такимъ блескомъ и успѣхомъ служило въ теченіе болѣе полувѣка.

Нищенство и бродяжество, какъ наказуемые проступки. [1])

Нищенство и бродяжество по справедливости могутъ быть названы соціальной язвой, притомъ язвой застрѣлой, унаслѣдованной современнымъ обществомъ отъ временъ давнихъ и получающей, къ несчастью, все увеличивающееся распространеніе. Это увеличеніе доказывается цифрами, выводимыми въ отчетахъ обществъ призрѣнія, рабочихъ домовъ, тюремъ и т. под.; причины самаго явленія, проистекая изъ условій экономическаго строя, особенностей народнаго характера, тѣхъ или другихъ историческихъ событій, наконецъ—свойствъ отдѣльной личности, такъ же разнообразны, какъ и самыя его формы. Въ зависимости отъ этого, весьма различны и средства, къ помощи которыхъ государство прибѣгаетъ, въ борьбѣ съ этимъ зломъ.

Въ предѣлы нашей задачи входитъ разсмотрѣніе одного лишь изъ этихъ средствъ: именно, карательной дѣятельности государства. Большинство европейскихъ уголовныхъ законодательствъ знаютъ проступки бродяжество и нищенство, давая имъ различныя опредѣленія и облагая ихъ не менѣе различными наказаніями.

Правильны ли эти опредѣленія, справедливы ли и цѣлесообразны эти наказанія?

Прежде чѣмъ разобраться въ опредѣленіяхъ положительнаго права, позволимъ себѣ представить краткій очеркъ ихъ исторіи, свидѣтельствующей объ усиліяхъ государствъ въ этой области,—усиліяхъ, оставшихся по большей части тщетными, несмотря на

---

[1]) Сообщеніе, сдѣланное въ засѣданіи уголовнаго отдѣленія юридическаго общества 25 ноября 1894 г

возраставшую и нерѣдко доходившую до чудовищныхъ предѣловъ ихъ интенсивность.

I.

Достовѣрныя указанія на репрессивную дѣятельность противъ бродягъ и нищихъ въ государствахъ древняго міра встрѣчаются только со времени римской имперіи. По свидѣтельству Ульпіана, каждый проконсулъ имѣлъ право изгонять изъ своей провинціи „malos homines“, а къ такимъ, несомнѣнно, принадлежали vagabundi. Что касается до нищенства, то наказанію extra ordinem подвергались только mendicantes validi, послѣ освидѣтельствованія integritatis corporum et roboris annorum. Несмотря на всю элементарность этихъ мѣръ, онѣ должны были примѣняться весьма широко, потому что общественная благотворительность не была развита вовсе, частная, если и существовала въ зачаточномъ видѣ, то была случайна и безсильна,—а между тѣмъ, постоянныя раззорительныя войны, не менѣе раззорительное мирное управленіе проконсуловъ—плодили голодный пролетаріатъ въ страшныхъ размѣрахъ.

Въ законодательствѣ Карла Великаго мы встрѣчаемся впервые съ постановленіями объ обязанности тѣхъ или другихъ соціальныхъ группъ нести попеченіе о призрѣніи принадлежащихъ къ нимъ бѣдныхъ, доставлять имъ работу, оказывать помощь немощнымъ и старымъ; и здѣсь мы впервые находимъ ясно выраженное различеніе нищихъ, способныхъ къ труду, и нищихъ, къ труду неспособныхъ [1]).

Но мѣры призрѣнія—предупредительныя—могли имѣть нѣкоторое дѣйствительное значеніе только въ эпохи мира и сравнительнаго благосостоянія. Съ распаденіемъ Имперіи Карла Великаго, карательная дѣятельность въ отдѣльныхъ государствахъ получаетъ широкое развитіе.

Во Франціи уже Etablissements de St. Louis (1270 г.) содержатъ постановленія, направленныя противъ нищихъ и бродягъ.

[1]) Garraud, Traité, t. IV, p. 90.

Но какъ эти постановленія, такъ и послѣдующія касаются преимущественно городовъ и стремятся къ очищенію ихъ отъ опасныхъ элементовъ. Ордоннансъ короля Іоанна (XIV вѣка) и современные ему преслѣдуютъ ту же цѣль, такъ какъ наказанію подвергаются только тѣ бродяги и нищіе, которые не повинуются приказанію въ извѣстный срокъ оставить городъ. Изобличенные въ этомъ въ третій разъ подвергаются клеймленію раскаленнымъ желѣзомъ и изгнанію.

Затѣмъ начинается цѣлый рядъ ордоннансовъ и парламентскихъ постановленій, изъ которыхъ каждое послѣдующее своею увеличенною строгостью свидѣтельствуетъ о безуспѣшности предыдущаго. Изъ нихъ, Ordonnance de Blois 1498 года устанавливалъ особый, болѣе строгій порядокъ суда надъ бродягами, декларація 1526 г. назначала особое должностное лицо (lieutenant), на которое была возложена спеціальная обязанность ловить и отдавать въ руки правосудія бродягъ, праздношатающихся, людей дурной жизни. Но всѣ эти мѣры были безсильны. Въ эту именно эпоху процвѣтала въ Парижѣ знаменитая Cour des Miracles [1]), убѣжище легіона неискоренимыхъ негодяевъ, днемъ промышлявшихъ нищенствомъ, проституціей, кражей и т. под., а ночью предававшихся самому безшабашному разгулу.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ, относительно разряда собственно-нищихъ—начинаютъ приниматься мѣры болѣе предупредительнаго характера. Въ 1361 году устраивается на частныя средства первый ночлежный пріютъ (maison du St. Esprit-en-Grève). Сюда принимали бѣдныхъ, не заботясь о ихъ прошломъ, не дѣлая различія ни для кого; передъ сномъ читалась молитва, каждый вечеръ накачивалась вода въ бочку, въ которой мыли ноги вновь прибывшіе; директоръ указывалъ каждому его постель. Однако, этимъ гостепріимствомъ могли регулярно пользоваться только дряхлые и немощные. Здоровымъ же лицамъ, послѣ неоднократныхъ посѣщеній, отказывали въ пріемѣ. Въ XVI столѣтіи учреждаются

[1]) Описанная В. Гюго въ его романѣ „Notre Dame de Paris“.

„bureaux de charité“, въ теченіе XVII и XVIII в. в.—рабочіе и исправительные дома. Правда, эти учрежденія не распространяютъ своего дѣйствія на нищихъ здоровыхъ (valides): послѣдніе, равно какъ и бродяги, способные къ труду, по эдикту 1764 года ссылаются на галеры; бродяги же къ труду неспособные заключаются на срокъ въ тюрьму. Основная точка зрѣнія всего этого законодательства, въ историческомъ его движеніи, въ концѣ концовъ сводится къ тому, чтобы дѣлать различіе между виновнымъ и невиннымъ нищенствомъ, относя къ первому виду mendiants valides, ко второму mendiants invalides. Что же касается до бродягъ, то они, какъ люди безусловно опасные, подвергаются наказанію во всякомъ случаѣ, только въ большей или меньшей степени. Очевидно, это второе положеніе въ значительной мѣрѣ вліяло на первое, такъ какъ mendiants invalides по большей части были въ то же время и vagabonds. Признаки же того и другого были установлены весьма смутно: ордоннансы даютъ пространныя опредѣленія, предусматриваютъ различныя индивидуальныя особенности, но первая попытка точнаго по возможности установленія уголовно-юридическаго состава бродяжества-нищенства сдѣлана въ Code pénal 1808 года.

Въ Англіи, по замѣчанію Стифена, бродяжество и нищенство могутъ быть разсматриваемы, какъ уголовная сторона законовъ о бѣдныхъ. Однако это замѣчаніе можетъ быть признано только относительно вѣрнымъ. Законы о бѣдныхъ, извѣстные въ Англіи подъ названіемъ poor laws, главная задача которыхъ, коротко говоря, заключается въ установленіи обязательнаго попеченія о бѣдныхъ со стороны общинъ и приходовъ (въ формѣ взысканія налоговъ, назначенія надзирателей отъ общества и т. д.), появляются только со временъ реформаціи, когда послѣ секуляризаціи имущества монастырей—источники частной благотворительности въ значительной мѣрѣ изсякли. Первые статуты такого содержанія изданы при Генрихѣ VIII (1531 г., 1535 и 6 г. г.). Между тѣмъ, чисто карательная дѣятельность государства беретъ свое начало въ такъ называемомъ статутѣ о рабочихъ (Statute of labourers)

1349 года, непосредственная цѣль котораго заключалась въ томъ, чтобы пріостановить возрастаніе заработной платы, вызванное свирѣпствовавшей чумной эпидеміей. Статутъ 1349 года имѣлъ тотъ практическій результатъ, что все рабочее населеніе оказалось прикрѣпленнымъ къ установленному мѣстожительству, съ обязанностью работать тамъ за извѣстную, напередъ опредѣленную плату. Съ того времени бродяжество (vagrancy) разсматривается какъ преступленіе именно противъ этого статута, создавшаго для его преслѣдованія формальное основаніе. Здѣсь, такимъ образомъ, понятіе бродяжества получаетъ страшное расширеніе; всякій рабочій признается бродягой, какъ только онъ отлучается отъ мѣста своего закрѣпощенія, хотя бы отлучка эта вызывалась исключительно стремленіемъ достать себѣ болѣе выгодную или просто другую работу. Во второй половинѣ XIV в., въ царствованіе Ричарда II, издается нѣсколько статутовъ, касающихся людей, бродящихъ по странѣ съ преступными намѣреніями, оставляющихъ своихъ хозяевъ, соединяющихся въ шайки и устрашающихъ власть. Послѣдній изъ этихъ статутовъ, изданный въ 1388 году, впервые упоминаетъ о нищенствѣ, приравниваетъ нищихъ способныхъ къ труду къ бродягамъ, неспособныхъ же поручаетъ заботамъ городовъ. Затѣмъ начинается прогрессирующая строгость карательныхъ мѣръ, достигающихъ своего апогея въ статутѣ Эдуарда VI (1547 г.), согласно которому всякій бродяга, отказывающійся отъ работы, подвергается клейменію (буквой V) и отдается въ рабство на 2 года всякому, кто пожелаетъ взять его: если онъ убѣжитъ, его клеймятъ буквой S и присуждаютъ къ вѣчному рабству; за вторичное бѣгство—смертная казнь. Эти драконовскія постановленія нѣсколько смягчены статутомъ Елизаветы (1597 г.), дающимъ право судьямъ графствъ учреждать исправительные дома для припитія бродягъ и нищихъ. Актъ этотъ имѣлъ силу, съ нѣкоторыми измѣненіями, въ теченіе цѣлаго столѣтія. Онъ служилъ постоянной отправной точкой и для законодателей XVIII в. Наконецъ, послѣдній статутъ, понынѣ дѣйствующій, изданный въ 1824 году, весьма расширяетъ понятіе бродяжества. Въ настоящее время, всякое подозри-

тельное лицо, слоняющееся безъ опредѣленныхъ занятій, можетъ быть арестовано, какъ бродяга. Съ развитіемъ въ теченіе XVIII и XIX в. в. законодательства о бѣдныхъ въ Англіи, можно въ самомъ дѣлѣ прійти къ выводу, что законъ уголовный стремится карать теперь только тѣхъ лицъ, которыя, будучи въ состояніи обратиться къ помощи приходовъ, дѣйствительно предпочитаютъ праздность и бродячій образъ жизни [1]).

Въ Россіи [2]) нищіе были искони въ нѣсколько иномъ положеніи, чѣмъ въ Западной Европѣ, въ зависимости отъ народныхъ воззрѣній и народнаго отношенія къ этому классу лицъ. Здѣсь фактическія данныя и точныя историческія извѣстія даютъ право сказать, не опасаясь упрека въ національномъ самовосхваленіи вопреки истинѣ, что чувства гуманности, сердоболія издавна свойственны русскому народу въ его цѣломъ и характеристичны для него. Въ до-Петровскій періодъ русской исторіи въ особенности замѣтно, насколько карательныя мѣры противъ нищенства уступаютъ по своему значенію мѣрамъ призрѣнія, благотворительности. О послѣднихъ мы имѣемъ извѣстія, относящіяся къ самому раннему періоду нашей исторіи. Уже по уставу св. Владиміра (начало XI в.), на расходы для богоугодныхъ дѣлъ (къ которымъ относилось призрѣніе нищихъ, больныхъ, увѣчныхъ и т. д.) въ пользу церкви была предоставлена десятая часть сборовъ по всей

---

[1]) Утверждать, что оно на самомъ дѣлѣ такъ происходитъ, значило бы стать на черезчуръ оптимистическую точку зрѣнія. Конечно, общественное призрѣніе въ Англіи получаетъ большое развитіе, сравнительно съ прочими государствами въ западной Европѣ. Тѣмъ не менѣе, цифры, приводимыя въ книгахъ Hobson'a (Problems of poverty 1891) и Booth'a, извѣстнаго филантропа, помимо возможныхъ преувеличеній, доказываютъ, что не все обстоитъ въ этомъ отношеніи такъ благополучно, какъ обыкновенно думаютъ. Такъ, Hobson насчиталъ, для 1880 года, 101 случай голодной смерти въ Англіи (изъ коихъ 27 въ Лондонѣ), замѣчая притомъ, что къ нимъ нужно прибавить, по крайней мѣрѣ, столько же случаевъ, не попавшихъ въ отчетъ. Booth съ своей стороны также приводитъ поражающія цифры численности лондонскаго пролетаріата, и парламентская комиссія констатировала правильность этихъ цифръ.

[2]) Свѣдѣнія заимствованы изъ матеріаловъ по исторіи призрѣнія бѣдныхъ и неимущихъ въ Россіи.

землѣ русской, въ томъ числѣ съ княжескаго имѣнія и суда, съ торга, со скота и съ хлѣба. Къ тому же времени относятся извѣстія о часто примѣняемомъ обычаѣ богатыхъ лицъ дѣлать вклады въ монастыри на содержаніе бѣдныхъ и убогихъ. Благотворительность эта не была подчинена какимъ-либо правиламъ. Ею одинаково пользовались и дѣйствительно нуждавшіеся въ ней, и праздношатавшіеся тунеядцы, обманывавшіе тѣхъ, щедротами коихъ они питались. Послѣдніе мало обращали однако на это вниманія: въ ихъ виды не входила организація общественной помощи; они дѣлали добро, для спасенія души, въ его наиболѣе простой и доступной формѣ, жертвуя отъ своихъ избытковъ. Естественнымъ послѣдствіемъ было великое развитіе нищенства, съ которымъ государство вступаетъ въ борьбу только въ концѣ XVII в. Въ весьма любопытномъ указѣ царя Ѳеодора Алексѣевича 1682 г. уже замѣчено отдѣленіе нищихъ здоровыхъ, воровъ и тунеядцевъ („которые по домамъ ходя только примѣчаютъ, какъ кто живетъ и какъ его домъ, гдѣ малолюдство, кого днемъ или ночью покрасть, а иные такіе же воры малыхъ ребятъ съ улицы крадутъ, и руки и ноги имъ ломаютъ и на улицу ихъ кладутъ, чтобы на нихъ люди смотря умилились и больше имъ милостыни давали“) отъ дѣйствительно неимущихъ, больныхъ и престарѣлыхъ: первымъ запрещено нищенствовать, подъ угрозой наказанія, котораго законъ ближе не опредѣляетъ. Въ этомъ же актѣ встрѣчается указаніе на пользу исправительныхъ и смирительныхъ домовъ для людей этого сорта.

Мѣры къ искорененію нищенства, какъ промысла людей, способныхъ къ труду, получаютъ дальнѣйшее развитіе при Петрѣ Великомъ и послѣдующихъ правителяхъ. На-ряду съ ними идетъ и развитіе мѣръ общественнаго призрѣнія. Въ первомъ отношеніи запрещеніе нищенства санкціонируется карами (тѣлесное наказаніе, ссылка на каторгу и т. п.); наказаніе (штрафъ) падаетъ также на подававшихъ милостыню въ этихъ случаяхъ. На-ряду съ этимъ множество указовъ предписываетъ постройку больницъ, сиротскихъ домовъ, подробно регулируетъ ихъ внутреннее устройство, изыски-

ваетъ для нихъ всякіе новые источники доходовъ. При преемникахъ Петра, до воцаренія Императрицы Екатерины II мѣры противъ нищенства продолжаютъ развиваться въ обоихъ указанныхъ направленіяхъ и при Екатеринѣ II получаютъ болѣе правильную организацію. Къ этому времени относится учрежденіе работныхъ домовъ для нищихъ, способныхъ къ труду. Въ 1775 г. было издано „Учрежденіе для управленія губерній", на основаніи котораго въ губернскихъ городахъ должны были быть учреждаемы приказы общественнаго призрѣнія—коллегіальные административные органы, на которыхъ возложена была обязанность устройства народныхъ школъ, сиротскихъ домовъ, больницъ, домовъ для умалишенныхъ, работныхъ и смирительныхъ домовъ. Эти приказы дѣйствовали въ теченіе всего XIX столѣтія. Нынѣ ихъ функціи несутъ учрежденія земскія.

Въ XIX столѣтіи въ отношеніи мѣръ пресѣченія нищенства интересенъ указъ, изданный при Александрѣ I, въ 1809 году: всѣ нищіе, бродившіе по дорогамъ, городамъ и селеніямъ. просившіе милостыню, должны были быть задержаны, безъ всякаго, впрочемъ, имъ притѣсненія, страха и огорченія, и по переписи ихъ, препровождены къ помѣщикамъ, въ волостныя правленія или въ общества, по принадлежности, съ наблюденіемъ, чтобы они и въ этомъ случаѣ не потерпѣли стѣсненія или огорченія. Этотъ указъ почти современенъ постановленіямъ французскаго Code pénal. Впрочемъ, нельзя не оговориться, что эта мягкость, это человѣколюбіе существовали главнымъ образомъ на бумагѣ и въ представленіи гуманнаго законодателя.

Болѣе строгія мѣры начинаютъ примѣняться въ царствованіе Николая I, въ 1837 и 1838 годахъ: губернаторамъ повелѣвается тѣхъ нищихъ, которые не дадутъ о себѣ удовлетворительныхъ показаній или будутъ изобличены въ противозаконномъ переходѣ изъ мѣста въ мѣсто, представлять, куда слѣдуетъ, для поступленія съ ними, какъ съ бродягами: они отсылались на казенныя фабрики или же ссылались на поселеніе въ Сибирь. Относительно прочихъ нищихъ комбинировались мѣры призрѣнія съ мѣрами полицейско-предупредительнаго характера.

Независимо отъ этихъ мѣръ, общихъ для всего государства, развивалось дѣло призрѣнія и въ столицахъ. Учрежденный въ Петербургѣ въ 1837 году комитетъ для разбора и призрѣнія нищихъ, понынѣ существующій, имѣетъ главною цѣлью искорененіе нищенства. Приходя на помощь дѣйствительно нуждающимся, доставляя имъ средства къ существованію, работой и т. д., комитетъ въ то же время представляетъ нищихъ—промышленниковъ и праздношатающихся правительству, для поступленія съ ними, какъ съ бродягами. Распоряженіями полиціи они по большей части высылаются изъ Петербурга въ мѣста родины или приписки. Недостаточность этой мѣры, сопряженной притомъ съ немалыми расходами по снабженію высылаемыхъ одеждой, давно уже сознана. Результатомъ ея являются случаи 17-ти-кратной высылки одного и того же постоянно возвращающагося нищаго въ теченіе года и ежегодный приростъ нищаго населенія въ С.-Петербургѣ.

Такой же комитетъ былъ учрежденъ въ 1838 году въ Москвѣ. Въ самое послѣднее время онъ упраздненъ, и дѣятельность его передана въ городское общественное управленіе, которому предоставлено право учреждать мѣстныя участковыя попечительства о бѣдныхъ, изъ лицъ обоего пола, живущихъ въ данномъ участкѣ и принявшихъ на себя обязанность опредѣленными ими же ежегодными денежными взносами содѣйствовать дѣлу призрѣнія бѣдныхъ. Несомнѣнно, что этимъ мѣропріятіемъ вопросъ объ общественномъ призрѣніи получаетъ болѣе правильную постановку.

Что касается до бродяжества, то хотя исторія этого явленія и отношеніе къ нему законодательства въ Россіи представляетъ большой интересъ, намъ здѣсь не приходится излагать эту исторію въ виду того совершенно своеобразнаго значенія (нынѣ безусловно отвергаемаго), которое понятіе бродяжества получило въ русскомъ правѣ.

Оставляя за собою право впослѣдствіи вернуться къ этому въ высшей степени любопытному вопросу, мы однако должны теперь же замѣтить, что интересъ его преимущественно историческій и бытовой, благодаря тому, что съ юридической точки зрѣнія нельзя

иначе, какъ съ самымъ рѣшительнымъ отрицаніемъ, отнестись къ той постановкѣ, которую понятіе бродяжества ab ovo получило въ нашемъ законодательствѣ.

Конечно, полная неприглядность настоящаго не должна мѣшать усиліямъ, направленнымъ на изслѣдованіе его корней въ прошломъ. Но разъ эти современныя постановленія безусловно обречены на упраздненіе, изученіе ихъ происхожденія получаетъ болѣе историческій смыслъ, и потому оно отвлекло бы насъ отъ того общаго юридическаго анализа, который мы поставили задачей настоящаго очерка.

Въ исторію карательнаго законодательства германскаго мы также вдаваться не будемъ, вслѣдствіе того, что оно имѣло мало вліянія на современныя постановленія.

Германское общее уложеніе, какъ мы сейчасъ увидимъ, приняло бродяжество и нищенство какъ полицейское нарушеніе и отказалось отъ дальнѣйшихъ подраздѣленій и болѣе точнаго опредѣленія понятія.

II.

Изъ дѣйствующихъ законодательствъ германское, какъ мы замѣтили, не опредѣляетъ понятій бродяжества и нищенства вовсе, предоставляя доктринѣ и практикѣ руководствоваться общеизвѣстными житейскими представленіями. Доктрина подразумѣваетъ подъ бродягами (Landstreicher) людей, безцѣльно слоняющихся изъ мѣста въ мѣсто безъ средствъ къ существованію и безъ работы; къ нищенству законъ относитъ какъ прошеніе подаянія самимъ виновнымъ, такъ и дѣяніе тѣхъ, кто посылаетъ дѣтей нищенствовать или допускаетъ къ нищенству лицъ, подлежащихъ его власти и надзору и принадлежащихъ къ его домочадцамъ. И нищенство и бродяжество относятся къ разряду нарушеній (Uebertretungen) и наказываются арестомъ (до 6 недѣль), причемъ осужденные могутъ быть принуждаемы къ работѣ; кромѣ того, 2-я часть § 362 постановляетъ:—присуждая къ аресту, судъ можетъ въ то же самое время постановить, чтобы осуждаемое лицо было передано полицейскому

учрежденію страны по отбытіи имъ своего наказанія. Полицейское учрежденіе страны получаетъ черезъ это право или отдать осужденнаго на время до 2-хъ лѣтъ въ рабочій домъ, или же употребить его на общественныя работы. Въ случаѣ § 361, п. 4 (нищенство), это можетъ имѣть мѣсто тогда лишь, ежели осужденный въ теченіе трехъ послѣднихъ лѣтъ былъ неоднократно осужденъ за это нарушеніе вступившими въ законную силу приговорами, или ежели онъ просилъ милостыню съ угрозами или съ оружіемъ.

Нельзя не замѣтить, что эти постановленія страдаютъ значительною неопредѣленностью. Это ясно относительно бродяжества, гдѣ не установлено абсолютно никакихъ признаковъ, и гдѣ центръ тяжести лежитъ въ словѣ Landstreicher, которому можетъ быть дано и весьма широкое и весьма узкое значеніе. Но то же самое слѣдуетъ сказать и относительно нищенства. Что такое „неоднократность“ § 362? Достаточно ли, напримѣръ, 3-хъ приговоровъ въ теченіе 3-хъ лѣтъ для признанія ея наличности? Очевидно, этимъ однимъ признакомъ нельзя удовлетвориться для вывода заключенія о томъ, что виновный занимался нищенствомъ, какъ промысломъ.

Затѣмъ, нельзя не замѣтить, что законъ слишкомъ мягко (сравнительно съ простымъ нищенствомъ) смотритъ на нищенство съ угрозами, не увеличивая въ этомъ случаѣ обязательно наказанія, а предоставляя лишь суду факультативное право Ueberweisung an die Landespolizeibehorde. Наконецъ, крупнымъ недостаткомъ является и то обстоятельство, что не сдѣлано никакого различія въ зависимости отъ того, способны ли нищіе и бродяги къ труду, или нѣтъ. Если и это различіе предоставлено установлять судьѣ, то слѣдуетъ признать, что рамки судейскаго усмотрѣнія оказываются слишкомъ широкими.

Въ Австріи вопросъ о бродягахъ и нищихъ регулированъ весьма своеобразно закономъ 10 мая 1773 г. Polizeistrafrechtliche Bestimmungen über Arbeitsscheue und Landstreicher и закономъ 24 мая 1885 года Strafrechtliche Bestimmungen in Betreff der Zulässigkeit der Anhaltung in Zwangsarbeits- oder Besserungsanstalten.

Согласно § 1 второго изъ нихъ, какъ бродяга наказывается всякій, скитающійся изъ мѣста въ мѣсто, если онъ не можетъ доказать, что у него есть средства къ существованію или что онъ ищетъ ихъ добыть честнымъ путемъ. Наказаніе—строгій арестъ отъ одного до трехъ мѣсяцевъ, съ факультативнымъ правомъ судьи отдавать осужденнаго подъ надзоръ полиціи. а также помѣстить его въ Zwangsarbeitsanstalt. Въ тѣхъ же видахъ предохраненія общества отъ опасныхъ лицъ тотъ же законъ въ §§ 3—4 даетъ слѣдующія постановленія: „Полиція можетъ потребовать отъ лицъ, не имѣющихъ какихъ-либо доходовъ или дозволеннаго промысла и опасныхъ для личности и имущества другихъ, чтобы они въ теченіе опредѣленнаго срока доказали, что добываютъ себѣ средства къ существованію законнымъ путемъ".

Если они этому требованію не подчиняются („aus Arbeitsscheu", какъ выражается законъ), то ихъ наказываютъ такъ же и съ тѣми же послѣдствіями, какъ бродягъ, только minimum наказанія меньше, доходя до 8 дней.

§ 4 даетъ общинамъ право предложить работу всякому лицу, находящемуся въ ея предѣлахъ, если оно способно къ труду и не имѣетъ средствъ къ существованію или промысла. При отказѣ—наказаніе арестомъ отъ 8 дней до 1 мѣсяца.

За нищенство законъ наказываетъ (§ 2) тѣхъ, кто проситъ милостыни въ общественныхъ мѣстахъ, или переходя изъ дома въ домъ, или же обращается къ общественной благотворительности изъ отвращенія къ работѣ. Вторую категорію составляютъ тѣ, которые посылаютъ, побуждаютъ, или отдаютъ другимъ несовершеннолѣтнихъ для нищенства. Наказаніе—строгій арестъ отъ 8 дней до 3 мѣсяцевъ, съ тѣми же послѣдствіями, какъ и для бродягъ.

Положительныя стороны этихъ законовъ весьма наглядны. Въ основѣ ихъ совершенно правильно постановлено условіемъ наказуемости отвращеніе къ труду.

Разумѣется, общими условіями государственнаго и общественнаго быта должны быть выработаны надлежащія гарантіи противъ слишкомъ широкаго и неумѣстнаго пользованія со стороны полиціи предоставляе-

мыми ей въ этомъ отношеніи правами. Съ другой стороны, законъ могъ бы, съ логической точки зрѣнія, достигнуть еще большаго совершенства, если бы предложеніе работы со стороны общинъ было установлено не только какъ ихъ право, но и какъ обязанность, о выполненіи которой заботились бы соотвѣтствующіе органы общиннаго самоуправленія. Къ сожалѣнію, практическая выполнимость такого требованія подвержена сильному сомнѣнію.

Итальянскій кодексъ 1890 года предусматриваетъ нищенство въ ст. 453—456. Нищенство лицъ, способныхъ къ труду безусловно наказуемо, неспособныхъ же только въ случаѣ несоблюденія установленныхъ закономъ предписаній. Въ томъ и другомъ случаѣ наказаніе одинаково: на первый разъ—арестъ до 5 дней, во второй—до одного мѣсяца, причемъ арестъ можетъ отбываться въ рабочемъ домѣ, или же посредствомъ участія въ выполненіи общественныхъ работъ. Наказаніе доходитъ до мѣсячнаго, а при рецидивѣ—6-ти мѣсячнаго ареста, въ случаѣ прошенія милостыни угрожающимъ, навязчивымъ или отталкивающимъ по условіямъ времени, мѣста, средства или лица способомъ. Наконецъ, по ст. 456: кто позволитъ лицу моложе 14 лѣтъ, состоящему подъ его властью или ввѣренному ему для охраны или надзора, заниматься прошеніемъ милостыни, или другому лицу пользоваться имъ для нищенства, наказывается арестомъ до 2-хъ мѣсяцевъ, при рецидивѣ—до 4-хъ и денежною пенею до 300 лиръ.

Въ этомъ постановленіи, какъ видно, промысловое нищенство не выдѣлено. Опредѣленія слишкомъ широкія, въ особенности относительно обстоятельствъ квалифицирующихъ; совершенная незначительность и краткосрочность наказаній не даютъ основаній ожидать благотворныхъ послѣдствій отъ этого закона, на практикѣ остающагося, конечно, мертвой буквой: нигдѣ нѣтъ столько нищихъ, какъ въ Италіи.

Бродяжества итальянскій кодексъ не предусматриваетъ вовсе.

Совершенно особнякомъ стоитъ русское законодательство. Оно рѣзко отдѣляетъ бродяжество и особый квалифицированный видъ нищенства (прошеніе милостыни, если у виновныхъ будетъ найдено

оружіе или поддѣльные ключи, отмычки и другія т. п. орудія) отъ нищенства простого. Послѣднее предусматривается уставомъ о наказаніяхъ и подраздѣляется на прошеніе милостыни по лѣности и привычкѣ къ праздности, наказуемое заключеніемъ въ тюрьмѣ отъ 2-хъ недѣль до одного мѣсяца, и прошеніе милостыни съ дерзостью и грубостью или съ употребленіемъ обмановъ, наказуемое тюремнымъ же заключеніемъ отъ одного до трехъ мѣсяцевъ. Сюда же относится допущеніе дѣтей къ прошенію милостыни, за что виновные въ томъ родители, или другія лица, обязанныя имѣть попеченіе о дѣтяхъ, подвергаются аресту не свыше 15-ти дней или денежному взысканію не свыше 50 р., въ случаѣ же обращенія сего проступка въ ремесло, виновные подвергаются заключенію въ тюрьмѣ отъ 1 до 3 мѣсяцевъ.

Приговорами мировыхъ судей по всей Россіи въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введены судебные уставы, по свѣдѣніямъ послѣдняго отчетнаго года, осуждено за нищенство всего 1037 человѣкъ. Сравнительная незначительность этой цифры объясняется тѣмъ, что, какъ я выше замѣтилъ, въ столицахъ относительно нищихъ принимаются совершенно особыя мѣры. Въ прочихъ же городахъ, въ селахъ и деревняхъ нѣтъ сильныхъ побужденій преслѣдовать нищихъ уголовнымъ порядкомъ, пока они никому не наносятъ вреда. Такое преслѣдованіе слишкомъ хлопотливо и результаты его проявились бы огромнымъ увеличеніемъ тюремнаго населенія, неудобнымъ и безполезнымъ. Оттого, постановленія устава, сами по себѣ удовлетворительныя, въ сущности цѣли не достигаютъ.

Нынѣ, какъ извѣстно, съ передачею (по закону 12 іюля 1889 г.) въ вѣдѣніе волостного суда проступка нищенства (при наличности тѣхъ субъективныхъ условій, при которыхъ компетенція этого суда вообще имѣетъ мѣсто), санкція ст. 49 нѣсколько измѣнена, такъ какъ волостной судъ можетъ назначить въ этомъ случаѣ наказаніе розгами (до 20 ударовъ), „если признаетъ необходимымъ подвергнуть виновнаго именно сему наказанію“. По этому поводу едва ли можно высказать какія-либо соображенія, отличныя отъ тѣхъ принципіальныхъ, которыя имѣютъ мѣсто при обсужденіи вопроса

о тѣлесныхъ наказаніяхъ вообще и о томъ значеніи, какое они получили по закону 12 іюля.

Бродяги нищіе, не имѣющіе опредѣленнаго мѣстожительства, высылаются въ мѣста ихъ приписки. Такая же мѣра установлена новымъ „Положеніемъ о видахъ на жительство“ для кочующихъ цыганъ и располагающихся таборами и устраивающихъ временныя помѣщенія. Всѣ эти помѣщенія и матеріалы, изъ которыхъ они сдѣланы, уничтожаются по распоряженію полиціи.

Что касается до бродяжества, какъ самостоятельнаго преступленія и нищенства квалифицированнаго, то они предусматриваются уложеніемъ о наказаніи и подсудны судамъ общимъ. Бродяжеству законъ даетъ опредѣленіе совершенно особое. Опредѣленіе это игнорируетъ образъ жизни бродяги, отсутствіе у него занятій, ремесла; оно пріурочивается къ одному лишь чисто-формальному признаку: возможности или желанія опредѣлить свое состояніе или званіе. Такія лица, не желающія или не могущія опредѣлить свое состояніе или званіе, водворяются въ Сибирь или въ другія отдаленныя губерніи, послѣ 4-хъ лѣтняго [1]) заключенія въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ, причемъ въ случаѣ ложнаго показанія о званіи или состояніи они подвергаются наказанію розгами отъ 30 до 40 ударовъ [2]). Квалифицированное же нищенство, описанное выше, карается лишеніемъ правъ и ссылкой на житье въ не-сибирскія губерніи или тюремнымъ заключеніемъ отъ 4 до 8 мѣсяцевъ.

Подробный разборъ этихъ законоположеній отвлекъ бы насъ отъ нашей задачи, такъ какъ специфическія ихъ особенности объясняются и отчасти находятъ себѣ оправданіе исключительно историческими особенностями русскаго государственнаго и общественнаго быта. Выше мы уже указали на ихъ неудовлетвори-

---

[1]) На практикѣ не превышающаго одного года.

[2]) Законъ 1900 г., какъ извѣстно, отмѣнилъ тѣлесное наказаніе для бродягъ и установилъ для нихъ водвореніе на островъ Сахалинъ послѣ отбытія четырехлѣтняго заключенія въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ.

тельность. Сошлемся на отзывъ Н. А. Неклюдова, указывающій на то обстоятельство, что 950 ст. закона наказываетъ, какъ бродягу, даже того, кто чистосердечно откроетъ всѣ обстоятельства, до его личности относящіяся, но не будетъ имѣть средствъ доказать свое состояніе или званіе. Правда, въ замѣчаніяхъ чиновъ судебнаго вѣдомства на дѣйствующее уложеніе мы встрѣчаемся съ другимъ мнѣніемъ (Матеріалы, стр. 193. 194 и 197), согласно которому за бродяжество должно быть установлено высшее уголовное наказаніе, дабы скрывающему преступленіе не было расчета подвергаться ему.

Логическихъ достоинствъ этого хода мыслей отрицать нельзя. Но авторъ не довелъ своей мысли до конца: очевидно, разъ существуютъ въ уложеніи преступленія, караемыя смертной казнью, то по приведеннымъ соображеніямъ, т. е. чтобы и тутъ „расчета не было“, надлежитъ установить за бродяжество смертную казнь. Мы думаемъ, что такой, совершенно послѣдовательный, выводъ самъ по себѣ нѣсколько подрываетъ цитированную аргументацію. И въ самомъ дѣлѣ, наказаніе за бродяжество ею разсматривается чисто какъ мѣра утилитарная. Но мѣры утилитарныя должны не менѣе другихъ сообразоваться съ успѣхами цивилизаціи и гуманности въ каждый отдѣльный періодъ времени. Прежде, для будущаго распознаванія преступника, его водили въ застѣнокъ, къ заплечному мастеру, выжигавшему на его тѣлѣ неизгладимые слѣды. Нынѣ его съ той же цѣлью ведутъ въ антропометрическое бюро. Тогда къ обнаженному тѣлу прикладывалось раскаленное желѣзо, нынѣ довольствуются простымъ измѣрительнымъ приборомъ. И результаты, при этомъ, получаются болѣе вѣрные, болѣе надежные. Теперь въ бродягѣ легче отыскать бѣжавшаго преступника, потому что способъ, примѣняемый для будущаго удостовѣренія, оказываясь болѣе простымъ, можетъ стать всеобщимъ и касаться не осужденныхъ только, но и задержанныхъ и подслѣдственныхъ.

Равнымъ образомъ, отысканіе нераскрытыхъ виновниковъ преступленій должно быть достигаемо не безсмысленно драконовскими мѣрами относительно бродягъ, а улучшеніемъ слѣдственной части,

полиціи, словомъ, всѣхъ тѣхъ органовъ, которымъ порученъ розыскъ. Нужно безусловно отказаться отъ того взгляда, по которому тяжесть наказаній за бродяжество должна сообразоваться съ предполагаемой тяжестью скрываемаго преступленія. Мы сейчасъ видѣли, къ какимъ послѣдствіямъ приводитъ этотъ взглядъ, противорѣчащій тому основному положенію, согласно которому отвѣтственность можно нести только за доказанную вину.

Редакціонная комиссія по составленію проекта не пошла, конечно, по пути, указанному ей вышеприведеннымъ отзывомъ. Отказавшись отъ прежнихъ взглядовъ, она пришла къ тому выводу, что въ понятіе бродяжества, кромѣ элементовъ, такъ сказать, матеріальныхъ, долженъ быть внесенъ и элементъ формальный: проектъ опредѣляетъ бродяжество такъ: виновный въ неимѣніи установленнаго вида на жительство или въ проживательствѣ съ чужимъ или подложнымъ видомъ (формальный элементъ), если онъ притомъ не имѣетъ ни опредѣленнаго мѣста жительства, ни опредѣленныхъ средствъ къ жизни, ни ремесла или промысла, наказывается, какъ бродяга, тюрьмою. Затѣмъ, бродяжество квалифицируется отказомъ заявить или дачей невѣрныхъ указаній о происхожденіи или о прежнемъ мѣстѣ жительства, нахожденіемъ ночью въ чужомъ помѣщеніи или огороженномъ мѣстѣ, имѣніемъ при себѣ во время арестованія, фальшивыхъ ключей, отмычекъ или огнестрѣльнаго оружія. Наказаніе здѣсь— исправительный домъ [1]). Съ точки зрѣнія русскаго права, эти опредѣленія представляются достаточно полными, но ими нельзя руководиться въ тѣхъ странахъ, гдѣ формальный элементъ, выставленный русскимъ проектомъ (неимѣніе вида на жительство), лишенъ значенія.

Нищенство проектъ устанавливаетъ двухъ видовъ: простое и квалифицированное. Къ первому относится: испрошеніе подаянія на словахъ или письменно, или подъ видомъ продажи или показыванія какихъ-либо предметовъ, 1) въ мѣстахъ, гдѣ воспрещено

[1]) **Продолжительность тюремнаго заключенія по проекту отъ двухъ недѣль до одного года, исправительный домъ назначается на срокъ отъ $1^1/_2$ до шести лѣтъ.**

нищенство, или же 2) посредствомъ завѣдомо ложныхъ увѣреній о прошедшихъ съ просящимъ какомъ-либо несчастьи или болѣзни. Наказаніе—тюрьма.

Нищенство квалифицируется, если виновный вошелъ безъ разрѣшенія въ замкнутое или загороженное пространство, или не удалился немедленно изъ помѣщенія по требованію хозяина, или заступающаго его мѣсто, или, наконецъ, имѣлъ при себѣ, во время заарестованія, фальшивые ключи, отмычки или огнестрѣльное оружіе. Наказаніе здѣсь—исправительный домъ.

Такимъ образомъ, проектъ не дѣлаетъ болѣе различій между нищенствомъ лицъ способныхъ и неспособныхъ къ труду, а также не отдѣляетъ нищенства промысловаго отъ случайнаго,— и это наиболѣе общій упрекъ, который ему можетъ быть сдѣланъ [1])

Обратимся наконецъ къ французскому Code pénal, содержащему наиболѣе полныя и тщательно обработанныя постановленія о бродяжествѣ и нищенствѣ.

Code pénal поставилъ рядомъ въ Section V Chap. III, содержащемъ crimes contre la chose publique, vagabondage et mendicité. Одни изъ его постановленій (ст. 269—273) касаются только бродягъ, другія (ст. 274—276) только нищихъ, наконецъ третьи общи и бродяжеству и нищенству (277—282). Бродяжество обусловливается тремя признаками, совмѣстная наличность которыхъ необходима: „бродягами или праздношатающимися (gens sans aveu), говоритъ ст. 270, считаются тѣ, которые не имѣютъ ни опредѣ-

[1]) Въ окончательной редакціи, получившей законодательное утвержденіе, эти постановленія измѣнены Нищенство, въ ст. 276, опредѣляется какъ прошеніе милостыни. 1) по привычкѣ къ праздности; 2) посредствомъ обманныхъ дѣйствій или завѣдомо ложныхъ увѣреній о несчастномъ происшествіи или болѣзни, 3) съ грубостью или дерзостью. Во всѣхъ этихъ случаяхъ назначается тюрьма на срокъ не свыше трехъ мѣсяцевъ Наказаніе увеличивается (тюрьма во всемъ объемѣ), если виновный въ нищенствѣ имѣлъ при себѣ подобранный ключъ, отмычку, орудіе, могущее служить для взлома, или оружіе. Такимъ образомъ, постановленія уголовнаго уложенія совпали съ системой предшествующей (устава и уложенія о наказаніяхъ). Что касается бродяжества, то въ качествѣ формальнаго признака законъ сохранилъ только проживаніе безъ установленнаго вида на жительство, не имѣя притомъ, и т. д., какъ по проекту

леннаго мѣстожительства, ни средствъ къ существованію и которые не занимаются обычно ни ремесломъ, ни профессіей. Бродяги или праздношатающіеся, продолжаетъ ст. 271, признанные за таковыхъ въ установленномъ порядкѣ, будутъ наказаны только за одинъ этотъ фактъ тюрьмою отъ 3—6 мѣсяцевъ".

Но законъ о рецидивистахъ 27 мая 1885 г. создалъ новый видъ бродяжества, въ которомъ можетъ не быть ни одного изъ признаковъ, требуемыхъ ст. 270. Разсматриваются и караются какъ бродяги всѣ тѣ, кто, имѣя или не имѣя опредѣленнаго мѣстожительства, добываютъ себѣ средства къ существованію исключительно путемъ запрещенныхъ игръ на улицахъ (sur la voie publique), или проституціей другихъ лицъ тамъ же, или способствуя указаннымъ дѣйствіямъ.

Французская доктрина и кассаціонная практика выработали довольно точныя воззрѣнія на первый изъ признаковъ ст. 270. Разбирая вопросъ о „domicile" онѣ согласно установили, что здѣсь не разумѣется domicile d'origine, а только habitation. Что нужды въ томъ, говоритъ F. Hélie (Traité III, p. 299), что бродяга сохранилъ свое мѣстожительство по происхожденію (domicile d'origine)? Этимъ не измѣняется ни его настоящее положеніе, ни его образъ жизни, ни вытекающая изъ нихъ опасность. Эта habitation будучи извѣстной (certaine) не должна быть непремѣнно неизмѣнной (fixe). „Кассаціонная практика установила, что лицо, которое, не выходя изъ предѣловъ общины, квартируетъ то въ одномъ, то въ другомъ домѣ, не находится въ состояніи бродяжества, потому что хотя его мѣстожительство не неизмѣнно, оно тѣмъ не менѣе извѣстно".

Менѣе согласны доктрина и практика относительно двухъ другихъ признаковъ. Требуя для наличности проступка бродяжества отсутствіе средствъ къ существованію, ремесла или профессіи, законъ прямо не высказывается насчетъ того, должны ли эти средства къ существованію, эти ремесла и профессіи быть непремѣнно законны и позволительны. Нѣкоторыя кассаціонныя рѣшенія даютъ по этому предмету отвѣтъ положительный, но съ точки зрѣнія

юридической, несомнѣнно, болѣе правильнымъ слѣдуетъ признать противоположное мнѣніе, поддерживаемое въ литературѣ въ работахъ Гарро и Паско, о чемъ будетъ сказано ниже. Въ одномъ только случаѣ незаконная и непозволительная профессія является настолько тяжкимъ элементомъ, что имъ перевѣшивается другой—отсутствіе мѣстожительства. Это, именно, согласно закону 1885 г., профессія сутенеровъ и такъ называемыхъ bonneteurs, которые приравниваются бродягамъ, несмотря на то, что могутъ имѣть и по большей части имѣютъ опредѣленное мѣстожительство.

Нищенству законъ не даетъ опредѣленія „Les actes qui constituent la mendicité se comprennent mieux qu'ils ne se définissent", говоритъ Гарро. Тѣмъ не менѣе, попытку дать опредѣленіе мы находимъ въ кассаціонномъ рѣшеніи 17 сентября 1874 г. „Нищенство есть проступокъ, заключающійся въ обращеніи къ благотворительности, съ цѣлью получить даровое вспомоществованіе, взамѣнъ котораго не предлагается никакой существенной цѣнности. Проступокъ налицо, когда есть прямое обращеніе съ просьбой, а равнымъ образомъ, когда просьба прикрывается видомъ торговой сдѣлки, не имѣющей ничего серьезнаго или дѣйствительнаго".

Очевидно, этого опредѣленія вполнѣ принять нельзя, такъ какъ законъ не запрещаетъ и не можетъ запретить безусловно всякое обращеніе къ благотворительности и частной, и публичной. Цѣль же кассаціоннаго рѣшенія не въ томъ, чтобы дать только логическое опредѣленіе, но и пригодное съ практической стороны въ юридическомъ вопросѣ. Какъ бы то ни было, изъ самаго закона (ст. 274—276) видно, что онъ караетъ не вездѣ и не всякое нищенство. Въ этомъ отношеніи различаются тѣ департаменты, въ которыхъ существуютъ dépôt de mendicité (ихъ теперь 26), отъ прочихъ. Въ первыхъ наказывается каждый отдѣльный случай нищенства, и не дѣлается различія между mendiants valides и mendiants invalides: наказаніе—тюремное заключеніе отъ 3—6 мѣсяцевъ, послѣ отбытія котораго освобожденный препровождается въ dépôt.

Въ прочихъ же департаментахъ нищенство простое наказывается тюремнымъ заключеніемъ (отъ одного—трехъ мѣсяцевъ)

только тогда, когда виновными являются mendiants d'habitude valides. Но затѣмъ, различіе между mendiants valides и mendiants invalides сглаживается относительно нѣкоторыхъ видовъ нищенства. Ст. 276 говоритъ: „Тѣ нищіе, хотя бы и неспособные къ труду, которые употребили угрозы, или которые вошли безъ позволенія собственника или его домашнихъ въ жилище или въ принадлежащую къ нему городьбу,—или которые прикинутся ранеными или немощными,—или которые будутъ просить милостыню въ сообществѣ съ другими, если только это не будутъ мужъ и жена, отецъ или мать и ихъ малолѣтнія дѣти, слѣпой и его вожакъ,—будутъ наказаны тюрьмой отъ 6 мѣсяцевъ до двухъ лѣтъ".

Такимъ образомъ условія, перечисляемыя ст. 276, суть необходимыя условія состава проступка въ тѣхъ случаяхъ, когда въ немъ уличается лицо неспособное къ труду (invalide) или хотя и valide, но не d'habitude, въ тѣхъ департаментахъ, гдѣ не учреждено dépôt de mendicité.

Въ прочихъ, а также относительно mendiants d'habitude valides (а не только mendiants valides, какъ думаетъ Гаппо), эти условія только являются въ качествѣ circonstances aggravantes.

Наконецъ, art. 277—282, общіе нищенству и бродяжеству, предусматриваютъ цѣлый рядъ условій, квалифицирующихъ эти проступки. Такъ, ст. 277 говоритъ о всякомъ нищемъ или бродягѣ, который будетъ захваченъ переодѣтымъ или вооруженнымъ, хотя бы онъ не прибѣгъ къ оружію и не угрожалъ бы имъ, или снабженнымъ крючками, отмычками и т. д.

Наказаніе—тюрьма отъ 2 до 5 лѣтъ. Сюда же относятся тѣ нищіе и бродяги, у которыхъ будутъ найдены при ихъ ааарестовании какія-либо цѣнности на сумму свыше 100 фр.; если они не объяснятъ ихъ происхожденія, они подвергаются тюремному заключенію отъ 6 мѣсяцевъ до 2-хъ лѣтъ. Нищіе или бродяги, виновные въ какомъ-нибудь насиліи или покушеніи на насиліе противъ личности, подвергаются тюремному заключенію отъ двухъ до пяти лѣтъ. Это послѣднее условіе, присоединяясь къ прочимъ квалифицирующимъ, возвышаетъ наказаніе до réclusion.

Кромѣ того, бродяжество и нищенство, по ст. 281 C. pen. являются обстоятельствами увеличивающими наказаніе, положенное по закону за проживательство по разнымъ фальшивымъ документамъ (certificats, feuilles de route, passe-ports) до maximum'а.

Чрезвычайная подробность этихъ постановленій видна и при сжатомъ, по возможности, изложеніи. Code pénal содержитъ въ себѣ 13 по большей части весьма крупныхъ статей, касающихся бродяжества и нищенства. Изъ нихъ одна 276-я предусматриваетъ пять, а 277-я — три случая квалифицированнаго нищенства. Это обстоятельство уже является существеннымъ недостаткомъ. Но затѣмъ надо сказать, что постановленія Code pénal грѣшатъ и непомѣрной строгостью, притомъ чисто произвольной, въ особенности относительно квалифицирующихъ фактовъ.

Эти отрицательныя черты искупаются въ значительной мѣрѣ, во-первыхъ, той твердой постановкой, которая дана опредѣленію бродяжества и которая осталась неизмѣнной, до закона 1885 г., неизвѣстно для чего расширившаго понятіе бродяжества чуждыми ему элементами, вполнѣ, притомъ, пригодными къ созданію самостоятельнаго деликта. Затѣмъ, нельзя не признать, что въ основаніи постановленій о нищенствѣ лежитъ та справедливая мысль, согласно которой наказуемость этого явленія обусловливается, въ своихъ размѣрахъ по крайней мѣрѣ, возможностью обратиться къ общественной помощи: къ dépôt de mendicité. Болѣе рѣшительное проведеніе этой мысли, упрощеніе схемъ обстоятельствъ, вліяющихъ на наказуемость, общее пониженіе или видоизмѣненіе карательныхъ мѣръ — вотъ, въ наиболѣе общей формѣ, тѣ улучшенія, которыхъ требуетъ по этому вопросу Code pénal.

Смежная съ Франціей *Бельгія* имѣетъ спеціальный законъ 27 ноября 1891 года (loi sur la répression du vagabondage et de la mendicité). Въ видахъ болѣе дѣйствительной борьбы съ этими проступками, законъ организуетъ дома призрѣнія, школы и исправительныя учрежденія подъ названіемъ „dépôt de mendicité“, въ которыхъ нищіе, бродяги и сутенеры могутъ быть содержимы въ теченіе не болѣе семи лѣтъ.

Изъ прочихъ законодательствъ, можно указать на постановленія португальскаго уголовнаго уложенія 16 сентября 1886 г. (Liszt „die Strafgesetzgebung der Gegenwart“, статья Tavares de Medeiros, стр. 561), согласно которымъ всякій, кто окажется безъ опредѣленнаго мѣстожительства, безъ средствъ къ существованію и ремесла, если онъ не можетъ доказать, что очутился въ такомъ положеніи не по своей винѣ, признается бродягой и наказывается тюрьмой до шести мѣсяцевъ, кромѣ того, онъ на извѣстный срокъ отдается въ распоряженіе правительства, которое пріискиваетъ ему работу. Наказаніе пріостанавливается съ представленіемъ залога или поручительства, однако правительство сохраняетъ право указать бродягѣ обязательное мѣсто жительства: тайное удаленіе оттуда влечетъ за собою присужденіе къ отбытію оставшейся части наказанія.

За нищенство лица, способныя къ труду, наказываются, какъ бродяги. Прочія же только при симуляціи болѣзней или если прошеніе милостыни сопровождается угрозами, оскорбленіями, или производится нѣсколькими сообща.

III.

Разборъ дѣйствующихъ постановленій положительнаго права обнаруживаетъ, что въ большинствѣ случаевъ нищенство и бродяжество относятся къ одному разряду проступковъ. Общая черта, ихъ характеризующая, заключается въ тѣхъ основаніяхъ, по которымъ государство видитъ въ нихъ явленія опасныя. Въ самомъ дѣлѣ, нѣтъ сомнѣнія, уголовная статистика служитъ тому доказательствомъ, что привычка бродяжества и нищенства представляетъ въ высшей степени благодарную, воспріимчивую почву для развитія преступности. Чѣмъ дальше впередъ идетъ гражданственность, тѣмъ ощутительнѣе и яснѣе становится требованіе, чтобы каждый былъ при своемъ дѣлѣ, кормился бы отъ своихъ трудовъ, или хотя бы пожиналъ плоды трудовъ, понесенныхъ его предками, и представлялъ бы дѣйствительное нѣчто въ общемъ строѣ обществен-

но-хозяйственнаго организма. Сознаніе себя членомъ такого организма, выражаясь даже глухо и смутно, воспитываетъ въ человѣкѣ чувство гражданина и въ свою очередь обусловливается этимъ чувствомъ. Только при этомъ возможно насажденіе и процвѣтаніе государственныхъ, общественныхъ и семейныхъ идеаловъ.

На всякомъ деревѣ появляются наросты, живущіе соками дерева и представляющіе лишь гнилые придатки, такъ и въ обществѣ имѣются свои паразиты, точащіе его. Личныя стремленія этихъ людей, могущія ихъ влечь къ преступленію, не встрѣчаютъ въ нихъ задерживающихъ импульсовъ въ виду отсутствія у нихъ того сознанія связи, солидарности ихъ съ окружающимъ обществомъ. Въ этомъ отношеніи бродяги ничѣмъ не отличаются отъ нищихъ, промышляющихъ прошеніемъ милостыни. Смотря на общество, какъ на дойную корову, они чувствуютъ неодолимую ненависть къ нему, какъ только ихъ стремленіямъ жить на его счетъ представляется какая-нибудь преграда. Изъ ихъ рядовъ, при каждой эпохѣ государственнаго смятенія, выходятъ самые отчаянные разрушители. Общеизвѣстно, напримѣръ, какую роль въ ужасахъ французскаго террора играли подонки общества въ Парижѣ и во всей Франціи. Въ этомъ отношеніи нечего прибавить къ блестящимъ страницамъ Тэна, въ его „Origines de la France Contemporaine“. Тоже самое повторилось въ коммуну 1871 г. Современное анархистское движеніе чаще всего встрѣчаетъ неосмысленный откликъ именно въ этой средѣ.

Въ Россіи грандіозные размѣры пугачевщины зависѣли въ значительной степени отъ того, что по условіямъ того времени бродягѣ-вождю нетрудно было навербовать армію ему подобныхъ.

Что касается до отдѣльныхъ преступленій, то въ видѣ примѣра можно привести тотъ фактъ, что въ десятилѣтній періодъ съ 1873 по 1883 годъ въ Парижѣ въ 23 случаяхъ виновниками убійствъ, совершенныхъ, обыкновенно, самымъ звѣрскимъ образомъ, оказывались лица, не имѣющія ни опредѣленнаго мѣстожительства, ни правильныхъ средствъ къ существованію. Опасность людей этого сорта тѣмъ больше, что терять имъ рѣшительно нечего. Этой опасностью и оправдывается карательная дѣятельность государства.

Но, разумѣется, это только одна сторона вопроса. Если въ нынѣшнемъ столѣтіи все чаще и чаще высказывается мнѣніе, что преступленіе есть, по меньшей мѣрѣ, столько же продуктъ общества, какъ и отдѣльнаго человѣка, то государство, ограничиваясь въ отношеніи бродяжества и нищенства только карательными мѣрами, подкрѣпитъ основательность этого взгляда. Мы не говоримъ уже о томъ, что оно все-таки не достигнетъ цѣли. Блистательнымъ доказательствомъ этого служитъ примѣръ Англіи: безчеловѣчно суровыя наказанія статутовъ XV и XVI в.в. были безсильны, до тѣхъ поръ, пока ко злу не подошли съ другой стороны. Нами было указано въ самомъ началѣ, что и бродяжество и нищенство вызываются многими и разнообразными причинами, въ числѣ ихъ есть и такія, противъ которыхъ безсильна воля отдѣльнаго лица, при которыхъ ему необходима поддержка, помощь. Только широкое развитіе разумно направленной помощи публичной и частной, при условіи постояннаго ихъ взаимодѣйствія, благотворнаго и для той и для другой, является дѣйствительнымъ надежнымъ средствомъ въ борьбѣ съ бродяжествомъ и нищенствомъ. Только при этихъ условіяхъ и въ зависимости отъ нихъ примѣненіе карательныхъ мѣръ справедливо и цѣлесообразно. Тамъ, гдѣ кончается область благотворительности, въ широкомъ смыслѣ слова, начинается наказаніе. Въ особенности такое положеніе должно быть признано безспорнымъ по отношенію къ нищенству. При существованіи рабочихъ домовъ, при развитіи мѣръ къ доставленію работы лицамъ, временно впавшимъ въ бѣдность,—наконецъ,—при широкой системѣ призрѣнія, нищенство какъ промыселъ окажется дѣйствительно явленіемъ, свидѣтельствующимъ о глубокой испорченности, о такихъ инстинктахъ праздности, стремящейся жить на чужой счетъ, которые при случаѣ найдутъ себѣ легкій исходъ и удобное примѣненіе въ преступленіи.

Если, такимъ образомъ, и въ нищенствѣ играетъ большую роль моментъ опасности, то съ другой стороны въ этомъ проступкѣ несомнѣнное значеніе имѣетъ и моментъ безнравственности, именно при разсматриваніи его какъ промысла лица, способнаго къ труду. Въ иныхъ случаяхъ, пожалуй, эта точка зрѣнія можетъ стать

преобладающею, такъ какъ государство вполнѣ въ правѣ преслѣдовать безнравственный промыселъ вообще,—т. е. запрещать лицу добывать себѣ средства къ жизни безнравственнымъ путемъ. Этимъ соображеніемъ, напр., руководится французскій законъ 1885 г. Безнравственность промысловаго нищенства вытекаетъ изъ того, что оно дѣйствуетъ обманами, уловками, причемъ отъ истинно-нуждающихся отнимается то, что попадаетъ въ руки ловкихъ мошенниковъ:—этого вполнѣ достаточно для оправданія кары.

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что бродяжество и нищенство суть понятія собирательныя, которыя не могутъ укладываться въ рамки отдѣльнаго акта или событія, изслѣдуемыхъ внѣ связи съ совершителемъ акта или героемъ событія. Первое должно разсматриваться какъ противозаконное состояніе, какъ образъ жизни, второе—какъ противозаконный промыселъ. Попытки опредѣлить отдѣльный актъ нищенства, или отдѣльный моментъ бродяжества, — съ уголовно-юридической точки зрѣнія,—безплодны. Это видно, напримѣръ, въ вышеприведенномъ опредѣленіи французской cour de cassation относительно нищенства, а относительно бродяжества въ томъ, что его нѣтъ, какъ мы видѣли, пока мѣсто жительства извѣстно, хотя бы оно постоянно мѣнялось. Въ отношеніи карательномъ государству тѣмъ болѣе нѣтъ основаній преслѣдовать отдѣльные случаи прошенія милостыни или сливать бродяжество, какъ типическое преступленіе привычки, съ отдѣльными нарушеніями правилъ о паспортахъ и т. д., возвращаясь въ этомъ отношеніи къ духу англійскаго статута о рабочихъ.

Отъ такого права государство можетъ, однако, отступать въ тѣхъ случаяхъ, когда къ самому факту прошенія милостыни присоединяются другія обстоятельства, наличностью которыхъ образуется элементъ опасности. Подробное перечисленіе этихъ обстоятельствъ едва-ли можетъ быть единообразно для всѣхъ законодательствъ, но какъ элементы состава они должны находить себѣ признаніе въ каждомъ изъ нихъ.

Въ основаніе опредѣленія уголовно-наказуемаго состоянія бродяжества могутъ быть положены признаки, выставляемые француз-

ским правомъ. Code pénal, какъ мы видѣли, мѣтко и точно охватилъ эти признаки въ ст. 270, характеризовавъ бродяжество такими чертами: отсутствіе опредѣленнаго мѣстожительства, средствъ къ существованію, обычнаго ремесла или профессіи. Изъ этихъ признаковъ первый, будучи принятъ въ отдѣльныхъ законодательствахъ, подвергнется тѣмъ видоизмѣненіямъ, которыя обусловливаются въ различныхъ странахъ паспортной системой, большей или меньшей свободой передвиженія и т. п. Затѣмъ относительно другихъ признаковъ является вопросъ: слѣдуетъ ли выразить требованіе, чтобы средства къ жизни—ремесло и профессія были законны, позволительны, или нѣтъ. Намъ представляется болѣе правильнымъ отрицательное рѣшеніе. Если государство считаетъ какія-либо профессіи, какія-либо средства къ жизни незаконными, оно можетъ ихъ преслѣдовать и карать, но именно въ качествѣ таковыхъ, а не какъ элементы проступка, съ понятіемъ котораго несовмѣстимо пользованіе прочнымъ и постояннымъ источникомъ дохода, каковымъ, разумѣется, можетъ быть и недозволенная профессія, незаконное ремесло. Конечно, относительно лицъ, прибѣгающихъ къ недозволеннымъ профессіямъ, ремесламъ или средствамъ къ существованію, карательныя мѣры могутъ видоизмѣняться, буде обнаружится, что они не имѣютъ и опредѣленнаго мѣстожительства; едва-ли, напримѣръ, въ примѣненіи къ нимъ окажется достаточной система штрафовъ, столь удобная въ проступкахъ этого рода.

Итакъ, бродяжества нѣтъ и при незаконныхъ средствахъ къ существованію, и при недозволенныхъ ремеслахъ и профессіяхъ, если только они удовлетворяютъ одному признаку опредѣленности, т. е. извѣстнаго постоянства.

Въ самомъ дѣлѣ, предположить возможность существованія абсолютно безъ всякихъ къ нему средствъ есть очевидная нелѣпость. Бродяга тоже имѣетъ средства къ существованію, но сегодня одни, завтра другія; онъ живетъ изо дня въ день, приспособляясь ко всякимъ условіямъ. Въ этомъ именно вся шаткость, весь рискъ его положенія.

Слѣдуетъ ли, далѣе, различать бродягъ, способныхъ къ труду и не-

способныхъ? Мы не видимъ съ теоретической стороны рѣшительно никакихъ основаній къ тому, чтобы съ этой точки зрѣнія иначе относиться къ бродягамъ, чѣмъ къ нищимъ, и полагаемъ, что законъ долженъ былъ бы карать только бродягъ, способныхъ къ труду, ограничиваясь относительно прочихъ мѣрами полицейско-предупредительнаго характера.

Опираясь на способность къ труду, можно, казалось бы, создать формальный моментъ бродяжества, какъ уголовно-наказуемаго проступка. Средство къ этому заключается въ томъ, чтобы установить преданіе суду и наказаніе бродягъ, какъ послѣдствіе отказа ихъ отъ работы, предложенной имъ правительственными органами послѣ ихъ задержанія, для правомѣрности котораго было бы достаточно наличности вышеуказанныхъ признаковъ, констатированной въ судебномъ порядкѣ. Однако, затрудненія практическія, съ которыми сопряжено было бы внесеніе такого требованія въ уголовный кодексъ, слишкомъ велики. Будь оно принято, оно было бы равносильно обязательству, взятому на себя государствомъ, доставлять работу всѣмъ неимущимъ ея. Такое обязательство, при современныхъ условіяхъ государственнаго строя, было бы для него слишкомъ тяжелымъ. Мыслимое въ формѣ факультативнаго права мѣстныхъ общественныхъ единицъ (какъ напримѣръ, въ Австрійскомъ законѣ), оно, конечно, въ высокой степени благодѣтельно, но необходимость заставляетъ признать, что при всемъ желаніи создать и какой-либо формальный признакъ виновнаго бродяжества, законодательство не можетъ простирать своихъ требованій дальше такого факультативнаго права. Не слѣдуетъ при этомъ забывать, что при отсутствіи въ этомъ отношеніи единообразія въ европейскихъ законодательствахъ, широкое примѣненіе къ бродягамъ и нищимъ требованія работать въ одномъ государствѣ неминуемо вызоветъ массовыя переселенія ихъ изъ этого государства въ другое, не знающее такихъ требованій. Примѣръ Бельгіи въ этомъ случаѣ налицо: практикуемыя такія мѣры имѣли послѣдствіемъ огромный наплывъ нищихъ и бродягъ бельгійцевъ, признающихъ, что ubi bene, ibi patria, во Францію. Не вводя, такимъ образомъ, момента отказа

отъ работы въ составъ наказуемаго бродяжества, законъ оставляетъ его въ качествѣ презумпціи, разумность которой, очевидно, можетъ быть опровергнута въ отдѣльномъ случаѣ, но onus probandi здѣсь упадетъ на обвиняемаго.

Обращаясь къ нищенству, мы прежде всего сталкиваемся съ положеніемъ, о которомъ выше было упомянуто, именно: что преслѣдованію должно подлежать только нищенство, какъ промыселъ. Въ окружающей каждаго жизненной обстановкѣ весьма часто приходится видѣть и испытывать единичныя обращенія къ благотворительности въ формѣ ли газетныхъ объявленій, частныхъ объясненій, личныхъ просьбъ и т. д. Нѣтъ основаній преслѣдовать и карать такія просьбы до тѣхъ поръ, пока частое ихъ повтореніе, исходя отъ одного и того же лица и направляясь къ разнымъ лицамъ, не явится доказательствомъ того, что просящій промышляетъ этимъ способомъ, или же пока не явятся обстоятельства, привхожденіе которыхъ заставитъ ихъ признать за éléments constitutifs. Въ этихъ случаяхъ, прошеніе милостыни будетъ наказываться въ силу этихъ обстоятельствъ, но мѣры должны быть приняты иныя, чѣмъ при профессіональномъ нищенствѣ. Этимъ не опаривается цѣлесообразность полицейскихъ правилъ, безусловно воспрещающихъ прошеніе милостыни въ тѣхъ или другихъ мѣстахъ. Нарушающіе эти постановленія должны быть задержаны, относительно ихъ могутъ быть принимаемы различныя административныя мѣры, но суду за голый фактъ нищенства они должны бы предаваться только въ случаѣ основательнаго подозрѣнія въ томъ, что нищенство для нихъ промыселъ,—и подвергать ихъ наказанію слѣдуетъ только при подтвержденіи этого подозрѣнія. Помимо этого, рѣшительно нѣтъ причинъ карать отдѣльный случай прошенія милостыни, къ которому не присоединяется другихъ элементовъ. Единственное, противъ чего вооружается законъ, говоритъ Hélie, есть привычка нищенствовать, нищенство, какъ промыселъ.

Коренное, исторически сложившееся различіе между нищими, способными къ труду (valides) и неспособными должно быть удержано и расширено. Относительно неспособныхъ къ труду, если къ

самому прошенію милостыни не присоединяется другое наказуемое дѣяніе, умѣстно только призрѣніе. Въ этомъ случаѣ нельзя не упомянуть о прекрасныхъ словахъ д'Оссонвиля: „Когда передъ вашими глазами проходятъ обвиняемые въ бродяжествѣ или въ нищенствѣ — старики или старухи, неспособные къ серьезному труду, калѣки, больные, не принятые въ больницы, по неизлѣчимости,—словомъ, всѣ павшіе въ жизненныхъ битвахъ, которыхъ бы слѣдовало подобрать, какъ подбираютъ раненыхъ на полѣ сраженія, и которымъ, вмѣсто того, предоставляютъ обнажать свои раны на показъ всѣмъ,—первое заключеніе, къ которому приводитъ изученіе нищенства въ Парижѣ, есть недостаточность общественной помощи".

Но, разумѣется, безнаказанность лицъ, хотя бы и неспособныхъ къ труду, не можетъ имѣть мѣста тогда, когда они сознательно отказываются отъ призрѣнія со стороны государства. Нужно только, чтобы это призрѣніе было дѣйствительно призрѣніемъ, чтобы имъ не маскировались мѣры, ничѣмъ по существу не отличающіяся отъ карательныхъ; чтобы учрежденія, служащія этимъ цѣлямъ, дѣйствительно бы имъ соотвѣтствовали. Какъ говоритъ Guillot: Депо перестаетъ быть учрежденіемъ для призрѣнія, и бѣднякъ удаляется отъ него съ отвращеніемъ, ищетъ въ немъ убѣжища только жертвуя своимъ достоинствомъ, если оно обращается въ тюрьму, гдѣ рядомъ съ честными людьми, попавшими въ нужду, встрѣчаются лица, приговоренныя за бродяжество или виновное нищенство".

Подобный же упрекъ заслуживали еще въ срединѣ нынѣшняго столѣтія англійскіе Workhouses, имя которыхъ неразрывно связано съ воспоминаніемъ о яркихъ картинахъ, нарисованныхъ Диккенсомъ, безпощадно бичевавшимъ ихъ отрицательныя черты: наглую эксплоатацію бѣдныхъ, оффиціальный характеръ управленія, прикрывавшій самыя вопіющія злоупотребленія, безсердечное отношеніе къ призрѣваемымъ, подъ личиной грубаго лицемѣрія и т. п. Въ этой именно области наиболѣе плодотворна идея, согласно которой о безпріютныхъ нищихъ, не способныхъ къ труду, должны заботиться разныя общественныя группы, къ которымъ эти нищіе

принадлежатъ по своему ли рожденію, по прежнимъ ли занятіямъ и т. п. Замѣтимъ, что въ этомъ отношеніи русское законодательство содержитъ любопытное постановленіе, установляющее отвѣтственность юридическаго лица, крестьянскаго общества, отпустившаго дважды по паспортамъ и другимъ свидѣтельствамъ лицъ, не бывшихъ въ силахъ работать; если лица эти будутъ пойманы въ испрашиваніи милостыни, то общества должны за каждаго такого человѣка уплатить 5 р. штрафа.

Что касается затѣмъ обстоятельствъ, квалифицирующихъ нищенство и бродяжество, то, не вдаваясь въ слишкомъ большія подробности, мы полагаемъ, что они должны быть въ значительной мѣрѣ упрощены. Нужно прежде всего отказаться отъ тѣхъ слишкомъ рѣзкихъ презумпцій, которыя приводятъ къ постановленіямъ совершенно произвольнаго характера. Почему, напримѣръ, ст. 278 Code pénal увеличиваетъ наказаніе, если при нищемъ или бродягѣ окажутся цѣнности на сумму свыше 100 фр., и происхожденіе ихъ не будетъ удовлетворительно объяснено? Очевидно, въ предположеніи, что эти вещи добыты преступленіемъ. Но такое предположеніе должно быть доказано, и onus probandi не должно лежать на заподозрѣнномъ. Къ такому же отрицательному выводу мы приходимъ относительно обмановъ, какъ обстоятельствъ квалифицирующихъ: уголовно-наказуемый обманъ, посредствомъ котораго выманивается имущество, дастъ составъ преступленію мошенничества, одного изъ видовъ посягательства на имущественныя права. Обманнымъ же увѣреніямъ, какъ средствомъ, примѣняемымъ нищими, не слѣдуетъ придавать такого значенія, какого они не имѣютъ даже въ глазахъ лицъ, поддающихся имъ, но въ сущности рѣдко имъ довѣряющимъ, къ тому же, такого рода обманы почти неизбѣжно сопровождаютъ самый фактъ нищенства, такъ что русскій проектъ, напримѣръ, упоминая о нихъ, образуетъ изъ нихъ прямо элементъ состава проступка нищенства. Вопросъ въ томъ, слѣдуетъ ли признать за этимъ элементомъ рѣшающее значеніе и въ случаѣ прошенія милостыни не въ видѣ промысла, безъ присоединенія квалифицирующихъ обстоятельствъ? Впрочемъ, это во-

просъ скорѣе академическій, такъ какъ къ обманамъ прибѣгаютъ въ огромномъ большинствѣ скорѣе нищіе-промышленники. Самый фактъ промысловаго нищенства необходимо требуетъ обмана, основывается на немъ и немыслимъ безъ него.

Другимъ обстоятельствамъ — угрозамъ, насильственнымъ дѣйствіямъ, сопровождающимъ нищенство, наличности оружія, орудій взлома—должно быть придано соотвѣтствующее значеніе,—первому (угрозамъ и насильственнымъ дѣйствіямъ)—обязательное, второму (наличность оружія и орудій взлома)—факультативное, въ виду того, что въ первомъ случаѣ мы имѣемъ реальный фактъ, а во второмъ только предположеніе.

Наконецъ, необходимостью ограждать неприкосновенность жилища оправдывается тотъ фактъ, что входъ въ жилище безъ разрѣшенія, или неоставленіе его по требованію хозяина, являются отягчающими обстоятельствами. Но, разумѣется, всѣ эти обстоятельства получаютъ характеръ отягчающихъ только въ отношеніи къ нищенству, признанному уголовно-наказуемымъ, т. е. нищенству, какъ промыслу лица способнаго къ труду.

Въ прочихъ случаяхъ одни изъ нихъ могутъ быть караемы, какъ delicta sui generis (напримѣръ угрозы, насиліе, вторженіе въ жилища), другія же (ношеніе оружія и орудій взлома) могутъ разсматриваться только какъ приготовленія къ преступному дѣянію.

Наконецъ, въ этой категоріи обстоятельствъ слѣдуетъ искать тѣхъ, которыя являются въ смыслѣ éléments constitutifs при нищенствѣ непрофессіональномъ. Что касается до той формы нищенства, которая выражается въ эксплоатированіи несовершеннолѣтнихъ, посылаемыхъ на промыселъ ихъ родителями или другими людьми, то къ нимъ, казалось бы, законъ долженъ относиться съ большей строгостью. Конечно, не слѣдуетъ тутъ, какъ и въ вопросѣ о лживыхъ увѣреніяхъ, симуляціяхъ ранъ и т. д., выходить изъ того положенія, что виновный подлежитъ тѣмъ большей карѣ, чѣмъ больше онъ вызвалъ основаній къ размягченію сердца и раскрытію кошелька. Большая наказуемость такихъ промышленниковъ обусловливается тѣмъ, что они развращаютъ малолѣтнихъ и

готовятъ изъ нихъ будущихъ воровъ и мошенниковъ, если не хуже.

Такимъ образомъ, относительно нищенства и бродяжества, какъ наказуемыхъ проступковъ, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ:

1) Въ бродяжествѣ карается опасное состояніе; въ нищенствѣ нетерпимый промыселъ или предполагаемое опасное дѣйствіе.

2) Признаками уголовно-наказуемаго бродяжества должны служить:

а) неимѣніе опредѣленнаго мѣстожительства,

б) неимѣніе опредѣленныхъ средствъ къ существованію, опредѣленной профессіи или опредѣленнаго ремесла.

Соединеніемъ этихъ двухъ признаковъ, вообще говоря, оправдывается предположеніе, что виновный отказывается отъ работы, будучи къ ней способенъ.

3) Прошеніе милостыни само по себѣ должно быть наказываемо, когда оно является, какъ промыселъ лица, способнаго къ труду.

4) Въ прочихъ случаяхъ прошеніе милостыни непрофессіональное можетъ быть наказуемо только съ привхожденіемъ особыхъ обстоятельствъ, являющихся тогда въ качествѣ éléments constitutifs.

5) Классификація видовъ квалифицированнаго бродяжества и нищенства должна быть упрощена и смягчена.

Въ заключеніе настоящаго, далеко неполнаго, очерка я позволю себѣ еще разъ указать на то, что карательная репрессія есть только одно изъ тѣхъ многочисленныхъ средствъ, которыми государство должно пользоваться въ борьбѣ со зломъ, представляемымъ нищенствомъ и бродяжествомъ. Болѣе того—это есть средство второстепенное, паллативъ, вслѣдствіе того, что оба эти явленія—нищенство и бродяжество—не должны и не могутъ быть иначе конструируемы, какъ полицейскія нарушенія, или (maximum) какъ сравнительно легкіе проступки. Слѣдовательно, наказанія за нихъ не могутъ и не должны достигать высокихъ ступеней карательной лѣстницы, въ смыслѣ ли болѣе суровыхъ формъ или

болѣе продолжительныхъ сроковъ лишенія свободы. Между тѣмъ, постоянныя стремленія къ улучшенію тюремнаго режима, къ поднятію уровня тюремъ вообще, вызывая увеличеніе расходовъ на этотъ предметъ, могутъ, пожалуй, привести къ тому, что тюрьмы эти окажутся наиболѣе удобнымъ и желательнымъ убѣжищемъ для нищихъ и бродягъ и будутъ постоянно переполняться ими. Конечно, выходомъ изъ этого положенія можетъ служить релегація рецидивистовъ: едва ли однако, нищіе и бродяги могутъ разсматриваться какъ надежные колонизаціонные элементы, и наводненіе ими мѣстностей ссылки, по всей вѣроятности, приведетъ къ результатамъ совершенно отрицательнаго характера.

Итакъ, широкое развитіе призрѣнія, привлеченіе къ нему мѣстныхъ общественныхъ единицъ и иныхъ группъ, взаимодѣйствіе частной и государственной инициативы въ дѣлѣ благотворительности и разумно-строгая карательная репрессія не поддающихся элементовъ—вотъ тѣ условія, при которыхъ можно ожидать дѣйствительнаго уменьшенія зла. Въ этомъ вопросѣ перенесеніе центра тяжести съ кары на предупрежденіе—справедливо и цѣлесообразно.

Петербургскій конгрессъ международнаго союза криминалистовъ, его значеніе и результаты.

Девятый конгрессъ международнаго союза криминалистовъ, состоявшійся съ 4 по 7 сентября въ Петербургѣ, прошелъ съ крупнымъ и безспорнымъ успѣхомъ, обративъ на себя усиленное вниманіе общества и прессы. Цѣли всякаго подобнаго научнаго собранія сводятся, въ сущности, къ слѣдующему: популяризовать идеи, разработанныя спеціалистами, устанавливать и поддерживать связь между обществомъ и отдѣльной его частью—людьми науки, служить дѣлу общенія и взаимнаго обмѣна мыслей между представителями различныхъ научныхъ направленій. Въ данномъ случаѣ эта троякая (по существу однородная) цѣль была вполнѣ достигнута: многолюдство конгресса, привлекшаго и теоретиковъ, и практиковъ уголовнаго права, и юристовъ, отдавшихся другимъ дисциплинамъ, и просто образованныхъ людей,—постоянный интересъ, прерывавшійся только во время нѣкоторыхъ черезчуръ сухихъ и незначительныхъ сообщеній,—свойство двухъ вопросовъ, поставленныхъ конгрессу, — затрогивающихъ самыя жгучія области уголовнаго права и процесса,—наконецъ, last, not least, блескъ и глубина обширныхъ рѣчей министра юстиціи, Н. В. Муравьева, и трехъ корифеевъ иностранной науки—Гарро, ванъ-Гамеля, Листа,—все это служило дѣлу популяризаціи уголовно-юридическихъ идей. Двѣ другія цѣли достигались участіемъ въ докладахъ и преніяхъ людей практики наравнѣ съ людьми теоріи, причемъ послѣдними высказывались весьма различные, а иногда даже и противополож-

ные взгляды, иногда примирявшіеся, но порой — непримиримые. И такимъ образомъ, многочисленные члены конгресса, а тѣмъ болѣе его иниціаторы, устроители и всѣ. такъ или иначе на немъ поработавшіе, могли разойтись съ сознаніемъ полнаго нравственнаго удовлетворенія, съ увѣренностью въ томъ, что труды ихъ не были безплодны. Притомъ, члены русской группы выполнили свой прямой нравственный долгъ, выразивъ въ годовомъ собраніи, послѣдовавшемъ тотчасъ же за закрытіемъ конгресса, глубокую признательность своему предсѣдателю, проф. И. Я. Фойницкому, и отмѣтивъ его „неутомимую энергію и самоотверженные труды, которымъ конгрессъ обязанъ значительнѣйшей частью своего успѣха". Въ теченіе многихъ мѣсяцевъ, предшествовавшихъ конгрессу, И. Я. Фойницкій былъ душою дѣла его организаціи,—и наибольшая доля того чувства нравственнаго удовлетворенія, о которомъ сейчасъ упомянуто, выпадаетъ ему.

Въ дальнѣйшихъ строкахъ я попытаюсь охарактеризовать конгрессъ, обозрѣть ходъ его работъ, закончившихся, по обоимъ вопросамъ, постановкой резолюцій, и коснуться попутныхъ вопросовъ, разсмотрѣнныхъ или только возбужденныхъ въ средѣ конгресса.

I.

Нельзя прежде всего не отмѣтить съ сожалѣніемъ, что русскіе члены конгресса приняли въ ходѣ его преній весьма небольшое участіе. Исключая трехъ русскихъ докладчиковъ и трехъ авторовъ сообщеній, на конгрессѣ изъ числа русскихъ криминалистовъ говорили лишь гг. Дриль, Вульфертъ, Закревскій и Пржевальскій, несмотря на то, что подавляющее большинство членовъ конгресса составляли, разумѣется, русскіе. Такая „стушеванность" объясняется, конечно, необходимостью говорить на иностранномъ языкѣ,—но среди иностранныхъ были нѣкоторые не французы, смѣло говорившіе на конгрессѣ и притомъ на весьма неправильномъ, хотя и совершенно понятномъ (а это—единственно важное и нужное) французскомъ языкѣ,—а нѣмцы, кромѣ того, широко воспользо-

вались предоставленнымъ имъ правомъ говорить по-нѣмецки, давая по-французски лишь резюме своихъ рѣчей или даже исключительно пользуясь услугами переводчика.

Весьма жаль, что тѣ изъ русскихъ членовъ, участіе которыхъ въ преніяхъ могло быть интересно и полезно, не пошли по тому или другому изъ указанныхъ путей.

Отсутствіе Тарда, Беранже и Прэса лишило конгрессъ весьма цѣнныхъ сотрудниковъ. Среди прибывшихъ иностранцевъ наиболѣе ярко выдвинулись три личности, быть-можетъ, въ самомъ дѣлѣ наиболѣе выдающіяся среди криминалистовъ „новой школы“,— Гарро, Листъ, ванъ-Гамель.

Изъ нихъ первый—Гарро, профессоръ Лионскаго юридическаго факультета,—наиболѣе тяготѣетъ къ юридическимъ началамъ и формамъ мышленія. Пользующійся огромной извѣстностью, благодаря своему превосходному обширному (въ пяти томахъ) курсу французскаго уголовнаго права, прекрасный ораторъ, обладающій французской ясностью изложенія, остроуміемъ и находчивостью, онъ, по идеямъ своимъ, далеко не принадлежитъ къ крайней лѣвой или даже къ умѣренной группѣ представителей „новой школы“. Можно даже сказать, что участіе его въ международномъ союзѣ криминалистовъ есть одно изъ лучшихъ доказательствъ эклектизма этого союза, исключающаго лишь то, что отжило, что рутинно и что довольствуется лишь сухимъ формализмомъ. Для самой же новой школы— Гарро довольно опасный союзникъ, что обнаружилось, между прочимъ, въ первой его рѣчи Касаясь исторической эволюціи воззрѣній на роли судьи и закона, Гарро указалъ на то, что до конца XVIII вѣка судья былъ независимъ отъ закона, что великій переворотъ конца XVIII вѣка подчинилъ судью закону, возставъ противъ безконтрольнаго судьи. Новое же направленіе возстаетъ противъ самого закона („s'érige contre la loi-même“), стремясь къ упраздненію его необходимости.

Если такое заявленіе могло быть съ удовольствіемъ принято представителями крайней лѣвой новой школы, то для умѣренныхъ— въ частности для Листа—оно не могло быть пріятно. Листъ,—

извѣстный профессоръ Берлинскаго университета, въ своей блестящей заключительной рѣчи „о соціологическихъ факторахъ преступности", подробно останавливался на принципѣ nulla poena sine lege, доказывая (хотя и неубѣдительно), что онъ и новою школою ставится во главу угла, и настаивая на необходимости строгой догматики и тщательнаго анализа юридическихъ понятій, съ одобреніемъ привелъ извѣстное рѣшеніе Рейхсгерихта, отвергшаго понятіе кражи электричества на томъ основаніи, что „электрическая энергія" не есть „вещь".

Такого рода взглядъ, высказанный спустя три дня послѣ того, какъ ванъ-Гамель, въ своей рѣчи на открытіи конгресса, потѣшался съ юморомъ, достойнымъ лучшаго примѣненія, надъ юридическими тонкостями, надъ мудрствованіями комментаторовъ, не можетъ не свидѣтельствовать о глубокихъ, принципіальныхъ различіяхъ, отдѣляющихъ приверженцевъ союза одного отъ другого.

Наиболѣе яркимъ представителемъ уголовно-юридическаго радикализма, чтобы не сказать нигилизма, является въ высшей степени талантливый, краснорѣчивый и остроумный ванъ-Гамель, профессоръ Амстердамскаго университета. Ванъ-Гамель, въ сущности, глубоко презираетъ юридическую догматику, анализъ и синтезъ положительнаго права, и если для формы и сохраняетъ принципъ, что каждый долженъ знать, что̀ закономъ запрещено, и что дозволено (другими словами, принципъ nullum crimen, nulla poena sine lege), то, съ другой стороны, требуетъ такого „упрощенія" уголовныхъ кодексовъ и „расширенія" судейскихъ полномочій, при наличности которыхъ значеніе этого принципа становится совершенно эфемернымъ, и все рѣшается усмотрѣніемъ судьи, - неподзаконнаго, свободно дѣйствующаго въ области, которую законъ обводитъ весьма широкой и мало опредѣленной чертой...

Таковы „главари" конгресса. Что же касается до его состава (я говорю, разумѣется, о составѣ лицъ, дѣйствительно принявшихъ участіе въ обсужденіи вопросовъ), то онъ состоялъ по преимуществу изъ представителей умѣреннаго центра и правой, причемъ практики преобладали. Среди французовъ были и крайніе представители

буржуазно - ретроградныхъ взглядовъ; изъ этихъ лицъ наиболѣе „отличился“ г. Ковіеръ, профессоръ католическаго факультета въ Парижѣ, заявившій свое сожалѣніе по поводу того, что смертная казнь все рѣже и рѣже примѣняется, и провозгласившій XX-ый вѣкъ—вѣкомъ мазурниковъ (le siècle des coquins). Съ другой стороны, къ радикальнымъ голосамъ присоединился и извѣстный швейцарскій психіатръ Форель, доказывавшій, между прочимъ, что въ нѣкоторыхъ малокультурныхъ европейскихъ странахъ на разбой смотрятъ вовсе не какъ на преступленіе, и вслѣдствіе этого имъ занимаются вполнѣ порядочные люди, которые въ болѣе культурныхъ странахъ могли бы быть .. статскими совѣтниками! Можно надѣяться, что ораторъ не хотѣлъ довести свою мысль до конца; иначе вышло бы, что „статскіе совѣтники“ культурныхъ странъ стали бы разбойниками, очутившись въ какой-нибудь Македоніи или Румели...

Были на конгрессѣ и другіе курьезы. Одинъ изъ ораторовъ прессерьезно тратилъ тѣ 10 минутъ, которыя ему принадлежали по уставу, на доказательство той мысли, что Миттермайеръ былъ крупный ученый, и намекалъ на то, что новая школа „какой-то салатъ, компотъ“. Листъ, конечно, не остался въ долгу и въ своей уже упомянутой рѣчи далъ неосторожному оратору заслуженную отповѣдь за „кухонныя выраженія, употребленіе которыхъ свидѣтельствуетъ о вкусѣ вообще и о вкусѣ въ научномъ спорѣ въ особенности“.

Другой ораторъ, профессоръ въ Бухарестѣ, говоря объ „инквизиціонномъ процессѣ“, очевидно, смѣшивалъ его съ „инквизиціей“, и отрекался отъ послѣдней за ея насилія надъ совѣстью, за пытки и т. д.

Наконецъ третій—и уже совершенно неожиданный—курьезъ: во время преній по второму вопросу, проф. ванъ-Гамель „интервьюировалъ“ англійскаго представителя, Гоуарда Винцента, по вопросу объ англійской организаціи предварительнаго слѣдствія, задавъ ему цѣлый рядъ вопросовъ, обнаруживающихъ полное незнакомство почтеннаго голландскаго профессора не только со спе-

ціальной англійской литературой предмета, но и съ такими капитальными работами, какъ недавно вышедшая на французскомъ языкѣ книга Franqueville'я „Les Institutions judiciaires de la Grande-Bretagne“. Къ счастью, г. Винцентъ въ своихъ отвѣтахъ былъ кратокъ.

II

На стр. 70 читатель найдетъ указанія о вопросахъ, предложенныхъ петербургскому конгрессу. Нельзя не выразить живѣйшаго сожалѣнія по поводу крайней малочисленности вызванныхъ вопросами (въ особенности первыми) докладовъ. Первый вопросъ докладывался на конгрессѣ проф. фонъ-Майеромъ, Гарро и мною, причемъ въ своемъ докладѣ я излагалъ также вкратцѣ докладъ, представленный конгрессу Д. А. Дриллемъ.

Пренія по этому первому вопросу не были продолжительны: проф. Листъ по окончаніи ихъ поставилъ тезисы, причемъ, указавъ на трудность рѣшенія вопроса о наказуемости покушенія, предлагалъ вопросъ этотъ оставить на программѣ занятій союза, не приходя пока къ какимъ-либо опредѣленнымъ выводамъ. Другіе два тезиса гласили:

1) Каждый подлежитъ наказанію за послѣдствія своего дѣянья только въ той мѣрѣ, въ которой онъ эти послѣдствія предвидѣлъ или могъ предвидѣть.

2) Законъ долженъ оставить всякое доктринальное различеніе соучастниковъ въ одномъ и томъ же преступленіи и ограничиться указаніемъ видовъ соучастія, признаваемыхъ имъ за таковые.

Замѣчу, что первый тезисъ—самъ по себѣ совершенно вѣрный и безспорный,—не разрѣшаетъ вопроса о вліяніи послѣдствій преступленія на наказуемость. Устанавливая, что вмѣняются въ вину лишь тѣ послѣдствія, которыя виновный предвидѣлъ, или могъ предвидѣть, тезисъ этотъ лишь подтверждаетъ положеніе о невмѣненіи случайныхъ послѣдствій, т. е. такихъ, которыхъ *нельзя было* предвидѣть. Но въ томъ то и дѣло (какъ я это и высказывалъ въ своихъ заключеніяхъ), что законъ только тогда пред-

усматриваетъ отягчающія послѣдствія того или другого преступнаго дѣянія, когда эти послѣдствія являются естественными, нормальными, всегда возможными; такъ, смерть—при тѣлесныхъ поврежденіяхъ, крушеніе поѣзда при поврежденіяхъ пути, раззореніе многихъ лицъ при злостномъ банкротствѣ.

Въ этихъ случаяхъ, говорилъ я, законъ создаетъ презумпцію, что дѣятель (вмѣняемый), совершая извѣстное дѣяніе сознательно, не можетъ не предвидѣть его возможныхъ результатовъ, и хотя *слѣдуетъ допустить право обвиняемаго опровергать эту презумпцію*, нельзя не признать, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ это ему не удастся сдѣлать, и что поэтому тѣ послѣдствія, которыя законъ признаетъ за отягчающія, силою вещей въ громадномъ большинствѣ случаевъ повліяютъ на наказаніе.

Мнѣ сдается, что тезисъ, предложенный проф. Листомъ и принятый конгрессомъ, не опровергъ этихъ доводовъ, а лишь обошелъ ихъ. Нужно, впрочемъ, замѣтить, что подчеркиванье принципа невмѣняемости непредвидѣнныхъ послѣдствій имѣетъ особенное значеніе для Германіи, гдѣ практика, судя по примѣрамъ, приведеннымъ проф. Зейфертомъ на Страсбургскомъ конгрессѣ, не колеблясь, до сихъ поръ признаетъ вмѣненіе безусловно случайныхъ послѣдствій и не допускаетъ въ этихъ случаяхъ даже вопроса о томъ, были ли эти результаты предвидѣны или нѣтъ.

Что же касается соучастія, то принятіе въ этомъ отношеніи началъ, сходныхъ съ началами русскаго проекта, не есть уступка со стороны тѣхъ, кто не признаетъ принципа преобладанія „психическихъ элементовъ“. Не останавливаясь на этомъ вопросѣ, замѣчу, что разъ соучастіе понимается, какъ соглашеніе лицъ, дѣйствовавшихъ завѣдомо сообща, солидарная отвѣтственность отсюда вытекаетъ съ логической необходимостью.

Повторяю: вопросъ о взаимномъ соотношеніи психическихъ факторовъ и внѣшнихъ результатовъ, не получилъ ни новаго освѣщенія, ни удовлетворительнаго разрѣшенія въ преніяхъ и тезисахъ конгресса, а наказуемость покушенія—пробный камень вывода, признающаго необходимость преобладанія перваго элемента—

такъ и не обсуждалась. Именно въ этой области труднѣе всего примирить стремленія новаго направленія съ требованіями справедливости, тѣмъ болѣе, что, какъ совершенно основательно замѣтилъ проф. Вульфертъ, понятіе покушенія само по себѣ есть технически-юридическое понятіе.

Гораздо оживленнѣе и полнѣе дебатировался второй вопросъ, причемъ центръ тяжести заключался въ томъ, какъ должно быть организовано предварительное слѣдствіе (вопросъ объ организаціи преданія суду не обсуждался и по нему тезисовъ не было предложено конгрессу) [1]). Выяснилась наличность двухъ противоположныхъ теченій: консервативнаго, стоящаго за нынѣ существующій типъ инквизиціоннаго предварительнаго слѣдствія,—и новаторскаго, требующаго реформъ.

Представителями перваго были главнымъ образомъ Энгеленъ, голландскій судья, бухарестскій профессоръ Тановичеану и—отчасти—Гансъ Гроссъ, извѣстный авторъ „Криминалистики". Энгеленъ говорилъ съ своеобразнымъ юморомъ, который сразу завоевалъ ему расположеніе публики; его охотно слушали въ теченіе времени, значительно превысившаго узаконенный срокъ. Ссылаясь на собственный опытъ, онъ указывалъ на тотъ „флюидъ", который устанавливается въ тиши слѣдовательскаго кабинета между слѣдователемъ и обвиняемымъ,—флюидъ, побуждающій виновнаго съ сознанію, или, по крайней мѣрѣ, къ установленію у слѣдователя прочнаго убѣжденія. Что флюидъ этотъ можетъ превратиться въ ту особенную форму гипнотизаціи, которую, между прочимъ, такъ живо изобразилъ французскій драматургъ Brieux въ извѣстной пьесѣ „la Robe Rouge",—этого г. Энгеленъ какъ будто не допускалъ, утверждая, что для судьи-слѣдователя достаточнымъ

[1]) Пользуюсь случаемъ отмѣтить, что «Новое Время» совершенно напрасно приписало И. П. Закревскому мысль о присоединеніи присяжныхъ засѣдателей къ камерамъ преданія суду. Г Закревскій сказалъ, что «Камеры преданія суду должны быть сохранены, пока существуетъ институтъ присяжныхъ засѣдателей». Журн. Мин Юст., перепечатавшій отчетъ «Новаго Времени», перепечаталъ и эту ошибку, не исправивъ ее по подлинному тексту бюллетеня конгресса.

контролемъ является законъ и его совѣсть; контроль адвоката излишенъ и вреденъ. „Les consciences ne sont pas toutes les mêmes“, возразилъ ванъ-Гамель.

Но въ чемъ г. Энгелень и его единомышленники безусловно правы—это въ своемъ указаніи на то явное противорѣчіе, которое высказывается приверженцами новаго направленія въ ихъ отвѣтахъ на вопросы матеріальнаго и процессуальнаго права. Пока идетъ рѣчь о первыхъ,—судья почитается всемогущимъ, ему предоставляется возможность читать въ сердцахъ, уголовный законъ признается для него чуть-чуть не излишнимъ, въ судейскую добросовѣстность, безпристрастіе и гуманность вѣрятъ безусловно и отъ всякаго контроля отказываются. Но какъ только заговариваютъ объ организаціи предварительнаго слѣдствія, этотъ же судья теряетъ всякій кредитъ; пытаются какъ можно тѣснѣе его ограничить, поставить ему предѣлы,—не вѣрятъ ему больше ни на грошъ,—и вдругъ начинаютъ говорить объ интересахъ личной свободы, нерушимости человѣческихъ правъ и тому подобныхъ „отвлеченностяхъ“, которыя у новѣйшихъ представителей позитивизма вообще не обрѣтаются въ авантажѣ.

Сторонниками реформъ выступили и теоретики (Гарро, Миттермайеръ—внукъ знаменитаго ученаго) и практики—французы и нѣмцы—причемъ выяснилось, что французская новелла 1897 г., допустившая защиту на предварительномъ слѣдствіи, оставленномъ на прежнихъ основаніяхъ, представила лишь компромиссъ, лишь одинъ шагъ въ необходимомъ дальнѣйшемъ развитіи, которое потребуетъ полной реорганизаціи предварительнаго слѣдствія. Согласно тезисамъ, представленнымъ конгрессу, въ основу этихъ реформъ должно быть положено отдѣленіе функцій полицейскихъ (по обнаруженію преступленія и раскрытію виновника) отъ судейскихъ, съ организаціей состязательнаго порядка, причемъ первыя должны быть предоставлены отвѣтственной прокуратурѣ подъ контролемъ суда. Тезисы эти были приняты большинствомъ голосовъ, что вызвало ироническое замѣчаніе г. Энгелена (предсѣдательствовавшаго): „Comme toujours, c'est la minorité qui a raison!“

При этомъ, однако, остался неразсмотрѣннымъ и неопровергнутымъ аргументъ (какъ я думаю, весьма важный) другого оратора—Бертелеми, указавшаго на то, что при предлагаемой системѣ, въ сущности, создается одна предварительная судебная инстанція („on crée en résumé un degré de juridiction de plus"), съ увеличенной возможностью ошибокъ, съ издержками и проволочками, могущими невыгодно отразиться на судьбѣ привлеченнаго. Нельзя къ этому не прибавить и слѣдующаго: предлагаемая система, несомнѣнно, приведетъ къ тому, что постановленія, которыми будутъ заканчиваться предварительныя слѣдствія, въ значительно большей степени будутъ вліять на убѣжденіе окончательныхъ судей: судебное разсмотрѣніе будетъ заслонено предварительнымъ производствомъ.

Разрѣшеніе этихъ и другихъ вопросовъ принадлежитъ будущему, но во всякомъ случаѣ на конгрессѣ категорически и большинствомъ высказалась полная неудовлетворенность теперешними слѣдственными порядками и убѣжденіе въ ихъ устарѣлости и практическихъ недостаткахъ.

III.

Среди сообщеній, сдѣланныхъ конгрессу (о патронатѣ, о ссылкѣ, о суммарномъ производствѣ, о примѣненіи условнаго осужденія, о торговлѣ женщинами), особенное вниманіе выпало на долю послѣдняго, вызвавшаго пренія и постановку тезисовъ. Докладчикъ (г. Фейолей) доказывалъ, что парижская конференція нынѣшняго лѣта приняла слишкомъ узкое понятіе embauchage (вербовка), наказуемаго по отношенію къ женщинамъ несовершеннолѣтнимъ всегда, но по отношенію къ совершеннолѣтнимъ только тогда, когда вербовка совершается посредствомъ насилія или обмана. Г. Фейолей стоялъ за установленіе болѣе широкаго понятія embauchage, какими бы способами онъ ни совершался,—на что ему справедливо возражали (г. Альбанель, кн. Тенишевъ), что государства, допускающія и регламентирующія проституцію, не могутъ въ то же время за-

прещать вербовку, ибо подъ это понятіе должно будетъ подпасть всякое принятіе женщины, хотя бы совершеннолѣтней и съ ея согласія, въ домъ терпимости. Конгрессъ выразилъ полное одобреніе всѣмъ законодательнымъ, административнымъ и полицейскимъ мѣрамъ, принятымъ парижской конференціей, но, по предложенію Миленко Веснича, отложилъ обсужденіе вопроса наказуемаго embauchage, въ виду своей неподготовленности къ его рѣшенію.

Нельзя не опасаться, что созданіе того проступка, который проектировалъ г. Фейолей, окажется мѣрой чисто академической, непримѣнимой и потому безцѣльной. Бороться со зломъ необходимо способами практическими и цѣлесообразными, опирающимися на нравственныя начала, но безъ полной замѣны этими послѣдними. Какъ замѣтилъ Гансъ Гроссъ (по другому поводу)—„on ne construit pas des chemins de fer avec de la morale“...

Съ большимъ интересомъ было выслушано чрезвычайно содержательное, живое и прекрасно изложенное сообщеніе г. Саломона (бывшаго начальника главнаго тюремнаго управленія) о ссылкѣ въ Сибирь и на Сахалинъ, равно какъ и сообщеніе И. Г. Щегловитова о суммарномъ производствѣ.

Остается упомянуть о рѣчахъ. Ихъ было шесть: вступительныя рѣчи министра юстиціи и проф. Листа, рѣчи Гарро о новыхъ направленіяхъ и ванъ-Гамеля о послѣднемъ воплощеніи идеи наказанія, рѣчь Листа о соціологическихъ факторахъ преступности и заключительная рѣчь ванъ-Гамеля. Рѣчь Н. В. Муравьева, появившаяся въ печати цѣликомъ, дала прекрасную вполнѣ безпристрастную характеристику значенія дѣятельности Международнаго Союза. Едва ли нужно говорить, что и форма ея, и искусство оратора произвели глубокое впечатлѣніе на слушателей. Гарро также говорилъ красиво и интересно, мѣстами глубоко, но въ рѣчи его чувствовалась нѣкоторая неподготовленность, отсутствіе точно формулированныхъ и продуманныхъ положеній. Ванъ-Гамель чрезвычайно удачно прощался съ конгрессомъ въ заключительномъ словѣ, но первая его рѣчь была довольно темна и въ особенности теряла по сравненію съ предшествовавшими рѣчами Н. В. Му-

равьева и Гарро. Помимо того она непріятно поражала своей страстной и нетерпимой односторонностью. Наконецъ, Листъ остался вѣренъ себѣ, давъ въ своей рѣчи блестящій образецъ свойственнаго ему таланта: програмный дѣятель по преимуществу, набрасывающій яркіе эскизы, мало заботящійся объ ихъ разработкѣ, постоянно неудовлетворяющійся добываемыми результатами и ищущій новаго,—болѣе публицистъ, чѣмъ юристъ,—таковъ онъ въ своихъ трудахъ (исключая, конечно, знаменитый Lehrbuch), таковъ онъ былъ и въ рѣчи своей, гдѣ пролетаріатъ и неврастенія ставились въ одну категорію понятій, гдѣ наряду съ признаніемъ и сохраненіемъ принципа nulla poena sine lege рекомендовалось обществу устранять („sans faiblesse, mais sans dureté“: безъ пощады, но и безъ жестокости) всѣхъ тѣхъ, кого общество не можетъ спасти, кто къ обществу не можетъ приспособиться и спасать всѣхъ тѣхъ, кого борьба за существованіе грозитъ уничтожить. Упомянувъ о Толстомъ и его отрицаніи права наказанія, Листъ замѣтилъ, что Толстой возстаетъ противъ наказанія, какъ мѣры возмездія, но что тѣ мѣры, которыя предлагаются новой школой, критикой Толстого не затронуты. Это, конечно, глубокое заблужденіе: критика Толстого основывается на началахъ христіанства, и съ этими началами несовмѣстимо государственное наказаніе, могущее принять форму „элиминированія безъ пощады“ неприспособляемыхъ элементовъ...

Такова работа петербургскаго конгресса. Его значеніе и результаты заключаются, конечно, не въ принятыхъ имъ тезисахъ, лишенныхъ практической санкціи и могущихъ подлежать оспариванію и критикѣ. Но, повторяю, тѣхъ цѣлей, къ которымъ онъ могъ стремиться, онъ достигъ вполнѣ, а по внѣшнему своему блеску и по возбужденному имъ общественному вниманію онъ значительно превзошелъ предшествующіе и въ исторіи дѣятельности Международнаго Союза оставитъ яркій и замѣтный слѣдъ.

Психическая оцѣнка виновности и объективная мѣра наказуемости покушенія.

I.

Два крупныхъ вопроса были предложены разсмотрѣнію IX конгресса. Одинъ—скорѣе практическаго характера,—о желательныхъ реформахъ въ области предварительнаго слѣдствія и преданія суду, съ цѣлью возможно лучшаго обезпеченія какъ интересовъ личной свободы, такъ и раскрытія истины. Другой—скорѣе теоретическій—о томъ, какое значеніе долженъ придавать уголовный законъ психическимъ элементамъ преступленія по сравненію съ его матеріальными послѣдствіями?

Этотъ второй вопросъ, въ дѣятельности Международнаго Союза, уже имѣетъ свою исторію. Впервые онъ былъ возбужденъ союзомъ два года тому назадъ и разсматривался на съѣздѣ нѣмецкой группы союза въ Страсбургѣ [1]). Докладчикъ, проф. Зейфертъ (Seuffert), коснулся, впрочемъ, главнымъ образомъ лишь одной стороны этого вопроса, а именно—вліянія на отвѣтственность *послѣдствій* дѣянія, когда не доказано, что виновный ихъ предвидѣлъ,—и настаивалъ на томъ, что послѣдствія эти не должны быть вмѣнены. Въ преніяхъ шла рѣчь и о наказуемости покушенія и соучастія. Но съѣздъ не пришелъ ни къ какимъ опредѣленнымъ выводамъ и резолюцій не постановлялъ. Однако, на немъ выяснилась несомнѣнная тенденція—придавать большее значеніе психическимъ элементамъ, чѣмъ матеріальнымъ послѣдствіямъ, и въ

[1]) Протоколы съѣзда см. Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal, IX, 1, pp 42—157.

этомъ смыслѣ вопросъ былъ вновь поставленъ въ засѣданіи Société Générale des Prisons, въ Парижѣ 17 апрѣля 1901 г., при участіи представителей международнаго союза криминалистовъ—Ф. Листа, ванъ-Гамеля, Прэнса и др. Докладчикомъ былъ Гарро, несомнѣнно одинъ изъ наиболѣе уравновѣшенныхъ умовъ французской юридической науки. Въ положеніяхъ его талантливаго доклада говорилось, между прочимъ, слѣдующее:

Тяжесть преступленія должна быть оцѣниваема, несомнѣнно, соотвѣтственно волѣ преступника, но доведенная до крайности, эта точка зрѣнія приводитъ къ тому, чтобы наказывать человѣка не за то, что онъ сдѣлалъ, но за то, что онъ есть (non pour ce qu'il a fait, mais pour ce qu'il est). Постепенное сведеніе на нѣтъ законодательныхъ функцій въ пользу функцій судебныхъ, а этихъ послѣднихъ—въ пользу функцій административныхъ—вотъ то направленіе, которое принимаетъ новая школа, придавая преимущественное значеніе психическимъ факторамъ преступленія. Между тѣмъ, за законодателемъ должна быть сохранена двоякая функція—установленіе главныхъ и придаточныхъ элементовъ каждаго преступленія и рода и степени положеннаго за него наказанія подъ опасеніемъ, въ противномъ случаѣ, отдать личность въ руки произволу, тѣмъ болѣе несносному, что онъ прикрывался бы предлогомъ общественной защиты [1]).

Въ преніяхъ, дѣйствительно, выяснилась наличность двухъ рѣзко противоположныхъ направленій: одного, которое можно назвать консервативнымъ,—нечуждаго субъективизма, но не теряющаго изъ вида общихъ условій и цѣлей карательной дѣятельности и отмежевывающаго, въ интересахъ законности, опредѣленную область какъ законодателю, такъ и судьѣ. Другое—радикальное, имѣющее лозунгомъ борьбу съ преступностью, рекомендующее полную сво-

[1]) „Or, sous peine de livrer les individus à un arbitraire qui serait d'autant plus insupportable qu'il se couvrirait du prétexte de la défense sociale, il faut maintenir au législateur la double fonction de déterminer les éléments principaux et accessoires de chaque délit et de fixer la nature et la mesure de la peine applicable"

боду для судьи, упрощеніе уголовно-юридическихъ понятій, группировку преступниковъ по психологическимъ основаніямъ. Къ первому примкнули Гарро, Беранже, Тардъ, Ле-Пуатвенъ; ко второму—ванъ-Гамель, Ф. Листъ, Прэнсъ и др.

Резолюцій и на этотъ разъ не было постановлено,—и такимъ образомъ, вопросъ почти въ третій разъ подлежалъ обсужденію во всей своей полнотѣ.

Коснувшись уже судьбы вопроса на Петербургскомъ конгрессѣ, я позволяю себѣ думать, что въ этой области работы такихъ собраній, какъ международные съѣзды, едва ли могутъ быть истинно плодотворны. Въ такихъ крупныхъ теоретическихъ вопросахъ науки разбираться путемъ голосованія резолюцій—неумѣстно. Съ другой стороны, при ограниченности времени, даваемаго каждому изъ участниковъ для защиты своихъ взглядовъ, спокойное, серьезное и—главное—по возможности многостороннее обсужденіе—значительно затрудняется, становится почти невозможнымъ.

Но если, такимъ образомъ, въ области подобныхъ вопросовъ конгрессамъ трудно достигать своихъ прямыхъ, по преимуществу практическихъ, цѣлей, все же на самую постановку темы сѣтовать не приходится. Ширина ея и интересъ, ею возбуждаемый, заставляютъ надѣяться, что она найдетъ надлежащую разработку въ будущихъ трудахъ союза, тѣмъ болѣе, что на Петербургскомъ конгрессѣ этой разработки не было.

Въ дальнѣйшихъ строкахъ сдѣланъ опытъ разсмотрѣнія одной стороны вопроса—о наказуемости покушенія. Само собою разумѣется, что отвѣтомъ въ этой области предопредѣляется и отношеніе къ двумъ другимъ вопросамъ—о значеніи послѣдствій и объ основаніяхъ наказуемости соучастниковъ.

II.

Напомнимъ, прежде всего, систему улож. о наказ. и проекта будущаго уголовнаго уложенія.

Редакторы уложенія 1845 г. [1]) предполагали различать про-

[1]) См. Объясн. къ проекту угол. улож., т. I, стр 423.

стое покушеніе, остановленное по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшимъ, и оконченное покушеніе, причемъ первый видъ раздѣляется на степени по большей или меньшей близости его къ оконченному дѣянію. Въ окончательной редакціи уложенія это послѣднее раздѣленіе (conatus remotus, proximus) было оставлено. Оконченное покушеніе было опредѣлено какъ такое, когда подсудимымъ сдѣлано все, что онъ могъ считать нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ дѣйствіе, и только по особеннымъ, непредвидѣннымъ имъ обстоятельствамъ, преднамѣренное имъ зло не совершилось. Законъ 9 марта 1864 г., при опредѣленіи понятія оконченнаго покушенія, прямо сталъ на субъективную точку зрѣнія, замѣнивъ выраженіе „что онъ могъ считать нужнымъ“ другимъ: „что онъ считалъ нужнымъ“. При этомъ, тотъ же законъ прибавилъ къ ст. 115, опредѣлявшей наказуемость окончательнаго покушенія, примѣчаніе, предусматривающее такъ называемое покушеніе съ негоднымъ средствами.

При покушеніи неоконченномъ уложеніе 1845 г. допускало смягченіе на одну или двѣ степени, смотря по большей или меньшей близости къ совершенію преступленія, а покушеніе оконченное наказывало наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ. Законъ 1864 г. допустилъ значительное уменьшеніе отвѣтственности за покушеніе, внесенное потомъ въ ст. 114—115 уложенія изд. 1866 г.

Изъ сопоставленія этихъ статей легко усмотрѣть, что дѣйствующее наше уложеніе лишь по формѣ, а не принципіально, признаетъ различіе между покушеніемъ неоконченнымъ и покушеніемъ оконченнымъ: послѣднее можетъ быть караемо въ отдѣльныхъ случаяхъ одинаково съ первымъ и даже мягче его. Съ другой стороны, добровольное прекращеніе начатой дѣятельности по уложенію обусловливаетъ ненаказуемость покушенія, какъ такового. Что же касается покушенія оконченнаго, то, какъ неоднократно указывалъ Правительствующій Сенатъ, здѣсь не можетъ уже ставиться вопросъ о добровольномъ прекращеніи преступной дѣятельности; предотвращеніе же послѣдствій уложеніемъ не предусматривается.

Предоставляя, такимъ образомъ, довольно широкій просторъ судейскому усмотрѣнію въ дѣлѣ опредѣленія *размѣра* смягченія наказанія, дѣйствующее наше уложеніе установляетъ обязательность самого принципа смягченія: судья въ настоящее время дѣйствительно *обязанъ* смягчать наказаніе,—при покушеніи оконченномъ minimum на одну, maximum на три степени, при покушеніи же неоконченномъ minimum на двѣ, maximum на четыре степени. Для нашего права, стало быть, болѣе снисходительное отношеніе къ виновнику покушенія является такимъ же традиціоннымъ, какъ и для западно-европейскихъ законодательствъ за исключеніемъ Code pénal.

III.

Проектъ уголовнаго уложенія значительно видоизмѣняетъ изложенную систему.

Прежде всего, въ самое опредѣленіе понятія покушенія вносится тотъ признакъ, что оно должно быть не довершено по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему. Поэтому, дѣятельность, добровольно прерванная, или такая, послѣдствія коей были предотвращены самимъ дѣятелемъ, не подходитъ подъ понятіе покушенія и eo ipso не наказуема.

Далѣе, проектъ, слѣдуя въ этомъ отношеніи communis opinio, не дѣлаетъ болѣе различія между покушеніемъ оконченнымъ и покушеніемъ неоконченнымъ.

Что же касается наказуемости, то проектъ устанавливаетъ слѣдующія положенія:

а) наказуемость покушенія зависитъ отъ тяжести того преступнаго дѣянія, на которое виновный покушался, а именно: сообразно трехчленному дѣленію преступныхъ дѣяній, принятому проектомъ, онъ опредѣляетъ, что покушеніе на тяжкія преступленія всегда наказуемо; на преступленія—въ особо указанныхъ случаяхъ,—покушеніе на проступки ненаказуемо;

б) наказаніе за покушеніе смягчается въ томъ порядкѣ, который принятъ проектомъ для опредѣленія наказанія виновному, признан-

ному, при наличности уменьшающихъ вину обстоятельствъ, заслуживающимъ снисхожденія [1]).

Все вышеизложенное показываетъ, что въ отношеніи наказуемости покушенія проектъ предоставляетъ значительный просторъ судейскому усмотрѣнію. Если по дѣйствующему праву покушеніе непремѣнно наказывается мягче оконченнаго дѣянія, то проектъ предъявляетъ судьѣ одно лишь обязательное требованіе—не назначать maximum'а наказанія. Дальнѣйшее уменьшеніе наказанія и переходъ къ другому, низшему, *лишь предоставляются* судьѣ. Онъ *можетъ* воспользоваться этимъ правомъ, но можетъ имъ и не воспользоваться, если по обстоятельствамъ дѣла не усмотритъ надобности въ такомъ смягченіи. Даже съ точки зрѣнія тѣхъ, кто въ болѣе снисходительномъ отношеніи къ покушенію видитъ опасность ослабленія репрессіи (énervement de la répression), система проекта едва ли можетъ подать поводъ къ такимъ опасеніямъ. Запрещеніе назначить maximum, по существу, особеннаго значенія

---

[1]) Порядокъ этотъ заключается, согласно ст. 53 проекта редакціи 1901 г., въ томъ, что. 1) не можетъ быть назначена высшая мѣра наказанія, за учиненное преступное дѣяніе въ законѣ установленная; слѣдовательно, maximum каторги обязательно уменьшается на полгода (такъ какъ срокъ каторги назначается годами и полугодами), maximum исправительнаго дома—на мѣсяцъ (т к. срокъ этого наказанія назначается годами и мѣсяцами),—maximum тюрьмы и крѣпости на недѣлю (т. к. сроки этихъ наказаній опредѣляются годами, мѣсяцами и недѣлями). Правило это, понятно, не находитъ себѣ примѣненія къ тѣмъ наказаніямъ, которыя не имѣютъ maximum'а и minimum'а, каковы. смертная казнь, безсрочная каторга, поселеніе; 2) при опредѣленіи въ законѣ за преступное дѣяніе низшаго предѣла наказанія (напр., каторга не ниже восьми лѣтъ, исправит. домъ не ниже трехъ лѣтъ, тюрьма или крѣпость не ниже шести мѣсяцевъ) суду предоставляется уменьшить оное до низшаго законнаго размѣра сего рода наказанія (для каторги—четыре года, для исправит дома $1^1/_2$ года, для крѣпости—двѣ недѣли, для тюрьмы—три недѣли); 3) при отсутствіи въ законѣ особаго опредѣленія о низшемъ предѣлѣ наказанія за данное преступное дѣяніе, судъ *можетъ* уменьшить сіе наказаніе до низшаго законнаго размѣра сего рода наказанія или перейти и къ другому наказанію въ постепенности, указанной закономъ. Отъ крѣпости законъ не допускаетъ перехода къ другому наказанію, въ виду того характера custodia honesta, который имѣетъ это наказаніе. Наконецъ, относительно покушенія съ негодными средствами проектъ сохраняетъ постановленіе дѣйствующаго уложенія.

не имѣетъ: для смертной казни, безсрочной каторги и поселенія оно вообще не можетъ приниматься въ расчетъ. Для срочной каторги, исправит. дома, тюрьмы и крѣпости оно сводится къ незначительному сокращенію высшаго срока, какъ выше указано. Притомъ, нужно замѣтить, что назначеніе высшей мѣры наказанія вообще слѣдуетъ считать скорѣе исключеніемъ. За общее правило слѣдуетъ, конечно, принять назначеніе средней мѣры,—а въ отношеніи этой послѣдней судья, назначающій наказаніе за покушеніе, вполнѣ свободенъ,—смягченіе факультативно.

Если, такимъ образомъ, система проекта дастъ полную возможность въ отдѣльныхъ случаяхъ карать покушеніе достаточно строго, то все-таки проектъ сохраняетъ въ силѣ принципъ, согласно которому покушеніе, какъ таковое, *нормально* наказывается мягче оконченнаго дѣянія. Къ этому присоединяется и то обстоятельство, что въ массѣ случаевъ покушеніе на преступленіе („проступокъ“ по прежней терминологіи проекта)—не наказуемо. Другими словами, проектъ отнюдь не становится на точку зрѣнія безусловнаго *уравненія* покушенія съ оконченнымъ дѣяніемъ, а держится правильнаго воззрѣнія, сущность котораго изложена ниже.

IV.

Во всякомъ преступномъ дѣяніи можно различить двѣ стороны: внутреннюю и внѣшнюю. Внутренняя,—это субъективная виновность, которую новая школа обозначаетъ выраженіемъ facteurs psychiques. Внѣшняя—это объективныя послѣдствія, тотъ вредъ, который въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ причиняется. Все, что матеріально, само по себѣ поддается гораздо легче взвѣшиванію и оцѣнкѣ, чѣмъ элементы психическіе. Огромное разнообразіе карательныхъ санкцій необходимо въ виду огромнаго разнообразія тѣхъ правъ и благъ, на которыя посягаетъ преступникъ; но это разнообразіе, конечно, чрезмѣрно бы умножилось, если бы законъ сталъ пытаться предусмотрѣть и заранѣе оцѣнить, съ карательной точки зрѣнія, всѣ возможные оттѣнки субъективной виновности.

Отказываясь отъ такой попытки, законъ, такъ сказать, лишь въ общихъ чертахъ устанавливаетъ масштабъ для оцѣнки субъективной виновности. Но при этомъ, какъ совершенно правильно указалъ г. Беранже (M. Bérenger) въ преніяхъ, имѣвшихъ мѣсто въ Société générale des Prisons, весьма часто тѣ или другія внѣшнія, матеріальныя особенности дѣянія предусматриваются закономъ потому, что въ нихъ проявляются оттѣнки субъективной виновности. Убійство посредствомъ отравленія и убійство посредствомъ выстрѣла изъ ружья со стороны ихъ послѣдствій тождественны, но въ первомъ усматриваются признаки особеннаго коварства, жестокости, низости: оно и находитъ себѣ болѣе строгую оцѣнку. Наоборотъ, убійство незаконнорожденнаго ребенка его матерью при самомъ рожденіи карается мягче, потому что изъ совокупности этихъ внѣшнихъ условій (незаконность,—виновница мать,—убійство совершено сейчасъ же послѣ родовъ) законодатель заключаетъ о меньшей субъективной виновности. Число примѣровъ подобнаго рода можно было бы увеличить. Они свидѣтельствуютъ о томъ, что законодатель, установляя размѣры наказуемости главнымъ образомъ въ зависимости отъ объективной тяжести преступленія, постоянно считается и съ элементами психическими.

При конструкціи понятія покушенія и установленія его наказуемости должны быть точно также принимаемы во вниманіе какъ психическіе элементы, такъ и внѣшніе результаты дѣянія—въ томъ же смыслѣ и въ томъ же объемѣ, какъ и при оконченныхъ дѣяніяхъ.

Сравнивая же наказуемость покушенія съ наказуемостью оконченнаго дѣянія, мы найдемъ, что и здѣсь удѣляется достаточно вниманія и субъективной, и объективной сторонамъ.

Такъ, прежде всего, значеніе психическихъ элементовъ выражается въ томъ, что покушеніе принципіально разсматривается какъ наказуемое дѣяніе, несмотря на его конкретную безвредность. Съ чисто юридической и притомъ догматической точки зрѣнія, современная доктрина совершенно правильно утверждаетъ, что правовое

основаніе наказанія за покушеніе идентично съ правовымъ основаніемъ наказанія за оконченное дѣяніе. Но столь же несомнѣнно, что реакція, не требующая для своего примѣненія непремѣнно внѣшнихъ результатовъ, карающая преступную волю на той стадіи ея проявленія, когда о внѣшнемъ вредѣ не можетъ быть и рѣчи, такая реакція не зиждется только на объективныхъ основаніяхъ.

Очевидно, что если бы для наказуемости требовался непремѣнно матеріальный эффектъ, законодатель бы не находилъ возможнымъ устанавливать запретъ и санкціонировать его наказаніемъ въ тѣхъ случаяхъ, когда этого эффекта не произошло. Могутъ возразить, что покушеніе наказуемо въ виду его объективной опасности,—но если бы это дѣйствительно было такъ, то въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ для наказуемости покушенія требовалось бы доказать, что эта объективная опасность была налицо. Между тѣмъ, какъ извѣстно, ничего подобнаго не требуется.

Далѣе, слѣдуетъ указать на то различіе, которое дѣлалось и до сихъ поръ дѣлается, напр., въ нашемъ уложеніи, между покушеніемъ оконченнымъ и покушеніемъ неоконченнымъ.

Первое вызываетъ къ себѣ болѣе строгое отношеніе, чѣмъ второе. Въ томъ и другомъ случаѣ объективныхъ послѣдствій не было. Но въ первомъ случаѣ виновный сдѣлалъ все, что онъ считалъ нужнымъ, для приведенія своего замысла въ исполненіе, а во второмъ дѣятельность его прервана. Тамъ субъективная виновность выразилась во всей полнотѣ, недоставало только внѣшнихъ послѣдствій. Здѣсь этихъ послѣдствій тоже нѣтъ, но кромѣ того и субъективная виновность не успѣла вполнѣ проявиться. Дѣятельность виновнаго прервана обстоятельствами посторонними, но о томъ, что онъ ее продолжалъ бы, можно заключать только предположительно. Кто знаетъ, быть можетъ, его бы обуяло раскаяніе, страхъ бы его остановилъ. И если это различіе между субъективно-оконченнымъ и субъективно-неоконченнымъ покушеніемъ для законодателя трудно уловимо, то въ глазахъ судьи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ оно должно имѣть несомнѣнное значеніе.

Если виновный уже завершилъ свою дѣятельность и только дожидается ея результатовъ, которые посторонними обстоятельствами будутъ предотвращены, онъ, конечно, заслуживаетъ болѣе строгаго наказанія, нежели тотъ, который, приступивъ къ исполненію своего замысла, былъ остановленъ, быть можетъ, на первыхъ же порахъ. Во вниманіе къ психическимъ элементамъ, необходимо слѣдуетъ придти къ выводу, что судья долженъ строже наказывать délit manqué, нежели tentative suspendue.

Наконецъ, значеніе психическихъ факторовъ проявляется и должно проявляться въ рѣшеніи того запутаннаго и спорнаго вопроса, который подымается при такъ называемомъ покушеніи съ негодными средствами. При правильномъ рѣшеніи этого вопроса, приходится становиться, какъ мы думаемъ, на ту точку зрѣнія, на которой стоятъ и дѣйствующее наше уложеніе, и проектъ. Только съ принятіемъ этой точки зрѣнія устраняются тѣ затрудненія, которыя возникаютъ неизбѣжно при всякихъ попыткахъ объективно классифицировать категоріи негодныхъ средствъ, различать абсолютно и относительно негодныя и т. п. По русской постановкѣ, не самое средство, а выборъ его, свидѣтельствуя о глубокомъ невѣжествѣ или суевѣріи, имѣетъ рѣшающее значеніе. Здѣсь—полное торжество „психическихъ факторовъ“. Лицо, покушавшееся на отравленіе и давшее по ошибкѣ вмѣсто приготовленной отравленной конфеты—безвредную, отвѣчаетъ въ уголовномъ порядкѣ. Лицо, по крайнему своему невѣжеству, думающее, какъ одно изъ дѣйствующихъ лицъ романа Zola „la Terre“, что если во время сношенія съ беременной женщиной прочесть на оборотъ „Отче нашъ“,—произойдетъ выкидышъ, за такое покушеніе—не наказуемо. Между тѣмъ, оба средства сами по себѣ одинаково недѣйствительны.

Замѣтимъ, при этомъ, что здѣсь психическимъ факторамъ придается то значеніе, которое они должны имѣть съ точки зрѣнія господствующаго и въ наукѣ, и въ законодательствѣ взгляда на реквизиты виновности. „Крайнее невѣжество“ и суевѣріе потому извиняетъ, что признается (какъ указываетъ, между прочимъ, объ-

яснит. записка къ проекту) болѣе или менѣе граничащимъ съ состояніемъ невмѣняемости. Но если безусловно отказаться отъ господствующихъ взглядовъ и проектировать наказуемость, основанную на психологическомъ діагнозѣ опасности даннаго лица, то, рамѣется, и тутъ есть полное основаніе примѣнять наказаніе. Лицо, по невѣжеству или суевѣрію избравшее такое средство, какъ заклинаніе, совершившее какіе-нибудь чародѣйные обряды надъ водой, чтобы ею отравить врага,—разъ оно глубоко убѣждено въ дѣйствительности этихъ средствъ, представляетъ такую же психическую испорченность и соціальную опасность, какъ и тотъ, кто употребилъ ядъ или огнестрѣльное оружіе. Мало того: съ этой же точки зрѣнія должна получить полное оправданіе наказуемость такъ называемыхъ delicta putativa, гдѣ отсутствуетъ самый объектъ: убійство трупа, прелюбодѣяніе съ собственной женой, кража собственной вещи. Ибо самое наименованіе: delictum putativum—указываетъ, что преступность здѣсь кроется въ психикѣ дѣятеля. Тотъ, кто, совершая извѣстное дѣяніе, ошибочно считаетъ его преступленіемъ, съ субъективной точки зрѣнія такъ же несомнѣнно заслуживаетъ наказанія, какъ если бы онъ не ошибался.

Обратимся теперь къ значенію внѣшнихъ послѣдствій при покушеніи.

Здѣсь мы, прежде всего, замѣтимъ, что именно во вниманіе къ этимъ внѣшнимъ послѣдствіямъ всѣ современныя законодательства отказываются отъ наказуемости добровольно оставленнаго покушенія. Дѣятелю предлагается золотой мостъ къ возврату,—ибо, какъ уже давнымъ давно указывалось, если бы покушеніе, хотя бы и добровольно оставленное, подлежало наказанію, то исчезъ бы одинъ изъ могущественныхъ импульсовъ, побуждающихъ виновнаго пріостановиться въ началѣ своей преступной дѣятельности, пока не наступили еще ея послѣдствія. При этомъ, какъ справедливо указываетъ доктрина, этотъ отказъ отъ продолженія начатой уже дѣятельности долженъ корениться въ свободномъ рѣшеніи дѣйствовавшаго лица, будетъ ли это рѣшеніе проистекать изъ страха, или изъ раскаянія, изъ нравственнаго или физическаго отвраще-

нія, „mag er vielleicht,—говоритъ Листъ,—auch aus den niedrigsten Beweggründen, etwa der Enttäuschung über den geringen Wert der zu stehlenden Gegenstande entspringen“. Ясно, стало быть, что здѣсь психическая сторона вполнѣ остается въ тѣни. Психологическій діагнозъ виновности лица, не успѣвшаго докончить кражу потому, что его застигли на мѣстѣ преступленія, по сравненію съ такимъ же діагнозомъ, примѣненнымъ къ лицу, не докончившему кражи потому, что не хотѣлъ, какъ говорится, руки марать (въ виду малоцѣнности имущества),—едва ли можетъ привести къ болѣе благопріятнымъ для этого послѣдняго результатамъ. И если согласиться съ гипертрофированнымъ значеніемъ, которое хотятъ придать „психическимъ факторамъ“, придется, несомнѣнно, вернуться къ тому предложенію, которое дѣлалъ еще Фаринацій, доказывавшій, что добровольно оставленное покушеніе должно быть ненаказуемо, если мотивомъ было раскаяніе и угрызенія совѣсти, если же виновный дѣйствовалъ изъ страха наказанія или по другимъ подобнымъ основаніямъ, то должно быть допущено лишь смягченіе наказанія. Но, не говоря уже о томъ, что такое предложеніе совершенно несовмѣстимо съ современными представленіями объ условіяхъ виновности, оно съ точки зрѣнія уголовно-политической было бы въ высшей степени непрактично. Въ интересахъ избѣжанія тѣхъ зловредныхъ послѣдствій, которыя влечетъ за собою довершеніе преступнаго дѣянія, гораздо важнѣе обезпечить безнаказанность тому, который мало доступенъ мотивамъ этическимъ—раскаянію и угрызеніямъ совѣсти, чѣмъ тому, который способенъ раскаяться и почувствовать угрызенія совѣсти. А для правопорядка, конечно, важно, чтобы преступленія не совершались вовсе, а не то, чтобы они не совершались только благодаря побужденіямъ этическаго характера.

Важность и значеніе внѣшнихъ послѣдствій проявляется затѣмъ въ тенденціи карать покушеніе мягче, чѣмъ оконченное дѣяніе. „Es bedarf,—говоритъ Schwarze въ Holtzendorff's Handbuch II, стр. 276,—keines Eingehens auf die einzelnen Strafrechtstheorien, um die Verschiedenheit der Strafbarkeit (des Versuches)

zu rechtfertigen: die Rechtfertigung liegt unabweisbar in der Thatsache, das die That und der Wille sich nicht gegenseitig decken, und dieser Mangel auch bei dem beendigten Versuche, trotzdem dass hier der Wille sich nicht weiter objektiviren konnte, als geschehen, einer Gleichstellung entgegentritt",

„Une législation, замѣчаетъ Garraud (Traité, I, p. 307), qui ne fonde pas la pénalité sur la moralité seule des actions humaines, mais qui considère le préjudice, causé par ces actions, punira moins sévèrement le crime manqué que le crime consommé". И вся огромная литература о наказуемости покушенія является развитіемъ этихъ простыхъ мыслей, принятыхъ подавляющимъ большинствомъ законодательствъ и повторенныхъ, между прочимъ, въ засѣданіи Société Générale des Prisons 17 апрѣля 1901 г. Мы ихъ здѣсь, конечно, повторять не будемъ, укажемъ только, что новѣйшіе защитники противоположнаго взгляда не старались опровергнуть эти доводы.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ это явствуетъ и изъ системы проекта уголовнаго уложенія, если на покушеніе установляется принципіально болѣе мягкій взглядъ, чѣмъ на оконченное преступленіе, это не значитъ, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ покушеніе должно наказываться мягче, чѣмъ оконченное дѣяніе. Система проекта, по нашему мнѣнію, представляетъ въ этомъ отношеніи наилучшее разрѣшеніе задачи. Въ ней судья ограниченъ только, такъ сказать, къ верху: онъ не можетъ назначить максимума. Но къ низу онъ свободенъ. Ему предоставлено право, причемъ, конечно, предполагается, что онъ этимъ правомъ будетъ пользоваться. Такимъ образомъ, покушеніе тутъ не разсматривается ни съ точки зрѣнія чрезмѣрнаго субъективизма à outrance. Недовершенію преступнаго дѣянія придается то значеніе, которое оно должно имѣть; въ огромномъ большинствѣ случаевъ оно обусловитъ смягченіе наказанія.

Разсмотримъ же теперь послѣдствія принятія начала принципіальнаго уравненія, во имя преобладанія психическихъ факторовъ, наказуемости покушенія съ наказуемостью оконченнаго дѣянія.

Нѣкоторыя изъ этихъ послѣдствій нами уже были указаны. Мы видѣли, что логичное проведеніе разсматриваемаго начала должно привести къ отказу отъ общаго принципа ненаказуемости добровольно оставленнаго покушенія, въ виду возможности низменныхъ мотивовъ, побудившихъ къ отказу отъ начатой дѣятельности; при наличности такихъ мотивовъ, съ субъективной точки зрѣнія, нѣтъ основанія не наказывать. Далѣе умаленіе или, лучше сказать, полное отрицаніе значенія объективнаго вреда должно повести къ наказуемости за покушеніе съ негодными средствами и надъ негоднымъ объектомъ во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ. Другія невыгодныя и недопустимыя послѣдствія были указаны въ возраженіяхъ противъ принципа уравненія, сдѣланныхъ въ засѣданіи Société Générale des Prisons. Я позволю себѣ къ тому и другому добавить лишь немногое.

Такъ, нельзя не видѣть, что отмѣченное стремленіе къ отрицанію значенія объективнаго вреда должно привести къ чрезмѣрному расширенію репрессіи, надобность въ которомъ отнюдь не доказана. Напротивъ того, можно сказать, что все современное направленіе уголовной политики стремится къ ограниченію уголовной репрессіи. Для обоснованія поворота въ этомъ именно пунктѣ требовались бы вѣскіе доводы, которые, однако, отсутствуютъ.

Далѣе, логическимъ же различіемъ оспариваемой мысли является столь же спорное признаніе наказуемости даже за отдаленныя приготовительныя дѣйствія, если въ нихъ достаточно выразились антисоціальныя стремленія. Уцѣлѣетъ при такихъ условіяхъ одинъ только принципъ: cogitationis poenam nemo patitur. Всѣ усилія мысли, которыя были направлены на отысканіе и установленіе сколько-нибудь прочныхъ объективныхъ предѣловъ наказуемой предварительной дѣятельности, исходили изъ убѣжденія въ необходимости разумной экономіи карательной дѣятельности, въ интересахъ справедливости и цѣлесообразности. Разъ отрѣшиться отъ этого убѣжденія и пренебречь объективнымъ масштабомъ, нѣтъ, въ самомъ дѣлѣ, никакого основанія иначе относиться къ приготовленію, чѣмъ къ покушенію: приготовленіе должно быть всегда наказуемо

и, по размѣру наказанія, должно быть приравнено къ оконченному дѣянію.

Такое устраненіе объективнаго масштаба наказуемости, въ концѣ концовъ, не можетъ не расшатать самихъ основаній карательной системы, не давая, взамѣнъ, ничего сколько-нибудь прочнаго и приводя къ той einseitige Ethisirung des Strafrechts, о которой говорилъ Dr. Liepmann въ Страсбургскомъ собраніи нѣмецкой группы союза въ 1900 году. Не трудно видѣть, что если отрѣшиться отъ принципа пропорціональности объективной тяжести преступнаго дѣянія съ тяжестью наказанія, то не окажется прочныхъ данныхъ для сужденія о субъективной преступности.— И въ результатѣ, вмѣсто того, чтобы карать за предусмотрѣнныя въ законѣ дѣянія при наличности установленныхъ въ законѣ же условій виновности, мы будемъ бороться эмпирическими мѣрами съ антисоціальными свойствами отдѣльной личности, въ чемъ бы онѣ ни выражались.

Остается еще коснуться того историческаго довода, который выставляется приверженцами уравненія, по наказуемости, покушенія съ оконченнымъ дѣяніемъ: ссылки на систему Code Pénal, устанавливающую такое равенство. Система эта, какъ извѣстно, сильно критикуется лучшими французскими юристами и на практикѣ остается мертвой буквой: обстоятельство едва ли говорящее въ пользу принятія этого же начала другими кодексами. Но и помимо того, система Code Pénal покоится на совершенно иномъ основаніи, чѣмъ признаніе важности „психическихъ факторовъ“, о которыхъ составители Code Pénal едва ли подумали. По времени своего происхожденія и по основнымъ своимъ тенденціямъ, Code Pénal несомнѣнно является продуктомъ теоріи устрашенія. Этимъ и объясняется крайняя суровость его постановленій. Съ точки зрѣнія теоріи устрашенія, какъ правильно замѣчаетъ Schwarze въ Holtzendorff's Handbuch, II, стр. 276, дѣйствительно можно доказывать, что покушеніе должно наказываться столь же строго, какъ и оконченное дѣяніе,—но современная мысль уже отвергла теорію устрашенія, и изъ нея не дозволительно болѣе черпать доводы.

Этимъ и объясняется, что Code Pénal дѣлаетъ такое крупное

различіе наказуемости покушенія на crimes, délits, contraventions. Съ чисто-объективной точки зрѣнія, такое различіе не можетъ быть оправдано. Если, во вниманіе къ психическимъ факторамъ, приравнивать, по наказуемости, покушеніе къ оконченному дѣянію, то нѣтъ основаній дѣлать въ этомъ отношеніи какія-либо различія между crimes, délits и contraventions. Различіе это опирается всецѣло на признаніе *объективной* незначительности покушенія на délits и contraventions, обусловливающую его наказуемость, частичную при délits, безусловную при contraventions.—Наконецъ, отсутствіе субъективизма проявляется и въ томъ, что Code Pénal не дѣлаетъ различія между tentative suspendue и délit manqué, тогда какъ именно съ субъективной точки зрѣнія, какъ мы уже выше указывали, это различіе существуетъ.

Такимъ образомъ, ссылка на Code Pénal не можетъ служить аргументомъ въ пользу желаемаго уравненія, по наказуемости, покушенія и оконченнаго дѣянія.

Плотскія преступленія по проекту уголовнаго уложенія [1]).

Уже лѣтъ семь мы находимся „накапунѣ отмѣны“ Уложенія о Наказаніяхъ. Судьбу его можно сравнить съ судьбой тѣхъ „безнадежныхъ“, „приговоренныхъ“ больныхъ, которые благополучно переживаютъ приговорившихъ ихъ врачей. Печально то, что такіе больные иногда переживаютъ самихъ себя,—и уложеніе наше безъ натяжки можетъ быть признано примѣромъ *такого* переживанія. Несмотря на всѣ недостатки окончательной редакціи проекта,—недостатки, въ которыхъ не всегда повинны его первоначальные составители, но иногда и то явленіе, которое я позволю себѣ назвать законодательнымъ диллетантизмомъ,—не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что проектъ является огромнымъ культурнымъ шагомъ впередъ, какъ въ своемъ цѣломъ, такъ и во многихъ и многихъ подробностяхъ. Въ особенности это можно сказать и, какъ

---

[1]) Источники и пособія:

А) Объяснительная записка къ проекту Уголовнаго уложенія, VI, 562,—672.—Журналъ Особаго Совѣщанія при Государственномъ Совѣтѣ.—Журналъ Особаго Присутствія Государственнаго Совѣта.—4 редакціи проекта: составителей (I), Министерства Юстиціи (II), Особаго Совѣщанія (III), Особаго Присутствія (IV)—*Ложвицкій*, Курсъ русскаго Уголовнаго Права. изд 2-е 1871;—*Неклюдовъ*, Руководство къ Особенной части, II, 361—437;—*Фойницкій*, Особ. часть, изд. 2 е, 134—162;—Д-ръ *В. Мержеевскій*, Судебная гинекологія, СПБ. 1878;—*ф. Краффтъ-Эбингъ*, Судебная психопатологія, перев. Черемшанскаго, СПБ. 1895.—*В М. Тарновскій*, Извращеніе полового чувства, СПБ. 1885—*П. Н. Тарновская*, V-ый международный съѣздъ криминальной антропологіи въ Амстердамѣ, СПБ. 1901.—*Владимировъ*, Уголовный Законодатель, какъ воспитатель народа. Москва, 1903;—Право, 1899, стр. 434, къ вопросу о растлѣніи. В) *Halschner*, Das

я надѣюсь, доказать по отношенію къ той неприглядной области преступленій, существованіе которыхъ служитъ вѣчнымъ напоминаніемъ о томъ, что и въ культурномъ и просвѣщенномъ человѣкѣ часто дремлетъ злое и сладострастное животное. Въ этой области система проекта является во многихъ отношеніяхъ смѣлымъ новаторствомъ, отвѣчая тѣмъ самымъ на категорическіе запросы и необходимѣйшія требованія современной жизни.

I.

Если мы сравнимъ главу XXVII проекта уголовнаго уложенія, носящую заголовокъ „о непотребствѣ“ съ соотвѣтствующими постановленіями дѣйствующаго уложенія о наказаніяхъ, то намъ прежде всего бросится въ глаза рѣзкое различіе въ системѣ и группировкѣ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, причемъ окажется, что *система Уложенія—неполная, недостаточная, мало развитая,—въ основныхъ своихъ положеніяхъ задумана правильнѣе и логичнѣе, нежели система проекта.* Правда, мы дальше увидимъ, что этотъ недостатокъ проекта вполнѣ компенсируется его достоинствами, но тѣмъ не менѣе я считаю нужнымъ его отмѣтить и на немъ остановиться.

Уложеніе о наказаніяхъ распредѣляетъ плотскія преступленія (т. е. непотребство) слѣдующимъ образомъ:

Въ раздѣлѣ VIII о преступленіяхъ или проступкахъ противъ

---

gemeine deutsche Strafrecht, II;—*v. Liszt*, Lehrbuch, 9-te Aufl, 1899;—*Binding*, Lehrbuch, bes Theil, 2-te Aufl., I, 1902;—*v. Liszt*, Strafgesetzgeb. der Gegenwart, I, 1894;—*Hélie et Chauveau*. Théorie, 6-e edit. 1887, T. VI 301 sqq;—*Garraud*, Traité, 1891, IV, 430 sqq.;—*Wachenfeld*, Homosexualitat und Strafgesetz, 1901. Рецензія этой книги: *Hanns Gross*, Archiv f Kriminalanthropol., VI, 4;—Archiv за 1901 г, замѣтки и рецензіи Gross и Näcke,—*Moll*, Probleme in der Homosexualität, Zeitschr. f Krim. Anthrop I, 2; —*v. Krafft-Ebing*, Psychopathia Sexualis. 9-te Aufl, 1894, *Sa'ly Jaffa*, Der Begriff des Zuhalters im Reichstrtgb. Berl. 1902.—*Revue Pénitentiaire*, 1902, № 4. rapp. sur la traite des blanches; Actes du V-e congrès d'anthropologie criminelle;—*Raffalovich*, Uranisme et Unisexualité, Paris, 1896.—По поводу Lex Heinze (зак. 25 іюня 1900 г.) см. „Право“ за 1900 г., стр. 475—483 и 842. [Настоящая статья писана въ 1902 году]

общественнаго благоустройства и благочинія, въ главѣ IV о преступленіяхъ противъ общественной нравственности и нарушеніи ограждающихъ оную постановленій, отдѣленіе первое (ст. 993—1000) предусматриваетъ „соблазнительное и развратное поведеніе, противоестественные пороки и сводничество“, причемъ къ соблазнительному и развратному поведенію уложеніе относитъ потворство разврату малолѣтнихъ и конкубинатъ. Затѣмъ, въ раздѣлѣ X о преступленіяхъ противъ жизни, здравія, свободы и чести частныхъ лицъ, въ главѣ VI объ оскорбленіяхъ чести, отдѣленіе первое (о преступленіяхъ противъ чести и цѣломудрія женщинъ) содержитъ въ себѣ (ст. 1523—1532): растлѣніе, изнасилованіе, похищеніе съ намѣреніемъ изнасиловать или съ намѣреніемъ повредить чести, обольщеніе. Наконецъ, въ раздѣлѣ XI, о преступленіяхъ противъ правъ семейственныхъ, мы найдемъ ст. 1580—1582, говорящія о похищеніи замужнихъ женщинъ, ст. 1585—о прелюбодѣяніи, ст. 1588 объ умышленномъ развращеніи дѣтей ихъ родителями, ст. 1593—1596—о преступленіяхъ противъ союза родственнаго: кровосмѣшеніи, а также любодѣяніи и прелюбодѣяніи въ такихъ степеняхъ родства или свойства, въ коихъ не воспрещено вступать въ бракъ.

Всѣ эти постановленія дополнялись извѣстной ст. 44 уст. о нак., карающей за „неисполненіе распоряженій правительства, относящихся къ предупрежденію непотребства и пресѣченію вредныхъ отъ онаго послѣдствій“.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что общаго понятія „плотскихъ преступленій“ или „преступленій противъ нравственности“ въ уложеніи о наказаніяхъ нѣтъ; и если наша догматическая литература могла оперировать съ такимъ понятіемъ, то дѣлала она это исключительно на основаніи догматическихъ западно-европейскихъ традицій.

Главнѣйшими недостатками этой системы были: отсутствіе надлежащей охраны дѣтей; недостаточное удѣленіе вниманія общественной сторонѣ разврата; смѣшеніе понятій преступнаго и безнравственнаго, грѣховнаго и преступнаго; анахронистическія воззрѣнія на преступность связи между родственниками и свойственниками.

Но всѣ эти недостатки, о которыхъ ниже будетъ рѣчь подробнѣе, не нарушали извѣстной логической стройности и цѣлости догматической постановки и могли быть устранены съ полнымъ сохраненіемъ ея.

Проектъ уголовнаго уложенія пошелъ, однако, по другому пути.

Прежде всего, онъ отнесъ *похищеніе женщинъ* къ преступленіямъ противъ личной свободы, несмотря на то, что самый мотивъ—для непотребства или для вступленія въ бракъ безъ согласія на то похищенной—прямо указанъ въ законѣ. Затѣмъ, глава XXVII говоритъ о непотребствѣ, понимая подъ этимъ терминомъ:

1) Любострастныя дѣйствія, т. е. удовлетвореніе и возбужденіе половой похоти дѣйствіями, не представляющими естественнаго совокупленія;

2) мужеложство: по существу, видъ любострастныхъ дѣйствій, выдѣленный изъ общей категоріи вслѣдствіе особенностей состава;

3) наказуемое естественное совокупленіе: а) обольщеніе, б) совокупленіе съ родственникомъ или свойственникомъ, в) такъ называемый stuprum nec violentum nec voluntarium, г) изнасилованіе;

4) дѣянія примыкающія: а) сводничество, б) потворство разврату несовершеннолѣтняго, в) склоненіе лица женскаго пола къ разврату, г) сутенерство, д) вербовка проститутокъ, е) неисполненіе правилъ для предупрежденія непотребства и пресѣченія его послѣдствій, ж) принятіе въ притонъ разврата лица женскаго пола, завѣдомо моложе двадцати одного года [1]), з) удержаніе въ

[1]) Замѣчу кстати здѣсь же, что выраженіе „завѣдомо", вообще употребляемое проектомъ уложенія безъ какой бы то ни было установленной системы, въ данномъ случаѣ является довольно неожиданнымъ. Говоря въ другихъ статьяхъ объ объектахъ непотребства, не достигшихъ четырнадцати, шестнадцати лѣтъ, проектъ нигдѣ не ставитъ условіемъ „завѣдомости", но въ объяснительной запискѣ, стр. 574, указывается, что дѣйствительное невѣдѣніе или заблужденіе должны вліять на примѣненіе соотвѣтствующихъ статей или исключать ихъ примѣненіе. Такимъ образомъ „завѣдомость" требуется и тамъ, и не было основанія дѣлать такую оговорку въ данномъ случаѣ. То же самое замѣчаніе приходится сдѣлать относительно употребленія выраженія „завѣдомо" во 2 п. ст. 512, а также въ ст. 516, п. 2 и ст. 520, п. 2

такомъ притонѣ проститутки, изъявившей желаніе оставить свой промыселъ.

Въ такой системѣ трудно уловить основную мысль. Если мы скажемъ, что подъ „непотребствомъ“ (независимо отъ „примыкающихъ“ дѣяній) слѣдуетъ понимать всякое противозаконное (съ внѣшней стороны) удовлетвореніе половой похоти, то независимо отъ формализма подобнаго построенія, противорѣчащаго основнымъ принципамъ проекта, можно спросить: почему прелюбодѣяніе отсюда выдѣлено, а кровосмѣшеніе сюда отнесено? Ставъ на принципіальную точку зрѣнія, положенную въ основаніе системы проекта, мы не будемъ въ состояніи отыскать то единое правовое благо (Rechtsgut), которое нарушается непотребствомъ. Ибо такихъ благъ нѣсколько: прежде всего — *цѣломудріе*, т. е. нравственная нетронутость, чистота въ половомъ отношеніи; благо это охраняется совершенно независимо отъ воли его носителя, чѣмъ и объясняется, что согласіе пострадавшаго здѣсь не имѣетъ никакого значенія; затѣмъ — *половая неприкосновенность* (свобода), т. е. право каждаго лица по собственному усмотрѣнію служить или не служить предметомъ удовлетворенія чужой похоти,—право, которымъ каждый и можетъ распоряжаться по своему усмотрѣнію; далѣе—*чистота семейныхъ отношеній*, охраняемая не въ интересахъ личныхъ, а въ интересахъ общественныхъ, и безусловно относящаяся къ другому разряду благъ; а вслѣдствіе этого кровосмѣшеніе, нарушающее эту чистоту, должно быть выдѣлено изъ числа преступленій противъ личности; наконецъ, мужеложство, а также сводничество, сутенерство, вербовка и другіе виды „примыкающіе“ преслѣдуются главнымъ образомъ не столько въ интересахъ личности, сколько въ интересахъ *общественной нравственности* [1]).

Объединеніе всѣхъ дѣяній, посягающихъ на эти блага, однимъ наименованіемъ „непотребство“ есть пріемъ произвольный, формалистическій, по существу неправильный.

Мнѣ могутъ сказать, что сдѣланныя указанія—теоретическія тонкости, не имѣющія практическаго значенія. Не все ли равно,

[1]) Ср. Binding, l. c 193.

гдѣ, въ какой главѣ, „подъ какимъ соусомъ“, такъ сказать, предусмотрѣно дѣяніе, лишь бы оно не было забыто законодателемъ?

Но такое возраженіе въ устахъ людей науки было бы неумѣстно; оно бы свело на нѣтъ трудную и отвѣтственную задачу законодательной систематизаціи, поставивъ ея рѣшеніе въ зависимость отъ случайнаго и произвольнаго усмотрѣнія; оно бы воздвигло значительныя, иногда непреодолимыя препятствія научной догматической разработкѣ уголовно-юридическихъ понятій; въ частности, оно бы сдѣлало невозможнымъ систематическое толкованіе закона.

Такимъ образомъ, я позволю себѣ считать доказаннымъ мое первое положеніе, упрекающее постановленія проекта о непотребствѣ въ невыдержанности, чтобы не сказать,—отсутствіи—системы и утверждающее, что въ этомъ отношеніи онъ уступаетъ дѣйствующему уложенію.

Спѣшу прибавить, что такое преимущество дѣйствующаго уложенія – едва ли не единственная черта, которой оно въ положительномъ смыслѣ отличается отъ проекта. Гораздо многочисленнѣе и значительнѣе тѣ преимущества проекта, которыя въ этой области позволяютъ намъ ставить его неизмѣримо выше уложенія.

II.

Характернѣйшими и цѣнными особенностями постановленій проекта о непотребствѣ являются стремленія къ охранѣ дѣтей и къ обузданію промышляющихъ проституціей. О послѣднемъ будетъ рѣчь ниже; остановимся на первомъ.

Послѣдовавшія лѣтъ 17 тому назадъ, много въ то время нашумѣвшія, разоблаченія извѣстнаго англійскаго публициста Стэда въ „Pall Mall Gasette“ [1]) обнаружили по истинѣ ужасающую картину систематически практикующагося въ Лондонѣ развращенія дѣтей во имя гнуснѣйшихъ цѣлей. Стэдомъ были точно доказаны

[1]) Въ 1885 г. рядъ статей подъ заглавіемъ „The maiden tribute of modern Babylon“.

и установлены многочисленнѣйшіе факты отдачи дѣвочекъ въ нѣжнѣйшемъ возрастѣ (отъ 8 до 12 лѣтъ) въ жертву сластолюбцевъ, принадлежащихъ къ высшимъ слоямъ англійскаго общества. Было бы, однако, наивно думать, что приведенные факты свойственны одному Лондону. Какъ указываетъ Гофманъ [1]), растлѣніе дѣтей составляетъ самую частую форму противозаконнаго совокупленія, доказательствомъ чему служитъ статистика преступленій всѣхъ странъ; изъ этой же статистики слѣдуетъ, что жертвами преступленія дѣлаются вовсе не дѣвочки, уже близко стоящія къ половой зрѣлости, а напротивъ того дѣти, большею частью самаго нѣжнаго возраста, даже грудныя.

„Самой молодой жертвѣ сластолюбія было 8 мѣсяцевъ; случай этотъ произошелъ въ Вѣнѣ и упоминается Шауенштейномъ. По Tardieu (Attentats aux moeurs, 1878 г., стр. 19), во Франціи, въ теченіе 1851 г. по 1875 г. включительно, судебному преслѣдованію подверглись 22017 изнасилованій; изъ нихъ только 4360 относились къ взрослымъ женщинамъ, остальныя же 17657 къ дѣтямъ“.

Еще краснорѣчивѣе цифры, приводимыя Garraud [2]) и свидѣтельствующія о поразительномъ ростѣ преступности этого рода во Франціи. Съ 1825 по 1838 г. во Франціи число „attentats à la pudeur sur enfants“ было всего 0,66 на 10.000 жителей. Съ 1839 по 1852 г. это число болѣе чѣмъ удвоилось, достигнувъ 1,58; съ 1853 по 1866 г. болѣе чѣмъ вчетверо возросло—2,61, и съ 1866 по 1880 г. въ пять разъ. Если сравнить абсолютное число обвиненій въ изнасилованіи и посягательствахъ на цѣломудріе дѣтей съ общимъ числомъ обвиненій въ преступленіяхъ противъ личности въ періодъ времени отъ 1825 до 1834 г. и затѣмъ отъ 1874 до 1880 г., то окажется, что въ первомъ періодѣ viols и attentats à la pudeur составляютъ 9%, а во

[1]) Учебникъ судебной медицины, перев. подъ ред проф. Сорокина, 1891, стр. 129.

[2]) R. Garraud et P. Bernard, Des attentats à la pudeur et des viols sur les enfants, въ Archives de l'Anthropologie criminelle 1886, p. 396—436.

второмъ—47,7%! Затѣмъ, что касается возрастовъ, Касперъ и Лиманъ изслѣдовали вмѣстѣ до 1874 г. 406 изнасилованныхъ: изъ нихъ болѣе 70% были дѣти моложе 12 лѣтъ, и болѣе 84% — моложе 14 лѣтъ.

Относительно роста *этой* преступности въ Россіи, я не имѣю подъ рукой точныхъ свѣдѣній. Однако, изъ данныхъ Е. Н. Тарновскаго [1]) видно, что относительный ростъ растлѣнія, изнасилованія и похищенія женщинъ выражается въ слѣдующихъ цифрахъ: въ 1874—1878 г. возникло 100 дѣлъ (условное число); въ 1879—1883 г.—124; въ 1884—1888 г.—171; въ 1889—1893 г.—211; въ 1894—251.

Еще огромнѣе ростъ преступленій противъ нравственности вообще: съ 1874 г. по 1894 г. они увеличились болѣе, чѣмъ въ $8^1/_2$ разъ. И такъ какъ есть полное основаніе думать, что среди тѣхъ и другихъ преступленій посягательства на малолѣтнихъ занимаютъ одно изъ первыхъ мѣстъ, то ихъ относительный ростъ едва ли можетъ подлежать сомнѣнію.

Достойно, при этомъ, вниманія то указаніе, которое дѣлаетъ Krafft-Ebing [2]): къ сожалѣнію, говоритъ онъ, приходится признать, что именно наиболѣе омерзительныя преступленія этого рода совершаются людьми душевно здоровыми, которыхъ половое пресыщеніе, чувственность и грубость, нерѣдко опьяненіе—заставляютъ до такой степени утратить человѣческое достоинство.

Вспомнимъ психологическое объясненіе, даваемое Иваномъ Карамазовымъ: „Тутъ именно незащищенность-то этихъ созданій и соблазняетъ мучителей, ангельская довѣрчивость дитяти, которому некуда дѣться и не къ кому идти,—вотъ это-то и распаляетъ гадкую кровь истязателя“!

Нѣтъ надобности, конечно, говорить о томъ глубокомъ, неизгладимомъ вредѣ, съ которымъ соединено слишкомъ раннее пробужденіе полового инстинкта подъ вліяніемъ развратныхъ манипуляцій. Помимо чисто физическаго вреда, ужаснѣе всего нравствен-

[1]) Итоги русской уголовной статистики за 20 лѣтъ. Спб, 1899.
[2]) Psychopathia Sexualis, стр. 386.

ное растлѣніе, могущее имѣть и большей частью дѣйствительно имѣющее послѣдствіемъ полную духовную гибель дитяти. Изъ такихъ, въ дѣтствѣ оскверненныхъ, лицъ вербуется армія, въ свою очередь, осквернителей, проститутокъ, кинедовъ, педерастовъ; они являются вѣрной и надежной добычей торговцевъ живымъ человѣческимъ мясомъ.

Естественно, что въ виду распространенности этихъ посягательствъ, въ виду преступной порочности ихъ виновниковъ и жалкой беззащитности ихъ жертвъ, законодательство уголовное должно удѣлять имъ особенное вниманіе. Такъ и дѣлаютъ зап.-европейскіе кодексы: Code pénal, заключающій въ себѣ съ 1863 г. чрезвычайно широкое, но притомъ очень опредѣленное понятіе „attentat à la pudeur“, причемъ наказаніе за такой attentat, если онъ сопровождался насиліемъ и совершенъ надъ ребенкомъ, не достигшимъ 15 лѣтъ, доходитъ до срочной каторги; обще-имперскій германскій уголовный кодексъ, карающій цухтгаузомъ до 10 лѣтъ „Unzüchtige Handlungen“ съ лицами, не достигшими 14 лѣтъ; итальянское уложеніе, предусматривающее развращеніе лица, не достигшаго 16 лѣтъ, любострастными дѣйствіями;—и др.

Если мы обратимся къ нашему уложенію о наказаніяхъ, то въ немъ мы найдемъ только два случая наказуемости любострастныхъ дѣйствій надъ малолѣтними: мужеложство и дѣйствія, опредѣленныя въ ст. 993, какъ „благопріятствованіе склонности малолѣтнихъ или несовершеннолѣтнихъ къ непотребству или же побужденіе ихъ къ тому своими внушеніями или обольщеніями“, причемъ по этой 993 ст. отвѣчаютъ только сцеціальные виновники: родители, надзирающіе, находящіеся въ услуженіи,—а наказаніе—тюрьма отъ 2 до 4 мѣсяцевъ. Что же касается взрослыхъ, то по отношенію къ нимъ любострастное дѣйствіе можетъ быть наказано только какъ обида дѣйствіемъ.

Результатомъ такой жестокой скудости закона было то, что даже такая тяжкая форма посягательства на цѣломудріе, какъ прорваніе hymen'a пальцемъ (безъ полового сношенія или покушенія на оное), оказалась непредусмотрѣнной, и Сенату пришлось

съ нѣкоторой натяжкой (рѣш. 1869 г. № 1018, по д. Григорьева) подвести ее подъ понятіе менѣе тяжкаго увѣчья. Какъ ни спорно такое толкованіе, но и съ допущеніемъ его остается всетаки безъ измѣненія ничтожная наказуемость тѣхъ случаевъ, когда „блудное дѣйствіе“ пальцемъ или какимъ-либо инымъ органомъ не вызывало тѣлеснаго поврежденія. Здѣсь остается только наказывать какъ за обиду, хотя и такая возможность становится сомнительной въ томъ случаѣ, когда потерпѣвшее лицо не достигло, напр., десяти лѣтъ и не сознавало „оскорбительности обращенія“. А между тѣмъ, такія блудныя дѣйствія нерѣдко наносятъ непоправимый вредъ, а иногда приводятъ къ полному и безповоротному паденію.

Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда любострастное дѣйствіе переходило въ настоящее половое сношеніе, постановленія нашего уложенія оказываются крайне неудовлетворительными и вызвали сперва аутентическое толкованіе (Высоч. утв. 3 мая 1848 г. мн. Госуд. Сов. по д. Богдановыхъ), а затѣмъ и обильную, довольно таки запутанную Сенатскую практику [1]), носившую уже не интерпретаціонный характеръ, а чисто творческій. По системѣ, окончательно установленной рѣшеніемъ 1897 г. № 6, предполагается несуществующее въ законѣ различіе между возрастомъ до 10-ти лѣтъ и отъ 10 до 14-ти. При недостиженіи потерпѣвшей 10-ти лѣтъ, вопросъ о „растлѣніи“, въ смыслѣ ли нарушенія физической, или нравственной нетронутости, вовсе не подлежитъ постановкѣ, равно какъ и вопросъ о злоупотребленіи невинностью и невѣдѣніемъ; ставится только вопросъ,—было ли примѣнено насиліе, или нѣтъ; при утвердительномъ отвѣтѣ—ст. 1523; при отрицательномъ—ст. 1524. Въ возрастѣ отъ 10-ти до 14-ти лѣтъ, если было совокупленіе насильственное, вопросъ о растлѣніи равнымъ образомъ не ставится; если же не было насилія, то долженъ быть поставленъ вопросъ о злоупотребленіи невинностью и невѣдѣніемъ и только при утвердительномъ на него отвѣтѣ дѣяніе можетъ быть подведено подъ дѣйствіе ст. 1524,—при отрицательномъ же виновный мо-

[1]) Рѣшенія 1869 г. № 958 Игорева, 1870 г. № 1167 Вяликова, 1875 г. № 356 Усачева, 1876 г. № 96 Ведилина, 1897 г. № 6 Литвина.

жетъ подлежать отвѣтственности по ст. 994, какъ за противозаконное сожитіе неженатаго съ незамужней: другими словами, онъ отъ воздѣйствія уголовнаго правосудія свободенъ.

Отъ всей этой доставшейся тяжкимъ трудомъ кассаціонной системы почти ничего въ проектѣ не уцѣлѣло.

Проектъ уголовнаго уложенія предусматриваетъ „любострастныя дѣйствія“ въ ст. 509—511.

Какъ я уже указывалъ, мужеложство, о которомъ будетъ у насъ рѣчь отдѣльно, выдѣлено изъ любострастныхъ дѣйствій, подъ которыми составители понимаютъ: во 1-хъ, всѣ случаи удовлетворенія половой похоти, за исключеніемъ естественнаго совокупленія лицъ разныхъ половъ, причемъ безразлично, произошло ли, или нѣтъ, emissio seminis; во 2-хъ, возбужденіе половой похоти прикосновеніемъ дѣторождными частями къ тѣлу другого лица или къ дѣторождымъ частямъ другого лица, хотя бы и не обнаженными, а иногда даже обнаженіемъ дѣторождныхъ частей другого лица.

При любострастномъ дѣйствіи съ ребенкомъ, не достигшимъ 14-ти лѣтъ, ни вопросъ о согласіи его, ни вопросъ о томъ, было ли, или нѣтъ, злоупотребленіе его невинностью,—поставлены быть не могутъ. При возрастѣ отъ 14-ти до 16-ти лѣтъ должны быть поставлены оба вопроса, и только при наличности согласія и отсутствіи злоупотребленія невинностью дѣяніе не наказуемо. Полъ потерпѣвшаго не имѣетъ никакого значенія. Наконецъ при возрастѣ, перешедшемъ 16-ть лѣтъ, любострастное дѣйствіе наказуемо только, если потерпѣвшее лицо—женскаго пола, и дѣяніе совершено безъ его согласія. Въ первыхъ двухъ случаяхъ (т. е. при любострастіи съ ребенкомъ до 14-ти или отъ 14-ти до 16-ти лѣтъ) проектъ назначаетъ факультативно исправител. домъ на срокъ не свыше 3-хъ лѣтъ или тюрьму; въ третьемъ (послѣ 16-ти лѣтъ)—тюрьму. Квалифицирующими обстоятельствами для всѣхъ видовъ любострастныхъ дѣйствій являются: совершеніе ихъ съ лицомъ, находящимся подъ властью или попеченіемъ виновнаго; насиліе; растлѣніе жертвы. При наличности одного изъ этихъ обстоятельствъ въ первыхъ двухъ случаяхъ назначается исправит. домъ не ниже

трехъ лѣтъ,—въ послѣднемъ—исправительный домъ во всемъ объемѣ.

Признавая, въ общемъ, полную правильность и цѣлесообразность этихъ постановленій, я позволю себѣ сдѣлать относительно нихъ лишь немногія замѣчанія.

Преже всего, я думаю, что самое названіе „любострастныя дѣйствія“ выбрано неудачно, а пониманіе этого выраженія составителями—неправильно и можетъ ввести въ заблужденіе.

Неудачнымъ я, вмѣстѣ съ Петербургскимъ Юридическимъ Обществомъ, считаю выраженія „любострастное дѣйствіе“ потому, что оно вовсе не раскрываетъ ни сущности тѣхъ дѣйствій, къ которымъ оно примѣняется, ни ихъ уголовно-юридическаго значенія, и даетъ возможность такого невѣрнаго толкованія, примѣромъ котораго служитъ толкованіе, предлагаемое объяснит. запиской.

Въ самомъ дѣлѣ: какое значеніе имѣетъ наказуемость „любострастныхъ дѣйствій“? Очевидно, *они наказуемы не потому*, что ими удовлетворяется или возбуждается половая похоть, а потому что *они посягаютъ* на цѣломудріе, на стыдливость, какъ это прекрасно выражено во французскомъ терминѣ: attentat à la pudeur. Такое безстыдное дѣйствіе, посягающее на цѣломудріе (понимаемое, конечно, въ выше мной указанномъ смыслѣ и *физической*, и нравственной чистоты, нетронутости), можетъ и должно быть наказано, совершенно безразлично къ тому, предпринято ли оно для удовлетворенія или возбужденія „плотской страсти“, или же просто изъ озорства, развращеннаго любопытства, грубой шаловливости. Оно есть именно *безстыдное* (выраженіе болѣе точное, чѣмъ проектированное Петербургскимъ Юридическимъ Обществомъ „блудное“) дѣйствіе, оскорбляющее цѣломудріе. Такимъ образомъ, и выраженіе „любострастное“, и опредѣленіе его въ объяснит. запискѣ съ этой стороны оказываются слишкомъ узкими.

Но съ другой стороны, и терминъ этотъ, и его *пониманіе* можетъ оказаться слишкомъ широкимъ, охватывая такія дѣйствія, которыя уголовный законъ долженъ бы былъ игнорировать. „Contrectatio corporis libidinosa voluptatis satisfaciendae gratia“—вотъ,

перефразируя знаменитое опредѣленіе кражи, то значеніе, которое объяснит. записка желаетъ придать „любострастному дѣйствію“.

Въ своихъ замѣчаніяхъ на проектъ, покойный Н. И. Цухановъ указывалъ, что подъ такое опредѣленіе можетъ подойти и страстный поцѣлуй. Еще несостоятельнѣе окажется приведенное толкованіе, если примѣнить его къ тому печальному, по большей части патологическому, виду полового извращенія, который носитъ въ спеціальной литературѣ названіе „фетишизма“ [1]). Фетишистъ усиленно реагируетъ въ половомъ отношеніи на ощущенія, даваемыя созерцаніемъ, обоняніемъ, прикосновеніемъ къ какому-нибудь одному предмету, принадлежности костюма, части тѣла. Извѣстны весьма многочисленные примѣры того, что, напр., обуваніе лица женскаго пола, расчесываніе косы или даже прикосновеніе къ ней и т. п. вполнѣ замѣняютъ половой актъ, со всѣми его внѣшними послѣдствіями. Очевидно, въ этихъ случаяхъ есть и прикосновеніе, и удовлетвореніе половой похоти; тѣмъ не менѣе, они несомнѣнно сами по себѣ ненаказуемы.

Наказуемыми они становятся лишь съ того момента, когда они пріобрѣтаютъ характеръ безстыдныхъ, а это можетъ зависѣть хотя бы отъ того, что совершающій ихъ перестаетъ скрывать свойство своихъ ощущеній.

Такимъ образомъ я полагаю, что и выраженіе „любострастныя дѣйствія“. и толкованіе этого выраженія объяснительной запиской—неточны, неправильны,—и предлагаю иную терминологію, болѣе соотвѣтствующую уголовно-юридическому значенію даннаго преступленія, а именно: „безстыдное дѣйствіе, оскорбляющее (или „нарушающее“) цѣломудріе“.

Другое замѣчаніе, которое можетъ быть сдѣлано по адресу статей 509—511, заключается въ томъ, что отношеніе ихъ къ значенію согласія пострадавшаго совершенно противорѣчитъ тѣмъ общимъ началамъ, которыя положены въ основаніе системы проекта.

[1]) См. Krafft-Ebing, l. c., стр. 156

Въ самомъ дѣлѣ, ст. 510 говоритъ: „виновный въ любострастномъ дѣйствіи съ достигшимъ 16-ти лѣтъ лицомъ женскаго пола, *безъ согласія сего лица*, наказывается заключеніемъ въ тюрьмѣ". Подчеркнутыя слова вставлены, конечно, для того, чтобы оттѣнить, что въ возрастѣ до 16-ти лѣтъ любострастіе наказуемо и при наличности согласія. Тѣмъ не менѣе, они должны быть признаны плодомъ недоразумѣнія.

Представимъ себѣ, въ самомъ дѣлѣ, что слова эти исчезли. Тогда должны примѣняться общія начала о значеніи согласія пострадавшаго. Всякій взрослый и дѣеспособный человѣкъ, очевидно, въ правѣ свободно (въ предѣлахъ, намѣченныхъ закономъ) распоряжаться благомъ цѣломудрія, также какъ тѣлесной неприкосновенностью, свободой, неприкосновенностью чести, тайнъ. Поэтому, въ этихъ случаяхъ согласіе имѣетъ то же значеніе, какъ и при посягательствахъ на другія названныя личныя блага. Безъ всякой спеціальной оговорки закона, необходимо признать, что согласіе пострадавшаго дѣеспособнаго (въ уголовно-юридическомъ смыслѣ) устраняетъ преступность, и что поэтому любострастныя дѣйствія съ лицомъ, перешедшимъ указанный въ законѣ возрастъ, только тогда наказуемы, когда они совершаются безъ его согласія. Стало быть, спеціальная оговорка представляется излишней.

Но, кромѣ того, она можетъ оказаться и вредной: такъ какъ въ общей части проекта мы не найдемъ указаній на значеніе согласія пострадавшаго, можетъ возникнуть вопросъ, какое значеніе имѣетъ согласіе пострадавшаго при другихъ преступленіяхъ противъ личности? И можно безъ труда, съ безукоризненною логичностью, доказать, что такъ какъ ст. 510 представляетъ единственный случай, въ которомъ наличность согласія *по точному указанію закона* устраняетъ преступность, въ остальныхъ случаяхъ оно не имѣетъ никакого значенія [1]): другими словами, что и посягательства на тѣлесную неприкосновенность, и оглашеніе

[1]) Этого нельзя бы было оспаривать посредствомъ ссылки на особую, болѣе мягкую наказуемость убійства по согласію, такъ какъ тамъ требуется не только согласіе, но настояніе убитаго и состраданіе къ нему

тайнъ, и обиды наказуемы даже при наличности согласія пострадавшаго.

Поэтому, я думаю, что *въ ст. 510 слова „безъ согласія сего лица“ должны быть исключены.*

Въ связи съ этимъ, я долженъ указать на неправильное, по моему мнѣнію, обозначеніе возрастныхъ періодовъ въ ст. 509—510. Какъ извѣстно, по правиламъ общей части проекта вплоть до 17-ти лѣтняго возраста ставится вопросъ о вмѣняемости. Относительно лица, достигшаго 16-ти лѣтъ, можетъ быть признано, что оно не могло понимать свойства или значенія совершаемаго имъ или руководить своими поступками. Поэтому, совершенно нелогично говорить, что согласіе такого лица *должно* устранять наказуемость, въ особенности если подумать, что любострастное дѣйствіе можетъ состоять въ растлѣніи... И опять-таки, здѣсь прямое противорѣчіе съ соображеніями, высказанными въ объяснительной запискѣ по поводу убійства по настоянію убитаго[1]).

Итакъ, *16-ти лѣтній возрастъ долженъ быть замѣненъ 17-ти лѣтнимъ.*

Наконецъ, послѣднее (въ этой области) замѣчаніе: такъ какъ понятіе „любострастнаго дѣйствія“ по самому своему содержанію исключаетъ плотское сношеніе, *то оговорка п. 3 ст. 511*[2])— *излишня.*

Чтобы уже покончить съ охраной дѣтей, укажу на то, что если имѣло мѣсто половое сношеніе (называемое въ послѣдней редакціи проекта „любодѣяніемъ“), послѣдствія для виновнаго гораздо тяжелѣе. Любодѣяніе съ ребенкомъ, не достигшимъ 14-ти лѣтъ, поставлено на-ряду съ изнасилованіемъ и карается каторгой до 10-ти лѣтъ, независимо отъ того, было ли насиліе, или нѣтъ, злоупотребилъ ли виновный невинностью жертвы, или нѣтъ. Во-

---

[1]) Стр. 99: «убитый долженъ быть субъектомъ дѣеспособнымъ, не въ условномъ смыслѣ, придаваемомъ этому понятію гражданскими законами, а въ смыслѣ лица, обладающаго способностью ко вмѣненію, опредѣленной въ общей части проекта».

[2]) «Если любострастное дѣйствіе сопровождалось растлѣніемъ, но безъ полового сношенія».

просы эти могутъ быть поставлены только тогда, когда жертва перешла 14-ти лѣтній возрастъ, причемъ злоупотребленіе невинностью возможно до 16-ти лѣтъ [1]).

Само собою разумѣется, что и здѣсь предѣльный возрастъ, по нашему мнѣнію, долженъ быть не 16, а 17 лѣтъ. Но съ другой стороны, минимальный возрастъ—14 лѣтъ—слишкомъ великъ.

Проекты I, II и III редакціи здѣсь устанавливали 12-ти лѣтній возрастъ, признавая, что только до 12-ти лѣтъ всякое любодѣяніе должно быть караемо, какъ изнасилованіе. Особое Присутствіе Государственнаго Совѣта [2]) „затруднилось остановиться на этомъ возрастѣ. Дѣйствующій законъ опредѣляетъ его въ 14 лѣтъ, допуская исключеніе лишь для жителей Кавказа“... Но ссылка на дѣйствующій законъ въ данномъ случаѣ основана на недоразумѣніи: какъ мы видѣли, уложеніе о наказ., въ ст. 1523—1524, именно относительно лицъ, не достигшихъ 14-ти лѣтъ, различаетъ, было ли насиліе или злоупотребленіе невинностью, давая возможность даже вовсе не наказывать за добровольное любодѣяніе съ не достигшею 14-ти лѣтъ, если только не было злоупотребленія ея невинностью [3]). Между тѣмъ, по системѣ проекта, такіе случаи, которые по дѣйствующему нашему праву могли быть признаны ненаказуемыми, во всякомъ случаѣ влекутъ за собою каторгу. Такое непомѣрное усиленіе наказуемости нуждается въ болѣе убѣдительной мотивировкѣ, и за отсутствіемъ таковой я считаю, что *система проекта, устанавливавшая минимальный возрастъ въ 12 лѣтъ,—правильнѣе.*

Какъ бы то ни было, во всякомъ случаѣ необходимо внести въ проектъ ту оговорку, которую содержитъ уложеніе относительно жителей Кавказа.

Нельзя забывать, что согласно ст. 3 зак. гражд. (свод. зак., т. X, ч. 1), въ Закавказьѣ природнымъ жителямъ дозволяется

---

[1]) Ст. 516—518.

[2]) См. Журналъ, стр. 213.

[3]) Я указалъ выше, что Сенатъ только нѣсколько ограничилъ смыслъ этихъ статей, запретивъ спрашивать о злоупотребленіи невинностью, если потерпѣвшая не достигла 10-ти лѣтъ.

вступать въ бракъ по достиженіи женихомъ пятнадцати, а невѣстою тринадцати лѣтъ. Понятно, что если по закону можно жениться на тринадцатилѣтней природной обывательницѣ города Тифлиса, добровольное любодѣяніе съ ней не должно наказываться каторгой.

Мы уже видѣли, что проектъ изъ ряда „любострастныхъ дѣйствій“ выдѣляетъ мужеложство, создавая для него особую, весьма сложную систему. Ею намъ теперь и предстоитъ заняться.

III.

Обращаясь къ разсмотрѣнію постановленій проекта уголовнаго уложенія, карающихъ противоестественный развратъ, я заранѣе извиняюсь передъ моими читателями за тѣ щекотливыя и противныя подробности, въ которыя поневолѣ приходится иногда вдаваться, касаясь этого вопроса. Нужно замѣтить, что въ этомъ отношеніи юристы всегда отличались излишней щепетильностью. Начиная съ Росгирта, который въ 1821 г. въ своемъ учебникѣ совершенно опускаетъ разсмотрѣніе содоміи на томъ основаніи, что это слишкомъ грязная область, и кончая Неклюдовымъ, предлагавшимъ[1]) набросить на скотоложство и мужеложство завѣсу, какъ на такія мерзости, о которыхъ Апостолъ Павелъ не совѣтуетъ и говорить христіанамъ, значительное большинство писателей лишь вскользь и въ размѣрахъ самой строгой необходимости касалось юридической характеристики этихъ видовъ разврата. Этимъ объясняются тѣ огромныя и часто непреодолимыя затрудненія, которыя встрѣчала практика при установленіи наличности состава преступленія въ отдѣльныхъ случаяхъ, тѣмъ болѣе, что всѣ законодательства, предусматривавшія противоестественный развратъ, давали и даютъ ему всегда самыя общія и мало опредѣленныя обозначенія. Монографической юридической литературы по этому вопросу до самаго послѣдняго времени, т. е. до выхода въ прошломъ году книги профессора Ростокскаго университета Вахенфельда „Homo-

[1]) Руководство, I, 435.

sexualität und Strafgesetz“,—не существовало вовсе, и это обстоятельство особенно поразительно, если сравнить такую скудость юридическаго матеріала съ необычайнымъ богатствомъ литературы медицинской, и еще бо̀льшимъ—псевдо-медицинской, прикрывающей маской мнимой научности ординарнѣйшую порнографію,—и если вспомнить, что не только въ медицинскихъ, но и въ юридическихъ сферахъ за послѣднія 20—25 лѣтъ ведется усиленная агитація въ пользу ненаказуемости содоміи, какъ таковой. А, между тѣмъ, болѣе, чѣмъ для кого-нибудь, для насъ русскихъ представляетъ интересъ юридическая сторона вопроса. Законодательство наше до настоящаго времени съ большой строгостью относится къ мужеложству и скотоложству, и если послѣднее изъ проекта угол. улож. исчезло, а мужеложство простое обложено болѣе мягкимъ наказаніемъ, то самый составъ мужеложства подвергся въ проектѣ разработкѣ весьма подробной и даже казуистической, по сравненію съ дѣйствующимъ правомъ. Въ результатѣ, двѣ коротенькія статьи (995 и 996) дѣйствующаго уложенія о наказаніяхъ, изложенныя въ шести-семи строкахъ, соединены проектомъ въ одну, но эта одна статья расползлась на цѣлую страницу (29—30 строкъ) [1]). Естественно, поэтому, что разсмотрѣнію этого вопроса я позволю себѣ посвятить особенное вниманіе.

Хотя уже древнѣйшіе памятники нашего права упоминаютъ о наказуемости противоестественныхъ сношеній [2]), но въ свѣтскихъ законахъ первое упоминаніе мы находимъ въ законодательствѣ Петровскомъ, въ арт. 165—166 Воинскаго устава, изъ которыхъ

[1]) Большое количество такихъ «объединенныхъ» огромныхъ статей количество, все растущее съ каждой новой редакціей—одинъ изъ крупныхъ недостатковъ проекта, чреватыхъ большими затрудненіями для практики. Укажемъ, въ видѣ примѣра, ст. ст. 120, 123, 129, 168, 173, 193, 440, 563, 599, 609 и мн. другихъ.

[2]) См. Уставъ кн. Ярослава Владиміровича о церковныхъ судахъ, ст. 16: «А съ животною (сблудитъ) 12 гривенъ, а въ эпитимью вложить» *Ложицкій,* Курсъ русскаго уголовнаго права, стр. 463, утверждаетъ, что мужеложство было сильно распространено въ древней Россіи вслѣдствіе безпрерывныхъ войнъ, когда мужскому населенію приходилось жить часто цѣлые годы безъ сообщенія съ женщинами». Неизвѣстно, на какихъ данныхъ основываетъ авторъ столь общее и категорическое утвержденіе.

первый устанавливалъ жестокое наказаніе на тѣлѣ за „смѣшеніе человѣка со скотомъ и безумною тварью и учиненіе скверности“, а второй—такое же наказаніе, „ежели кто отрока осквернитъ или мужъ съ мужемъ мужеложствуетъ“, причемъ въ этомъ случаѣ примѣненіе насилія влекло за собою смертную казнь или вѣчную ссылку на галеру. Въ Сводѣ законовъ были установлены иныя наказанія: лишеніе всѣхъ правъ состоянія, плети и ссылка на поселеніе какъ за мужеложство, такъ и за скотоложство; за насильственное же мужеложство—каторжныя работы.

Въ промежуточномъ періодѣ нельзя пройти молчаніемъ извѣстный указъ Правительствующаго Сената, послѣдовавшій въ 1785 г. по поводу дѣла Банце-Каспера, предписавшій дѣла о скотоложствѣ передавать на разсмотрѣніе совѣстнаго суда, „который бы судилъ объ оныхъ со всевозможною осторожностью и милосердною кротостью“, такъ какъ „при таковыхъ случаяхъ послѣдующее крайнее забвеніе самого себя превышаетъ почти всякій родъ безумія, а потому самому таковыя глупости, вкрадывающіяся иногда въ непросвѣщенное человѣчество и сопряженныя съ крайнимъ невѣдѣніемъ собственнаго своего существа“, подлежатъ совѣстному суду.

По улож. о нак., ст. 995—997, изд. 1885 г., изобличенный въ противоестественномъ порокѣ мужеложства подвергался ссылкѣ въ Сибирь на поселеніе; если мужеложство сопровождалось насиліемъ или совершено надъ малолѣтними или слабоумными, виновный подвергается каторгѣ на время отъ 10 до 12 лѣтъ; скотоложство наказывалось ссылкой въ отдаленнѣйшія мѣста Сибири. Грѣховный характеръ того и другого дѣянія подчеркивался присоединеніемъ къ главному наказанію церковнаго покаянія.

По продолженію 1902 г., наказанія измѣнены, сообразно правиламъ закона 1900 г., вслѣдствіе чего еще рельефнѣе выступаетъ болѣе строгая наказуемость скотоложства: тогда какъ за простое мужеложство исправительныя арестантскія отдѣленія назначаются на срокъ отъ 4 до 5 лѣтъ, при скотоложствѣ срокъ—отъ 5 до 6 лѣтъ, такъ что минимумъ одного наказанія равенъ максимуму другого.

По единогласному мнѣнію нашихъ теоретиковъ, уложеніе подъ „мужеложествомъ“ понимаетъ противоестественную связь мужчины съ мужчиной и притомъ per anum. Кромѣ историческихъ основаній, толкованіе это оправдывается тѣмъ, что постановленія о мужеложствѣ (какъ и о скотоложствѣ) должны быть прилагаемы только въ буквальномъ, ограниченномъ смыслѣ, такъ какъ, говоритъ Лохвицкій, „они составляютъ исключеніе изъ общей теоріи преступленія“ [1]).

Однако, въ 1869 г., въ извѣстномъ рѣшеніи по д. Микиртумова (№ 642) Сенатъ призналъ возможнымъ примѣнить 996 ст. (говорящую, какъ выше указано, о насильственномъ мужеложствѣ) къ лицу, насильственно принудившему женщину къ половому съ нимъ сношенію противоестественнымъ образомъ. Рѣшеніе это, конечно, объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что въ виду, съ одной стороны, отсутствія въ нашемъ законодательствѣ карательныхъ постановленій, предусматривающихъ любострастныя дѣйствія, а съ другой—невозможности подводить насильственное противоестественное сношеніе подъ понятіе изнасилованія, приходилось бы такое грубое и отвратительное посягательство или оставлять совершенно безнаказаннымъ, или подвергать ничтожному наказанію, какъ за насиле или за оскорбленіе дѣйствіемъ. По этимъ основаніямъ, Сенатъ, насколько мнѣ извѣстно, и до настоящаго времени держится указанной практики, невзирая на ея совершенную несостоятельность, и будучи, притомъ, вынужденъ отказываться отъ такого толкованія въ тѣхъ случаяхъ, когда противоестественный актъ совершается безъ насилія: ст. 995 къ такимъ дѣяніямъ никогда не примѣнялась.

Далѣе, несмотря на употребленное въ законѣ выраженіе „порокъ“, Сенатъ призналъ (1872 г. № 1362, Костерина), что для

---

[1]) Этимологическое толкованіе, даваемое проф. Фойницкимъ („слово мужеложство предполагаетъ, что мужчина раздѣляетъ ложе съ другимъ мужчиною же“—стр. 161), имѣетъ значеніе, поскольку имъ исключается примѣненіе ст. 995 и 996, когда имѣется потерпѣвшая—женщина. Но оно, конечно, не объясняетъ, почему понятіе мужеложство ограничивается только актомъ per anum.

состава ст. 995 (какъ и ст. 997) вовсе не нужно установить привычку или наклонность, достаточно единичнаго акта.

Вопроса о покушеніи и окончаніи дѣянія Сенатъ не касался. Что же касается теоріи, то Неклюдовъ находитъ, что при мужеложствѣ добровольномъ покушеніе совпадаетъ съ совершеніемъ, для совершенія же требуется только начало эротическаго акта; Фойницкій—что дѣяніе окончено съ момента intrusio membri in anum, а покушеніе—немыслимо юридически; объясн. записка, соглашаясь съ Фойницкимъ относительно момента окончанія, говоритъ, что дѣйствія, заключающія въ себѣ попытку intrusionis membri, будутъ составлять покушеніе.

Еще болѣе теоретическихъ разногласій по вопросу о составѣ скотоложства.

Лохвицкій опредѣляетъ его какъ „чудовищное совокупленіе съ четвероногими“.

Неклюдовъ сперва говоритъ, что субъектомъ долженъ быть безусловно мужчина, но потомъ замѣчаетъ, что „вопросъ о скотоложствѣ женщины можетъ быть почитаемъ въ отношеніи къ нашему закону спорнымъ“.

Фойницкій, опредѣляя скотоложство какъ „связь половыми органами человѣка съ животнымъ“, находитъ, что субъектомъ его можетъ быть какъ мужчина, такъ и женщина.

Наконецъ, объяснительная записка, (неправильно) приписывая нашимъ комментаторамъ мнѣніе, что подъ скотоложствомъ должно быть понимаемо лишь intrusio membri in anum seu vaginam bestiae, соглашается съ этимъ мнѣніемъ.

Очевидно, что въ зависимости отъ того или другого изъ этихъ разнообразныхъ мнѣній, кореннымъ образомъ мѣняется объемъ наказуемаго дѣянія.

Таковъ матеріалъ, съ которымъ пришлось считаться составителямъ уголовнаго уложенія. Обращаясь сперва къ вопросу о скотоложствѣ, замѣтимъ, что проектъ не содержитъ болѣе постановленій, предусматривающихъ этотъ видъ противоестественнаго разврата. По системѣ проекта, скотоложецъ можетъ быть наказанъ

по тремъ титуламъ: по *ст. 278*, если безстыдный поступокъ совершенъ публично (арестъ не свыше одного мѣсяца или денежная пеня не свыше ста рублей); по *ст. 543* (умышленное поврежденіе чужого движимаго имущества — то же наказаніе, что и по ст. 278) и по *ст. 285*, за причиненіе напрасныхъ мученій домашнимъ животнымъ (арестъ не свыше семи дней или денежная пеня не свыше двадцати пяти рублей) [1]).

Ненаказуемость скотоложства, какъ такового, мотивируется въ объяснительной запискѣ ссылкой на гуманный взглядъ, высказанный Сенатомъ въ 1785 г., на постоянныя оправданія присяжными лицъ, обвиняемыхъ въ скотоложствѣ, наконецъ, на мнѣнія нашихъ теоретиковъ и практиковъ. Изъ послѣднихъ, однако, далеко не всѣ согласны между собою: между прочимъ, г. фонъ-Резонъ подалъ обстоятельно мотивированное мнѣніе, доказывая шаткость основаній, принятыхъ составителями, и непослѣдовательность въ ихъ отношеніи къ скотоложству и къ мужеложству. Далѣе, въ самое послѣднее время, г. Владиміровъ, въ своей во многихъ отношеніяхъ весьма любопытной книгѣ „Уголовный законодатель, какъ воспитатель народа“, также требуетъ наказуемости скотоложства. По мнѣнію г. Владимірова, одна изъ задачъ уголовнаго законодательства есть поддержаніе и развитіе почитанія человѣка къ себѣ самому [2]). На этомъ основаніи, должны быть наказуемы дѣйствія, въ которыхъ выражается нарушеніе этого самопочитанія: къ нимъ авторъ относитъ пьянство, профессіональную проституцію и противоестественные пороки. Почему, съ этой точки зрѣнія, наказуемы только „противоестественные пороки“, а не всякіе иные, напр. ложь, обжорство, развратъ (между прочимъ, онанизмъ, если только не видѣть въ этомъ актѣ особой формы „почитанія своей личности“)—это остается тайной.

Но какъ бы то ни было, вопросъ о ненаказуемости скотоложства, какъ такового, въ настоящее время, казалось бы, можно

---

[1]) По проекту I редакціи имѣлось въ виду наказывать только *публичное* причиненіе мученій. Въ окончательной редакціи этотъ признакъ отпалъ.

[2]) Указ. соч., стр. 208.

считать окончательно рѣшеннымъ въ смыслѣ утвердительномъ. И въ самомъ дѣлѣ: хотя половая психопатологія и указываетъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ bestialitas не есть явленіе патологическое, а зависитъ отъ низкаго уровня нравственнаго развитія и сильнаго полового влеченія при отсутствіи возможности его нормально удовлетворять [1]), но тѣмъ не менѣе она признаетъ, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ bestialitas является продуктомъ патологическаго состоянія, слабоумія и т. п. Наказаніе ни къ той, ни къ другой категоріи не можетъ быть примѣнимо съ какой бы то ни было пользой [2]).

Кромѣ того, случаи скотоложства исключительно рѣдки [3]).

Наконецъ, противъ наказуемости скотоложства еще съ гораздо большимъ основаніемъ могутъ быть приводимы тѣ же аргументы, которые приводятся противъ наказуемости мужеложства. О нихъ будетъ рѣчь дальше.

Иначе отнесся проектъ къ наказуемости мужеложства. Простое мужеложство съ обоюднаго согласія наказуемо: I и II и III редакціи назначали тюрьму; IV—тюрьму на срокъ не ниже трехъ мѣсяцевъ. Затѣмъ проекты I и II редакціи выдѣляли: мужеложство съ ребенкомъ, не достигшимъ 12 лѣтъ, и съ несовершеннолѣтнимъ отъ 12-ти до 16-ти лѣтъ, безъ его согласія или хотя съ его согласія, но по употребленіи во зло его невинности. Въ обоихъ этихъ случаяхъ назначался исправительный домъ. Наконецъ, какъ при простомъ мужеложствѣ, такъ и при двухъ особо выдѣленныхъ видахъ, квалифицирующими обстоятельствами были: совершеніе дѣянія съ лицомъ, находящимся подъ властью или

---

[1]) См. Krafft-Ebing, Psychopathia sexualis, 377.

[2]) По этому поводу Krafft-Ebing приводитъ, l. c. стр. 378, мудрое распоряженіе Фридриха Великаго относительно кавалериста, осквернившаго кобылу: «der Kerl ist ein Schwein und muss unter die Infanterie gesteckt werden».

[3]) *Мержеевскій*, Судебная гинекологія, указываетъ, что въ теченіе 6 лѣтъ (съ 1866 г. по 1872 г.) въ Петербургскомъ Окружномъ Судѣ производилось 30 дѣлъ по 997 ст. (См. также *Черемшанскій*, у Краффтъ-Эбингъ, стр. 369).

попеченіемъ виновнаго, или же съ лицомъ, принужденнымъ къ тому насиліемъ или угрозою, убійствомъ или тѣлеснымъ поврежденіемъ угрожаемаго или члена его семьи. Здѣсь переходъ былъ: за простое мужеложство—отъ тюрьмы къ исправительному дому, а за особые виды отъ исправительнаго дома къ таковому же, на срокъ не ниже трехъ лѣтъ.

Во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ оговаривалась наказуемость покушенія.

Въ проектѣ III редакціи эти постановленія подверглись нѣкоторому измѣненію. Здѣсь была принята та же система, какъ и при наказуемыхъ плотскихъ сношеніяхъ съ лицами женскаго пола. Мужеложство подраздѣлено на voluntarium (наказаніе — тюрьма), на violentum, къ которому отнесены: мужеложство съ ребенкомъ, не достигшимъ двѣнадцати лѣтъ, съ лицомъ, находящимся подъ властью или попеченіемъ виновнаго, съ лицомъ, принужденнымъ къ тому насиліемъ и проч., съ приведеннымъ для того въ безсознательное состояніе самимъ насилующимъ или при его участіи; во всѣхъ этихъ случаяхъ назначается каторга на срокъ не свыше восьми лѣтъ. Наконецъ, при stuprum nec violentum nec voluntarium—съ малолѣтнимъ отъ 12-ти до 16-ли лѣтъ, безъ его согласія, или хотя и съ его согласія, но и проч., съ завѣдомо невмѣняемымъ и съ лишеннымъ возможности оказать сопротивленіе—назначался исправительный домъ на срокъ не ниже трехъ лѣтъ. По несомнѣнному недосмотру, въ этой III редакціи было пропущено упоминаніе о наказуемости покушенія [1]).

Пропускъ этотъ былъ исправленъ въ IV редакціи.

Сравненіе III редакціи съ двумя предшествующими обнаруживаетъ явное стремленіе усилить строгость наказаній за мужеложство: еще дальше по этому пути идетъ проектъ особаго присутствія.

Здѣсь для простого мужеложства установленъ минимумъ: тюрь-

---

[1]) Говоримъ „несомнѣнному“ потому, что въ Журналѣ ос. совѣщанія нѣтъ никакихъ указаній на то, чтобъ этотъ пропускъ былъ сдѣланъ умышленно.

ма на срокъ не ниже трехъ мѣсяцевъ. Затѣмъ, возрастный предѣлъ отодвинутъ: вмѣсто 12-ти поставленъ 14-ти лѣтній возрастъ. Такимъ образомъ, если по проектамъ I, II и III редакціи мужеложство съ ребенкомъ, не достигшимъ 14 лѣтъ, могло быть наказано тюрьмой, буде не было злоупотребленія его невинностью (напр., съ кинедомъ), то по редакціи Ос. Присутствія здѣсь всегда должна быть назначена каторга. Соотвѣтственно возросла, конечно, наказуемость покушенія: отъ ареста до исправительнаго дома.

Составъ мужеложства по проекту тотъ же, какъ и по дѣйствующему праву: совокупленіе мужчины съ мужчиной per anum. Противоестественное сношеніе съ женщиной и женщинъ между собою можетъ быть наказано только какъ любострастное дѣйствіе, т. е., когда объектъ достигъ 16-ти лѣтъ—только если дѣйствіе совершено безъ его согласія; если объектъ не достигъ 14-ти лѣтъ — всегда; если же объектъ достигъ 14-ти, но не достигъ 16-ти, то для наказуемости необходимо либо отсутствіе согласія, либо злоупотребленіе невинностью.

Согласно объяснительной запискѣ, мужеложство считается оконченнымъ съ момента intrusio membri.

Прежде чѣмъ обратиться къ разсмотрѣнію этихъ постановленій по существу, я остановлюсь вкратцѣ на отношеніи зап.-европейскихъ законодательствъ къ данному вопросу. Оно въ свою очередь дастъ намъ нѣкоторыя любопытныя указанія, могущія, въ числѣ другихъ, вести къ установленію правильнаго воззрѣнія.

Оставляя въ сторонѣ вопросъ о наказуемости содоміи по римскому праву [1]), равно какъ и по средневѣковымъ зерцаламъ [2]), замѣтимъ, что крупнѣйшій памятникъ обще-германскаго права, Уложеніе Карла V (1532 г.), въ ст. 116 наказываетъ сожженіемъ непотребство („Unkeusch treiben“) между человѣкомъ и животнымъ, мужчины съ мужчиной, женщины съ женщиной. Подъ „Unkeusch treiben“ разумѣлось всякое противоестественное совокупленіе, а не

[1]) По этому поводу см. *Mommsen*, Romisches Strafrech, S. 703; *Rein*, Das Kriminalrecht der Römer; *Wachenfeld*, S. 13.

[2]) См. *Wilda*, d Strafrecht der Germanen, S. 858.

только coitus in anum, а практика расширила это понятіе, подведя подъ него всякое противоестественное удовлетвореніе похоти, причемъ Карпцовъ относилъ сюда и онанизмъ. Для полнаго наказанія требовалось immissio seminis, а впослѣдствіи, когда смертная казнь была замѣнена лишеніемъ свободы, только emissio seminis или даже intrusio membri.

Но вплоть до конца XVIII вѣка господствовало воззрѣніе, что если не по ст. 116 Каролины, то по каноническому праву, всякаго рода блудныя дѣйствія между лицами одного пола, а не только совокупленіе, подлежатъ наказанію. Противоположное мнѣніе было высказано Фейербахомъ въ знаменитомъ учебникѣ. Затѣмъ, въ проектѣ баварскаго кодекса, составленномъ имъ въ 1810 г., геніальный нѣмецкій криминалистъ совершенно исключаетъ (первый въ Европѣ) наказуемость простой содоміи, а въ объясненіяхъ къ самому кодексу (1813 г.) говорится: „До тѣхъ поръ, пока человѣкъ, посредствомъ безнравственныхъ дѣйствій, нарушаетъ только внутреннія обязанности по отношенію къ самому себѣ, переступаетъ велѣнія морали, не нарушая тѣмъ ничьихъ правъ, настоящій кодексъ не содержитъ о немъ опредѣленій: онанизмъ, содомія, скотоложство, блудъ—все это тяжкія нарушенія нравственныхъ велѣній, но къ сферѣ внѣшняго законодательства они принадлежатъ не въ качествѣ грѣховъ, а лишь насколько ими нарушены права другихъ лицъ. Поэтому наказывались только *насильственныя* дѣйствія, а вслѣдствіе этого—только мужчины, такъ какъ женщины признавались неспособными къ насильственнымъ дѣйствіямъ.

Та же система осталась въ баварскомъ уложеніи 1861 года и была принята Ганноверскимъ кодексомъ 1840 г.

По вюртембергскому кодексу 1839 г. противоестественный развратъ наказывался или какъ публичное безстыдство (Oeffentliches Aergerniss), или по жалобѣ потерпѣвшаго, когда дѣяніе было совершено противъ его воли. Oeffentliches Aergerniss признавалось тогда, когда свѣдѣнія объ имѣвшемъ мѣсто непотребствѣ получили распространеніе.

Въ другихъ кодексахъ (Ольденбургскомъ 1814 г., Брауншвейг-

скомъ 1840 г., Гессенскомъ 1841 г., Баденскомъ 1845 г., Нассаускомъ 1849 г., Тюрингенскомъ 1850 г., Саксонскомъ 1855 г. и Гамбургскомъ 1869 г.) противоестественный развратъ карается, и притомъ безразлично, какъ между мужчинами, такъ и между женщинами. Въ исторіи составленія прусскаго уголовнаго кодекса по вопросу о наказуемости замѣтны колебанія, однако утвердительное его рѣшеніе преодолѣло и нашло себѣ мѣсто въ въ изданіи 1851 г.

Наконецъ, въ обще-имперскомъ уложеніи мы находимъ извѣстный § 175, гласящій: „Противоестественный блудъ между лицами мужскаго пола или между человѣкомъ и животнымъ наказуемъ тюрьмой; также можетъ быть постановлено лишеніе почетныхъ гражданскихъ правъ".

Въ современныхъ зап.-европейскихъ законодательствахъ замѣчаются два направленія: одно сохраняетъ наказуемость содоміи, другое вычеркиваетъ эти дѣянія. Первое можетъ быть названо германской системой: кромѣ Германіи, Австріи, Венгріи, швейцарскихъ нѣмецкихъ кантоновъ, Швеціи и Норвегіи [1]), къ ней примыкаетъ Англія, гдѣ до 1861 г. содомія подлежала смертной казни, а по статутамъ 1861 г.—пожизненная каторжная тюрьма. если имѣлъ мѣсто coitus per anum, хотя бы между мужчиной и и женщиной, и срочная — если имѣли мѣсто другія безстыдныя дѣйствія между лицами мужскаго пола [2]). Скотоложство тоже наказуемо.

Другое—романское: сюда относятся Франція, Бельгія, Люксембургъ, Испанія, Португалія, Италія. Сюда же примыкаетъ Голландія. Во всѣхъ этихъ странахъ, вообще говоря, содомія можетъ быть наказана только въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется либо обще-

---

[1]) Проектъ Гетца, становясь здѣсь, какъ и вездѣ, на новую и оригинальную точку зрѣнія, прибавляетъ, что преслѣдованіе возбуждается только въ томъ случаѣ, если этого требуютъ общіе интересы (къ перев. Розенфельда—allgemeine Rücksichten).

[2]) *Liszt*, Strafr. der Gegenwart, ст. Schuster'a, I, 646 Какъ извѣстно, на основаніи этого закона былъ осужденъ писатель Оскаръ Уайлдъ, а еще недавнѣе—лордъ Россель.

ственный соблазнъ, либо насиліе, либо развращеніе малолѣтнихъ. Скотоложство, какъ таковое, въ этихъ странахъ вовсе не наказуемо.

Въ 90-хъ годахъ прошлаго XIX-го столѣтія въ Германіи начинается усиленная агитація въ пользу отмѣны § 175, des Urningsparagraphen, какъ его тамъ называютъ [1]).

Въ 1897 г. образовался въ Берлинѣ „научно-гуманитарный комитетъ", стараніями берлинскаго врача Dr. Magnus Hirschfeld, и выпустилъ воззваніе, приглашавшее къ денежнымъ пожертвованіямъ въ фондъ, собираемый для агитаціи въ указанномъ направленіи. Въ этотъ фондъ поступило въ 1897 г.—2.271 м., въ 1898 г.—2.048 м., въ 1899 г.—923 м. Далѣе для этой же цѣли съ 1899 г. Гиршфельдъ издаетъ „Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen". Наконецъ, названный комитетъ, въ 1897 и 1899 г., внесъ двѣ коллективныя петиціи въ Рейхстагъ, ходатайствующія объ отмѣнѣ § 175 [2]).

Въ свою очередь, „бюро общей конференціи нѣмецкихъ союзовъ нравственности" въ 1898 г. подало петицію въ противоположномъ смыслѣ. Наконецъ, въ прошломъ году впервые на международномъ конгрессѣ криминальной антропологіи въ Амстердамѣ дебатировался вопросъ о „положеніи уранista въ обществѣ". Докладчикъ, д-ръ Алетрино, доказывалъ, что уранисты не должны быть причислены къ ненормальнымъ людямъ и не суть дегенераты. Отвращеніе, внушаемое этимъ видомъ удовлетворенія половыхъ

[1]) Названіе Urning или Uranist, какъ извѣстно, было дано лицамъ, совершающимъ содомскій грѣхъ, въ сочиненіи одного изъ такихъ лицъ, ганноверскаго асессора Ульрихса, выпустившаго подъ псевдонимомъ Numa Numantius, начиная съ 1864 г., рядъ брошюръ, подъ общимъ заглавіемъ «Sozialjuristische Studien über die mannmannliche Liebe», и отдѣльными, бьющими на эффектъ, вродѣ Vindex, inclusa, vindicta, formatrix и проч. Онъ первый призналъ себя публично педерастомъ и на нѣмецкихъ «Juristentag'ахъ» 1865 г. и 1867 г. пытался защищать свои воззрѣнія, но былъ встрѣченъ бурей негодованія Есть вѣскія основанія сомнѣваться въ психическомъ здоровьѣ этого лица.

[2]) Петицію 1899 г. подписало болѣе 600 лицъ; изъ нихъ 230 журналистовъ и художниковъ, 37 адвокатовъ, 6 судей, 7 юристовъ-теоретиковъ и 1 прокуроръ въ отставкѣ.

потребностей, совершенно незаслуженно и объясняется, по мнѣнію автора, между прочимъ, общераспространеннымъ, но ложнымъ убѣжденіемъ, будто бы дѣторожденіе есть единственная цѣль половыхъ сношеній между лицами разныхъ половъ. Въ результатѣ, Алетрино требовалъ признанія за уранистами права на существованіе, наря ду съ нормальными людьми [1]).

Какъ указываетъ г-жа Тарновская [2]), докладъ былъ встрѣченъ сперва недоумѣніемъ и молчаніемъ. Однако уже то знаменательно, что подобный докладъ могъ быть сдѣланъ.

Само собою разумѣется, что разъ идетъ рѣчь объ отмѣнѣ наказанія за противоестественный развратъ, для сторонниковъ этой отмѣны должны имѣть большую цѣну взгляды, высказанные выдающимися юристами - криминалистами Германіи. Въ этомъ отношеніи, однако, они могутъ привести сравнительно весьма немного отзывовъ. Большинство руководствъ, учебниковъ, системъ довольствуется лишь изложеніемъ состава § 175: критическое отношеніе (изъ новыхъ писателей) обнаруживаютъ, сколько мнѣ извѣстно, только Halschner [3]) и v. Liszt [4]).

Первый указываетъ на то, что добровольная содомія ничьихъ правъ не нарушаетъ, и есть только безнравственное дѣяніе; но уголовному закону нѣтъ мѣста въ области морали. Что касается до Листа, то этотъ талантливый писатель, какъ ядовито указываетъ Вахенфельдъ, сообщая, что въ 1869 г. прусская медицинская депутація ходатайствовала объ отмѣнѣ § 175, въ 1-мъ изданіи своего учебника замѣчаетъ: „und wohl mit Unrecht“; въ 3-мъ: „und zum Theil wohl mit Recht“. Наконецъ, въ 9-мъ: „und gewiss mit Recht“.

Если, такимъ образомъ, юристы до послѣдняго времени являются малонадежными союзниками движенія въ пользу отмѣны § 175, то гораздо большую поддержку оно встрѣчаетъ въ медицинской литературѣ. Одинъ изъ виднѣйшихъ изслѣдователей въ

[1]) См Actes du V congrès
[2]) L c, стр. 14.
[3]) Das gemeine deutsche Strafrecht, II, S 239.
[4]) Lehrbuch, 9-te Aufl, S. 400.

области половой психопатологіи, Крафтъ-Эбингъ, а съ нимъ вмѣстѣ и вся вѣнская школа, считаютъ § 175 до того очевиднымъ анахронизмомъ, что, по ихъ мнѣнію, противоположный взглядъ можетъ вызвать только презрительную усмѣшку [1]).

Есть, однако, и представители противоположнаго взгляда среди медиковъ: такъ, проф. Тарновскій въ своемъ изслѣдованіи объ „извращеніи полового чувства", стр. 76, замѣчаетъ: „какъ бы то ни было, но въ случаяхъ пріобрѣтенной педерастіи наказаніе имѣетъ основаніе".

Коснувшись этой области, я вынужденъ (разумѣется, весьма кратко) остановиться на данныхъ и выводахъ медицинской науки, поскольку они могутъ отразиться на юридической постановкѣ вопроса. Какъ справедливо указываетъ Вахенфельдъ, до настоящаго времени на законодательствахъ ничуть не отразились тѣ результаты, къ которымъ пришло медицинское изслѣдованіе, въ области классификаціи патологическихъ формъ „равнополаго" [2]) стремленія. Однако, ближе приглядѣвшись къ этимъ результатамъ, нельзя не убѣдиться въ томъ, что они до настоящаго времени представляются крайне неполными, неопредѣленными и шаткими, и что не ими можно руководиться при рѣшеніи вопроса.

Впервые, въ 1863 г., Касперъ устанавливаетъ *врожденность* уранизма въ отдѣльныхъ случаяхъ [3]), признавая его проявленіемъ патологическаго состоянія. Позднѣйшіе изслѣдователи приходятъ къ самымъ различнымъ выводамъ. Одни утверждаютъ, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ уранизмъ есть врожденное стремленіе, но расходятся въ объясненіи этого явленія, признавая его то патологическимъ [4]), то физіологическимъ [5]), причемъ среди

[1]) Такого же мнѣнія берлинскій психіатръ *Moll* (см. его статьи „Problème in der Homosexualität" въ Zeitschrift fur Criminal Anthropologie за 1897 г., т. I, кн. 2 и многіе другіе.

[2]) Этимъ выраженіемъ я передаю терминъ „homosexuell", получившій право гражданства въ спеціальной литературѣ, несмотря на варварское въ немъ сочетаніе греческаго (ὁμο=равно) и латинскаго корней.

[3]) Klinische Novellen zur Gerichtlichen Medizin.

[4]) Westphal, Krafft-Ebing, Moll и др.

[5]) Hirschfeld, Dessoir, Raffalovich и др.

приверженцевъ этого послѣдняго взгляда встрѣчаются нѣкоторые (напр., v. Erkelens), которые признаютъ, что пріобрѣтеннаго уранизма вообще не существуетъ, и если это влеченіе иногда является сравнительно поздно, то это слѣдуетъ объяснить *пробужденіемъ* дремавшаго инстинкта. „Wer nicht als Urning geboren wird, wird nie Urning“,—говоритъ v. Erkelens.

Другое направленіе, напротивъ, считаетъ, что уранизмъ *никогда* не бываетъ врожденнымъ, а только пріобрѣтеннымъ. Такъ думаютъ Мейнертъ, Крамеръ, Шренкъ-Нотцингъ, Féré. Наконецъ, значительное большинство признаетъ существованіе и той, и другой формы. Сюда относятся:

Эйленбургъ, Голландеръ, Розенбахъ, Крепелинъ, Фридманъ, Бинсвангеръ, Тарновскій. Послѣдній различаетъ уранизмъ какъ врожденный недостатокъ, какъ болѣзнь и какъ порочную привычку.

Такимъ образомъ, въ разсматриваемомъ вопросѣ оказывается большое разногласіе. Юристъ, который пожелалъ бы въ этой области пойти по пути, намѣченному медиками, несомнѣнно, заблудился бы въ массѣ перекрещивающихся наблюденій, выводовъ, положеній. Но если бы это разногласіе и было устранено,—если бы дѣйствительно медицинская наука пришла къ опредѣленнымъ, твердымъ выводамъ, то и въ этомъ случаѣ, какъ я сейчасъ постараюсь показать, юридическая сторона вопроса не получаетъ болѣе правильнаго освѣщенія.

Въ самомъ дѣлѣ, допустимъ, вмѣстѣ съ большинствомъ изслѣдователей, правильность наиболѣе, повидимому, правдоподобнаго предположенія: признаемъ, что уранизмъ бываетъ явленіемъ патологическимъ (врожденнымъ или пріобрѣтеннымъ—все равно) и не патологическимъ (порочнымъ). Нѣкоторымъ признакомъ такого различія можетъ служить тотъ фактъ, что при патологическомъ уранизмѣ склонность къ другому полу бываетъ настолько исключительна, что нормальныя половыя сношенія оказываются абсолютно невозможными или, по крайней мѣрѣ, въ высшей степени тягостными; наоборотъ, при порочномъ уранизмѣ, склонность къ другому полу и возможность нормальныхъ сношеній существуетъ. Такое различіе

принимаетъ Вахенфельдъ (сторонникъ наказуемости), обозначая первый видъ терминомъ contrâre Homosexualität, а второй —nicht contrâre Homosexualität. Какой же изъ этого различія можетъ быть сдѣланъ выводъ? По мнѣнію Вахенфельда, наказанію должна подлежать только nicht contrâre Homosexualität, порочный уранизмъ.

Что касается до contrare Homosexualität, то, по его же мнѣнію, здѣсь имѣется одна изъ причинъ невмѣняемости, установленныхъ въ § 51 герм. улож.: болѣзненное разстройство душевной дѣятельности, и потому патологическій уранистъ не можетъ быть наказанъ.

Не входя въ разборъ того, насколько такое воззрѣніе согласуется съ системой нѣмецкаго уложенія, замѣчу, что для нашего проекта оно является безусловно непріемлемымъ. За исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда уранизмъ является выраженіемъ старческаго или паралитическаго слабоумія, онъ, по моему мнѣнію, никогда не будетъ и не можетъ разсматриваться какъ состояніе, подходящее подъ условія ст. 39, устанавливающей критерій вмѣняемости.

Если же признать, что такой уранистъ невмѣняемъ, то съ юридической точки зрѣнія придется оставлять его безъ наказанія и въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшимъ будетъ малолѣтній, когда примѣнено насиліе, и т. д., что, очевидно, невозможно.

Такимъ образомъ, это, само по себѣ спорное, разграниченіе уранизма патологическаго и порочнаго не даетъ никакой точки опоры для разграниченій юридическихъ. Остается обратиться именно къ этой юридической сторонѣ, причемъ мы убѣдимся, что отвѣтъ можетъ быть обоснованъ внѣ вліянія данныхъ медицинскихъ.

Именно разсматривая вопросъ съ точки зрѣнія уголовно-политической, мы должны будемъ, какъ мнѣ кажется, прійти къ выводу, что есть значительно больше основаній къ отрицательному отвѣту на вопросъ о наказуемости содоміи (разумѣется, добровольной и между взрослыми), чѣмъ къ положительному.

Прежде всего, не подлежитъ сомнѣнію, что юридическое обоснованіе наказуемости въ данномъ случаѣ представляетъ значительныя затрудненія.

Наиболѣе полную попытку дать такое обоснованіе мы находимъ въ неоднократно цитируемой монографіи Вахенфельда. Первое основаніе, имъ указываемое, — охрана государствомъ *нравственности* гражданъ. Это же основаніе принято составителями проекта: по ихъ мнѣнію, содомія можетъ подлежать преслѣдованію, какъ противоестественное дѣяніе, какъ порокъ, къ сожалѣнію имѣющій значительное распространіе, порокъ, оглашеніе коего раскрытіемъ того или другого отдѣльнаго случая оскорбляетъ общественную нравственность, требуя для ея удовлетворенія уголовной отвѣтственности виновныхъ. Сюда же, въ извѣстной степени, примыкаетъ и г. Владимировъ, усматривающій безнравственность противоестественныхъ пороковъ въ томъ, что ими нарушается почитаніе человѣкомъ своей собственной личности,—а также архангельскій губернскій прокуроръ Краусъ, наивно-порнографическія соображенія котораго, во всей полнотѣ воспроизведенныя въ объяснительной запискѣ къ проекту, кончаются заявленіемъ, что актъ противоестественнаго удовлетворенія долженъ быть наказуемъ, такъ какъ онъ „выходитъ изъ предѣловъ правъ личности надъ своимъ собственнымъ тѣломъ, такъ какъ всякій подобный актъ, составляя вопіющее нарушеніе законовъ природы, свидѣтельствуетъ о высокой степени развращенности, возмущаетъ наше нравственное чувство и подрываетъ основныя начала человѣческаго бытія и сожитія“ [1]).

Другія основанія, приводимыя Вахенфельдомъ, настолько явно не выдерживаютъ критики, что о нихъ не приходится долго говорить. Такъ, онъ говоритъ, что государство можетъ карать содомію въ интересахъ общаго блага, въ виду сопряженнаго съ ней вреда для психическаго и физическаго здоровья,—и на напрашивающееся возраженіе, что здѣсь лицо добровольно разстраиваетъ свое здоровье [2]), отвѣчаетъ: государство имѣетъ право требовать, чтобы не совершались его подданными дѣянія, вредныя для нихъ психически и физически! Легко себѣ представить, въ какомъ по-

[1]) Объяснит записка, VI, стр. 594, прим

[2]) Что, впрочемъ, далеко не безусловная истина.

ложеніи оказалось бы государство, которое стало бы дѣйствительно пользоваться такимъ мнимымъ правомъ по отношенію къ курильщикамъ, морфинистамъ и т. п., а еще болѣе—къ необходимымъ профессіямъ, вродѣ телефонистокъ, углекоповъ, наборщиковъ и проч. Наконецъ, послѣднее основаніе уже совсѣмъ курьезно: уранистъ, будто бы, своими дѣйствіями выражаетъ презрѣніе къ браку, а бракъ — основа семьи, а слѣдовательно и общества, и государства [1]). Въ этомъ отношеніи, конечно, еще больше основанія наказывать убѣжденныхъ и закоренѣлыхъ холостяковъ!

Остается, слѣдовательно, первое основаніе. Несомнѣнно, что поскольку содомія оскорбляетъ общественную нравственность, она подлежитъ преслѣдованію и наказанію. Содержаніе публичныхъ домовъ для уранистовъ, мужская проституція, наконецъ — совершеніе акта при свидѣтеляхъ — все это, разумѣется, нетерпимо именно во имя общественной нравственности. Но при содоміи, такъ сказать, intra muros, тайной, говорить объ общественной нравственности не приходится. То „оглашеніе“, о которомъ упоминаетъ объясн. записка, происходитъ помимо воли и вѣдома участниковъ (рѣдко кто станетъ хвастать такой „особенностью“), и потому они за него отвѣчать не должны.

Что же касается наказуемости содоміи просто какъ крайне безнравственнаго и отвратительнаго дѣянія, то такое обоснованіе, вполнѣ расходясь съ основными воззрѣніями проекта на понятіе преступнаго дѣянія, приводитъ ко множеству неодолимыхъ затрудненій.

Съ этой точки зрѣнія, прежде всего, можно съ полнымъ основаніемъ спросить: почему только содомія, и притомъ въ томъ смыслѣ, который дается этому понятію проектомъ, подлежитъ наказанію?

И нужно прійти къ выводу, что такъ какъ съ нравственной точки зрѣнія удовлетвореніе полового стремленія допустимо только въ бракѣ и притомъ — естественнымъ способомъ, то *всякое* внѣ-

[1]) Между прочимъ, на этомъ основаніи Вахенфельдъ требуетъ наказуемости и женщинъ за «лесбійскую любовь».

брачное удовлетвореніе, а въ бракѣ — всякое неестественное удовлетвореніе,—должны быть наказуемы. Если же говорятъ, что педерастія—болѣе отвратительна, чѣмъ другія уклоненія, то, во-первыхъ, это дѣло субъективной оцѣнки, а во-вторыхъ,—едва ли въ этой специфической области возможны и допустимы подобныя distinguo. Наконецъ, если ссылаться на бо̀льшую распространенность содоміи, то это указаніе весьма спорно, въ особенности въ виду пониманія подъ содоміей только coitus per anum [1]).

Такимъ образомъ, *обоснованіе наказуемости добровольной содоміи—чрезвычайно сомнительно.*

Дальше, нельзя не обратить вниманія на то обстоятельство, что по отношенію къ этому дѣянію закону предстоитъ альтернатива: или давать точное опредѣленіе, или ограничиваться однимъ наименованіемъ. Первый путь—затруднителенъ: помѣщать въ законѣ подобныя грязныя и отвратительныя подробности — едва-ли можетъ быть признано полезнымъ и умѣстнымъ. Второй путь, выбираемый большинствомъ законодательствъ, оставляетъ практику безъ надлежащаго твердаго руководства. Извѣстно, какія колебанія и недоразумѣнія въ нѣмецкой теоріи и практикѣ вызвало выраженіе „Widernatürliche Unzucht“ [2]). Я уже указывалъ на нашу практику, пришедшую къ выводу, что „мужеложство оказывается

---

[1]) Такъ, *Moll* («Die contrare Sexualempfindung», 3 изд, стр 238) передаетъ признаніе уранистa. «изъ 927 мущинъ, съ которыми я имѣлъ сношенія, только въ одномъ случаѣ было immissio in anum Изъ 965, съ которыми имѣлъ сношеніе мой другъ X, только у 57—immissio in anum. Въ остальныхъ случаяхъ—immissio in os». Такія же указанія у Крафта-Эбинга. Объ огромной распространенности трибадизма («лесбійской любви») единогласно свидѣтельствуютъ всѣ изслѣдователи.

[2]) Reichsgericht признавалъ наличность состава § 175 при coitus per anum, а также при «beischlafsähnliche Handlungen», требуя либо immissio seminis in corpus (напр. in os), либо frictio membri contra corpus alterius, и исключая взаимную manustupratio и т. п. Теорія расходится: Binding допускаетъ только coitus per anum;—Wachenfeld, весьма произвольно толкуя выраженіе «*Zwischen* Personen männlichen Geschlechts», изъ слова «zwischen» выводитъ, что составъ § 175 имѣется налицо при непосредственномъ сближеніи половыхъ органовъ одного съ обнаженнымъ тѣломъ другого, по близости къ половымъ органамъ этого послѣдняго, или же при coitus per anum и in os

возможнымъ и надъ женщиной". Правда, въ объяснительной запискѣ къ проекту имѣется категорическое указаніе на объемъ мужеложства, но, какъ указываетъ проф. Таганцевъ [1]), объясненія составителей имѣютъ значеніе лишь вспомогательное. „Всякій примѣнитель закона, говоритъ онъ, долженъ помнить, что санкціонированъ только текстъ закона, а не мотивы, что, слѣдовательно, мотивы могутъ имѣть значеніе лишь настолько, насколько они нашли выраженіе въ текстѣ". Текстъ проекта не отличается отъ текста дѣйствующаго уложенія. Поэтому, ничуть не исключена возможность того, что въ случаѣ coitus per anum съ лицомъ женскаго пола, суды будутъ примѣнять не статьи о любострастныхъ дѣйствіяхъ, а статьи о мужеложствѣ, руководствуясь, по прежнему, рѣшеніемъ по д. Микиртумова, и доказывая, что coitus per anum выдѣленъ изъ категоріи любострастныхъ дѣйствій, какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ совершается между мужчинами, такъ и при совершеніи его съ женщиной [2]).

И въ сущности, въ пользу такого толкованія можно будетъ привести довольно вѣскіе доводы. Почему, въ самомъ дѣлѣ, насильственный coitus per anum съ взрослымъ мужчиной наказывать каторгой до 8 лѣтъ, по ст. 512, а такой же coitus съ взрослой женщиной—исправительнымъ домомъ? Само собою разумѣется, что всѣ затрудненія, возникающія при опредѣленіи состава содоміи, увеличиваются, если законъ карастъ не только оконченное дѣяніе, но—какъ это дѣлаетъ проектъ, и покушеніи.

Итакъ, я прихожу ко второму выводу: *опредѣленіе объема содоміи въ законѣ—затруднительно; отсутствіе такого опредѣленія порождаетъ разнородное пониманіе и противорѣчивыя толкованія.*

[1]) Лекціи, изд 2-е, т I, 178.

[2]) Практическія послѣдствія такого толкованія выясняются изъ слѣдующихъ примѣровъ: coitus per anum съ дѣвочкой, не достигшей 14 лѣтъ, если примѣнять ст. 509 (о любострастномъ дѣйствіи), будетъ наказанъ исправительнымъ домомъ не свыше трехъ лѣтъ или даже тюрьмой; если же примѣнять ст. 512—каторгой на срокъ не свыше восьми лѣтъ. За такой же coitus съ женщиной, достигшей 16 лѣтъ, безъ ея согласія, по ст. 510—тюрьма, по ст. 512—исправительный домъ на срокъ не ниже трехъ лѣтъ.

Немаловажныя затрудненія возникаютъ также при рѣшеніи вопроса о томъ, къ *какимъ лицамъ* примѣнима ст. 512? Можно ли подвергать одинаковому наказанію лицо, у котораго влеченіе къ тому же полу имѣетъ характеръ вполнѣ исключительный, а слѣдовательно — патологическій, которое сознаетъ свою ненормальность, страдаетъ отъ нея, тщетно пробуетъ ее побороть, — и другое лицо, для чьего пресыщеннаго воображенія противоестественный актъ есть лишь новый, усовершенствованный видъ разврата?

Указанныя соображенія касаются теоретической, такъ сказать, постановки содоміи въ уголовномъ законѣ.

Они примѣняются, конечно, и къ тѣмъ случаямъ, когда имѣется квалифицированная содомія, и потому я полагаю, что и эти виды не должны быть выдѣлены изъ общаго понятія любострастія. Согласно системѣ проекта, такое уравненіе свелось бы къ пониженію наказанія, установленнаго за насильственную и т. п. содомію, съ каторги до исправительнаго дома (сравни 3 ч. ст. 512 съ ст. 511) и съ исправительнаго дома до исправительнаго дома и тюрьмы (ст. 512, ч. 2 и ст. 509), т. е. послѣдовало бы возвращеніе къ тѣмъ размѣрамъ наказанія, которые проектированы были въ редакціяхъ I и II, и которые, въ самомъ дѣлѣ, представляются достаточными.

Замѣчу кстати: при теперешней редакціи ст. 512 in fine необходимо сдѣлать то же добавленіе, которое сдѣлано въ статьяхъ о кровосмѣшеніи, а именно, что *при мужеложствѣ съ ребенкомъ, не достигшимъ четырнадцати лѣтъ, этотъ послѣдній во всякомъ случаѣ освобождается отъ наказанія*. Положеніе это такъ очевидно, что я не считаю нужнымъ болѣе подробно на немъ останавливаться.

Съ еще большей наглядностью и убѣдительностью говорятъ противъ наказуемости простой содоміи тѣ соображенія, которыя исходятъ изъ *задачъ и цѣлей карательной дѣятельности*.

Какую, въ самомъ дѣлѣ, цѣль можно преслѣдовать, и какую — достигать, сажая ураниста на пять - шесть мѣсяцевъ, даже на годъ — въ тюрьму? Цѣль устрашенія? Но о ней въ этой области

можетъ быть рѣчь менѣе, чѣмъ въ какой-либо другой. Цѣль „удовлетворенія оскорбленной общественной нравственности“? Но, во-первыхъ, общественная нравственность вовсе не будетъ удовлетворена, если изъ сотенъ уранистовъ отдѣльныя единицы поплатятся; во-вторыхъ, самыя условія процессуальныя, въ которыхъ производятся подобныя дѣла, съ самаго начала до самаго конца облекаясь непроницаемой тайной, безусловно изъемлютъ ихъ изъ сферы общественнаго вниманія; въ-третьихъ, утверждая такую цѣль, нужно сперва доказать, что та гадливость, съ которой общество относится къ уранистамъ, равносильна требованію воздѣйствія на нихъ руки карающаго правосудія; для культурныхъ слоевъ общества возможность такого отожествленія—большой вопросъ.

Что касается, наконецъ, цѣли исправленія, нравственнаго воздѣйствія, то о недостижимости *этой* цѣли въ примѣненіи къ уранисту, особенно привычному, едва ли могутъ быть два мнѣнія. Исправленіе въ данномъ случаѣ вѣдь равносильно отученію отъ порока или исцѣленію отъ болѣзни. И если вспомнить, какъ рѣдко вѣнчаются успѣхомъ усилія терапіи въ этой области, зачастую невзирая на страстное желаніе пациента — вылѣчиться, то о несостоятельности тюрьмы для такого цѣлительнаго или воспитательнаго воздѣйствія нѣтъ надобности, конечно, распространяться.

Такимъ образомъ, наказывая уранiста, государство несправедливо, а главное, безцѣльно и безполезно тратитъ и силы и средства, могущія быть расходуемы болѣе производительнымъ образомъ.

Нельзя, наконецъ, не остановиться на массѣ *процессуальныхъ затрудненій*, съ которыми связано производство подобныхъ дѣлъ. При условіи публичнаго порядка преслѣдованія, установленіе состава преступленія здѣсь представляетъ громадныя затрудненія, въ особенности — при допущеніи наказуемости покушенія. Какое огромное и богатое поле для шантажа, для безнаказаннаго вымогательства, если вспомнить, что судебныя доказательства въ этой области, по самому существу, весьма рѣдко могутъ имѣть характеръ непреложныхъ фактовъ! Какой соблазнъ для враговъ, легко могущихъ злостной сплетней погубить противника! Доста-

точно яркой иллюстраціей этихъ соображеній является только-что разыгравшаяся и такъ трагически завершившаяся исторія съ извѣстнымъ Круппомъ, тяжелымъ упрекомъ легшая на соціалъ-демократическую газету „Vorwärts“ [1]).

Правда, Вахенфельдъ возражаетъ [2]), что на этомъ основаніи никто же не требуетъ безнаказанности прелюбодѣянія, развращенія дѣтей и т. д. Но это возраженіе — чистѣйшій софизмъ. Если бы трудность установленія состава, возможность шантажа и вымогательства были единственными аргументами противъ наказуемости уранизма, Вахенфельдъ былъ бы правъ. Но аргументы эти, какъ мы видѣли, являются лишь, такъ сказать, въ дополненіе къ цѣлому ряду другихъ, не менѣе убѣдительныхъ, подкрѣпляя ихъ.

Нужно ли еще указывать на неудобства и зловредность необходимаго въ этой области предоставленія широкихъ, почти неограниченныхъ полномочій, въ дѣлѣ возбужденія преслѣдованія, — полиціи?

На невозможность гласнаго и неудобство тайнаго процесса, лишающаго подсудимаго возможности въ глазахъ всего общества обѣлить себя отъ быть можетъ незаслуженно павшаго на него подозрѣнія?

И наконецъ—на одно изъ наиболѣе крупныхъ золъ: на фактическое *непримѣненіе* закона, на случайный и неравномѣрный характеръ репрессіи, обрушивающейся на однихъ, но щадящей другихъ, сильныхъ своимъ положеніемъ, вліяніемъ, связями? Указывать на все это—значитъ говорить о томъ, что давно извѣстно всѣмъ наблюдателямъ нашей общественной жизни.

Въ заключеніе — два слова по поводу того опасенія, которое высказывается, когда поднимается вопросъ объ отмѣнѣ наказанія за содомію. Говорятъ: не будетъ ли такая отмѣна равносильна

---

[1]) Какъ передаетъ „Berl. Tageblatt“ 2 Дек. 1902, газета „Vorwärts“ теперь съ нѣкоторымъ цинизмомъ заявляетъ, что походъ противъ Круппа предпринятъ былъ . . ради отмѣны § 175 угол. улож!

[2]) Стр. 120. Тамъ же другіе, столь же мало основательные, аргументы.

оффиціальному санкціонированію этого порока? Не приведетъ ли она къ еще большему его развитію? [1])

На это возраженіе отвѣтъ не труденъ: поскольку область уголовнаго закона и область нравственности не совпадаютъ, постольку устраненіе или появленіе запретовъ въ одной области не затрагиваетъ другой. Блудъ, скотоложество—были запрещены уложеніемъ о наказаніяхъ, изъ проекта они исчезли: можно ли отсюда вывести, что отнынѣ эти дѣянія „оффиціально санкціонированы“? Конечно нѣтъ! И наоборотъ, изъ того, что ростовщичество было запрещено закономъ 1893 г., не слѣдуетъ думать, что до этого времени ростовщичество пользовалось оффиціальной санкціей. И безъ всякаго уголовнаго закона, содомія въ глазахъ здоровой и нормальной части населенія всегда и вездѣ будетъ казаться тѣмъ, что она есть на самомъ дѣлѣ: внушающимъ глубокое отвращеніе актомъ, быть можетъ, патологическимъ, быть можетъ, только порочнымъ, распространеніе котораго отнюдь не зависитъ отъ существованія или отсутствія угрозы уголовнаго закона [2]).

IV.

Прежде, чѣмъ перейти къ заключительной части моей работы,—къ разсмотрѣнію тѣхъ постановленій проекта, которыя направлены, прямо или косвенно, противъ проституціи, я остановлюсь лишь вкратцѣ на прочихъ статьяхъ, трактующихъ о любодѣяніяхъ. Выраженіе это—плодъ постепенной полировки. Проектъ I редакціи говорилъ: „совокупленіе“; II и III редакція: „плотское сношеніе“; наконецъ IV редакція: „любодѣяніе“.

Конечно, названіе въ данномъ случаѣ безразлично: понятіе „любодѣяніе“ обнимаетъ плотскую связь (coitus) между лицами

[1]) См эти соображенія въ „Beitrage zur Aetiologie der Psychopathia Sexualis“ von Dr. med. Ivan von Bloch. Dresden 1902.

[2]) Въ Англіи, гдѣ содомія карается наистрожайшимъ образомъ, по указаніямъ Havelock Ellis («Studies in the psychology of sexual inversion», London 1897) число „равнополыхъ“ среди образованныхъ слоевъ населенія доходитъ до 5%!

разныхъ половъ. Проектъ наказываетъ такую связь, въ тѣхъ случаяхъ, когда она: 1) достигнута обольщеніемъ; 2) кровосмѣсительна; 3) имѣетъ характеръ изнасилованія; 4) прелюбодѣйна. О послѣднемъ случаѣ я говорить не буду, т. к. прелюбодѣяніе и по существу, и по системѣ проекта выдѣлено изъ разряда преступленій плотскихъ и помѣщено среди преступленій противъ правъ семейственныхъ.

Постановка „обольщенія“ въ дѣйствующемъ уложеніи извѣстна: по ст. 1531, виновный въ обольщеніи несостоящей въ замужествѣ торжественнымъ обѣщаніемъ на ней жениться, если не исполнитъ своего обѣщанія, наказывается лишеніемъ нѣкоторыхъ особенныхъ правъ и преимуществъ и тюремнымъ заключеніемъ на время отъ одного года и четырехъ мѣсяцевъ до 2-хъ лѣтъ. Далѣе по ст. 1532, наказаніе доходитъ до исправит. арест. отдѣленій на время отъ $1^1/_2$ до $2^1/_2$ лѣтъ, если несовершеннолѣтняя, хотя и достигнувшая 14-ти лѣтъ отъ роду дѣвица, обольщена и обезчещена лицомъ, имѣющимъ надзоръ или власть надъ нею, причемъ это наказаніе возвышается двумя степенями, если обольстившій—слуга ея или же слуга ея родителей, опекуновъ или родственниковъ.

Проектъ о первомъ видѣ не упоминаетъ, а наказываетъ въ ст. 513 тюрьмой „виновнаго въ любодѣяніи съ обольщенною имъ для сего дѣвицею въ возрастѣ отъ четырнадцати лѣтъ до 21 года, находящеюся подъ его властью или попеченіемъ“.

Я бы не счелъ нужнымъ останавливаться на доказательствѣ того, что проектъ вполнѣ правильно исключаетъ обольщеніе всякой женщины *независимо отъ ея возраста* изъ числа наказуемыхъ дѣяній, тѣмъ болѣе, что дефекты статьи 1532 слишкомъ хорошо извѣстны, и что, за немногими исключеніями, предположенія проекта въ этомъ отношеніи до послѣдняго времени не встрѣчали возраженій.

Но въ книгѣ г. Владимірова и по этому поводу читатель найдетъ полемику въ извѣстной долѣ справедливую, и потому необходимо сказать о ней пару словъ. Указывая на то, что „съ точки зрѣнія нравственнаго воспитанія народа, нельзя оставлять

безъ законодательнаго, а, слѣдовательно, и общественнаго порицанія эксплоатацію женской потребности въ любви къ мужчинѣ, дающей ей возможность исполнить свое основное назначеніе—быть помощницею мужчины и матерью дѣтей отъ него", г. Владимировъ требуетъ наказанія за обольщеніе „не достигшей зрѣлаго возраста", причемъ суду должно быть предоставлено опредѣлять, достигла ли женщина такого возраста или нѣтъ; наказаніе должно быть легкимъ и, „будучи по преимуществу воздѣйствіемъ моральнаго свойства, должно имѣть матеріальныя послѣдствія для потерпѣвшей" [1]). По существу, такимъ образомъ, г. Владимировъ расходится съ проектомъ главнымъ образомъ въ томъ отношеніи, что требуетъ наказуемости не спеціальныхъ виновниковъ, т. е. лицъ, имѣвшихъ власть или попеченіе, а всѣхъ обольстителей, либо замѣна точнаго опредѣленія возраста выраженіемъ „зрѣлый возрастъ" —не имѣетъ значенія: лицо, достигшее 21-го года, едва-ли когда можетъ быть признано незрѣлымъ. И я думаю, что въ отношеніи этого требованія авторъ правъ; я думаю, что угроза наказаніемъ за обольщеніе несовершеннолѣтней могла бы имѣть извѣстное значеніе, если не для „нравственнаго воспитанія народа", которое не составляетъ, вопреки основной идеѣ г. Владимірова, задачи уголовнаго законодателя, то для острастки тѣхъ, кто даетъ обыкновенно первый толчокъ къ паденію и позору [2]). Если наказуемо побужденіе посредствомъ лживыхъ обѣщаній ко вступленію въ невыгодную сдѣлку по имуществу, то почему оставлять безъ наказанія побужденіе посредствомъ такихъ же обѣщаній къ отчужденію такого блага, потеря котораго—невознаградима? И потому *обольщеніе дѣвушки, не достигшей 21 года, посредствомъ лживыхъ обѣщаній и иныхъ уловокъ, должно быть наказуемо, кто бы ни былъ виновникомъ обольщенія.*

---

[1]) L. c., стр. 130.

[2]) *Garraud*, Traité, IV, p 442, замѣчаетъ: «Ne conviendrait-il pas cependant de qualifier de délit, la séduction d'une fille de treize à ving et un an, lorsqu'elle est accomplie à l'aide de manoeuvres ou de promesses frauduleuses, et de relever les circonstances qui pourraient avggraver ce fait à raison de la qualité des inculpés?»

Само собою разумѣется, что если усиленіе наказанія для лицъ, имѣющихъ власть или попеченіе, вполнѣ раціонально, то съ другой стороны нѣтъ никакого основанія сильнѣе карать „слугъ“. Въ нашемъ Уложеніи это квалифицирующее обстоятельство—окаменѣлый остатокъ крѣпостного права [1]).

Что касается другого вида наказуемаго добровольнаго любодѣянія—*кровосмѣшенія*, то я уже замѣтилъ въ самомъ началѣ моей работы, что оно, по существу, не принадлежитъ къ посягательствамъ противъ личности. Тѣмъ не менѣе, въ виду мѣста, даннаго ему въ проектѣ, о немъ необходимо упомянуть.

Громадный объемъ, придававшійся по уложенію о наказ. понятію кровосмѣшенія, значительно съуженъ проектомъ: онъ наказываетъ кровосмѣшеніе съ нисходящимъ или восходящимъ родственникомъ [2]), съ боковымъ родственникомъ второй степени [3]) и съ нисходящимъ или восходящимъ родственникомъ супруга. Само собою разумѣется, что такое ограниченіе, дающее возможность не считаться, какъ то дѣлаетъ Уложеніе о наказаніяхъ, съ вѣроисповѣданіемъ виновныхъ вполнѣ цѣлесообразно. Охрана чистоты семейныхъ отношеній есть, конечно, прежде всего и больше всего—дѣло самой семьи. Вмѣшательство государства въ эту область—дѣло весьма щекотливое и трудное. Позоръ и скандалъ, причиняемый несправедливымъ обвиненіемъ такого сорта — часто непоправимы [4]). Оттого, между прочимъ, нѣкоторыя законодательства вовсе не предусматриваютъ кровосмѣшенія, а другіе, какъ

---

[1]) Неклюдовъ, I, 393, съ свойственнымъ ему грубоватымъ юморомъ замѣчаетъ. «Хотя, конечно, гораздо пріятнѣе быть обольщенною гувернеромъ французомъ, чѣмъ какимъ-нибудь Фомкой—лакеемъ, тѣмъ не менѣе обольщеніе гораздо преступнѣе, когда оно совершается такими лицами, какъ опекуны, воспитатели и т. п Поэтому, если бы слѣдовало усиливать за него наказаніе двумя степенями, то уже ни въ какомъ случаѣ не Фомкѣ, а скорѣе лицамъ первой группы».

[2]) Ст. 514.

[3]) Ст. 515, п. 1.

[4]) Hélie, l. c., p. 226, замѣчаетъ: «Quelles seraient les conséquences de cette intervention de l'action publique? Ne serait ce pas consacrer l'inquisition du magistrat dans la vie privée des citoyens, soummetre à ses investigations leurs actions intimes, ouvrir en un mot, le sanctuaire du foyer domestique?»

итальянскій кодексъ (ст. 337), ставятъ условіемъ преслѣдованія и наказанія,—чтобы кровосмѣсительная связь была соединена съ „общественнымъ скандаломъ“.

Для нашего права, установленіе совершенной безнаказанности кровосмѣшенія, какъ такового, было бы слишкимъ рѣзкимъ и опаснымъ отказомъ отъ традиціи. Нельзя, однако, забывать, что у насъ именно въ этой области безсиліе уголовнаго закона—явленіе испытанное и доказанное: нигдѣ, кажется, кромѣ Россіи, нѣтъ того, чтобы одинъ, по крайней мѣрѣ, видъ кровосмѣшенія пріобрѣлъ характеръ почти нормальнаго бытового явленія, получивъ соотвѣтственное техническое наименованіе—„снохачество“.

По предположеніямъ проектовъ I и II редакціи наказывалось только оконченное дѣяніе, причемъ виновный (родственникъ или свойственникъ), не достигшій 17-ти лѣтъ, освобождался отъ наказанія. Справедливость и цѣлесообразность такой постановки—очевидна. Относительно перваго ясно, что съ тѣми соблазнительными и скандальными послѣдствіями, которыя влечетъ за собою возбужденіе уголовнаго преслѣдованія за кровосмѣшеніе, только тогда можно до извѣстной степени мириться, когда чистота семейныхъ отношеній дѣйствительно попрана осуществившеюся связью. Относительно второго, еще Петербургское юридическое общество въ своихъ замѣчаніяхъ указывало весьма краснорѣчиво на значеніе власти отца надъ дочерью, на печальное, подневольное положеніе снохи въ нашемъ крестьянскомъ быту. Подвергать наказанію 15-ти и 16-ти лѣтнюю жертву сластолюбія 45-ти и 50-ти лѣтняго тестя или отца было бы совершенно неосновательно.

Однако Особое Совѣщаніе при Государственномъ Совѣтѣ иначе взглянуло на дѣло. Оно нашло [1]), что „кровосмѣшеніе, по степени проявленія злой воли и свойству вреда и опасности, могущихъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ произойти для жертвы сего преступленія,—является однимъ изъ наиболѣе важныхъ половыхъ посягательствъ. Оставлять, поэтому, покушеніе на такое преступное дѣяніе безна-

[1]) Журн. Ос. Сов., стр. 430—431.

казаннымъ было бы и несправедливо, съ точки зрѣнія уголовной отвѣтственности, и опасно, въ виду важности могущихъ произойти отъ такой безнаказанности послѣдствій". При этомъ, обвинительной власти рекомендуется, при возбужденіи указаннаго рода преслѣдованій, „особая осмотрительность".

Соображенія эти не отличаются особенной убѣдительностью, тѣмъ болѣе, что о „жертвѣ" кровосмѣшенія можно говорить не во всѣхъ случаяхъ, а покушеніе предполагается наказывать всегда.

Столь же недостаточно мотивировано пониженіе возрастного предѣла ненаказуемости исходящаго съ 17-ти до 14-ти лѣтъ. Въ этомъ возрастѣ, по мнѣнію Особаго Совѣщанія, „особенно въ крестьянскомъ быту, въ которомъ случаи кровосмѣшенія происходятъ наиболѣе часто, является уже возможнымъ требовать отъ малолѣтняго какъ опредѣленія того, когда именно должно быть оказано рѣшительное противодѣйствіе непотребнымъ притязаніямъ отца или иного восходящаго родственника, такъ и сознанія преступности кровосмѣсительной связи". Но, вѣдь, *сознаніе* преступности кровосмѣшенія и „необходимости оказать рѣшительное противодѣйствіе" далеко еще неравносильно нравственной *возможности* оказать сопротивленіе... Именно въ виду того психическаго гнета, которому подвергается несовершеннолѣтняя жертва, будетъ актомъ чрезмѣрной суровости наказать ее.

И едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что угроза закона, обращенная къ этимъ лицамъ, окажется платонической. *Потому, я признаю болѣе правильной систему первыхъ двухъ редакцій, какъ по вопросу о покушеніи, такъ и по вопросу о предѣльномъ возрастѣ.*

Менѣе всего замѣчаній вызываетъ постановка, которую получило въ проектѣ изнасилованіе, въ широкомъ смыслѣ не только stuprum violentum, но и stuprum nec violentum nec voluntarium[1]). Въ этомъ отношеніи, помимо сдѣланнаго уже выше указанія на

[1]) Ст 516, 517, 518, 519.

нежелательную замѣну 12-ти лѣтняго возраста (при которомъ всегда предполагается stuprum violentum)—14-ти лѣтнимъ, можно остановиться въ нѣсколькихъ словахъ на любопытной исторіи такъ назыв. stuprum fraudulosum. Въ первоначальной редакціи проекта, на-ряду съ другими видами stuprum nec violentum, nec voluntarium, было поставлено: совокупленіе „съ предполагавшею, вслѣдствіе учиненнаго виновнымъ обмана, что она вступаетъ въ связь съ своимъ мужемъ". Это постановленіе вызвало разногласіе въ самой комиссіи: одинъ членъ ея (Н. С. Таганцевъ) полагалъ, что это постановленіе излишне, „такъ какъ встрѣчавшіеся, и то крайне рѣдко, въ судебной практикѣ случаи этого рода относились къ случаямъ совокупленія съ сонною, которые вполнѣ обнимаются постановленіями проекта о совокупленіи съ лицомъ, находящимся въ состояніи безсознательномъ"[1]). Въ редакціи, внесенной министерствомъ юстиціи, этотъ случай отсутствуетъ, хотя въ представленіи министерства юстиціи никакихъ на этотъ счетъ указаній или объясненій не содержится. Затѣмъ, въ редакціи Особаго Совѣщанія мы его опять находимъ въ особой статьѣ (510), первая часть которой наказываетъ тюрьмой плотское сношеніе съ предполагавшею вслѣдствіе обмана, что она вступаетъ въ связь съ своимъ мужемъ, а вторая—исправительнымъ домомъ, если обманъ заключался въ совершеніи мнимаго обряда бракосочетанія. Особое Совѣщаніе указывало[2]), какъ я думаю,—совершенно справедливо, что „относить оба эти случая къ совокупленію съ лицомъ, находящимся въ состояніи безсознательности,—не соотвѣтствовало бы общепринятому понятію о значеніи такого состоянія".

Наконецъ, Особое Присутствіе опять вычеркнуло злополучную статью „въ виду крайней затруднительности точно доказать наличность въ подобномъ случаѣ заблужденія со стороны обманутой жертвы и исключительной рѣдкости такихъ случаевъ на практикѣ".

Такимъ образомъ остается неизвѣстнымъ, относить ли тѣ слу-

[1]) Об. зап., стр. 638.
[2]) Журналъ, 432—433.

чаи, когда заблужденіе будетъ дѣйствительно доказано, къ наказуемымъ, или же видѣть въ нихъ лишь ловкую шутку, навѣянную одной изъ пикантныхъ новеллъ „Декамерона“.

Между тѣмъ, возможность такихъ обмановъ доказывается и практикой западно-европейской[1]), такъ что едва ли можно согласиться съ Листомъ, находившимъ, что этотъ случай—плодъ кабинетнаго измышленія. Какъ бы то ни было, приходится отмѣтить нѣсколько случайную судьбу разсматриваемаго постановленія, то исчезавшаго, то появлявшагося, безъ особенно вѣскихъ къ тому основаній.

Переходною ступенью къ постановленіямъ, касающимся проституціи, являются ст. 520, предусматривающая сводничество, и ст. 521, предусматривающая потворство со стороны родителей или имѣющихъ попеченіе или надзоръ за недостигшимъ 17-ти лѣтъ несовершеннолѣтнимъ или лицъ, находящихся при немъ для услугъ,—въ потворствѣ разврату такого несовершеннолѣтняго. Послѣдняя статья соотвѣтствуетъ ст. 993 и 1588 уложенія о наказ., не представляя чего-либо новаго; первая, напротивъ, идетъ значительно дальше дѣйствующаго права[2]). Въ дѣйствующемъ правѣ, какъ извѣстно, прямо предусмотрѣно только сводничество, имѣющее спеціальныхъ субъектовъ: отца, мать, мужа, опекуновъ, воспитателей и пр.[3]). Сводничество же простое наша теорія и практика съ нѣкоторой натяжкой подводила подъ ст. 44 уст. о нак., предусматривающую и карающую арестомъ до одного мѣсяца или штрафомъ до 100 рублей „неисполненіе распоряженій правительства, относящихся къ предупрежденію непотребства и пресѣченію вредныхъ отъ онаго послѣдствій“ на томъ основаніи, что ст. 44 замѣнила ст. 1354—1355 Улож. изд. 1857 г.[4]). Проектъ пред-

[1]) См. указанія у Garraud, l c., стр. 466—467.

[2]) Нельзя не отмѣтить совершенно несостоятельныхъ замѣчаній Неклюдова по вопросу о наказуемости сводничества, l c., стр. 432.

[3]) Улож. о нак., ст. 998—1000

[4]) Впрочемъ, въ этомъ отношеніи нѣтъ единогласія ни въ теоріи, ни въ практикѣ. Лохвицкій (Курсъ, стр 459) считаетъ простое сводничество ненаказуемымъ. Неклюдовъ (стр 370) доказываетъ, что и простое

усматриваетъ оба вида сводничества, но при первомъ указываетъ условія наказуемости: потерпѣвшая должна быть въ возрастѣ отъ 14-ти до 16-ти лѣтъ (причемъ нѣтъ злоупотребленія ея невинностью), или въ возрастѣ отъ 16-ти лѣтъ до 21-го года, но дѣвственна[1]). Къ сводничеству особенному проектъ относитъ сводничество для кровосмѣшенія[2]).

Въ смыслѣ наказуемости, послѣдовательныя редакціи проекта представляютъ постепенное усиленіе наказанія. Для сводничества простого установлена тюрьма не ниже 3-хъ мѣсяцевъ (прежде предполагалось—безъ минимума), для простого, но въ видѣ промысла, и для квалифицированнаго—исправительный домъ во всемъ объемѣ.

V.

Переходя къ заключительной части моего очерка,—къ постановленіямъ проекта, направленнымъ противъ эксплоатированія проституціи [3]), нельзя не отмѣтить той внутренней связи, которая

сводничество наказуемо по ст. 44, если оно совершается по ремеслу. Фойницкій (стр. 147), соглашаясь съ тѣмъ, что доставленіе лица женскаго пола для непотребства, хотя бы не въ видѣ промысла,—подходитъ подъ дѣйствіе ст. 44 (ссылаясь на рѣш. 1871 г. № 11 Гардера), заявляетъ, что дозволеніе свиданія мужчины съ женщиною въ частной квартирѣ, если это не обратилось въ промыселъ,—ненаказуемо. Такія же колебанія въ практикѣ, неустраненныя весьма подробно и обстоятельно разработаннымъ рѣшеніемъ общ. собр., 1892 г. № 7.

[1]) Проектъ и здѣсь безъ нужды употребляетъ выраженіе «завѣдомо для него дѣвственной». См. выше.

[2]) Въ имѣющемся въ моемъ распоряженіи экземплярѣ (корректурномъ) по явной опечаткѣ вмѣсто ст. 514 и 515 указаны ст. 518 и 519, совершенно сюда не относящіяся.

[3]) Приводимъ ихъ въ точности:

Ст. 522: Виновный въ томъ, что склонилъ лицо женскаго пола промышлять развратомъ, посредствомъ насилія или угрозы убійствомъ или тяжкимъ тѣлеснымъ поврежденіемъ угрожаемой или члену ея семьи, или посредствомъ обмана или злоупотребленія своею надъ симъ лицомъ властью, или пользуясь безпомощнымъ его положеніемъ или зависимостью такого лица отъ виновнаго, наказывается: заключеніемъ въ тюрьмѣ на срокъ не ниже трехъ мѣсяцевъ. Виновный въ томъ, что склонилъ, указанными въ первой части сей статьи способами, къ выѣзду изъ Россіи лицо женскаго

существуетъ между этими постановленіями и тѣмъ движеніемъ, которое въ послѣднія 4—5 лѣтъ обнаружилось повсемѣстно въ Европѣ.

Движеніе это, преслѣдующее благородную задачу борьбы съ „паразитами проституціи", проявилось въ цѣломъ рядѣ международныхъ съѣздовъ, посвященныхъ вопросу о мѣрахъ репрессіи „торговли бѣлыми невольницами", „la traite des blanches" [1]): таковы Лондонскій конгрессъ 1899 г., Амстердаамская конференція 1901 г., Парижскій конгрессъ, происходившій лѣтомъ нынѣшняго 1902 г. Вопросъ о traite des blanches былъ предметомъ довольно оживленныхъ сужденій и на Петербургскомъ съѣздѣ международнаго союза криминалистовъ, въ сентябрѣ 1901 года [2]), а также еще въ мартѣ нынѣшняго года въ Парижѣ, въ засѣданіи Société Générale des Prisons. Это же движеніе вызвало въ Германіи за-

пола съ цѣлью обратить такое лицо на промыселъ развратомъ внѣ предѣловъ Россіи, наказывается: заключеніемъ въ исправительномъ домѣ на срокъ не свыше трехъ лѣтъ Если же виновный признанъ занимающимся указанными въ сей статьѣ преступными дѣяніями въ видѣ промысла, то онъ наказывается: заключеніемъ въ исправительномъ домѣ Покушеніе ненаказуемо—*Ст. 523*: Лицо мужского пола, виновное 1) Въ извлеченіи себѣ, въ видѣ промысла, имущественной выгоды полученіемъ оной отъ промышляющей развратомъ женщины, находящейся подъ его вліяніемъ или въ его зависимости, или пользуясь безпомощнымъ ея положеніемъ; 2) въ вербованіи, въ видѣ промысла, съ цѣлью полученія имущественной выгоды, лицъ женскаго пола для обращенія ими разврата въ промыселъ въ притонахъ разврата, наказывается: заключеніемъ въ тюрьмѣ.—*Ст 524*. Виновный въ неисполненіи установленныхъ правилъ для предупрежденія непогребства и пресѣченія вредныхъ отъ онаго послѣдствій наказывается: арестомъ или денежною пенею не свыше пятисотъ рублей.—*Ст. 5 5*. Виновный въ принятіи въ притонъ разврата лица женскаго пола, завѣдомо моложе двадцати одного года, наказывается: заключеніемъ въ тюрьмѣ Сему же наказанію подлежитъ виновный въ удержаніи въ притонѣ разврата промышляющей послѣднимъ женщины, если она изъявила желаніе оставить свой промыселъ.

[1]) Нужно замѣтить, что это общепринятое наименованіе создалось изъ прежде существовавшаго «la traite des noirs», торговля неграми. Само по себѣ, оно, конечно, неточно, такъ какъ объектами этой торговли могутъ быть и представительницы цвѣтныхъ расъ, тоже пользующіяся охраной въ виду международнаго характера этой послѣдней.

[2]) См. выше (стр. 58) статью „Петербургскій конгрессъ международнаго союза криминалистовъ".

конъ 25 іюня 1900 г., извѣстный подъ названіемъ „lex Heinze“, заключающій въ себѣ, впрочемъ, на-ряду съ постановленіями, вполнѣ желательными и полезными, немало преувеличеній и нецѣлесообразностей, въ значительной степени скомпрометировавшихъ законъ и вызвавшихъ горячій протестъ.

У насъ въ Россіи образованіе общества защиты женщинъ точно такъ же вызвано стремленіемъ поставить преграду свободному развитію темныхъ силъ, эксплоатирующихъ проституцію. Эту же цѣль преслѣдуютъ тѣ статьи проекта, которыя выше мною приведены. Въ проектахъ I и II редакціи ихъ не было вовсе; онѣ появились впервые въ редакціи III, а п. 2 ст. 523, предусматривающій вербованіе въ видѣ промысла, внесенъ уже при разсмотрѣніи проекта въ Особомъ Присутствіи.

Здѣсь не мѣсто, конечно, и я бы не былъ въ состояніи поднимать общій вопросъ о проституціи, одинъ изъ тѣхъ „проклятыхъ“ вопросовъ, надъ рѣшеніемъ которыхъ тщетно бьется человѣческій умъ, сознавая свое безсиліе. Но по самому существу дѣла необходимо коснуться одной его стороны: отношенія уголовнаго закона къ проституціи и къ элементамъ, питающимъ ее и вмѣстѣ съ тѣмъ ею живущимъ.

Въ этомъ отношеніи, прежде всего, приходится отмѣтить, что старыя законодательства въ самомъ фактѣ проституціи видѣли наказуемое дѣяніе: при такъ называемомъ fornicatio или scortatio (Hurerei) обѣ стороны подлежали по общегерманскому праву наказанію. Въ нашемъ правѣ еще уложеніе изд. 1857 г. предусматривало, на-ряду съ „посѣщеніемъ непотребныхъ женщинъ явнымъ и соблазнительнымъ образомъ“ (ст. 1341), за которое полагалось денежное взысканіе отъ одного до десяти рублей, „обращеніе лицомъ женскаго пола непотребства въ ремесло“ (ст. 1342) и наказывало такихъ лицъ арестомъ на время отъ 7 дней до 3 мѣсяцевъ, „смотря по обстоятельствамъ, болѣе или менѣе увеличивающимъ или уменьшающимъ вину“. При этомъ, по ст. 1337 наказывался и тотъ, кто „откроетъ свой собственный или нанимаемый имъ домъ для непотребства, или инымъ какимъ-либо образомъ изъ непотребства другихъ сдѣлаетъ себѣ ремесло“.

Какъ и можно было ожидать, всѣ эти постановленія, существовавшія уже въ Уложеніи изд. 1845 г., изданныя, какъ замѣчаетъ Неклюдовъ, „для успокоенія совѣсти законодателя“, или оставались мертвой буквой, или обходились. Неклюдовъ указываетъ на практиковавшійся способъ обхода: низшія инстанціи присуждали женщинъ за непотребство къ опредѣленному въ ст. 1342 наказанію, губернаторъ же обыкновенно не утверждалъ этихъ приговоровъ и ходатайствовалъ передъ министромъ внутреннихъ дѣлъ объ освобожденіи осужденныхъ отъ взысканія; министръ внутреннихъ дѣлъ всегда удовлетворялъ таковому ходатайству.

Съ 1853 г. такой обходъ сдѣлался ненуженъ, такъ какъ въ этомъ году (6 апр.) послѣдовало Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта, которымъ постановлено[1]), „что публичныя женщины, состоящія подъ врачебно-полицейскимъ надзоромъ, и содержательницы публичныхъ домовъ, имѣющія ихъ съ разрѣшенія правительства (sic!), не подвергаются опредѣленному собственно за непотребство наказанію даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ привлекаются къ суду во второй, третій и слѣдующій разъ, если только онѣ не изобличаются ни въ какомъ другомъ преступленіи. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда означенныя женщины будутъ изобличены въ совершеніи другого какого-либо, кромѣ непотребства, преступленія, онѣ подвергаются наказанію и за это преступленіе и за развратъ, по установленнымъ въ законѣ правиламъ о совокупности“.

Такое двусмысленное отношеніе къ вопросу о проституціи со стороны уголовнаго законодательства прекратилось лишь съ изданіемъ устава о наказаніяхъ, замѣнившимъ статьей 44 цѣлый рядъ статей Уложенія 1857 г. Въ настоящее время проституція зарегистрованная съ точки зрѣнія закона признается ремесломъ дозволеннымъ, проститутки лишь обязаны соблюдать установленныя правила, нарушеніе которыхъ подвергаетъ ихъ отвѣтственности по ст. 44. По той же статьѣ, какъ разъяснено общ. собр. (1892, № 7),

[1]) Объясн зап., VI, 600

отвѣчаютъ тайныя проституткн, т. е. женщины, „хотя и признаваемыя подлежащею властью промышляющими развратомъ, но не подчинившіяся, несмотря на предъявленное къ нимъ требованіе, надзору“.

При этомъ, подъ развратомъ или непотребствомъ понимается „торговля своимъ тѣломъ, предложеніе плотской связи или согласіе на таковую, за извѣстное вознагражденіе, съ каждымъ, того пожелавшимъ“.

Широкая неопредѣленность и произвольность этого понятія, въ связи съ столь же широкими полномочіями полиціи въ ея отношеніяхъ къ проституткамъ, какъ у насъ, такъ и на Западѣ, ставятъ проститутокъ, въ сущности говоря, въ положеніе вполнѣ безправное [1]).

Регулировать это положеніе представляется безусловной необходимостью, тѣмъ болѣе у насъ. Еще и теперь въ той почти чудовищной окаменѣлости, которая называется „уставомъ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій“, на-ряду съ ст. 155, запрещающей (!) „открывать днемъ и ночью домъ свой, или наемный, для непотребства, входить въ оный и непотребствомъ своимъ или непотребствомъ иныхъ снискивать себѣ пропитаніе“, мы находимъ ст. 158, говорящую о проституткахъ приблизительно такъ, какъ о сапныхъ лошадяхъ, въ слѣдующихъ выраженіяхъ: „пользующихся отъ заразительной болѣзни въ госпиталяхъ допрашивать, отъ кого заразились, и по показанію, буде заразившія ихъ женщины дѣйствительно окажутся виновными въ непотребствѣ и суть бродящія, подлыя и подозрительныя дѣвки, таковыхъ брать и лечить отъ заразительной болѣзни въ госпиталяхъ, и, по вылеченіи, поступать съ ними, какъ о бродягахъ постановлено“.

---

[1]) См. по этому поводу въ Revue Blanche отъ 1 сентября 1902 г. статью E Skandha «La Prostitution et la Police des moeurs». Множество вопіющихъ фактовъ, въ ней приведенныхъ, оправдываютъ заявленіе автора: «il est actuellement en France une classe importante d'êtres pour qui l'esclavage existe rigoureusement, et tel qu'il ne fut jamais plus étroit en aucun temps ni en aucun lieu. C'est la classe des prostituées» Понятно, Франція въ этомъ случаѣ не составляетъ исключенія

Само собою разумѣется, что требуемое регулированіе должно касаться *только* отправленія промысла,—и даже въ этой ограниченной области не слѣдуетъ скрывать отъ себя тѣ огромныя трудности, которыя возникаютъ вслѣдствіе того, что охрана безспорныхъ и весьма важныхъ общественныхъ интересовъ оказывается иногда несовмѣстимой съ нерушимыми правами человѣческой личности.

Въ законодательствѣ, называющемъ проститутокъ „подлыми и подозрительными дѣвками“, мы, понятно, безуспѣшно стали бы искать постановленій, задающихся цѣлью хоть сколько-нибудь охранять этихъ парій. Между тѣмъ, необходимость такой охраны въ настоящее время успѣла выясниться съ полной очевидностью. Именно безправное положеніе проститутки вызываетъ усиленную эксплоатацію ея позорнаго ремесла,—эксплоатацію весьма выгодную и до послѣдняго времени вполнѣ безопасную. Вслѣдствіе такой эксплоатаціи, женщина, разъ вступившая на путь проституціи, лишается почти навсегда возможности возврата, падаетъ все ниже и ниже, пока окончательно не погибнетъ.

И вотъ противъ этой-то эксплоатаціи и направляетъ свои удары новѣйшее уголовное законодательство; о ней трактуютъ вышеприведенныя ст.ст. 522—525 проекта.

Разумѣется, понятіе „эксплоатаціи“ само по себѣ является слишкомъ широкимъ: въ законѣ должны быть указаны реальные, осязательные *признаки* такой эксплоатаціи; иначе это понятіе грозитъ превратиться въ столь же безсодержательное, какимъ были „лживые поступки“ свода законовъ, „Vage Verbrechen“ нѣмецкой доктрины начала прошлаго вѣка.

Эксплоатація проституціи можетъ прежде всего выразиться въ дѣйствіяхъ, имѣющихъ цѣлью постоянное обновленіе ея кадровъ приливомъ свѣжихъ силъ,—дѣйствіяхъ, называемыхъ въ проектѣ *склоненіемъ* къ проституціи (къ промыслу развратомъ).

Но и это понятіе само по себѣ непригодно для созданія правонарушенія, поскольку рѣчь идетъ не о несовершеннолѣтнихъ. Разъ проституція сама по себѣ не есть наказуемое дѣяніе, не можетъ быть и рѣчи о наказуемомъ „подстрекательствѣ“ въ ней.

Ст. 522 и устанавливаетъ тѣ условія, при которыхъ такое склоненіе наказуемо,—и устанавливаетъ, какъ мнѣ кажется, *въ формѣ, недостаточно разработанной.*

Въ самомъ дѣлѣ: если мы сравнимъ редакцію ст. 522 предусматривающей принужденіе къ проституціи, съ редакціей ст. 504, карающей за принужденіе къ совершенію преступнаго дѣянія, то окажется, что законъ къ первому виду принужденія относится то строже, то мягче, чѣмъ ко второму.

Съ одной стороны, говоря объ угрозѣ для склоненія къ проституціи, законъ требуетъ, чтобы эта угроза имѣла содержаніемъ „убійство или тяжкое тѣлесное поврежденіе угрожаемой или члену ея семьи".

Между тѣмъ, при принужденіи къ совершенію тяжкаго преступленія всякая угроза (наказуемая) достаточна. Такимъ образомъ, понятіе принужденія оказывается шире понятія къ разврату.

Но съ другой стороны, лицо, принуждавшее къ учиненію преступленія, пользуясь безпомощнымъ положеніемъ принуждавшаго, не наказуемо (внѣ условій подстрекательства),—лицо же, склонявшее такимъ путемъ къ проституціи,—наказуемо.

Само по себѣ, понятіе „склоненія къ промыслу развратомъ" становится крайне неопредѣленнымъ, если на-ряду съ точно указанными средствами (насиліе, угрозы, обманъ, злоупотребленіе властью) законъ ставитъ такія расплывчатыя выраженія, какъ „пользуясь безпомощнымъ положеніемъ" и „пользуясь зависимостью". Трудно сказать, чѣмъ отличается „злоупотребленіе властью" отъ „пользованія зависимостью". Что касается „до безпомощнаго положенія", то по данной въ ст. 522 постановкѣ, оказывается, что одинъ только совѣтъ лицу, находящемуся въ такомъ положеніи, равносиленъ угрозѣ убійствомъ или тяжкимъ тѣлеснымъ поврежденіемъ. Между тѣмъ, въ другихъ статьяхъ проектъ строго различаетъ „насиліе и тяжкую угрозу", какъ средство принужденія, отъ „пользованія безпомощнымъ положеніемъ". О пользовании же „зависимостью" проектъ ни въ какой другой изъ статей, наказывающихъ непотребство, не говоритъ.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что проектъ (въ редакціи Особ. Совѣщанія) устанавливаетъ чрезвычайно широкій объемъ понятія „склоненія къ разврату“, наказывая притомъ не только склоненіе, но и „покушеніе на склоненіе“, т. е., какъ надо полагать, тѣ случаи, когда склоненіе не имѣло успѣха. Особое Присутствіе пошло еще дальше, установивъ наказуемость „вербованія въ видѣ промысла, съ цѣлью полученія имущественной выгоды, лицъ женскаго пола для обращенія ими разврата въ промыслъ въ притонахъ разврата“ (ст. 523 п. 2).

Въ журналѣ Особаго Присутствія мы не находимъ никакой мотивировки этого постановленія. Между тѣмъ, оно представляется весьма и весьма спорнымъ.

Лондонскій конгрессъ, въ 1899 г., полагалъ, что вербованіе совершеннолѣтнихъ женщинъ можетъ быть наказуемо только при наличности незаконнаго принужденія. При обсужденіи вопроса въ Парижѣ, въ засѣданіи Société Générale des Prisons, эту постановку защищалъ такой въ высшей степени компетентный юристъ, какъ Bérenger, доказывая, что при наличности свободнаго согласія совершеннолѣтней женщины, нѣтъ, съ юридической точки зрѣнія, возможности карать того, кто ее побудилъ или оказалъ ей содѣйствіе. Такое же рѣшеніе было принято международной парижской конференціей минувшимъ лѣтомъ. Противоположное воззрѣніе, желавшее ввести понятіе наказуемаго „embauchage“, независимо отъ средствъ, примѣненныхъ виновнымъ, и въ Парижѣ, и на Петербургскомъ международномъ съѣздѣ криминалистовъ защищались весьма страстно генеральнымъ адвокатомъ Фейолеемъ (Feuilloley), но безъ успѣха. И въ самомъ дѣлѣ, можно сомнѣваться въ осуществимости и основательности такой постановки.

Если независимо отъ „склоненія къ разврату лица женскаго пола, пользуясь его безпомощнымъ положеніемъ или зависимостью“ законъ ставитъ „вербованіе“, то очевиденъ выводъ, что вербованіе должно быть наказуемо и въ тѣхъ случаяхъ, когда вербуемое лицо женскаго пола вовсе не находилось въ безпомощномъ положеніи или въ зависимости, а согласилось на промыселъ добровольно.

Объ эксплоатаціи, стало быть, тутъ не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ эксплоатація всегда предполагаетъ эксплоатируемаго, т. е. лицо, вынуждаемое согласиться на что-либо для него невыгодное. Законъ, повидимому, направленъ противъ лицъ, занимающихся промысломъ, который признается недозволеннымъ. Но въ такомъ случаѣ непонятно, почему караются только „лица мужского пола". Непонятно кажущееся желаніе законодателя, чтобы вербованіе обратилось въ исключительную ненаказуемую монополію женщинъ. И почему, въ случаѣ соучастія лицъ разныхъ половъ, одинъ изъ соучастниковъ будетъ наказанъ, а женщина—соучастница—нѣтъ? Не произвольно ли такое различіе? Съ другой стороны, разъ проституція и дома терпимости допускаются и считаются неизбѣжнымъ зломъ, казалось бы, что и „вербованіе" должно быть признано столь же неизбѣжнымъ зломъ.

Намъ скажутъ, что и это постановленіе, и то, которое запрещаетъ принятіе въ притонъ разврата лица женскаго пола, завѣдомо моложе 21 года, а также удержаніе въ притонѣ женщины, изъявившей желаніе оставить свой промыселъ,—имѣютъ цѣлью затруднить отправленіе промысла, поставить его въ наименѣе благопріятныя условія. Но, во-первыхъ, было бы чрезмѣрнымъ оптимизмомъ думать, что всѣ эти запреты сколько-нибудь существенно отразятся на развитіи проституціи, а во-вторыхъ, еслибы они и отразились на проституціи явной, такъ сказать, оффиціальной, то лишь къ вящшему успѣху, процвѣтанію и усиленію проституціи тайной.

Такимъ образомъ, я полагаю, что *для наказуемости вербованія совершеннолѣтнихъ женщинъ безъ насилія, обмана или злоупотребленія, при существованіи постановленій о сводничествѣ и о склоненіи къ разврату,—основаній не оказывается.*

Подобно французскому закону 1885 г. и нѣмецкому 1900 г., ст. 523, п. 1, направлена противъ сутенеровъ,—такъ называемыхъ „котовъ",—типа достаточно извѣстнаго въ большихъ городахъ и въ высокой степени гнуснаго. Надо, при этомъ замѣтить,

что ни французскому, ни нѣмецкому закону не удалось отчетливо и точно формулировать составъ сутенерства [1]). Нельзя сказать, чтобы формулировка проекта была вполнѣ удачна. „Извлеченіе — полученіемъ", „виновное въ извлеченіи... пользуясь" - достаточно неуклюжіе обороты. Выраженіе „находящейся подъ его вліяніемъ" не говоритъ ничего опредѣленнаго. Но во всякомъ случаѣ эта редакція значительно превосходитъ редакцію и нѣмецкаго, и французскаго законовъ, и по существу противъ нея, мнѣ кажется, возражать не приходится. Нужно замѣтить, что по нѣмецкому закону 1900 г., квалифицирующимъ обстоятельствомъ являются супружескія отношенія, существующія между виновнымъ и его жертвой; такая квалификація, повидимому, вполнѣ цѣлесообразна.

Никакихъ самостоятельныхъ замѣчаній не возникаетъ по поводу того опредѣленія, которое имѣетъ въ виду „traite des blanches" (Ст. 522, ч. 2).

Что касается, наконецъ, послѣдняго постановленія проекта,— 2 части ст. 535, наказывающей виновнаго въ удержаніи въ притонѣ разврата промышляющей послѣднимъ женщины, если она изъявила желаніе оставить свой промыселъ, то я думаю, что это постановленіе покоится на нѣкоторомъ недоразумѣніи.

Въ журналѣ Особаго Совѣщанія это постановленіе мотивировано слѣдующимъ образомъ [2]): „Особое Совѣщаніе разсуждало, что если падшая женщина тяготится своимъ положеніемъ въ притонѣ разврата и желаетъ вернуться на путь честной жизни, то, конечно, употребленіе не только насилія, *но и обмана* [3]) въ какомъ бы то ни было видѣ, для воспрепятствованія ей осуществить свое намѣреніе и для оставленія ея въ прежней зависимости отъ эксплоатирующей ее содержательницы притона, не можетъ быть не признано преступнымъ... Въ § 47 правилъ для содержательницъ притоновъ города С.-Петербурга (сводъ узак. и расп. прав. по врачебной и санитарной части въ Имперіи, изд. Медиц. Деп. Мин. Внутр.

[1]) См. Revue Pénit, 1 с. и S. Jaffa, Begriff des Zuhalters.
[2]) Стр. 436.
[3]) Курсивъ мой.

Дѣлъ, стр. 47) имѣется постановленіе о томъ, что женщины могутъ оставлять дома терпимости во всякое время, когда пожелаютъ, причемъ денежныя претензіи содержательницъ на женщинъ не могутъ служить препятствіемъ къ оставленію послѣдними притона, а имѣютъ быть предметомъ судебнаго разбирательства. Но это правило, *какъ не имѣющее карательной санкціи въ отношеніи принудительнаго удержанія женщины въ притонѣ разврата* [1]), остается мертвою буквою. Въ виду сего, восполненіе пробѣла уголовнаго закона въ этомъ отношеніи представлялось бы, по мнѣнію Особаго Совѣщанія, необходимымъ" и т. д.

По поводу этихъ соображеній, мнѣ думается, во-первыхъ, что едва-ли оставленіе женщинами дома терпимости во всякое время" потому не практикуется, что не существуетъ, будто-бы, закона, карающаго за принудительное ихъ удержаніе. Тѣмъ-то и ужасны дома терпимости, что женщина, разъ туда попавшая, медленно, но вѣрно засасывается въ тину разврата, откуда ей не выбраться. Реабилитація *такихъ* проститутокъ въ литературѣ бываетъ, но въ жизни едва-ли часто встрѣчается. И нельзя ожидать, чтобы установленіе наказанія за „удержаніе" въ домѣ терпимости способствовало тому, чтобы эти дома пустѣли.

Но, помимо того, ст. 535, ч. 2, вызываетъ недоумѣніе и въ другомъ отношеніи: въ отношеніи своего состава. Является вопросъ: какіе признаки отличаютъ „удержаніе въ притонѣ разврата" отъ „лишенія свободы задержаніемъ или заключеніемъ" (ст. 494)? Какъ можно заключить изъ приведенныхъ мотивовъ, высказанныхъ въ Журналѣ Особаго Совѣщанія, послѣднее усматриваетъ особенность преступленія, опредѣленнаго въ ст. 435, въ томъ, что оно совершается путемъ употребленія „не только насилія, но и обмана въ какомъ бы то ни было видѣ". Между тѣмъ, и при „задержаніи", о которомъ говоритъ ст. 494, какъ прямо указано въ „объясненіяхъ" (стр. 430), способъ дѣйствія безразличенъ, и таковымъ могутъ быть обманъ, хитрость. Слѣдовательно, въ этомъ отношеніи

[1]) Курсивъ мой.

оба дѣянія совпадаютъ, а другихъ признаковъ различія нельзя указать.

Но въ такомъ случаѣ возникаетъ гораздо большее затрудненіе, а именно: по ст. 494 тяжесть наказанія зависитъ отъ продолжительности задержанія: если оно продолжалось болѣе одной недѣли, виновный наказывается исправительнымъ домомъ, и только за лишеніе свободы задержаніемъ или заключеніемъ на срокъ менѣе одной недѣли законъ назначаетъ тюрьму. Между тѣмъ, по ст. 535, ч. 2, за удержаніе въ притонѣ разврата назначается тюрьма *независимо* отъ длительности лишенія свободы, такъ что удержаніе въ притонѣ разврата является привилегированнымъ видомъ посягательства на свободу.

Такая несообразность приводитъ къ выводу, что составъ ст. 535, ч. 2 въ какомъ-то отношеніи шире состава ст. 494, или, другими словами, что „удержаніе въ притонѣ разврата“ не есть лишеніе свободы, а какое-то преступное бездѣйствіе, неисполненіе обязанности немедленно удалить обитательницу дома терпимости, лишь только она объ этомъ заявитъ желаніе. Уголовно-юридическій элементъ этого дѣянія остается, такимъ образомъ, загадкой, которую придется разгадывать будущимъ примѣнителямъ уголовнаго уложенія.

Таковы, въ общихъ чертахъ, тѣ замѣчанія, которыя возникаютъ при разсмотрѣніи проектированныхъ постановленій о „непотребствѣ“. Въ этихъ замѣчаніяхъ, какъ могъ убѣдиться читатель, критическая часть преобладаетъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, я надѣюсь, что въ нихъ отдано должное тѣмъ сторонамъ проекта, въ виду которыхъ онъ долженъ быть признанъ, по моему глубокому убѣжденію, свидѣтельствомъ прочнаго и крупнаго прогресса уголовно-юридической мысли и залогомъ такого же прогресса отечественнаго правосудія.

Сводя во-едино все, высказанное на предыдущихъ страницахъ, я прихожу къ слѣдующимъ выводамъ:

I. Неполная, недостаточная, малоразвитая система преступленій противъ нравственности въ дѣйствующемъ правѣ съ догмати-

ческой стороны задумана правильнѣе и логичнѣе, чѣмъ система, усвоенная проектомъ.

II. Выраженіе „любострастное дѣйствіе" и толкованіе этого выраженія въ объясненіяхъ къ проекту—не могутъ быть признаны правильными.

III. При „любострастномъ дѣйствіи" съ лицомъ женскаго пола, достигшимъ опредѣленнаго возраста, нѣтъ надобности ставить въ законѣ условіемъ наказуемости „отсутствіе согласія".

IV. Возрастные предѣлы, установленные въ проектѣ, представляются спорными.

V. Относительно наказуемости противоестественныхъ пороковъ слѣдуетъ замѣтить:

1) Въ вопросѣ о наказуемости мужеложства надлежитъ исходить не изъ данныхъ, добытыхъ психопатологіей, а изъ соображеній юридическихъ; 2) съ точки зрѣнія этихъ соображеній, не только принципіальныхъ, но и практическихъ, вопросъ о наказуемости мужеложства добровольнаго, между взрослыми,—долженъ быть рѣшенъ отрицательно; 3) мужеложство должно быть караемо лишь какъ любострастное дѣйствіе, при наличности тѣхъ же условій, которыя требуются для наказуемости означеннаго дѣйствія. При этомъ, ни въ отношеніи состава, ни въ отношеніи наказуемости, нѣтъ никакого основанія выдѣлять мужеложство изъ ряда другихъ любострастныхъ дѣйствій; 4) проектъ поступаетъ правильно, оставляя скотоложство безъ наказанія.

VI. Обольщеніе дѣвушки, не достигшей 21 года, посредствомъ лживыхъ обѣщаній и иныхъ уловокъ, должно быть наказуемо, кто бы ни былъ виновникомъ обольщенія.

VII. По вопросамъ о покушеніи на кровосмѣшеніе и о предѣльномъ возрастѣ ненаказуемости нисходящаго, проекты первыхъ редакцій держались правильнаго взгляда; отказъ отъ этого взгляда въ проектахъ послѣднихъ редакцій недостаточно мотивированъ.

VIII. Вопросъ о наказуемости плотскаго сношенія посредствомъ обмана не можетъ получить никакого рѣшенія на основаніи постановленій проекта.

IX. Постановленія проекта, направленныя противъ паразитовъ

проституціи, разработаны несовершенно. Въ частности: 1) составы нѣкоторыхъ преступленій сливаются; 2) вербовка по проекту наказуема при отсутствіи насилія или обмана, что неправильно; „удержаніе въ притонѣ разврата“ не имѣетъ самостоятельнаго уголовнаго элемента.

X. Необходимы нѣкоторыя (выше точно указанныя) редакціонныя исправленія ст. 511 п. 3, ст. 512 п. 1, п. 2 и in fine, ст. 516 п. 2, ст. 520. ч. 1, п. 2 и ч. 2, ст. 525, ч. 1.

XI. Постановленія проекта, въ особенности, тѣ, которыя направлены къ охранѣ малолѣтнихъ, представляютъ сами по себѣ крупнѣйшій прогрессъ.

Жизнь и дѣятельность Н. В. Рукавишникова [1]).

Въ самомъ началѣ программы третьяго съѣзда криминалистовъ, впереди заглавій докладовъ, сообщеній и рѣчей, посвященныхъ важнымъ вопросамъ уголовнаго права и уголовной политики, мы читаемъ три имени: Н. В. Рукавишниковъ—докторъ Гаазъ—Ровинскій. Эти имена сами по себѣ краснорѣчивы; сопоставленіе ихъ здѣсь полно глубокаго значенія. При всемъ различіи общественнаго положенія, исторической роли и внѣшнихъ формъ дѣятельности, Ровинскій, Гаазъ и Рукавишниковъ сходятся въ одномъ: въ основной чертѣ ихъ характера, отразившейся на всѣхъ начинаніяхъ и подвигахъ ихъ жизни. Къ каждому изъ нихъ болѣе всего подходитъ опредѣленіе „дѣятельный человѣколюбецъ“.

Много есть разнообразныхъ способовъ „возлюбить ближняго“. Любить дѣятельно, настоящимъ дѣломъ выразить любовь—наиболѣе простая и вмѣстѣ съ тѣмъ наиболѣе трудная задача,—въ особенности тогда, когда рѣчь идетъ о „падшихъ братьяхъ“, о тѣхъ, кто вступилъ на стезю порока и преступленія, на комъ уже лежитъ клеймо, кто рано зачерствѣлъ и ожесточился и мало воспріимчивъ къ добру и кротости.

Въ самомъ учрежденіи нашего союза,—а главное,—въ работахъ русской группы уже сказалось благородное стремленіе протянуть руку помощи этимъ падшимъ братьямъ. Цѣль эту преслѣдовала разработка вопросовъ объ условномъ осужденіи, досрочномъ

[1]) Рѣчь, произнесенная въ Москвѣ, 4 апрѣля 1901 г., на открытіи третьяго съѣзда русской группы международнаго союза криминалистовъ.

освобожденіи; она же имѣлась въ виду при постановкѣ предстоящаго нынѣ нашему разсмотрѣнію вопроса о патронатѣ. Научно-практическое освѣщеніе и разрѣшеніе намѣченныхъ проблемъ представляется, конечно, дѣломъ огромной важности. Но было бы прискорбной ошибкой думать, что этимъ—и этимъ однимъ—можно достигнуть успѣха; что, напр., удачнѣйшая регламентація условнаго осужденія, или выработка идеальнѣйшей формы патроната даютъ право сказать „fecі quod potui“. Все это и многое другое—лишь внѣшнія рамки,—лишь оболочка, и если внутри этой оболочки не будетъ живого духа, воплощающагося въ дѣятелѣ, полномъ самоотверженной любви,—всѣ наши выводы и пожеланія окажутся „мѣдью звенящей“, „кимваломъ бряцающимъ“. Это—старая, общеизвѣстная истина, ее бы слѣдовало считать аксіомой уголовной политики вообще и тюрьмовѣдѣнія въ частности, понявъ, что только при этомъ условіи тюрьмовѣдѣніе перестаетъ быть, по жесткому слову великаго писателя, наукой о томъ, какъ получше мучить людей. Между тѣмъ, истина эта нерѣдко забывается,—еще чаще оставляется на заднемъ планѣ, какъ нѣчто само собою разумѣющееся, о чемъ и говорить нечего. Не въ этомъ ли разгадка частыхъ неуспѣховъ отлично задуманныхъ реформъ, не здѣсь ли объясненіе неудачъ, постигающихъ гуманнѣйшія, глубоко-симпатичныя учрежденія?..

Какъ бы то ни было, къ нашимъ работамъ подобный упрекъ не примѣнимъ. Начиная ихъ подъ знаменемъ трехъ доблестныхъ именъ, наше собраніе тѣмъ самымъ ярко выражаетъ и подчеркиваетъ мысль о великомъ значеніи такихъ „дѣятельныхъ человѣколюбцевъ“. И какъ не помянуть ихъ здѣсь, въ Москвѣ, гдѣ протекла работа всей жизни двухъ изъ нихъ,—лучшіе годы жизни третьяго? При томъ невольно думается: побольше бы такихъ людей, какими были они,—и многіе изъ тѣхъ вопросовъ, передъ рѣшеніемъ которыхъ мы теперь останавливаемся съ недоумѣніемъ, чувствуя безсиліе свое,—сами собою бы рѣшались,—а другіе и не поднимались бы вовсе. И всѣ наши труды и усилія могутъ принести плодъ только въ томъ случаѣ, если найдутся такіе люди...

Обладая однимъ общимъ основнымъ душевнымъ свойствомъ,

Гаазъ, Ровинскій, Н. В. Рукавишниковъ во многихъ другихъ отношеніяхъ представляютъ между собою глубокія различія. Изъ нихъ наиболѣе рѣзкое—продолжительность пройденнаго ими жизненнаго пути. Гаазъ и Ровинскій почили „исполненные долготою дней“, со спокойнымъ сознаніемъ, что они довольно потрудились, свершили „въ предѣлахъ земныхъ—все земное“. Не такова была судьба Н. В—ча. Ему едва исполнилось тридцать лѣтъ, онъ едва переступилъ тотъ рубежъ, на которомъ настаетъ полдень жизни и приходится прощаться съ „легкой юностью“—какъ смерть похитила его. Въ этой ранней, безвременной смерти есть что-то загадочное. Древніе, сталкиваясь съ такими загадками, красиво и трогательно разрѣшали ихъ, говоря: „кого боги возлюбили, тѣ рано умираютъ“. Пусть такъ: все же разумъ нѣмѣетъ передъ кажущеюся несправедливостью, сердце скорбитъ, поражаемое ранней потерей,—но зато не чище ли, не возвышеннѣе ли остается представленіе о томъ, чья душа

«Земли едва коснулась
И отъ земли ужъ отвернулась».

Для громаднаго большинства, въ 30 лѣтъ только начинается общественная дѣятельность. Сводя въ эти годы счеты съ минувшей юностью, мы должны обыкновенно признать, что прошедшее было занято главнымъ образомъ личной жизнью, въ лучшемъ случаѣ—подготовкой къ работѣ на пользу другихъ. Кто не насчитаетъ множества ошибокъ и увлеченій, безплодныхъ порывовъ, тщетныхъ поисковъ, прежде всего—личнаго счастья... Кто можетъ сказать, что съ самаго начала сознательной жизни, съ минуты, когда возникла лишь возможность общественнаго служенія, этому служенію было принесено въ жертву все личное,—или, лучше сказать, пробудилось сознаніе, что прочное счастіе—въ этомъ именно служеніи. Наконецъ, кто не ошибался въ своемъ призваніи, не принималъ мимолетныхъ увлеченій за глубокія, серьезныя стремленія? Такихъ счастливцевъ немного, и Н. В—чъ принадлежалъ къ ихъ числу. Въ немъ мы видимъ рѣдкій и поразительный примѣръ человѣка, неожиданно почувствовавшаго свое общественное призваніе, всецѣло охваченнаго этимъ чувствомъ, безъ колебаній и безъ поворота отдавшагося

призванію и не *пожертвовавшаго* даже своимъ личнымъ счастіемъ—слово „жертва“ тутъ неумѣстно,—а просто упразднившаго всякое личное стремленіе, ради того общественнаго дѣла, въ которомъ съ этой минуты сосредоточивался для него смыслъ жизни. Этотъ важный, рѣшительный моментъ въ жизни Н. В—ча наступилъ на 25 году. Любопытно, что онъ вовсе и не былъ подготовленъ къ тому дѣлу, которое должно было прославить его имя,—мало того, онъ никогда о немъ не думалъ, и нѣтъ никакихъ указаній на то, чтобы до 1870 г. онъ имъ интересовался. Не юристъ по образованію, блестящій кандидатъ Московскаго университета по физико-математическому факультету, готовившійся посвятить себя горному дѣлу, Н. В—чъ до того времени едва ли даже и зналъ о существованіи того скромнаго маленькаго учрежденія, которому онъ долженъ былъ впослѣдствіи отдать всѣ силы, и съ радостной гордостью называть его своимъ.

Исторія этого учрежденія извѣстна. Я ее здѣсь напомню лишь въ самыхъ краткихъ чертахъ,—и нельзя будетъ при томъ пройти молчаніемъ имя другого благороднаго, гуманнаго дѣятеля, лишь недавно, на нашихъ глазахъ, окончившаго жизнь, проникнутую высокими принципами и свѣтлыми идеалами,—дѣятеля, чье горячее слово указало настоящій путь Н. В—чу, пробудивъ его нравственныя силы. Говорю о М. Н. Капустинѣ. Имя его, какъ и имя Александры Николаевны Стрекаловой, предсѣдательницы общества распространенія полезныхъ книгъ, неразрывно связано съ исторіей возникновенія пріюта, впослѣдствіи получившаго названіе Рукавишниковскаго.

Отчетъ комитета этого общества за третій годъ существованія его разсказываетъ исторію о томъ, какъ общество въ 1863 г. взялось за предпріятіе, которое могло, по его мнѣнію, имѣть весьма благотворное вліяніе на общественную нравственность. Предположено было завести исправительную школу для малолѣтнихъ, состоящихъ подъ слѣдствіемъ или судомъ, подлежащихъ отдачѣ на поруки или остающихся безъ пріюта по окончаніи надъ ними суда, а также для праздношатающихся дѣтей, занимающихся нищенствомъ. Для помѣщенія этой школы нанятъ былъ домъ, принадлежащій Симонову монастырю и находящійся вблизи монастыря.

Средства къ содержанію школы должны были быть доставляемы введеніемъ переплетнаго мастерства, которому предполагалось обучать мальчиковъ. Собрана была небольшая сумма на первоначальное обзаведеніе школы При ней должны были „состоять“ смотритель и сторожъ Для обученія закону Божію имѣлось въ виду пригласить одного изъ иноковъ монастыря. Обученіе грамотѣ ввѣрялось смотрителю, обученіе мастерству—опытному мастеру.

Перу М. Н. Капустина, получившаго въ свое завѣдываніе первоначально лишь воспитательную и учебную часть школы, а вскорѣ потомъ и общее веденіе ея, принадлежитъ первый отчетъ о школѣ, за первые 6 мѣсяцевъ ея существованія. Здѣсь констатировалось, что учрежденіе это было первымъ и единственнымъ въ то время въ Россіи. Съ самаго начала въ него принимались мальчики, не свыше 14 лѣтъ отъ роду, помѣщаемые попечительствомъ о тюрьмахъ и по его же требованію подлежавшіе возвращенію. Такимъ образомъ воспитанники поступали на неопредѣленное время и могли быть взяты обратно, независимо отъ степени ихъ исправленія. Наряду съ этимъ болѣе постоянный контингентъ представляли мальчики, поступавшіе изъ работнаго дома.

Всѣхъ дѣтей въ первый годъ было 10 чел. Мальчиковъ предполагалось выпускать по достиженіи ими 16-лѣтняго возраста, продолжая этотъ срокъ въ тѣхъ случаяхъ, когда мальчикъ, по своимъ наклонностямъ и развитію, не можетъ еще обойтись безъ постояннаго надзора.

Отчеты послѣдующихъ годовъ рисуютъ все ту же картину. Маленькое дѣло, благодаря усиліямъ М. Н. Капустина и сочувствію общества, все тверже становится на ноги, но дальнѣйшаго развитія не получаетъ.

Объясняется такое явленіе главнымъ образомъ, конечно, недостаткомъ матеріальныхъ средствъ, но кромѣ того и тѣмъ, что тѣ лица, которыя стояли во главѣ этого дѣла, сердечно любя его и содѣйствуя всячески его преуспѣянію, имѣли множество другихъ дѣлъ и занятій и не могли всецѣло отдаться скромной задачѣ, вложить всю душу свою въ это юное учрежденіе.

Со введеніемъ судебной реформы въ пріютъ начинаютъ принимать малолѣтнихъ, осужденныхъ мировыми судьями и окружными судами.

Нельзя при этомъ не вспомнить, что учрежденіе новыхъ судовъ имѣло вліяніе и на матеріальную судьбу пріюта. Отчеты констатируютъ съ первыхъ же лѣтъ отрадный фактъ: въ многочисленныхъ случаяхъ московскими присяжными собираются по подпискѣ небольшія суммы на исправительный пріютъ.

Въ 1868 г. утвержденъ былъ уставъ исправительнаго пріюта, послѣ того какъ законъ 1866 г. открылъ широко двери общественной и частной иниціативѣ въ дѣлѣ созданія у насъ исправительнаго воспитанія.

Количество воспитанниковъ въ пріютѣ въ это время нѣсколько увеличилось, и обстоятельство это, радуя М. Н. Капустина, въ то же время смущало его. Въ отчетѣ своемъ за 1867—1868 г. онъ говоритъ: „Мнѣ кажется, что задача пріюта можетъ быть выполнена только при ограниченномъ числѣ содержащихся въ немъ.

Лишь при такомъ условіи возможно наблюденіе за каждымъ мальчикомъ, за его характеромъ и наклонностями и принятіе сообразно съ этимъ особыхъ мѣръ исправленія. Безъ индивидуальнаго характера исправленія всѣ мѣры его окажутся безуспѣшными, и возникаетъ опасность, чтобы онѣ не покрылись плѣсенью формализма“.

И дѣйствительно, нужны необыкновенныя, исключительныя педагогическія способности, нужна гигантская энергія для того, чтобы не убояться задачи „индивидуальнаго исправленія нѣсколькихъ десятковъ дѣтей, во многихъ случаяхъ не сохранившихъ почти ничего дѣтскаго“. Такія способности, такая энергія и—что важнѣе всего—такая всепоглощающая любовь къ дѣлу была у того человѣка, которому пришлось вскорѣ стать во главѣ пріюта, въ качествѣ его директора.

Въ началѣ 1869 г. пріютъ постигло несчастье. Онъ сгорѣлъ, причемъ погибла большая часть пріютскаго имущества, воспитанники остались безъ крова. М. Н. Капустинъ какъ разъ въ это время получилъ назначеніе въ Ярославль и долженъ былъ поневолѣ отказаться отъ завѣдыванія пріютомъ, занявшимъ новую квартиру въ

Хамовникахъ. Крайне озабоченный судьбой пріюта, М. Н. горячо желалъ сильнѣе пробудить къ нему интересъ въ московскомъ обществѣ и весной 1870 г. въ Московскомъ университетѣ прочелъ публичную лекцію, посвященную вопросу о значеніи исправительнаго воспитанія и о Московскомъ пріютѣ. Среди слушателей находился и Н. В. Рукавишниковъ.

Ему въ то время было 25 лѣтъ. Лицо, хорошо его знавшее, такъ рисуетъ намъ его внѣшній обликъ:

„Онъ представлялъ рѣдкое сочетаніе красоты душевной и тѣлесной: природа вполнѣ одаряетъ иногда своихъ избранниковъ. Сердечная теплота высказывалась въ свѣтломъ взглядѣ его добрыхъ синихъ глазъ, въ улыбкѣ немного крупныхъ губъ, въ крѣпкомъ пожатіи бѣлой нѣжной руки. Онъ былъ средняго роста, говорилъ обыкновенно стоя и глядѣлъ прямо въ лицо собесѣднику, пощипывая свою темную бороду".

Отличительной чертой его въ обращеніи съ другими людьми была простота и какая-то застѣнчивая скромность. Онъ мало съ кѣмъ сходился. Сердечно привязанный къ отцу, онъ болѣе всего на свѣтѣ любилъ свою мать, находя въ общеніи съ нею высшую радость, стремясь только къ ея ласкѣ и счастливый только ею. Его душа ни въ ту пору, ни потомъ не была загрязнена ни однимъ низменнымъ впечатлѣніемъ. И ему это не стоило никакой борьбы, никакихъ усилій. Благоухающая чистота его нравственнаго облика была истинно Божьимъ даромъ, а не плодомъ сознательнаго умерщвленія плоти, или разсудочнаго стремленія къ самосовершенствованію. Будучи чужда сухого аскетизма, она соединялась съ неистощимой силой нѣжности,—носила въ себѣ способность любить безгранично и самоотверженно... Въ ту пору Н. В. еще не нашелъ своего призванія. Лекція М. Н. Капустина была тѣмъ толчкомъ, который направилъ его духовныя силы на истинный путь. И въ этомъ—крупная, незабываемая заслуга М. Н.

Лекція была прочитана весной 1870 г., а къ концу лѣта уже Н. В. вступилъ въ должность директора исправительнаго пріюта, завязавъ дружескія отношенія съ М. Н. Капустинымъ, оцѣнившимъ сразу прекрасную душу юноши. Первый отчетъ Н. В—ча—за 1870 г.

Дѣло, съ которымъ онъ до того времени никакого теоретическаго знакомства не имѣлъ, далось ему сразу, — и сразу же онъ понялъ и оцѣнилъ одну изъ слабыхъ сторонъ пріюта, препятствовавшихъ достиженію успѣшныхъ результатовъ. Эта слабая сторона заключалась въ разнообразіи возрастовъ принимаемыхъ въ пріютъ питомцевъ и въ неопредѣленности сроковъ содержанія ихъ въ пріютѣ. Число питомцевъ въ 1870 г. доходило до 57. Н. В говоритъ по этому поводу слѣдующее.

„Пріютъ имѣетъ цѣлью исправлять малолѣтнихъ преступниковъ отъ порока и преступленія, въ которые они впали, быть можетъ, по винѣ безнравственныхъ родителей, по подстрекательству или вслѣдствіе крайней бѣдности: пріучить ихъ въ пріютѣ сознавать полезнымъ честный трудъ, содѣлать хорошими гражданами, для чего со стороны пріютскаго управленія требуется не строгость или наказаніе, а мѣра исправленія воспитанниковъ мягкимъ съ ними обращеніемъ, состраданіе къ нимъ и поощреніе ихъ на доброе дѣло. Но при пріемѣ въ пріютъ мальчиковъ взрослыхъ и на короткій срокъ едва ли есть какая-нибудь возможность достигнуть этой цѣли. Ибо взрослыхъ и замотерѣвшихъ уже въ преступленіи пріютъ исправить не можетъ; у него нѣтъ для нихъ особеннаго помѣщенія и нѣтъ тѣхъ средствъ, какія нужны для исправленія взрослыхъ. Они помѣщаются въ пріютъ вмѣстѣ съ маленькими. Взрослые, какъ чума, вносятъ въ пріютъ свои пороки и заражаютъ ими маленькихъ. Предупредить этотъ вредъ, оградить маленькихъ мальчиковъ отъ дурныхъ примѣровъ и оправдать названіе пріюта „исправительный“ считаю возможнымъ, только принявъ за правило не допускать въ пріютъ взрослыхъ и никого на короткій срокъ“.

Въ этихъ немногихъ словахъ видно то вдумчивое и любовное отношеніе къ дѣлу, которое такъ характерно для Н. В. Въ нихъ, въ сущности говоря, содержится цѣлая программа. Въ высшей степени убѣдительно высказана здѣсь мысль о необходимости строгой классификаціи порочныхъ и преступныхъ дѣтей по возрасту,—о коренномъ различіи между дѣятельностью, заботящейся объ исправленіи малолѣтнихъ, и мѣрами, направленными къ принудительному воспи-

танію болѣе взрослыхъ дѣтей;—мысль, ставшая достояніемъ литературы и повторенная, между прочимъ, въ журналахъ засѣданій Государственнаго Совѣта, при обсужденіи новеллы 1897 г. Здѣсь же мы видимъ, какъ точно и опредѣленно было у Н. В. сознаніе своихъ силъ и способностей, — какъ тепло и какою проникнуто нѣжностью его чувство къ „маленькимъ", которыхъ онъ, какъ любящій отецъ, хочетъ оградить отъ пагубнаго вліянія болѣе испорченныхъ товарищей...

Я сказалъ: какъ отецъ. Да, иначе какъ отцовскимъ нельзя назвать отношеніе Н. В. къ дѣтямъ Одинъ изъ ученыхъ, принявшихъ участіе въ извѣстномъ изданіи Гольтцендорфа и Ягемана, посвященномъ тюрьмовѣдѣнію, докторъ Феринг, говоря о требуемыхъ качествахъ начальниковъ и служащихъ въ исправительныхъ заведеніяхъ, считаетъ безусловно необходимымъ, чтобы всѣ они были женаты, ибо „здѣсь нужна не только строгая и суровая дисциплина, но и любовное, благожелательное и сердечное обращеніе съ воспитанниками, и только тотъ, кто самъ имѣетъ дѣтей и знаетъ всѣ тѣ радости, заботы и горести, которыя доставляютъ дѣти родительскому сердцу, вполнѣ къ этому пригоденъ".

Да, какъ общее правило, эти слова, пожалуй, вѣрны. Тѣмъ трогательнѣе и поразительнѣе то несомнѣнное исключеніе, которое мы видимъ въ лицѣ Н. В. Для него пріютскія дѣти были родными дѣтьми, пріютъ былъ семьей, въ которую онъ вносилъ столько любви и заботъ, сколько не всякій отецъ вноситъ въ собственную свою семью.

Годомъ позже, констатируя въ отчетѣ своемъ, съ нескрываемымъ удовольствіемъ, трудолюбіе и любознательность маленькихъ питомцевъ пріюта, Н. В. заботливо старается отстранить всякую мысль о томъ, чтобы тутъ игралo роль вліяніе директора.

„Рвеніе изучить мастерства, говоритъ онъ, я объясняю себѣ тѣмъ, что большинство изъ нихъ очень умные и способные мальчики; они хорошо понимаютъ, что мастерство дастъ имъ вѣрный кусокъ хлѣба и избавитъ ихъ отъ испытанныхъ уже ими невзгодъ".

„Они очень усердно учатся... они не разъ высказывали желаніе учиться по ночамъ на кроватяхъ, что, разумѣется, имъ не позволено...

Учатся же они усердно потому, что для нихъ, кромѣ интереса въ изученіи наукъ, ученье служитъ отдыхомъ отъ работъ, нѣкоторымъ разнообразіемъ въ занятіяхъ и ни мало не утомляетъ ихъ".

Эта трогательная скромность въ оцѣнкѣ своихъ заслугъ—тоже яркая черта въ характерѣ Н. В. Онъ никакъ не могъ бы послѣдовать высокомѣрному совѣту Шопенгауера, рекомендовавшаго не пренебрегать изреченіемъ Горація: „Sume superbiam, quaesitam meritis..." И качество это въ свое время было оцѣнено тѣми, кто призванъ былъ оцѣнить самыя заслуги Н. В. Черезъ три года послѣ занятія Н. В—чемъ должности директора—и всего за два года до его безвременной кончины, пріютъ, по ходатайству общества, при которомъ онъ состоялъ, получилъ съ Высочайшаго соизволенія наименованіе „Рукавишниковскаго". Н. В. считалъ себя вознагражденнымъ чрезмѣрно за свои посильные труды и заботы о несчастныхъ дѣтяхъ. Но не такъ думали виднѣйшіе представители общества. М. Н. Капустинъ, все время издали слѣдившій за жизнью пріюта, въ годовомъ засѣданіи общества, воздалъ должное дѣятельности Н. В.

„Нужна была твердая воля, сказалъ онъ, крѣпкое желаніе всецѣло посвятить себя дѣлу, чтобы превозмочь препятствія и колебанія, неизбѣжныя въ началѣ жизни каждаго учрежденія. Если стойкость вообще есть сила, то стойкость въ достиженіи благой цѣли даетъ двойную силу. Нельзя оставаться равнодушнымъ, когда видишь передъ собой устойчивый трудъ и постоянную преданность. Пробужденіе отъ дремоты и тупости, отъ привитой грязи происходитъ медленно, нужно много усилій, любви и характера, чтобы не падать духомъ и бодро трудиться для достиженія цѣли"...

Жизнь Н. В. въ теченіе пяти короткихъ лѣтъ, отсчитанныхъ ему судьбой на общественное служеніе, не представляетъ ни значительныхъ событій, ни рѣзкихъ перемѣнъ. Съ внѣшней стороны она протекала крайне однообразно. Вотъ какъ рисуетъ ее современный біографъ:

— Н. В. всецѣло отдался пріюту. Утромъ, еле дождавшись времени, чтобы поздороваться и поговорить съ матерью, онъ отправлялся въ пріютъ, возвращался домой, чтобы пообѣдать съ родите-

лями, тотчасъ послѣ обѣда ѣхалъ въ пріютъ и оставался тамъ до тѣхъ поръ, пока всѣ воспитанники не засыпали. И это каждый день. Онъ самъ училъ воспитанниковъ грамотѣ и счету, самъ наблюдалъ за ихъ обученіемъ мастерству... Словомъ, онъ былъ все въ пріютѣ, онъ составлялъ душу этого учрежденія.

Въ этотъ именно періодъ дѣятельности Н. В., его узналъ и оцѣнилъ извѣстный англійскій проповѣдникъ Stanley, деканъ Вестминстерскаго аббатства, бывшій проѣздомъ въ Москвѣ. Онъ нѣсколько разъ посѣтилъ пріютъ, вникалъ въ жизнь его и вынесъ такое сильное впечатлѣніе о дѣятельности Н. В, что, возвратясь домой, онъ въ первой же проповѣди своей сказалъ о немъ: „я могу умереть спокойно: мнѣ удалось видѣть праведника".

„Система воспитанія", которую принялъ Н. В.—если только можно назвать сухимъ словомъ „система" то, что было откровеніемъ любящаго сердца и чистой души, система эта прекрасно охарактеризована немногими строками „Историч. очерка Рукавишниковскаго пріюта", появившагося въ его 25-ти-лѣтіе, въ 1889 г. „Въ чемъ же, читаемъ мы тутъ, заключалась эта удивительная система воспитанія? Отвѣтъ на это можно было найти лишь въ свѣтлой личности самого директора и въ его необычайной любви къ дѣтямъ. Онъ искренно, глубоко любилъ каждаго изъ содержащихся въ немъ, любилъ такъ, какъ нѣжная мать любитъ своего собственнаго ребенка".

„Не наказаніями, говоритъ біографъ Н. В-ча, не безжизненными уроками вызывалъ Рукавишниковъ пробужденіе добра и чести въ этихъ дѣтяхъ. Нѣтъ, но каждое слово, каждый взглядъ, каждая улыбка наставника согрѣвали сердца дѣтей и привязывали ихъ къ наставнику. Прежде, нежели въ нихъ могла зародиться сознательная мысль о долгѣ, боязнь огорчить его покоряла ихъ инстинктивно его волѣ. Его душевная чистота не боялась запятнать себя прикосновеніемъ порока; падшіе внушали ему не отвращеніе, а глубокое чувство состраданія. Онъ любилъ ихъ потому именно, что они отвержены, что они несчастны".

Смерть неожиданно подкралась къ Н. В-чу.

Она скосила его разомъ, въ полномъ расцвѣтѣ физическихъ и духовныхъ силъ, въ полномъ разгарѣ самоотверженной работы.

Онъ простудился на прогулкѣ съ пріютскими дѣтьми, въ тотъ же день слегъ и болѣе уже не вставалъ. Черезъ мѣсяцъ, 8 августа 1875 года—его не стало.

Высшее удовлетвореніе каждаго общественнаго дѣятеля—лицезрѣть воочію ростъ, развитіе и успѣхъ любимаго дѣла, созрѣть и состарѣться подъ его легкимъ бременемъ, уйти въ иной міръ съ спокойной увѣренностью въ томъ, что оно не погибнетъ. Въ этой радости судьба отказала Н. В—чу. Она дала ему другое: ни одно сомнѣніе, ни одно разочарованіе не успѣло коснуться его свѣтлой души. По слову поэта: „счастье онъ въ жизни вкусилъ—горе оставилъ другимъ".

Въ наши дни, когда такъ часто воскресаетъ въ памяти жестокій, безотрадный Некрасовскій стихъ: „Суждены намъ благіе порывы,—но свершить ничего не дано", есть что-то бодрящее и живительное въ этомъ образѣ праведника, подвизавшагося высокимъ подвигомъ дѣятельнаго человѣколюбія. Для него порываться къ добру значило свершать добро. И лучшей данью его чистой памяти будетъ крѣпкое убѣжденіе въ томъ, что каждый русскій дѣятель, пожелавшій работать на томъ поприщѣ, на которомъ такъ безкорыстно и беззавѣтно трудился Н. В—чъ, почерпнетъ и стойкость, и вѣру, и силу въ непрестанномъ воспоминаніи о его благородномъ примѣрѣ.

Проектъ устава о служебныхъ провинностяхъ.

Необходимость выработки и правильной установки оснований, предѣловъ и порядка дисциплинарной отвѣтственности служащихъ сознавалась у насъ уже давно. При учрежденіи въ 1881 году комитета для составленія проекта новаго уголовнаго уложенія необходимость эта была признана Верховной властью, и соотвѣтственно этому, въ числѣ предстоящихъ задачъ, указывалось и на составленіе особаго дисциплинарнаго устава, въ который должны были войти тѣ изъ проступковъ по службѣ государственной и общественной, которые заключаются въ нарушеніи *„исключительно* служебныхъ обязанностей и, по маловажности своей, не подлежатъ внесенію въ общее уложеніе".

Здѣсь, стало быть, мы уже находимъ ту мысль, что служебныя правонарушенія распадаются на 2 разныя категоріи, вѣрнѣе сказать, представляютъ два концентрическихъ круга, изъ коихъ большій обнимаетъ собою всѣ служебныя провинности, или, какъ говоритъ объяснительная записка къ проекту уголовнаго уложенія, всякую формально или матеріально незакономѣрную дѣятельность по службѣ, а меньшій заключаетъ въ себѣ тѣ проявленія такой незакономѣрной дѣятельности, которыя представляются *„немаловажными"*. Центръ тяжести лежитъ, разумѣется, въ разрѣшеніи вопроса о томъ, какія именно провинности слѣдуетъ признать немаловажными, долженствующими влечь за собою судебное разсмотрѣніе и уголовное наказаніе. Съ разрѣшеніемъ этого вопроса значительно облегчался и отвѣтъ на непосредственно примыкающій другой вопросъ: что слѣдуетъ считать дисциплинарнымъ нарушеніемъ?

Такимъ образомъ, и по существу дѣла, и по формальному опредѣленію задачи составителей проекта уголовнаго уложенія, установленіе уголовно-наказуемыхъ служебныхъ правонарушеній, образующихъ одинъ изъ отдѣловъ новаго уложенія, должно было предшествовать выработкѣ дисциплинарнаго устава. Но обѣ работы, несомнѣнно, должны были быть согласованы между собою, исходить изъ одной и той же мысли, держаться одной и той же основной точки зрѣнія.

Такъ и случилось: и въ настоящее время съ завершеніемъ работъ по проекту уголовнаго уложенія, послѣдній уже поступаетъ на разсмотрѣніе особаго совѣщанія, образованнаго въ составѣ Государственнаго Совѣта. Дисциплинарный же уставъ, или, по терминологіи составителей, уставъ о служебныхъ провинностяхъ, законченъ лишь въ первой редакціи,—ему предстоитъ прежде всего подвергнуться критикѣ вѣдомствъ, которыя всѣ безъ исключенія прямо заинтересованы въ томъ или иномъ рѣшеніи многочисленныхъ вопросовъ дисциплинарной отвѣтственности. Нѣтъ сомнѣнія, однако, что ко времени окончанія разсмотрѣнія Государственнымъ Совѣтомъ проекта уложенія и проектъ дисциплинарнаго устава будетъ предлежать, какъ нѣчто готовое. Реформѣ уголовнаго законодательства будетъ сопутствовать другая реформа, менѣе широкая, не объемлющая всѣхъ слоевъ и классовъ населенія, но несомнѣнно крупная и затрогивающая множество интересовъ самыхъ разнообразныхъ. Не говоримъ уже о томъ, что по абсолютной своей новизнѣ у насъ дисциплинарный уставъ долженъ возбудить живѣйшее вниманіе. Если въ немъ можно найти нѣкоторыя точки соприкосновенія съ настоящимъ положеніемъ вещей, то, съ другой стороны, въ большинствѣ своихъ опредѣленій и, главное, въ руководящихъ принципахъ онъ представляется крупнымъ шагомъ впередъ. Не слѣдуетъ думать,—да оно и невозможно,—чтобы этотъ шагъ былъ послѣднимъ: въ самомъ проектѣ можно указать такія начала, дальнѣйшее развитіе которыхъ желательно въ будущемъ. Тѣмъ не менѣе, самое объединеніе и систематизація пестрыхъ и несогласованныхъ между собою постановленій дѣйствующаго права, принятіе и проведеніе въ сжатомъ кодексѣ той мысли, что служебная дѣятельность кон-

тролируется на основаніяхъ, имѣющихъ дѣйствительную опору въ законѣ, а не личнымъ произволомъ,—все это заслуживаетъ полнаго сочувствія..

Сказаннымъ оправдывается, по нашему мнѣнію, необходимость обратиться къ болѣе внимательному изслѣдованію проекта, имѣющему цѣлью, во-первыхъ, ознакомить ближайшимъ образомъ съ его содержаніемъ, во-вторыхъ, намѣтить тѣ вопросы, разрѣшенные такъ или иначе проектомъ, по поводу которыхъ могутъ возникнуть сомнѣнія, и, наконецъ, въ-третьихъ, разсмотрѣть пробѣлы, допущенные мѣстами невольно, мѣстами сознательно. Несомнѣнно, что чуткое вниманіе, съ которымъ редакціонная комиссія отнеслась ко всѣмъ, безъ исключенія, отзывамъ и обществъ и частныхъ лицъ, критиковавшихъ проектъ уголовнаго уложенія,—даже къ тѣмъ, въ коихъ полное отсутствіе положительнаго элемента невольно вызывало въ памяти пословицу la critique est aisée mais l'art est difficile, что вниманіе это есть послѣдствіе стремленія вызвать гласную оцѣнку, sine ira et studio,—болѣе плодотворную, когда она предшествуетъ осуществленію законопроекта, нежели когда она имѣетъ дѣло съ получившими законодательную санкцію и вступившими въ силу нормами. Мы и предполагаемъ въ нѣсколькихъ статьяхъ выполнить эту задачу, принимая во вниманіе, что проектъ устава о служебныхъ провинностяхъ уже до нѣкоторой степени сталъ достояніемъ гласности, но въ спеціальныхъ юридическихъ журналахъ, насколько намъ извѣстно, предметомъ подробнаго анализа не былъ. Обращаясь къ этому анализу позволимъ себѣ предпослать ему общія соображенія, имѣющія прямое отношеніе къ вопросу и могущія служить тѣмъ фономъ, на которомъ болѣе ясно и рельефно будутъ выступать отдѣльныя черты, характеризующія внутреннее значеніе проектируемаго устава.

I.

Связывая съ нарушеніемъ тѣхъ или иныхъ нормъ нежелательныя и тягостныя послѣдствія, карательный законъ заключаетъ въ себѣ implicite признаніе значенія тѣхъ благъ, защитѣ которыхъ

служатъ нарушенныя нормы. Онъ и существуетъ прежде всего ради этихъ благъ, являясь, конечно, далеко не единственнымъ, съ одной стороны, а съ другой—далеко не всегда успѣшнымъ средствомъ ихъ охраны. Не единственнымъ потому, что, не говоря уже о разнообразныхъ другихъ средствахъ, находящихся въ рукахъ государства, охрана осуществляется непосредственной дѣятельностью заботящейся о своихъ благахъ личности, и большая или меньшая обезпеченность этихъ благъ находится въ прямой зависимости отъ общаго состоянія культуры и цивилизаціи. Не всегда успѣшнымъ—ибо совершеннѣйшее карательное постановленіе предполагаетъ уже происшедшее посягательство, уже пострадавшее благо; возстановить это благо карательный законъ не можетъ. Но во всякомъ случаѣ уже одна угроза наказаніемъ, дѣйствуя на психическое настроеніе тѣхъ, къ кому она обращена, какъ бы безсознательно и неопредѣленно она ни воспринималась, является—и это давно извѣстно—могущественнымъ факторомъ, удерживающимъ отъ посягательства на благо, и, стало быть, косвенной его охраной. Такъ какъ исполненіе наказанія дорого обходится государству, и тѣмъ дороже, чѣмъ выше степень его развитія, то прежде, нежели обложить какое бы то ни было посягательство карой, приходится государству ставить себѣ вопросъ: стоитъ ли данное благо охраны такимъ способомъ? Уравновѣшиваются ли полученными выгодами тѣ потери экономическія и нравственныя, съ которыми неизбѣжно сопряжено примѣненіе всякаго наказанія? Отвѣчая утвердительно на этотъ вопросъ, государство какъ бы выдѣляетъ извѣстный разрядъ благъ, признавая ихъ столь цѣнными, что допустимы матеріальныя и моральныя жертвы во имя ихъ неприкосновенности.

Это—первое значеніе карательныхъ законовъ, та ихъ сторона, которая въ особенности важна и необходима для обладателей благъ, будутъ ли то частныя лица, общество или государство. Но не слѣдуетъ упускать изъ виду и другую. Нельзя забывать, что установленіе карательнаго закона есть несомнѣнный фактъ самоограниченія карательной власти, имѣющее то послѣдствіе, что

произвольная и безформенная репрессія превращается въ закономѣрную, всегда доступную приблизительному опредѣленію въ мѣрѣ и совершенно точною въ формѣ. Эта сторона въ особенности важна для тѣхъ лицъ, которымъ приходится на себѣ испытывать послѣдствія нарушенія ими закона. Изъ безправныхъ объектовъ они превращаются въ субъектовъ, могущихъ произвести путемъ обжалованья свое nec plus ultra, если къ нимъ кара примѣнена формально или матеріально неправильно. Разумѣется, отсюда далеко до парадоксальнаго выраженія Листа, что уголовное уложеніе есть magna charta libertatum для преступника. Какъ замѣтилъ по этому поводу съ присущей ему рѣзкостью Биндингъ, только государство, состоящее изъ преступниковъ, можетъ октроировать преступникамъ великую хартію вольностей. Но не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что принципъ nulla poena sine lege poena і установленъ въ интересахъ личности, а не въ собственныхъ интересахъ государства, и что наказаніе, налагаемое помимо закона или безъ закона, будучи въ иныхъ случаяхъ, пожалуй, мягче того, которое устанавливается закономъ, принципіально говоря, безконечно тягостнѣе отзывается на положеніи личности. И въ томъ случаѣ, если бы мы дожили до утопіи и прекратились бы посягательства на чужія блага, уголовныя уложенія сохранили бы то значеніе, что ими опредѣляются предѣлы и условія осуществленія карательной власти и государства.

Неправильно было бы, однако, думать, что уже самый фактъ занесенія карательныхъ опредѣленій на страницы уложенія служитъ вполнѣ совершенной гарантіей закономѣрности факта наложенія наказанія. Съ формальной точки зрѣнія можно, конечно, это утверждать. При ближайшемъ же разсмотрѣніи окажется, что по существу тутъ весьма значительную роль играетъ способъ обрисовки въ законѣ преступнаго дѣянія. Все техническое совершенство, къ которому стремятся при опредѣленіи состава преступнаго дѣянія, служитъ не только къ тому, чтобы это опредѣленіе охватило всѣ разнообразныя, какъ сама жизнь, формы, въ которыхъ проявляется извѣстное преступленіе, но чтобы *только* это

преступленіе можно бы было подвести подъ данное опредѣленіе. Иначе, вѣдь, легко можетъ получиться тотъ же произволъ. Если характерныя черты опредѣленія расплывчаты и неясны, всегда окажется возможность подъ флагомъ этого опредѣленія провозить какой угодно товаръ. Тогда выйдетъ, что законъ отнимаетъ одной рукой тѣ гарантіи, какія онъ даетъ другой. Явленіе въ высшей степени нежелательное.

Приведенныя положенія примѣняются ко всѣмъ уголовнымъ законамъ, въ широкомъ смыслѣ слова. Возникаетъ вопросъ, сохраняютъ ли они силу по отношенію къ тому типу, который носитъ названіе дисциплинарнаго закона, и, въ частности, закона, примѣняемаго къ служебнымъ провинностямъ?

Мы не станемъ здѣсь входить въ разсмотрѣніе сложнаго и породившаго много споровъ вопроса о различіи между неправдой уголовной и дисциплинарной, между существомъ отвѣтственности уголовной и дисциплинарной. Для нашей цѣли такое разсмотрѣніе и не нужно. Намъ достаточно констатировать, что, на основаніи дисциплинарнаго закона, нарушеніе служебнаго долга (всякая формально или матеріально незакономѣрная дѣятельность) сопровождается точно опредѣленными лицами или учрежденіями и въ точно опредѣленномъ порядкѣ. Изъ этого явствуетъ, что благодаря дисциплинарному закону правильное исполненіе служебнаго долга признается интересомъ, охраняемымъ подъ страхомъ наказанія.

Другими словами, здѣсь съ одной стороны дается толчекъ къ законномѣрному отправленію служебныхъ обязанностей,—съ другой—выдвигается карательная угроза, чреватая тѣмъ же психическимъ воздѣйствіемъ, побуждающимъ удержаться отъ учиненія служебныхъ провинностей. Замѣтимъ, что, по мнѣнію Биндинга, дисциплинарныя наказанія налагаются прежде всего съ цѣлью удержать отъ будущихъ провинностей (ne peccetur), а не какъ послѣдствіе уже учиненныхъ (quia peccatum est). И это несомнѣнно такъ. Налагая извѣстное дисциплинарное взысканіе, государство не столько заботится о томъ, чтобы виновный понесъ заслуженное имъ наказаніе, сколько о поддержаніи общаго порядка службы,—о томъ, чтобы

не произошло соблазна. Оттого-то здѣсь не имѣютъ никакого особеннаго вліянія ни оттѣнки внутренней виновности, ни мотивы, ни всякаго рода личныя условія, а пріобрѣтаютъ такое вліяніе внѣшнія послѣдствія дѣянія, большая или меньшая его вредоносность.

Такимъ образомъ, и примѣненіе уголовныхъ, и примѣненіе дисциплинарныхъ каръ имѣютъ то же значеніе по отношенію къ опредѣленному интересу: значеніе обстоятельства, выдѣляющаго этотъ интересъ, подчеркивающаго необходимость его охраны не только путемъ личныхъ усилій или общаго подъема культуры и цивилизаціи, но и путемъ тягостнаго воздѣйствія на правовую сферу нарушителя этого интереса.

Обратимся теперь къ другой сторонѣ — къ нарушителю. Заключаются ли для него въ законодательной нормировкѣ дисциплинарныхъ взысканій тѣ же гарантіи противъ произвола, которыя, какъ мы видѣли, создаются для обыкновеннаго преступника самоограниченіемъ карательной власти? Иначе говоря, можно ли сказать относительно виновныхъ въ служебныхъ провинностяхъ, что установленіе на точныхъ законныхъ основаніяхъ условій, формъ и предѣловъ дисциплинарной отвѣтственности, отнимаетъ у дисциплинарной репрессіи характеръ безапелляціонной, неограниченной силы, распоряжающейся безправнымъ беззащитнымъ объектомъ?

Утвердительный отвѣтъ дается самъ собою. Дисциплинарный уставъ, создаваемый для пользы государства, имѣющій цѣлью охрану интереса рачительнаго и неуклоннаго выполненія служебнаго долга, въ то же самое время оказывается источникомъ вполнѣ опредѣленныхъ правъ, принадлежащихъ служащимъ. И по отношенію къ нимъ, въ области дисциплинарной отвѣтственности, выдвигается принципъ nulla poena sine lege poenali,—и только, какъ мы ниже увидимъ, въ способѣ опредѣленія состава отдѣльныхъ провинностей проявляются нѣкоторыя различія, вытекающія изъ началъ цѣлесообразности. Отвѣтственность дисциплинарная стремится стать отвѣтственностью законной, сперва по формѣ, а потомъ по существу, т. е. сперва довольствуются установленіемъ въ законѣ

ея внѣшняго порядка, а потомъ обращаются къ разработкѣ вопроса о свойствахъ дисциплинарной вины и ищутъ возможно точныхъ и наглядныхъ ея признаковъ. Листъ сказалъ бы, что дисциплинарный уставъ долженъ стать хартіей вольностей для служащихъ. Мы ограничимся скромнымъ пожеланіемъ, чтобы созданіе дисциплинарнаго устава способствовало закономѣрности не только въ исполненіи служащими ихъ долга, но и въ примѣненіи къ нимъ взысканій.

Въ преданіе отошли, конечно, времена, описываемыя Гоголемъ, когда въ гражданской палатѣ властно раздавались слова: „на, перепиши! а не то—снимутъ сапоги, и просидишь ты у меня шесть сутокъ не ѣвши“. Но еще въ восьмидесятыхъ годахъ, давая очеркъ нашего законодательства объ отвѣтственности служащихъ, Градовскій писалъ, что оно представляетъ большія несовершенства, и что содержащіяся въ немъ постановленія обусловливаютъ значительную *личную* зависимость служащихъ отъ ихъ начальствъ и далеко переступаютъ за предѣлы требованій служебной дисциплины, не обезпечивая въ то же время интересовъ службы, государства и общества. Дальнѣйшее изложеніе, надѣемся, покажетъ, что съ этой точки зрѣнія проектъ устава о служебныхъ провинностяхъ въ значительной степени измѣняетъ прежній порядокъ вещей, и что въ частности началу личной зависимости онъ противопоставляетъ довольно исключительные и существенные коррективы.

II.

Прежде, чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію проекта, укажемъ въ краткихъ словахъ на главнѣйшія черты, характеризующія по дѣйствующему праву несудебную отвѣтственность служащихъ.

Отвѣтственность эта можетъ, во-первыхъ, обусловливаться такимъ нарушеніемъ обязанностей службы, которое предусмотрѣно закономъ и обложено извѣстнымъ наказаніемъ. Уложеніе о наказаніяхъ и уставъ уголовнаго судопроизводства прямо опредѣляютъ

наказанія, могущія быть наложенными властью начальства, безъ суда. Сюда относятся: замѣчанія и выговоры безъ внесенія въ послужной списокъ, вычеты изъ жалованья, перемѣщеніе съ высшей должности на низшую, удаленіе отъ должности и арестъ до семи дней (улож. о нак. ст. 69, прим.; уст. гр. суд. ст. 1066, пунктъ 1 и 2). Прочія наказанія по службѣ налагаются не иначе, какъ по суду; къ нимъ принадлежатъ: выговоръ со внесеніемъ въ послужной списокъ, вычетъ изъ времени службы, отрѣшеніе отъ должности и исключеніе изъ службы. Первая категорія, въ свою очередь, распадается на группы: на наказанія, опредѣляемыя по распоряженію непосредственнаго начальства,—замѣчанія и выговоры, и на опредѣляемыя по распоряженію того начальства, отъ котораго зависитъ назначеніе къ должности, занимаемой виновнымъ. Распоряженія, коими налагаются на виновныхъ дисциплинарныя кары, подлежатъ обжалованію въ общемъ порядкѣ, по начальству. При этомъ ст 789 уст. о сл. изд. 1896 г. прямо указываетъ, что тѣмъ чиновникамъ, которые будутъ удалены отъ службы съ указаніемъ причинъ, предоставляется право, если они считаютъ себя невинными, жаловаться и просить суда.

Слѣдуетъ еще замѣтить, что арестъ, какъ мѣра дисциплинарная, поставленъ въ довольно тѣсныя рамки. Это наказаніе не фигурируетъ въ числѣ наказаній, установленныхъ статьею 65 ул. за преступленія и проступки по службѣ; въ соотвѣтствующемъ же пятомъ раздѣлѣ особенной части уложенія арестъ на срокъ не свыше семи дней встрѣчается только одинъ разъ, въ ст. 393, предусматривающей явно оказанное начальству въ дѣлахъ службы ослушаніе.

Осуществленіе въ указанныхъ предѣлахъ дисциплинарной репрессіи не обставлено какими-либо внѣшними условіями, могущими имѣть значеніе формальнаго обезпеченія ея справедливости и цѣлесообразности. Противовѣсомъ къ этому служитъ, съ одной стороны, право жалобы, а съ другой — требованіе, чтобы дисциплинарное наказаніе было послѣдствіемъ прямого нарушенія закона; другими словами, дисциплинарная отвѣтственность въ этой формѣ, устана-

вливаемой уложеніемъ и уставомъ уг. суд., предназначена быть отвѣтственностью на законномъ основаніи. Слабая сторона такой постановки проявляется отчасти въ несовершенствѣ матеріально-правовыхъ постановленій, предусматривающихъ преступленія по службѣ: въ нихъ нѣтъ ни системы, ни надлежащей полноты, хотя они многочисленны, многословны и часто казуистичны. Другая слабая сторона—невозможность дѣйствительнаго контроля надъ дѣйствіями начальства, коимъ налагаются взысканія. Осуществленіе права жалобы представляется фактически весьма затруднительнымъ и въ большинствѣ случаевъ отразилось бы невыгодно на жалобщикѣ; другихъ же гарантій противъ возможной несправедливости въ его распоряженіи не имѣется.

На-ряду съ указанной формой несудебной отвѣтственности, дѣйствующее право знаетъ другую: отвѣтственность по усмотрѣнію начальства, установленную закономъ 7 ноября 1850 г., вошедшимъ въ уставъ о службѣ (ст. 789 изд. 1896 г.).

Право начальства увольнять чиновниковъ, оказавшихся по его мнѣнію неспособными къ исправленію возложенныхъ на нихъ должностей, или почему-либо неблагонадежными, или „сдѣлавшихъ вину, извѣстную начальству, но такую, которая не можетъ быть доказана фактами“, есть право безконтрольное и безапелляціонное. Безконтрольное потому, что единственное требованіе, предъявляемое закономъ начальству, заключается въ томъ, чтобы оно увольняло „съ достаточною осмотрительностью, при полномъ убѣжденіи въ неспособности или неблагонадежности чиновника, не допуская ни пристрастія, ни личности“, причемъ никакая санкція не подкрѣпляетъ этого требованія, получающаго такимъ образомъ безусловно характеръ платоническій. Безапелляціонное—такъ какъ ст. 789 уст. о сл. категорически говоритъ, что тѣ чиновники, кои по усмотрѣнію начальства будутъ просто уволены отъ службы, безъ означенія причинъ сего увольненія, на такое распоряженіе не могутъ жаловаться, и всѣ ихъ жалобы, а также просьбы о возвращеніи къ прежнимъ должностямъ или преданіи суду, не только должны быть оставляемы безъ всякаго дѣйствія и движенія, но ни въ Сенатѣ,

ни въ Канцеляріи по принятію прошеній, на Высочайшее имя приносимыхъ, не должны быть вовсе принимаемы къ разсмотрѣнію. Несомнѣнно, что такое сосуществованіе двухъ исключающихъ другъ друга порядковъ отвѣтственности — на законномъ основаніи и по усмотрѣнію, не обставленному никакими ограничительными условіями,—будучи явленіемъ ненормальнымъ, сводится къ полнѣйшему преобладанію второго надъ первымъ, и послѣдствіемъ этого именно и является то начало личной зависимости отъ начальства, на которое указывалъ Градовскій. Неудобства изъясненнаго положенія вещей въ практической жизни должны, очевидно, быть обратно пропорціональны развитію въ отношеніяхъ между начальствующими и подчиненными принципа законности и справедливости. Полное ихъ устраненіе предполагаетъ, что и самое примѣненіе личнаго усмотрѣнія начальства признано недопустимымъ. Но если общій строй служебнаго механизма въ данномъ государствѣ противится перенесенію въ него чисто юридическихъ взглядовъ и понятій, то во всякомъ случаѣ есть полная возможность обставить проявленіе начала усмотрѣнія такими формальными условіями и требованіями, при наличности которыхъ оно теряетъ свой острый характеръ произвола. Къ такому рѣшенію, какъ мы увидимъ, приходитъ проектъ устава о служебныхъ провинностяхъ, къ разсмотрѣнію коего мы и переходимъ.

Сто три статьи, составляющія содержаніе проекта, распадаются на шесть главъ, послѣдовательно заключающихъ въ себѣ общія опредѣленія служебныхъ провинностей и взысканій за оныя, правила о наложеніи взысканій за служебныя провинности, опредѣленія отдѣльныхъ видовъ служебныхъ провинностей, установленій, налагающихъ взысканія за служебныя провинности, общаго и особаго порядка дисциплинарнаго производства. Уставъ является, такимъ образомъ, сборникомъ отчасти матеріальнаго, отчасти процессуальнаго права, причемъ наиболѣе важными и совершенно новыми оказываются постановленія, относящіяся ко второй области. Но и чисто карательныя опредѣленія проекта заслуживаютъ серьезнаго вниманія.

Здѣсь, прежде всего, составителямъ проекта предстояло рѣшить вопросъ о томъ, надлежитъ ли дать одно общее, широкое понятіе служебной провинности и ограничиться имъ, предоставляя дисциплинарной практикѣ подводить подъ это понятіе разнообразныя проявленія, представляющія уклоненіе по формѣ или по существу отъ служебнаго долга? Или же и служебныя провинности слѣдуетъ трактовать по той же системѣ, какъ и всякія иныя наказуемыя дѣянія, т. е. сводить ихъ въ извѣстныя категоріи, въ основаніи которыхъ лежитъ одинъ опредѣленный и ближайшимъ образомъ затронутый интересъ, а затѣмъ стремиться къ установленію точныхъ специальныхъ признаковъ, характеризующихъ отдѣльные виды посягательствъ на этотъ интересъ?

Примѣръ западно-европейскихъ государствъ, обладающихъ дисциплинарными законами, скорѣе бы побуждалъ слѣдовать первой системѣ. Такъ, по этому пути сознательно пошелъ обще-германскій дисциплинарный уставъ, не опредѣляя вовсе отдѣльныхъ видовъ служебныхъ провинностей и выдвигая лишь процессуальныя гарантіи противъ произвола въ наложеніи дисциплинарныхъ каръ.

Однако, составители проекта склонились ко второй системѣ и дали въ статьяхъ 18—40 подробный перечень отдѣльныхъ видовъ служебныхъ провинностей. Здѣсь мы находимъ: превышеніе власти, совершеніе, засвидѣтельствованіе или утвержденіе актовъ воспрещенныхъ закономъ, допущеніе распространенія преступныхъ сочиненій, препятствованіе исполненію служебныхъ обязанностей, учиненіе дѣйствія по службѣ съ нарушеніемъ установленныхъ правилъ, формъ и обрядовъ, разнообразные виды бездѣйствія власти, медленность по службѣ, неисполненіе обязательныхъ требованій, сообщеніе по небрежности невѣрныхъ свѣдѣній, нарушеніе служебной тайны, грубое обращеніе съ начальникомъ, производство запрещенныхъ промысла, торговли и т. п., слабый надзоръ за подчиненными, несоблюденіе установленнаго порядка относительно веденія книгъ и отсылки денегъ или иныхъ предметовъ, неявка на службу и просрочка отпуска, нарушеніе условій вступленія, отправленія и оставленія службы.

Заключительная (41) статья третьей главы, не предусматривая какого-либо отдѣльнаго вида служебной провинности, говоритъ о „нарушеніи порядка отправленія службы“ и о „непредусмотрѣнномъ уголовнымъ уложеніемъ или симъ уставомъ неисполненіи или нарушеніи своихъ служебныхъ обязанностей, установленныхъ закономъ“, подвергая виновныхъ замѣчанію или выговору. Замѣтимъ, что здѣсь несомнѣнная неточность редакціи. Согласно первой статьѣ проекта „служебными провинностями признаются дѣянія, предусмотрѣнныя третьею главою сего устава“. Сопоставленіе этой и 41 статьи приводитъ къ тому выводу, что могутъ быть дѣянія, предусмотрѣнныя главою третьею устава (такъ какъ только таковыя признаются служебными провинностями), но не предусмотрѣнныя уставомъ. Очевидное противорѣчіе, болѣе формальное, однако, нежели по существу, такъ какъ оно совершенно отпадаетъ, если во 2 пунктѣ ст. 41, вмѣсто словъ „непредусмотрѣнномъ . . . . симъ уставомъ“, поставить слова „непредусмотрѣнномъ . . . . предшествующими статьями“. Но затѣмъ возникаетъ вопросъ: не заключается ли въ ст. 41 отступленія отъ принятой составителями системы и не свидѣтельствуетъ ли оно о неудовлетворительности этой системы?

Статья 41 представляетъ, безъ сомнѣнія, нѣкоторую уступку практическимъ потребностямъ жизни; но не слѣдуетъ преувеличивать ея значеніе. Не ручаясь за то, что статьями 18—40 охватывается все разнообразіе нарушеній служебнаго долга, составители устава твердо держатся того положенія, что только за предусмотрѣнныя этими статьями провинности виновные могутъ быть подвергнуты, въ общемъ порядкѣ дисциплинарнаго преслѣдованія наказаніямъ болѣе строгимъ, нежели замѣчанія и выговоры, т. е., по ст. 2 устава, денежной пенѣ, аресту, удаленію отъ должности. Допуская возможность такихъ нарушеній, которыя не должны проходить даромъ, хотя бы ихъ нельзя было подвести подъ ту или другую специальную статью, составители устава ограничили репрессивную дѣятельность начальства по отношенію къ этимъ нарушеніямъ такими мѣрами, карательный характеръ коихъ почти неуловимъ. По

поводу замѣчаній и выговоровъ уставъ даетъ лишь то указаніе, что замѣчанія дѣлаются на словахъ или на письмѣ, а выговоры — только на письмѣ. Сюда, слѣдовательно, подойдутъ всякаго рода напоминанія и предостереженія, безъ которыхъ въ сферѣ служебныхъ отношеній едва ли можно обойтись, причемъ допускается и большая свобода въ ихъ примѣненіи, не сопровождающемся ощутительными тягостными послѣдствіями для подвергшагося имъ. Такимъ образомъ, по нашему мнѣнію, на ст. 41 нельзя ссылаться, какъ на доказательство неудобства спеціализаціи служебныхъ провинностей.

Но затѣмъ остается еще общій вопросъ: нужна ли эта спеціализація? Не будетъ ли правильнѣе и цѣлесообразнѣе система обще-германскаго дисциплинарнаго устава? Для насъ, согласно общему нашему воззрѣнію, отвѣтъ несомнѣненъ и дается безусловно въ пользу системы, принятой составителями проекта. Конечно, гораздо удобнѣе обойтись однимъ общимъ указаніемъ на упущенія по службѣ, устанавливая затѣмъ центръ тяжести въ устройствѣ дисциплинарнаго суда и формахъ дисциплинарнаго производства. Но это возможно тамъ, гдѣ уже продолжительный опытъ выработалъ твердыя и опредѣленныя основанія дисциплинарной отвѣтственности, установивъ точные и наглядные признаки дисциплинарной вины. У насъ ничего подобнаго нѣтъ. Попытка установить эти признаки по каждому отдѣльному виду въ самомъ законѣ создаетъ лишнюю гарантію для служащихъ. Признать, что такая попытка по существу своему противорѣчитъ интересамъ службы, значило бы придать этимъ интересамъ слишкомъ неопредѣленный характеръ блага, не поддающагося ближайшему анализу. На самомъ дѣлѣ только новизна дѣла приводитъ къ мысли, что интересы службы представляются по свойствамъ своимъ чѣмъ-то особеннымъ. Старая поговорка, видящая въ каждомъ опредѣленіи нѣчто опасное, одинаково можетъ примѣняться и ко всѣмъ прочимъ благамъ, охраняемымъ закономъ.

Со временемъ выяснятся недостатки и пробѣлы, столь же неизбѣжные при опредѣленіи отдѣльныхъ видовъ служебныхъ про-

винностей, какъ и всякихъ другихъ. Усовершенствованія на этомъ пути возможны, такъ какъ есть чему совершенствоваться. Можно возражать противъ внесенія или невнесенія въ уставъ того или другого нарушенія служебнаго долга, но принципіальное отрицаніе пользы и значенія специализаціи, по нашему мнѣнію, не имѣетъ подъ собою твердой почвы, такъ какъ основывается исключительно на указаніи практической трудности, которую отнюдь не слѣдуетъ считать непреодолимой.

Необходимо при этомъ оговориться, что истинное свое значеніе специализація провинностей получитъ только тогда, когда ей будетъ соотвѣтствовать и специализація взысканій. Установленіе въ законѣ опредѣленнаго наказанія за данный проступокъ есть, вообще говоря, наиболѣе трудная задача законодательной техники. Вѣрное ея разрѣшеніе предполагаетъ вѣрную оцѣнку важности охраняемаго интереса и полную соразмѣрность между карой и степенью вины. Достигнуть здѣсь идеальной справедливости, имѣя въ рукахъ одни только эмпирическія средства,—едва ли возможно; но стремленіе къ этому идеалу имѣетъ то послѣдствіе, что произволъ въ выборѣ наказаній въ значительной степени смягчается категорическимъ указаніемъ закона. Такимъ образомъ, выражаясь техническимъ языкомъ, относительную опредѣленность санкціи не слѣдуетъ растягивать до превращенія ея въ безусловную неопредѣленность. Въ этомъ отношеніи довольно многія статьи главы третьей проекта идутъ чрезвычайно далеко, предоставляя выборъ между тремя столь различными взысканіями, какъ выговоръ, денежная пеня и арестъ, въ иныхъ случаяхъ между четырьмя (таковы ст. 18: превышеніе власти, влекущее за собою, въ случаѣ умышленной вины, выговоръ, денежную пеню, арестъ или удаленіе отъ должности; тоже ст. 24—о бездѣйствіи власти), а въ ст. 30—о медленности по службѣ,—даже между всѣми пятью наказаніями.

Переходя къ наказаніямъ, устанавливаемымъ проектомъ, вниманіе наше прежде всего останавливается на одномъ изъ нихъ, получившемъ крупное развитіе: мы говоримъ объ арестѣ. Здѣсь

существенное измѣненіе нынѣшняго положенія вещей, и въ цѣлесообразности такого измѣненія, въ практическомъ его значеніи—можно сильно сомнѣваться. Тѣсные предѣлы дисциплинарнаго ареста, очерченные дѣйствующимъ правомъ, расширяются до чрезвычайности. По проекту, арестъ назначается на срокъ отъ одного дня до трехъ мѣсяцевъ, и отбывается или въ домѣ соотвѣтствующаго вѣдомства, или на военной гауптвахтѣ, или, если срокъ ареста свыше семи дней,—въ помѣщеніи, устроенномъ для наказанія арестомъ, причемъ арестованный содержится отдѣльно отъ прочихъ заключенныхъ только при наличности свободныхъ камеръ. Въ двадцати трехъ карательныхъ статьяхъ проекта арестъ встрѣчается двадцать одинъ разъ.

Мы видѣли, что въ дѣйствующемъ правѣ арестъ, какъ мѣра дисциплинарная, допускается только въ одномъ случаѣ, причемъ, согласно общему правилу, выраженному въ ст. 57 уложенія, это наказаніе можетъ быть отбываемо и на собственномъ мѣстѣ жительства и въ домѣ вѣдомства, къ коему принадлежитъ виновный.

Проектъ идетъ здѣсь по совершенно новому пути, расходясь не только съ нашимъ дѣйствующимъ правомъ, но и съ западноевропейскими дисциплинарными уставами, вовсе не знающими долгосрочнаго ареста. Даже краткосрочнаго ареста (на срокъ не свыше восьми дней) мы почти нигдѣ не находимъ. Эту мѣру предполагалось включить въ обще-германскій уставъ, и то въ примѣненіи къ низшимъ служащимъ, но рейхстагъ ее отклонилъ, признавъ, что арестъ не соотвѣтствуетъ свойству дисциплинарныхъ взысканій, ограничивая свободу служащаго, притупляя его самолюбіе и подрывая его авторитетъ. Что же касается до столь продолжительныхъ сроковъ ареста, какіе установлены нашимъ проектомъ, то едва ли возможно ожидать, что они когда-нибудь получатъ практическое примѣненіе; во всякомъ случаѣ, такое примѣненіе было бы въ высшей степени нежелательно, и доказать это не трудно.

III.

Въ послѣднее время нерѣдко подвергался разсмотрѣнію во-

просъ о томъ, какія бы придумать мѣры, могущія замѣнить краткосрочное лишеніе свободы, признаваемое въ огромномъ большинствѣ случаевъ наказаніемъ не только нецѣлесообразнымъ, но прямо вреднымъ. Сторонники условнаго осужденія между прочимъ указываютъ на то, что со введеніемъ этого института арестъ и краткосрочная тюрьма будутъ рѣже примѣняться; попытка нравственнаго воздѣйствія на виновнаго замѣнитъ чисто внѣшнее формальное къ нему отношеніе, во имя котораго онъ только долженъ отсидѣть положенное число дней, а дальнѣйшее ни до кого не касается. Замѣтимъ, что такое отрицательное отношеніе къ краткосрочному лишенію свободы вытекаетъ изъ признанія его безполезности, какъ мѣры чисто карательной: полная недостижимость арестомъ или краткосрочной тюрьмой какихъ-либо цѣлей предупрежденія или исправленія настолько очевидно, что не требуетъ доказательствъ.

Между тѣмъ, что же мы видимъ? Именно въ той области, гдѣ мѣры взысканія лишены чисто карательнаго характера, гдѣ рѣзче всего должно быть выдвинуто ихъ предупредительно-воспитательное значеніе—первое мѣсто отводится именно аресту, т. е. простому кроткосрочному лишенію свободы [1]). Чего надѣются достигнуть этой мѣрой?

Неужели можно допустить, чтобы служащій, отбывъ за служебную провинность арестъ, хотя бы не въ максимальномъ размѣрѣ, но въ общемъ заключеніи, вернулся къ своимъ прежнимъ занятіямъ, пользуясь прежнимъ авторитетомъ и встрѣчая со стороны сослуживцевъ и подчиненныхъ прежнее уваженіе? Не окажется ли, что всякій служащій съ развитымъ чувствомъ собственнаго достоинства предпочтетъ до исполненія дисциплинарнаго рѣшенія покинуть службу,—и только наименѣе желательные элементы останутся. Разъ арестъ фигурируетъ въ ряду уголовныхъ каръ, и разъ между такими карами и дисциплинарными мѣрами проводится принципіальное различіе, нельзя уже включать тотъ же

[1]) Мы называемъ арестъ до 3-хъ мѣсяцевъ краткосрочнымъ лишеніемъ свободы по сравненію съ продолжительностью лишенія свободы, какъ общаго наказанія Самъ по себѣ, такой арестъ, конечно, очень продолжителенъ.

арестъ, въ томъ же порядкѣ отбываемый, въ число дисциплинарныхъ наказаній Это значило бы бить той же палкой,но съ другого конца.

Скажутъ, что максимальные сроки ареста едва ли будутъ когда-нибудь назначаться, и что заключенные служащіе всегда будутъ содержаться отдѣльно отъ прочихъ. Но въ такомъ случаѣ къ чему устанавливать правила, обреченныя на то, чтобы оставаться мертвой буквой? Нельзя, далѣе, ссылаться на то, что служащіе могутъ быть за общіе проступки подвергнуты аресту, оставаясь на службѣ. Во-первыхъ, нежелательность оставленія и такихъ служащихъ косвенно признается и дѣйствующимъ правомъ и проектомъ: по ст. 97 проекта, когда служащій, за преступное дѣяніе, не относящееся къ службѣ, будетъ въ уголовномъ порядкѣ подвергнутъ наказанію, не влекущему за собою удаленія отъ должности, ему можетъ быть предложено подать просьбу объ отставкѣ. Во-вторыхъ, наказаніе, наложенное по суду и за неслужебное нарушеніе, имѣетъ въ отношеніи служебнаго достоинства лица совершенно иное значеніе, чѣмъ начальническая кара за дисциплинарную провинность.

Однимъ изъ соображеній, приводимыхъ, между прочимъ, самими составителями проекта противъ введенія въ число дисциплинарныхъ взысканій временнаго устраненія отъ занимаемой должности, является то, что принятіе такой мѣры могло бы неблагопріятно отразиться на правильномъ и безостановочномъ отправленіи службы, такъ какъ замѣщеніе временно устраненнаго до окончанія срока взысканія практически неудобно. Но приведенное соображеніе всецѣло примѣнимо и къ аресту на срокъ до 3 и даже до одного мѣсяца. Это фактически есть то же временное устраненіе, такъ какъ, очевидно, нельзя управлять департаментомъ или канцеляріей, сидя въ арестномъ домѣ. Разница, впрочемъ, заключается въ томъ, что съ устраненіемъ отъ должности можетъ быть сопряжено и лишеніе жалованья на тотъ же срокъ,—по проекту же арестъ, повидимому, не предполагаетъ потери жалованья: арестованный продолжаетъ имъ пользоваться, что, съ точки зрѣнія справедливости, представляется сомнительнымъ.

Если даже и допустить лишеніе свободы, въ качествѣ дисциплинарой мѣры, то во всякомъ случаѣ, оно должно имѣть совершенно иныя формы, чѣмъ арестъ за общіе проступки. Въ этомъ отношеніи несравненно удовлетворительнѣе постановленія дѣйствующаго права. Арестъ и слѣдуетъ ограничить 5—7 днями, съ тѣмъ, чтобы онъ отбывался въ домѣ вѣдомства или въ специальномъ помѣщеніи. Затѣмъ, самые случаи, въ которыхъ можетъ имѣть примѣненіе арестъ, слѣдуетъ значительно сократить, такъ чтобы это наказаніе было не преобладающимъ, какъ теперь по проекту, а исключительнымъ.

Наконецъ, въ отношеніи органовъ, имѣющихъ право налагать наказаніе,—нѣтъ надобности дѣлать шагъ назадъ по сравненію съ дѣйствующимъ законодательствомъ: арестъ по постановленію начальства долженъ быть допущенъ только для канцелярскихъ чиновниковъ и служителей, для лицъ, состоящихъ на службѣ по вольному найму и не занимающихъ притомъ классныхъ должностей, и вообще для лицъ, занимающихъ низшія служительскія должности. Всѣ же прочіе служащіе должны бы были подвергаться аресту только по постановленію дисциплинарныхъ присутствій.

Что касается прочихъ дисциплинарныхъ наказаній, принятыхъ въ проектѣ, то прежде всего нельзя не замѣтить, что разъ по существу различіе между выговоромъ и замѣчаніемъ неуловимо, то или надобно было ограничиться однимъ изъ этихъ терминовъ (выговоръ), или же прямо провести формальную между ними грань, установивъ, что замѣчанія дѣлаются только на словахъ, а выговоры только на письмѣ. Далѣе, денежная пеня по проекту назначается не ниже пятидесяти копѣекъ и не свыше трехсотъ рублей, причемъ уплата можетъ быть отсрочена или разсрочена властью, наложившею пеню, на срокъ не свыше года со времени обращенія къ исполненію рѣшенія; въ случаяхъ же, когда денежная пеня не внесена добровольно и не можетъ быть обращена на содержаніе, пенсію или эмеритуру, она замѣняется арестомъ по правиламъ уголовнаго уложенія. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ, согласно выше высказанному взгляду на арестъ, было бы умѣстнѣе удале-

ніе служащаго отъ должности, буде не признано возможнымъ ограничиться выговоромъ. Если, вообще говоря, арестъ, какъ замѣна штрафа, вызываетъ противъ себя возраженія, то эти возраженія получаютъ особую силу въ области дисциплинарной. Затѣмъ, намъ кажется болѣе правильнымъ пріемомъ—установленіе соотношенія между штрафомъ и размѣромъ содержанія, такъ, чтобы этотъ штрафъ равнялся опредѣленной части оклада, не превышая, однако, извѣстной максимальной суммы: примѣрно пятисотъ рублей; хотя, конечно, могутъ быть приведены довольно вѣскія соображенія въ пользу принятой проектомъ системы.

Наконецъ, удаленіе отъ должности представляется высшей дисциплинарной мѣрой, имѣющей значеніе мѣры очистительной.

Къ этому взысканію могутъ быть присоединены воспрещенія занимать равную и высшую должности или же поступить вновь на службу, хотя бы по вольному найму, на срокъ отъ одного до трехъ лѣтъ.

Воспрещенія эти могутъ быть примѣнены только по постановленіямъ дисциплинарныхъ присутствій.

Здѣсь опять мы замѣчаемъ расширеніе дисциплинарной власти, сравнительно съ дѣйствующимъ закономъ, не допускающимъ ограниченія въ правахъ (хотя бы срочнаго) иначе, какъ по суду. Удаленіе отъ должности, соединенное съ указанными воспрещеніями, соотвѣтствуетъ отрѣшенію отъ должности, установленному ст. 67 уложенія и налагаемому *только по суду*. Оно влечетъ за собою, согласно ст. 24 уст. пенс., лишеніе права на пенсію. Не говоря уже о томъ, что едва ли была надобность усиливать строгость дѣйствующаго права,—нельзя не признать, сопровождающееся такими несомнѣнно тяжкими послѣдствіями удаленіе отъ должности мѣрой уже не дисциплинарной, а чисто карательной; примѣненіе ея непосредственной властью дисциплинарныхъ присутствій, безъ гарантій всесторонняго безпристрастнаго обсужденія дѣла на судѣ, стоитъ въ принципіальномъ противорѣчіи съ признаніемъ неотъемлемости личныхъ правъ иначе, какъ по суду. Притомъ, оно никакими формальными требованіями не обусловлено, не подлежитъ мотиви-

ровкѣ. Оцѣнка проектируемаго порядка, съ нашей точки зрѣнія, можетъ привести только къ отрицательнымъ выводамъ. Намъ не извѣстны причины, побудившія къ такому отступленію отъ существующихъ началъ служебной отвѣтственности, но нѣтъ сомнѣнія, что онѣ не коренятся въ стремленіи охранить юридическое положеніе служащихъ отъ воздѣйствія власти, которой они прямо подчинены.

По всѣмъ приведеннымъ соображеніямъ, доказывающимъ, по нашему мнѣнію, что матеріальной части проекта присущи нѣкоторые немаловажные недостатки, формальныя его постановленія, могущія въ значительной степени сгладить эти недостатки, представляютъ особенный интересъ, тѣмъ болѣе, что именно здѣсь составители должны были явиться новаторами, установляя несуществовавшіе у насъ до сихъ поръ дисциплинарные органы и порядки дисциплинарнаго производства.

IV.

Носителями дисциплинарной власти, по проекту, являются органы двоякаго рода: единоличные—начальства, непосредственное, высшее и опредѣляющее на службу или на должность, и коллегіальные—дисциплинарныя присутствія. Компетенція первыхъ стоитъ въ зависимости отъ служебнаго ранга виновнаго: все шире она по отношенію къ канцелярскимъ чиновникамъ и служителямъ, къ вольнонаемнымъ служащимъ, не занимающимъ классныхъ должностей, къ нижнимъ полицейскимъ чинамъ и инымъ служителямъ власти, а равно и къ лицамъ, занимающимъ низшія служительскія должности. Всѣ служащіе этой категоріи подвергаются замѣчанію и выговору по постановленію непосредственнаго и высшаго начальства, денежной пенѣ не свыше двадцати пяти рублей, аресту не свыше семи дней и простому удаленію отъ должности—по постановленію опредѣляющаго ихъ на должность или на службу начальства; прочимъ же взысканіямъ, т. е. пенѣ отъ двадцати пяти до

трехсотъ рублей, аресту отъ семи дней до трехъ мѣсяцевъ и удаленію отъ должности, соединенному съ воспрещеніями,—по рѣшеніямъ дисциплинарныхъ присутствій. Къ слѣдующей затѣмъ категоріи относятся служащіе, занимающіе должности седьмого и низшихъ классовъ, хотя бы и по вольному найму, или такія должности, коимъ класса не присвоено, и лица, состоящія при правительственныхъ установленіяхъ безъ опредѣленныхъ должностей и имѣющія чины шестого и низшихъ классовъ. Всѣ эти лица властью начальства могутъ быть подвергнуты замѣчаніямъ и выговорамъ, денежной пенѣ не свыше двадцати пяти рублей или аресту не свыше семи дней; прочія взысканія налагаются на нихъ дисциплинарными присутствіями.

Наконецъ, служащіе высшей категоріи (занимающіе должности четвертаго пятаго и шестого класса или имѣющіе чины выше шестого класса) властью начальства могутъ быть подвергнуты только замѣчаніямъ и выговорамъ. Оговорку проектъ дѣлаетъ относительно губернаторовъ, сохраняя для нихъ порядокъ наложенія замѣчаній и выговоровъ по опредѣленіямъ Сената.

Изложенныя общія правила не примѣняются къ должностнымъ лицамъ судебнаго вѣдомства, волостного, сельскаго, хуторнаго и станичнаго управленій; для нихъ предполагаются и особые органы и особый порядокъ дисциплинарнаго производства. Далѣе, въ привилегированномъ положеніи оказываются служащіе, занимающіе должности по выборамъ, и земскіе начальники; и тѣ и другіе подвергаются взысканіямъ только дисциплинарными присутствіями. То же начало принято и по отношенію къ служебнымъ провинностямъ, учиненнымъ въ составѣ присутствія, къ какому бы рангу ни принадлежали входящіе въ составъ присутствія, и какой бы тяжести ни была провинность.

Такимъ образомъ, установленные предѣлы компетенціи дисциплинарныхъ учрежденій оставляютъ значительный просторъ для проявленія начальнической власти. Правда, согласно ст. 68 проекта, начальству предоставляется передавать дѣло на обсужденіе дисциплинарнаго присутствія и въ томъ случаѣ, когда провинность,

по размѣрамъ слѣдующаго за оную взысканія, не превышаетъ власти, предоставленной единоличнымъ начальствамъ. Но пользованіе этимъ правомъ остается актомъ факультативнаго самоограниченія; по общему же порядку, въ случаяхъ, не превышающихъ его компетенцію, начальство налагаетъ взысканіе, при условіи лишь предварительнаго истребованія отъ обвиняемаго письменнаго или словеснаго объясненія. Относительно обжалованія такихъ постановленій проектъ никакихъ указаній не содержитъ, и такъ какъ нѣтъ основаній предполагать, чтобы это обжалованіе прямо не допускалось, остается лишь признать, что оно должно быть осуществляемо въ общемъ порядкѣ обжалованія дѣйствій и распоряженій административныхъ властей.

За всѣмъ тѣмъ, компетенція вновь учреждаемыхъ дисциплинарныхъ установленій оказывается достаточно обширной, и потому весьма интересно посмотрѣть, въ какомъ видѣ они созданы проектомъ.

Здѣсь слѣдуетъ, прежде всего, отмѣтить одну редакціонную неточность. Создавая нѣсколько разрядовъ дисциплинарныхъ учрежденій, проектъ только одному изъ нихъ присвоиваетъ названіе: „дисциплинарныя присутствія“, обозначая прочіе терминами „губернскія (областныя, городскія) по дисциплинарнымъ дѣламъ присутствія“. Между тѣмъ, это же выраженіе „дисциплинарныя присутствія“ постоянно употребляется проектомъ въ смыслѣ общаго наименованія, долженствующаго обнять всѣ коллегіальные дисциплинарные органы. Во избѣжаніе такого совпаденія общаго и спеціальнаго смысла, слѣдовало бы воспользоваться, какъ терминомъ общимъ, терминомъ „дисциплинарныя учрежденія“, въ отличіе отъ „дисциплинарныхъ присутствій“.

Губернскія по дисциплинарнымъ дѣламъ присутствія вѣдаютъ дѣла о служебныхъ провинностяхъ должностныхъ лицъ, назначаемыхъ губернскими и равными имъ властями. Въ нихъ предсѣдательствуетъ губернаторъ и въ качествѣ членовъ входятъ вице-губернаторъ, предсѣдатель окружнаго суда и два старшихъ въ губерніи представителя вѣдомства, къ которому принадлежитъ обви-

няемый. По дѣламъ объ отвѣтственности лицъ земской службы мѣсто представителей вѣдомства занимаютъ: губернскій предводитель дворянства, предсѣдатель губернской земской управы и особый, по избранію губернскаго земскаго собранія, членъ губернскаго по земскимъ и городскимъ дѣламъ присутствія. Соотвѣтственнымъ измѣненіямъ подвергается составъ присутствія, когда обвиняемыми являются лица городской службы, земскіе начальники и лица дворянской службы: въ первомъ случаѣ въ него входятъ городской голова губернскаго города и особый, по избранію Думы, членъ губернскаго по земскимъ и городскимъ дѣламъ присутствія; во второмъ—губернскій предводитель дворянства и одинъ изъ непремѣнныхъ членовъ губернскаго присутствія; наконецъ, въ третьемъ—предводитель губернскій и подлежащій уѣздный. Далѣе проектъ вводитъ городскія по дисциплинарнымъ дѣламъ присутствія въ городахъ: С.-Петербургѣ, Одессѣ, Севастополѣ, Керчи, Кронштадтѣ и Николаевѣ для разсмотрѣнія дѣлъ о провинностяхъ, учиненныхъ служащими, подвѣдомственными градоначальствамъ или принадлежащими къ мѣстнымъ городскимъ и городскимъ сословнымъ управленіямъ, образуя ихъ, подъ предсѣдательствомъ градоначальника или военнаго губернатора (въ Кронштадтѣ и Николаевѣ), изъ чиновъ полицейскихъ, военныхъ, судебныхъ и лицъ городского управленія, по однородной схемѣ. Во всѣхъ этихъ присутствіяхъ (губернскихъ и городскихъ) принимаетъ участіе прокуроръ мѣстнаго окружнаго суда или его товарищъ, имѣющій право предъявлять свое заключеніе по дѣлу, не участвуя въ его разрѣшеніи, и опротестовывать рѣшенія, постановленныя съ нарушеніемъ предѣловъ вѣдомства или власти. Въ послѣднемъ случаѣ дѣло переносится въ Сенатъ и тамъ разрѣшается.

Такимъ образомъ, въ губернскихъ и городскихъ присутствіяхъ по дисциплинарнымъ дѣламъ мы находимъ представителей судебнаго вѣдомства и прокуратуры. И тѣ и другіе отсутствуютъ въ слѣдующемъ разрядѣ—въ дисциплинарныхъ присутствіяхъ, учреждаемыхъ при министерствахъ для разсмотрѣнія дѣлъ о провинностяхъ, учиненныхъ служащими, назначаемыми на должности

властью министровъ, а также департаментовъ и равныхъ имъ учрежденій. Эти присутствія образуются подъ предсѣдательствомъ подлежащаго товарища или помощника министра, Высочайшею властью назначаемыхъ на три года, и двухъ членовъ отъ министерства юстиціи; дисциплинарное же присутствіе въ этомъ послѣднемъ вѣдомствѣ состоитъ изъ шести членовъ консультаціи, въ томъ же порядкѣ и на тотъ же срокъ назначаемыхъ, подъ предсѣдательствомъ товарища министра. Затѣмъ, дѣла о провинностяхъ должностныхъ лицъ четвертаго класса или опредѣляемыхъ по всеподданнѣйшимъ докладамъ, а также предводителей дворянства, вѣдаются первымъ департаментомъ Сената и рѣшаются по выслушаніи заключенія оберъ-прокурора. Наконецъ, для должностныхъ лицъ первыхъ трехъ классовъ дисциплинарнымъ присутствіемъ является департаментъ гражданскихъ и духовныхъ дѣлъ Государственнаго Совѣта.

Ближайшему разсмотрѣнію этой организаціи и двухъ устанавливаемыхъ проектомъ порядковъ дисциплинарнаго производства (общаго и особаго) будетъ посвящена заключительная часть нашего очерка.

V.

Въ объясненіяхъ къ ст. 48 устава, опредѣляющей составъ губернскихъ по дисциплинарнымъ дѣламъ присутствій, составители проекта указываютъ на ту пользу, которую слѣдуетъ ожидать отъ постояннаго участія въ этихъ присутствіяхъ старшаго судебнаго чина въ губерніи—предсѣдателя мѣстнаго окружнаго суда. Замѣчая, при этомъ, что въ дисциплинарныхъ камерахъ Германіи судейскій элементъ введенъ въ преобладающемъ количествѣ, составители не находятъ возможнымъ принять ту же систему, во избѣжаніе неблагопріятнаго ея истолкованія предубѣжденными лицами въ смыслѣ подчиненія администраціи суду. Привлеченіе предсѣдателя окружнаго суда—лица, по должности своей призваннаго къ примѣненію уголовнаго уложенія и вполнѣ компетентнаго по юри-

дической своей подготовкѣ, — въ составъ присутствій по административнымъ дѣламъ достаточно обезпечитъ правильное и согласное съ общимъ смысломъ законодательства толкованіе и примѣненіе устава.

Что же касается участія въ упомянутыхъ присутствіяхъ еще и прокуратуры, то въ этомъ отношеніи соображенія составителей сводятся къ тому, что прокурорскій надзоръ по своей опытности въ направленіи уголовныхъ дѣлъ и въ виду присущей ему задачи наблюденія за охраненіемъ силы закона, не можетъ быть, безъ вреда для дѣла, устраненъ отъ участія въ разсмотрѣніи дѣлъ о менѣе важныхъ злоупотребленіяхъ по службѣ, подвѣдомственныхъ дисциплинарнымъ присутствіямъ.

Съ правильностью этихъ положеній нельзя не согласиться, и нѣтъ сомнѣнія въ томъ, что именно участіе судейскаго элемента и прокуратуры ставитъ дисциплинарную отвѣтственность на надлежащую почву. Отъ добросовѣстнаго исполненія представителями правосудія и законности вновь возлагаемыхъ на нихъ обязанностей будетъ зависѣть господство этихъ двухъ началъ—правосудія и законности—въ сферѣ дисциплинарной репрессіи. И предсѣдатель окружнаго суда и прокуроръ являются къ тому же такими органами, относительно которыхъ едва ли допустимо воздѣйствіе со стороны того или другого вѣдомства, и это ихъ качество отразится положительнымъ образомъ на характерѣ дисциплинарнаго суда.

Тѣмъ болѣе приходится сожалѣть о томъ, что въ организаціи министерскихъ дисциплинарныхъ присутствій мы встрѣчаемъ полное отступленіе отъ тѣхъ началъ, которыя самими составителями приняты для присутствій низшаго разряда. Привлеченіе представителей министерства юстиціи, мотивированное присущей имъ полной опытностью по уголовной части, никоимъ образомъ не можетъ замѣнить участіе судейскаго элемента и прокуратуры. Признавая полную юридическую компетентность этихъ лицъ, нельзя забывать, что въ совѣтѣ каждаго министерства, несомнѣнно, найдутся юристы. Очевидно, суть дѣла не въ юридическихъ знаніяхъ,

которыя, въ этой области, практически говоря, сводятся къ легко доступному усвоенію главнымъ образомъ послѣдней главы уголовнаго уложенія и дисциплинарнаго устава. Сами по себѣ, члены отъ министерства юстиціи являются тѣми же административными чиновниками, смѣняемыми, вполнѣ зависимыми отъ высшаго начальства.

Они, стало быть, и въ глазахъ прочихъ членовъ присутствія не будутъ имѣть того авторитета, нравственнаго и юридическаго, который окружалъ бы профессіональныхъ судей.

Совершенно непонятно, по какой причинѣ составители не нашли возможнымъ, слѣдуя намѣченной схемѣ, ввести въ составъ министерскихъ административныхъ присутствій членовъ судебныхъ палатъ, предоставивъ и тутъ участіе прокурору окружнаго суда или его товарищу, съ тѣми же правами, какъ и въ губернскихъ присутствіяхъ. Въ особенности, когда рѣчь идетъ о чиновникахъ министерства юстиціи, выясняется неудовлетворительность системы проекта, такъ какъ здѣсь судьями являются лица, de facto лишенныя возможности не считаться съ желаніями или указаніями, идущими сверху. Мы сейчасъ увидимъ, что при особомъ порядкѣ дисциплинарнаго производства могутъ произойти такіе случаи, когда высшее начальство предложитъ служащему подать въ отставку, и если служащій не представитъ въ надлежащій срокъ просьбы, дѣло передается на обсужденіе дисциплинарнаго присутствія. Эта гарантія окажется, конечно, совершенно фиктивной по отношенію къ чиновникамъ министерства юстиціи, такъ какъ едва ли возможно предположить, чтобы члены консультаціи разошлись бы съ главой вѣдомства въ оцѣнкѣ поступковъ служащаго и въ опредѣленіи ихъ послѣдствій.

Затѣмъ съ отсутствіемъ прокуратуры остается безъ отвѣта вопросъ о томъ, какъ поступить въ случаѣ нарушенія при дисциплинарномъ производствѣ предѣловъ вѣдомства или власти или даже неправильнаго примѣненія закона.

Предоставленіе обвиняемому права жалобы на наложенное взысканіе очевидно недостаточно, такъ какъ эти нарушенія могутъ

быть имъ не усмотрѣны, а, кромѣ того, возможны случаи неправильнаго оправданія, гдѣ недопустима, разумѣется, жалоба обвиняемаго.

Контроль министра? Но онъ устанавливается проектомъ лишь въ двухъ формахъ: министръ либо утверждаетъ рѣшенія присутствій, либо оставляетъ ихъ безъ послѣдствій, *въ случаѣ признанія имъ обвиняемаго подлежащимъ взысканію* Значитъ, если оправдательное рѣшеніе постановлено съ нарушеніемъ предѣловъ вѣдомства или власти или съ неправильнымъ примѣненіемъ закона, проектъ не указываетъ никакого пути къ его отмѣнѣ. Между тѣмъ, нельзя a priori предполагать, что такихъ случаевъ не будетъ. Забота объ ограждении отъ неправильныхъ обвинительныхъ приговоровъ—весьма почтенна, но столь же необходимо предусмотрѣть и неправильныя оправданія. Проектъ такъ и сдѣлалъ по отношенію къ губернскимъ присутствіямъ; подобный же порядокъ слѣдовало бы, конечно, установить и для министерскихъ.

Замѣтимъ еще, что противъ введенія въ составъ каждаго изъ министерскихъ дисциплинарныхъ присутствій представителей министерства юстиціи можно ожидать возраженій съ точки зрѣнія чисто вѣдомственной. При такой постановкѣ, дѣйствительно, министерство юстиціи, которое вѣдь не одно и то же, что судебное вѣдомство, получаетъ преобладающее значеніе въ области дисциплинарнаго суда.

Можно, правда, возразить, что въ каждомъ министерскомъ присутствіи члены отъ министерства юстиціи составятъ меньшинство. Но во-первыхъ, дѣло не въ численномъ перевѣсѣ, а во-вторыхъ, этого численнаго перевѣса можетъ и не быть. Не указывая ни въ одной статьѣ обязательнаго минимальнаго числа членовъ присутствій, проектъ въ ст. 86 говоритъ, что рѣшенія постановляются по большинству голосовъ *присутствующихъ*, значитъ—предполагаются и отсутствующіе, и если только держаться правилъ „tres faciunt collegium“, можно себѣ представить такой составъ присутствія, при которомъ одинъ предсѣдательствующій будетъ принадлежать къ тому же вѣдомству, какъ и обвиняемый,

а другіе два присутствующіе окажутся отъ посторонняго вѣдомства.

Съ другой стороны, разъ законъ не даетъ категорическаго указанія на quorum засѣданія, возможно, что и губернскія и министерскія присутствія будутъ отправлять—по крайней мѣрѣ, въ единичныхъ случаяхъ — дисциплинарную юстицію въ немногочисленномъ составѣ однихъ лишь членовъ отъ вѣдомства, въ которомъ служитъ обвиняемый, и тогда еще болѣе сдѣлается отрицательнымъ тотъ недостатокъ, что въ министерскихъ присутствіяхъ не фигурируетъ прокуратура. Даже съ точки зрѣнія проекта, въ такихъ составахъ нельзя видѣть гарантій безусловнаго соблюденія требованій закона и справедливости, — въ особенности же, когда рѣчь идетъ объ особомъ порядкѣ дисциплинарнаго производства.

Такимъ образомъ, наши пожеланія по этому вопросу сводятся къ тому, чтобы: 1) въ министерскія присутствія ввести въ качествѣ членовъ представителей судебнаго вѣдомства, вмѣсто членовъ отъ министерства юстиціи; 2) допустить въ нихъ участіе прокуратуры, на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и въ губернскихъ присутствіяхъ; 3) установить quorum, съ тѣмъ, чтобы во всѣхъ присутствіяхъ судейскій элементъ имѣлъ бы хоть одного представителя.

Высказанное проф. Куплевасскимъ предложеніе — образовать вмѣсто множества дисциплинарныхъ учрежденій при отдѣльныхъ министерствахъ одно центральное дисциплинарное учрежденіе, состоящее подъ предсѣдательствомъ особо къ тому назначеннаго Высочайшею властью лица, на половину изъ лицъ судебныхъ, на половину изъ лицъ отъ разныхъ административныхъ вѣдомствъ— создало бы, по нашему мнѣнію, слишкомъ громоздкую и тяжелую машину, въ которой едва ли будетъ надобность, если только допустить необходимыя поправки въ проектируемомъ устройствѣ дисциплинарныхъ органовъ. Ограничиваемся этимъ замѣчаніемъ въ виду того, что упомянутое предложеніе авторъ дѣлаетъ лишь вскользь, безъ особой аргументаціи и не настаивая на этой именно комбинаціи.

VI.

Переходя къ разсмотрѣнію дисциплинарнаго производства, мы видимъ, что проектъ устанавливаетъ въ этомъ отношеніи два порядка — общій и особый, причемъ первый названъ порядкомъ „производства дѣлъ о служебныхъ провинностяхъ“, а второй „особымъ порядкомъ дисциплинарнаго производства“. Шестая глава проекта, заключающая въ себѣ постановленія объ этомъ особомъ порядкѣ, не находится въ прямой связи съ остальными главами. Здѣсь, прежде всего, нѣтъ рѣчи о служебныхъ провинностяхъ, а только о такихъ обстоятельствахъ, въ силу которыхъ признается невозможнымъ оставить данное лицо на службѣ, и оно подлежитъ удаленію, либо добровольному, либо—при неисполненіи предложенія подать въ отставку—по рѣшенію дисциплинарнаго учрежденія.

Обстоятельства эти — тѣ же, какія предусмотрѣны ст. 295, 295^2 и 296 учр. суд. уст. (законъ 20 мая 1885 г.), только въ нѣсколько болѣе широкой редакціи. Удаленіе отъ должности допускается: 1) когда служащій за преступное дѣяніе, не относящееся къ службѣ, будетъ въ уголовномъ порядкѣ подвергнутъ наказанію, не влекущему за собою удаленія отъ должности; 2) когда служащій подвергается личному задержанію за долги или объявленъ несостоятельнымъ должникомъ, или же надъ нимъ учреждена опека за расточительность; 3) когда служащій дозволилъ себѣ внѣ службы такіе противные нравственности или предосудительные поступки, которые, хотя и не предусмотрѣны уголовными уложеніями или уставомъ о служебныхъ провинностяхъ, но, будучи несовмѣстны съ служебнымъ его достоинствомъ и получивъ огласку, лишаютъ совершившаго ихъ довѣрія и уваженія, и 4) когда служащій обнаружилъ совершенную неспособность къ исполненію своихъ служебныхъ обязанностей. Во всѣхъ этихъ случаяхъ очистительная, такъ сказать, дѣятельность начальства начинается истребованіемъ отъ служащаго объясненія [1]). Въ этомъ, а равно и въ томъ, что отъ

[1]) Въ виду этого общаго правила, мы не можемъ согласиться съ проф. Куплевасскимъ, полагающимъ, что подъ «совершенною неспособностью»

служащаго всегда будетъ зависѣть перенесеніе дѣла на обсужденіе дисциплинарнаго присутствія, заключается существенный прогрессъ по сравненію съ дѣйствующимъ порядкомъ. Но затѣмъ implicite удерживается правило, не допускающее въ этихъ случаяхъ обжалованія въ высшую инстанцію: рѣшенія дисциплинарныхъ присутствій, постановляемыя въ особомъ порядкѣ,—безапелляціонныя

Эти предположенія составителей вызвали уже весьма рѣшительную критику со стороны проф. Куплевасскаго [1]), категорически отрицающаго необходимость такого особеннаго, притомъ суммарнаго, порядка и доказывающаго, что и во всѣхъ указанныхъ шестой главой случаяхъ долженъ быть оставленъ такой же процессъ, какой установленъ для служебныхъ проступковъ, съ предоставленіемъ соотвѣтствующимъ органамъ права налагать всѣ установленныя дисциплинарныя кары, а не только удалять отъ должности. Послѣднее намъ кажется положительно невозможнымъ. Нельзя забывать, что удаленіе отъ должности въ особомъ порядкѣ не есть наказаніе: въ этой дисциплинарной мѣрѣ заключается признаніе того, что данное лицо *не годится* для службы—и только. Такое лицо, утратившее необходимое довѣріе и уваженіе вслѣдствіе собственныхъ дурныхъ поступковъ, дѣйствительно только и можетъ быть удалено. Вѣдь ни выговоръ, ни штрафъ не возвратятъ утраченнаго довѣрія или уваженія.

Да и какъ можно себѣ представить, чтобы начальство или дисциплинарное присутствіе наказывало бы за то, что не есть провинность! Ясно, что если только допустить такой принципъ, то откроется широкая возможность крайне нежелательнаго вторженія начальства въ сферу частной жизни подчиненныхъ. Не говоримъ

проектъ разумѣетъ только физическіе и умственные недостатки (слѣпота, глухота, нервное разстройство, душевная болѣзнь) Еслибы это было такъ, то страннымъ явилось бы истребованіе въ подобныхъ случаяхъ объясненія — Какихъ можно требовать объясненій у чиновника, удаляемаго потому, что онъ ослѣпъ или оглохъ? Къ тому же говорить о «дисциплинарномъ» производствѣ по поводу такихъ несчастій, конечно, не приходится.

[1]) См. Ж. М. Ю., декабрь 1898 г., а также «Право» за 1899 г., № 4, отчетъ о засѣданіи юридич. общества по докладу И. О. Куплевасскаго.

уже о томъ, что въ случаяхъ, когда дѣло касается служащаго, наказаннаго за общій проступокъ, или впавшаго въ несостоятельность, или задержаннаго за долги, или расточителя, или, наконецъ, признаннаго неспособнымъ, наложеніе какихъ бы то ни было дисциплинарныхъ взысканій явилось бы абсурдомъ. Но и въ томъ единственномъ случаѣ, который имѣетъ, кажется, въ виду проф. Куплевасскій, допустимо, опять таки, только удаленіе, такъ какъ проектъ обусловливаетъ примѣненіе этой мѣры тѣмъ, чтобы безнравственные или предосудительные поступки, получивъ огласку, подорвали бы окончательно репутацію даннаго лица. Ограничиться здѣсь легкимъ дисциплинарнымъ взысканіемъ не только безполезно, но и прямо противно интересамъ службы.

Иной вопросъ—процессуальныя свойства „особаго порядка". Несомнѣнно, что при проектируемомъ устройствѣ дисциплинарныхъ присутствій, лишеніе обвиняемаго права жалобы представляется весьма существеннымъ умаленіемъ его правъ, и съ этой точки зрѣнія можно присоединиться къ проф. Куплевасскому, указывающему на ту странность, что „весьма серьезное обвиненіе,—можетъ быть, совершенно несправедливое,—по поводу безнравственныхъ или предосудительныхъ поступковъ внѣ службы, затѣянное съ прямою цѣлью удаленія даннаго должностного лица со службы, будетъ разбираться въ одной инстанціи, когда обвиненіе въ какой-либо незначительной служебной провинности будетъ рѣшаться въ двухъ". Но намъ кажется, что неблагопріятныя послѣдствія такого порядка—возможность несправедливыхъ обвиненій—были бы въ значительной степени устранены при томъ составѣ дисциплинарныхъ органовъ, которое мы выше признавали желательнымъ Самое же допущеніе обжалованія въ этого рода дѣлахъ вызываетъ принципіальныя возраженія. Въ самомъ дѣлѣ, очевидно, что въ тѣхъ случаяхъ, когда удаленіе отъ должности является послѣдствіемъ либо понесенія служащимъ наказанія за общій проступокъ, либо личнаго его задержанія за долги, объявленія его несостоятельнымъ должникомъ или учрежденія надъ нимъ опеки за расточительность, принесеніе жалобы никогда не можетъ имѣть подъ

собой почвы, такъ какъ принятая противъ служащаго мѣра—удаленіе отъ должности — покоится на фактическихъ обстоятельствахъ, оцѣнка коихъ, въ смыслѣ признанія ихъ подрывающими служебную репутацію, уже заранѣе сдѣлана въ законѣ, и не зависитъ, слѣдовательно, отъ воззрѣній той или другой инстанціи. Если же служащій удаленъ за недостойные поступки, получившіе огласку и лишившіе его довѣрія и уваженія, или за неспособность, то съ точки зрѣнія служебныхъ отношеній и приличій было бы весьма странно допустить, чтобы высшая инстанція, разойдясь въ этой оцѣнкѣ, для нея собственно весьма трудной, съ непосредственной инстанціей, постановила о возвращеніи служащаго въ ту среду, гдѣ надъ его нравственной личностью уже произнесенъ приговоръ.

Едва ли желательно навязывать учрежденіямъ такихъ служащихъ, которыхъ авторитетная и безпристрастная коллегія признала потерявшими довѣріе и уваженіе,—если только эта коллегія дѣйствительно является авторитетной и безпристрастной.

Общій порядокъ производства дѣлъ о служебныхъ провинностяхъ характеризуется устраненіемъ, насколько возможно, всякихъ формальностей. Онъ менѣе всего сложенъ въ тѣхъ случаяхъ, когда наложеніе взысканія не выходитъ изъ предѣловъ власти начальника, непосредственнаго или высшаго. Здѣсь указывается на обязанности начальства, предварительно наложенія взысканія, испрашивать у обвиняемаго объясненія;—на право его, въ случаѣ надобности, собирать справки и производить предварительное изслѣдованіе черезъ одного изъ подвѣдомственныхъ чиновниковъ; наконецъ, на право опредѣляющаго къ должности начальства постановлять о временномъ, до рѣшенія дѣла, устраненіи подчиненнаго, обвиняемаго въ служебной провинности, влекущей удаленіе отъ должности. Эти же обязанности и права лежатъ на дисциплинарныхъ учрежденіяхъ, въ случаѣ обращенія дѣла къ ихъ производству. Самое разбирательство происходитъ въ присутствіи обвиняемаго, если онъ пожелаетъ явиться или если будетъ вызванъ, производится устно, при закрытыхъ дверяхъ, съ устраненіемъ судей

по правиламъ устава уголовнаго судопроизводства. Оно начинается словеснымъ докладомъ обстоятельствъ дѣла; въ подлежащихъ случаяхъ выслушивается заключеніе прокуратуры и затѣмъ окончательныя объясненія явившагося обвиняемаго. О порядкѣ постановленія рѣшеній (по большинству голосовъ присутствующихъ, съ предпочтеніемъ, въ случаѣ ихъ равенства, мнѣнія предсѣдателя)—мы уже упоминали. Рѣшеніе, говоритъ ст. 86 проекта, должно заключать въ себѣ краткое изложеніе обстоятельствъ дѣла, сущность рѣшенія и указаніе подлежащихъ законовъ. Объявленіе рѣшенія можетъ быть отложено не болѣе, какъ на три дня.

Здѣсь мы видимъ, такимъ образомъ, порядокъ, отличающійся отъ общаго судебнаго, главнымъ образомъ, отсутствіемъ двухъ началъ: нѣтъ гласности, нѣтъ состязательности. Возражая противъ устраненія первой, проф. Куплеваскій требуетъ ограниченной публичности, т. е., присутствія на судѣ товарищей по службѣ и 3—5 лицъ, пользующихся довѣріемъ обвиняемаго, указывая на то, что такая малая публичность все-таки есть гарантія для обвиняемаго въ томъ, что процессъ будетъ веденъ правильно, съ соблюденіемъ предписанныхъ формъ и съ должнымъ уваженіемъ къ личности обвиняемаго. Но правильное веденіе процесса должно быть обезпечиваемо, какъ мы выше сказали, присутствіемъ прокурорскаго надзора; уваженіе же къ личности обвиняемаго есть настолько элементарная обязанность всякаго судилища, что ея неисполненіе свидѣтельствовало бы объ органической неспособности къ отправленію суда, и противъ такой неспособности присутствіе сослуживцевъ обвиняемаго или лицъ, ему близкихъ, не создаетъ панацеи. Поэтому, мы не думаемъ, чтобы практически необходимо было установить иной порядокъ, чѣмъ предположенный проектомъ; самымъ удобнымъ рѣшеніемъ вопроса было бы предоставленіе дисциплинарнымъ учрежденіямъ права разрѣшать присутствіе при разбирательствѣ дѣла тѣхъ лицъ, о допущеніи которыхъ будетъ просить обвиняемый, съ опредѣленіемъ максимальнаго числа; именно такъ разрѣшенъ вопросъ въ ст. 622 устава угол. судопр.,въ примѣненіи къ тѣмъ дѣламъ, которыя разсматриваются при закрытыхъ дверяхъ.

Отсутствіе состязательнаго начала и, въ частности, защитника оправдывается самыми свойствами дисциплинарнаго производства. Но мы не видимъ никакихъ основаній къ тому, чтобы безусловно воспрещать обвиняемому представлять свои объясненія не лично, а черезъ другое лицо, имъ избранное и принадлежащее къ одному съ нимъ вѣдомству. Слѣдуетъ принять въ соображеніе не только возможность волненія и смущенія, но и тотъ фактъ, что для весьма многихъ лицъ въ высшей степени противно самихъ себя офиціально оправдывать передъ другими, и въ особенности тогда, когда они добросовѣстно не считаютъ себя виновными. Многіе склонны видѣть въ этомъ какое-то униженіе и охотнѣе понесутъ кару или, еще чаще, добровольно уйдутъ, чѣмъ станутъ приводить доводы въ свою пользу. Казалось бы, не произойдетъ ни малѣйшаго ущерба, если къ представленію объясненій будетъ допускаться лицо, уполномоченное обвиняемымъ.

Останавливаясь, наконецъ, на вопросѣ объ обжалованіи рѣшеній, мы видимъ, что проектъ допускаетъ просьбы обвиняемаго и протестъ лица прокурорскаго надзора. Протестъ можетъ быть принесенъ въ случаѣ нарушенія губернскимъ или городскимъ по дисциплинарнымъ дѣламъ присутствіемъ „предѣловъ вѣдомства или власти“. Здѣсь несомнѣнный пробѣлъ, такъ какъ терминологія проекта не даетъ представителю прокуратуры права опротестовывать рѣшенія, постановленныя, хотя бы и въ границахъ вѣдомства или власти, но съ неправильнымъ примѣненіемъ закона. Очевидно, и такія рѣшенія не должны быть оставляемы въ силѣ.

Затѣмъ, обвиняемый можетъ жаловаться на рѣшенія губернскаго или городского присутствія—подлежащему министру или главноуправляющему, причемъ эти жалобы предлагаются указанными лицами на разсмотрѣніе министерскихъ присутствій; обжалованіе рѣшеній министерскихъ присутствій, постановляемыхъ въ первой инстанціи, приносится Сенату. Какъ уже замѣтилъ проф. Куплеваскій, изъ относящихся сюда статей проекта довольно трудно вывести заключеніе о томъ, допускаются ли жалобы въ Сенатъ на рѣшенія министерскихъ присутствій, постановляемыя во второй ин-

станціи. Такая неясность должна быть устранена категорическимъ указаніемъ закона, причемъ было бы весьма естественно и въ этихъ случаяхъ предоставить лицу прокурорскаго надзора, участіе котораго, по нашему мнѣнію, необходимо и въ министерскихъ присутствіяхъ, а равно и обвиняемому, обжаловать рѣшеніе, незаконное по формѣ или по существу, съ обращеніемъ къ высшему мѣсту охраны законности и правосудія въ широкомъ смыслѣ слова.

Мы не имѣемъ возможности останавливаться здѣсь ни на нѣкоторыхъ частностяхъ проекта, къ каковымъ относятся, между прочимъ, правила объ образованіи дисциплинарныхъ присутствій въ нѣкоторыхъ вѣдомствахъ и высшихъ установленіяхъ, ни на подробномъ разсмотрѣніи отдѣльныхъ видовъ служебныхъ провинностей, предусмотрѣнныхъ проектомъ. Въ отношеніи этихъ послѣднихъ нельзя не признать, что третья глава проекта представляетъ чрезвычайно полную и внимательную обработку внѣшнихъ формъ дисциплинарной вины, всегда притомъ считающуюся съ категоріями служебныхъ преступленій, принятыми уголовнымъ уложеніемъ.

Критика здѣсь носила бы черезчуръ теоретическій характеръ, неумѣстный въ настоящихъ бѣглыхъ очеркахъ. Мы будемъ довольны, если намъ удалось дать хоть сколько-нибудь точное представленіе о значеніи проекта, о его системѣ, о его достоинствахъ и кажущихся намъ недостаткахъ.

Въ общемъ укладѣ государственной, общественной и личной жизни уставъ о служебныхъ провинностяхъ играетъ, конечно, роль крайне незначительную, по сравненію съ уголовнымъ уложеніемъ. Передъ реформой всего законодательства о преступленіяхъ и наказаніяхъ блѣднѣетъ реформа въ области дисциплинарной. Тѣмъ не менѣе обѣ онѣ, будучи частными проявленіями воли, стремящейся впередъ по пути справедливости и законности, должны быть привѣтствованы съ радостью всѣми, кому дорого развитіе этихъ великихъ началъ человѣческой цивилизаціи.

Проектъ уголовнаго уложенія и смертная казнь.

Комиссія Государственнаго Совѣта о тюремномъ преобразованіи, бывшая въ 1878 г. подъ предсѣдательствомъ статсъ-секретаря К. К. Грота, не сочла возможнымъ внести смертную казнь въ разрядъ общихъ наказаній и указала, что „разрѣшеніе вопроса о томъ, слѣдуетъ ли удержать смертную казнь во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ она назначается по дѣйствующему законодательству, или же, наоборотъ, число ихъ можетъ быть ограничено, подлежитъ всецѣло составителямъ будущаго уголовнаго уложенія".

Объяснительная записка къ проекту уголовнаго уложенія, указавъ на существованіе „весьма вѣскихъ сомнѣній въ справедливости и цѣлесообразности смертной казни при обычномъ спокойномъ теченіи государственной жизни" и подробно разсмотрѣвъ эти сомнѣнія, приходитъ къ выводу, что „Россія могла бы сдѣлать новый дальнѣйшій шагъ по историческому пути, преемственно начертанному еще съ прошлаго вѣка, съ царствованія Императрицы Елисаветы, и не только по возможности ограничить число случаевъ примѣненія смертной казни, но и вовсе вычеркнуть ее изъ списка уголовныхъ наказаній, налагаемыхъ по общимъ законамъ". „Однако, продолжаетъ записка, въ виду того, что вопросъ объ отмѣнѣ смертной казни, *кромѣ стороны чисто-юридической, заключаетъ въ себѣ и весьма важную политическую сторону, долженствующую значительно вліять на признаніе своевременности или несвоевременности таковой отмѣны,* комиссія признала болѣе цѣлесообразнымъ, изложивъ приведенныя выше сообра-

женія о возможности отмѣны смертной казни, представить рѣшеніе сего вопроса на благоусмотрѣніе Государственнаго Совѣта, а въ лѣстницу проектируемыхъ нынѣ наказаній внести и смертную казнь, ограничивъ область ея примѣненія наиболѣе тяжкими изъ государственныхъ преступленій“ (об. зап., т. I, стр. 27).

Нѣтъ надобности особенно внимательно вглядываться въ мотивировку, даваемую здѣсь, чтобы убѣдиться въ ея несостоятельности, какъ съ точки зрѣнія формальной, такъ и по существу.

Въ первомъ отношеніи слѣдуетъ замѣтить, что разъ комиссія считала себя безсильной или неуполномоченной рѣшать вопросъ, имѣющій политическую сторону, — разъ она находила, что рѣшеніе этого вопроса принадлежитъ Государственному Совѣту, она и должна была оставить вопросъ нерѣшеннымъ, не устанавливая до поры до времени вовсе никакой санкціи во *всѣхъ* тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ дѣйствующее право налагаетъ смертную казнь. Тогда на пустое мѣсто, оставленное комиссіей, Государственный Совѣтъ поставилъ бы то наказаніе, которое онъ призналъ бы необходимымъ, и на немъ лежала бы обязанность мотивировать свое рѣшеніе. Тогда было бы ясно, что вопросъ принципіально разрѣшенъ не комиссіей, противницей смертной казни, а тѣмъ учрежденіемъ, которое стоитъ выше комиссіи, которому послѣдняя должна подчиниться.

Теперь же, приведя цѣлый рядъ основаній, доказывающихъ несправедливость и нецѣлесообразность смертной казни, и предоставивъ рѣшеніе вопроса Государственному Совѣту, комиссія все же включаетъ смертную казнь въ лѣстницу наказаній, сокративъ лишь случаи ея примѣненія, по сравненію съ дѣйствующимъ правомъ.

Такимъ образомъ, на словахъ отказываясь отъ рѣшенія вопроса, комиссія на дѣлѣ даетъ вполнѣ опредѣленное рѣшеніе, сохраняя въ проектѣ смертную казнь. И въ этомъ мы видимъ формальную неправильность, такъ какъ если теперь Госуд. Совѣтъ не найдетъ нужнымъ входить въ разсмотрѣніе вопроса объ отмѣнѣ или сохраненіи смертной казни, ему легко можно будетъ, вопреки ожи-

даніямъ комиссіи, вовсе уклониться отъ этого разсмотрѣнія, лишь санкціонировавъ проектированныя постановленія [1]).

Но и по существу ссылка на политическую сторону вопроса, противопоставляемую юридической,—не выдерживаетъ критики.

Во всей совокупности вопросовъ такъ называемой уголовной политики не отыщется ни одного, который бы могъ быть рѣшенъ на основаніи однихъ юридическихъ соображеній. Нѣтъ такой формы карательной репрессіи, при установленіи или отмѣнѣ которой законодатель исходилъ бы изъ чисто-юридическихъ основаній. Составители новыхъ уголовныхъ законовъ, которые устранили бы изъ поля своего зрѣнія элементы политическіе, въ широкомъ, настоящемъ смыслѣ слова, и стали бы стремиться къ тому, чтобы обосновать доводами юридическаго характера принятіе или отвергнутіе каждой изъ карательныхъ мѣръ, — немедленно и несомнѣнно бы заблудились, никогда не дойдя до такой фантастической цѣли. И дѣйствительно, всѣ тѣ соображенія, якобы юридическія, какія приводятся противъ смертной казни въ объяснит. запискѣ, на самомъ дѣлѣ оказываются, именно, соображеніями политическими. Единственный доводъ, имѣющій чисто-юридическое значеніе, вполнѣ правильно отвергается комиссіей, какъ невѣрный. „Комиссія полагаетъ, что едва ли можно отрицать *самое право* государства на примѣненіе смертной казни: такое право покоится на той же основѣ, на которой зиждется и право примѣненія всѣхъ иныхъ мѣръ взысканія, т. е., на правѣ государства жертвовать въ необходимыхъ случаяхъ интересами и благами отдѣльной личности для защиты интересовъ и безопасности всего общества“. Такимъ образомъ, юридическая точка зрѣнія, не дѣлая никакого различія между смертной казнью и прочими наказаніями, не даетъ почвы для какихъ бы то ни было возраженій противъ смертной казни,—возраженій, въ изобиліи возрастающихъ на почвѣ политической и повторяемыхъ объяснит. запиской. Здѣсь мы читаемъ указаніе на совершенно различное отношеніе *народной совѣсти* въ тѣхъ или дру-

[1]) Какъ извѣстно, Государственный Совѣтъ такъ и поступилъ.

гихъ странахъ къ преступленіямъ, караемымъ смертной казнью въ одной странѣ, иными наказаніями—въ другой; здѣсь доказывается нецѣлесообразность смертной казни, какъ въ виду того, что сіи подвергаются вовсе не наиболѣе закоренѣлые, неисправимые преступники, пополняющіе собою, по большей части, ряды мелкой преступности, такъ и вслѣдствіе доказанной опытомъ недѣйствительности устрашительной угрозы казнью противъ роста той или другой группы преступленій; наконецъ, здѣсь же мы встрѣчаемъ упоминаніе о непоправимости судебныхъ ошибокъ, имѣющихъ послѣдствіемъ исполненіе казни надъ лицомъ невиннымъ. Все это—доводы и соображенія политическаго, или, если угодно, правнополитическаго характера, и юридическое ихъ значеніе сводится къ нулю.

Изъ сказаннаго ясно, что, усматривая въ вопросѣ объ отмѣнѣ смертной казни двѣ стороны — чисто-юридическую и политическую,—комиссія понимала подъ второю нѣчто иное, нежели соображенія карательной политики. Комиссія, собственно говоря, хотѣла оставить открытыми два вопроса: одинъ—примѣнимы ли всѣ соображенія, высказанныя ею противъ смертной казни, къ преступленіямъ политическимъ; другой—представляетъ ли современность ту картину „обычнаго, спокойнаго теченія государственной жизни“, при которомъ самый вопросъ о смертной казни теряетъ свою остроту, и отрицательное его рѣшеніе (отмѣна см. казни), не возмущая ничьихъ страстей, представляя актъ высокой гуманности и знаменуя крупный прогрессъ, вмѣстѣ съ тѣмъ не сопряжено ни съ какой опасностью для государственнаго строя или для спокойствія страны. Другой „политической“ стороны мы рѣшительно не можемъ усмотрѣть.

Между тѣмъ, для отрицательнаго отвѣта на первый вопросъ и положительнаго—на второй комиссія располагала вполнѣ достаточнымъ матеріаломъ, и едва ли ей подобало уклоняться отъ этихъ отвѣтовъ. Аргументы, направленные противъ примѣненія смертной казни за преступленія политическія, очень стары, безусловно убѣдительны и всѣмъ извѣстны. Въ нашей литературѣ они, между

прочимъ, собраны и изложены съ неотразимой доказательностью и краснорѣчивой горячностью въ 4-мъ томѣ „Лекцій“ проф. Н. С. Таганцева (стр. 1447, сл.). „Чѣмъ крѣпче правительство,—говоритъ авторъ,—чѣмъ дальше въ глубь вѣковъ идутъ его устои, чѣмъ ближе связь его съ народомъ, не отдѣляющимъ отъ него свою историческую судьбу, тѣмъ безполезнѣе является для него смерть лицъ ему враждебныхъ“. Ясно, какую страну имѣетъ здѣсь въ виду авторъ. „Сохраненіе въ законѣ смертной казни лишь за политическія преступленія окружаетъ виновныхъ ореоломъ политическаго мученичества, влекущаго прозелитовъ“ (стр. 1446, ibid.).

Этихъ соображеній мы въ об. запискѣ не находимъ, но такое обстоятельство, конечно, не подрываетъ ни силы ихъ, ни значенія, ни—въ особенности—примѣнимости ихъ при обсужденіи проекта.

Относительно оцѣнки современнаго теченія государственной жизни — бурно оно и мятежно или спокойно и гладко — едва ли можетъ быть два мнѣнія [1]). Самый завзятый пессимистъ не станетъ отрицать той пропасти, которая отдѣляетъ эпоху конца 70-хъ и начала 80-хъ годовъ, когда начались работы по проекту, отъ настоящей. Тогда политическія убійства и покушенія, глубоко потрясавшія всю страну, были явленіями обычными. Тогда правительству могло казаться, что слѣдуетъ угрожать всякимъ оружіемъ карательнаго арсенала, какъ бы призрачна ни была его польза, уже потому, что иной способъ дѣйствія могъ бы быть понятъ, какъ уступка. Революціоннымъ движеніемъ нарушается нормальный ходъ государственныхъ отправленій, и тѣмъ самымъ затрудняется проведеніе устойчивыхъ (по своей разумности и цѣлесообразности) карательныхъ мѣръ. И поэтому, при первоначальномъ начертаніи основныхъ статей проекта, въ 80-хъ годахъ, трудно было ожидать рѣшительнаго поворота въ вопросѣ, нами разсматриваемомъ, когда еще такъ ясны были въ памяти мрачныя картины недавняго прошлаго, и повтореніе ихъ не казалось невозможнымъ.

[1]) Писано въ началѣ 1900 года. Послѣдующія событія не оправдали оптимистическаго діагноза.

Съ тѣхъ поръ прошло почти двадцать лѣтъ,—и тѣ мотивы, которыми могли руководиться тогдашніе авторы законопроектовъ, въ настоящее время не существуютъ болѣе. Прочность и неприкосновенность государственнаго строя, со всѣми образующими его элементами, спокойствіе общественной жизни, не волнуемой никакими потрясеніями, ни внѣшними, ни внутренними—вотъ та атмосфера, къ которой мы уже привыкли. Въ этой атмосферѣ упоминаніе о мѣрахъ чрезвычайныхъ, каковою признаютъ смертную казнь, звучитъ диссонансомъ.

Такимъ образомъ, нельзя не прійти къ выводу, что объяснит. записка, помѣченная 1897-мъ годомъ, имѣла полную возможность категорически мотивировать отмѣну смертной казни за преступленія политическія, а составители проекта, свободные отъ какихъ бы то ни было предъявленныхъ къ нимъ въ этой области абсолютныхъ требованій, могли спокойно и безпрепятственно вычеркнуть смертную казнь изъ лѣстницы наказаній и установить въ соотвѣтствующихъ статьяхъ иныя наказанія. Сохраненіе ими этой мѣры мы считаемъ явнымъ contradictio in adjecto.

Центръ тяжести всего выше приведеннаго заключается, конечно, не въ упрекахъ редакціонной комиссіи за непослѣдовательность. Наши доводы направлены противъ оставленія смертной казни въ новой лѣстницѣ наказаній, хотя бы въ сокращенныхъ размѣрахъ, по сравненію съ дѣйствующимъ правомъ.

Было бы наивно думать, что отмѣна смертной казни за политическія преступленія можетъ представить какую-нибудь опасность, посѣять смуту, воскресить революціонное движеніе. Къ обстоятельствамъ, повліявшимъ на прекращеніе этого движенія, едва ли кому придетъ въ голову отнести пользованіе разсматриваемой репрессивной мѣрой противъ виновныхъ. Съ установленіемъ этого положенія, думается — безспорнаго, падаетъ послѣдній доводъ, на который могутъ указывать защитники сохраненія смертной казни.

Пусть не возражаютъ намъ, что аргументація, направленная противъ смертной казни, напоминаетъ стрѣльбу изъ пушекъ по воробьямъ, въ виду того ничтожнаго числа случаевъ (сравнительно

съ общей репрессіей), въ которыхъ находитъ себѣ примѣненіе это наказаніе. „Институтъ уничтожающійся,— замѣчаетъ Тардъ, въ статьѣ своей о дуэли,—хорошъ ли онъ или дуренъ, пока еще онъ не совсѣмъ умеръ, всегда сохраняетъ способность къ внезапному возрожденію, подъ вліяніемъ ли каприза моды или одной изъ тѣхъ революціонныхъ бурь, которыя разыгрываются, когда ихъ меньше всего ждали". И дѣйствительно, мы видимъ, что еще въ 1844 г. составители уложенія предполагали распространить примѣненіе смертной казни и на убійство родителей, — а „распространить" легче, конечно, чѣмъ „возстановить"... Зерно не погибшее всегда можетъ дать ростокъ, способный разрастись въ пышное дерево.

Сравнивая въ этой области русскія понятія и воззрѣнія съ зап. европейскими, мы должны прійти къ тому выводу, что первыя — выше, человѣчнѣе. Наше ухо рѣжутъ обычныя выраженія французскихъ судебныхъ отчетовъ: „обвинитель въ блестящей рѣчи требовалъ у присяжныхъ головы подсудимаго (demandait aux jurés la tête de l'accusé)". Едва ли у насъ возможно было высказать въ печати то, что писалъ извѣстный англійскій судья Стифенъ по поводу казни сумасшедшихъ преступниковъ. Онъ находилъ, что нечего смущаться по этому поводу, такъ какъ душевная болѣзнь есть, по большей части, послѣдствіе порочной и безпутной жизни, и потому сумасшедшій самъ виноватъ, пусть пеняетъ на себя. Наконецъ, хотя у насъ и имѣются—правда, не среди юристовъ—свои Миттельштедты [1]), но къ голосу ихъ мало кто прислушивается, и авторитета они не имѣютъ. Будетъ, поэтому, явленіемъ вполнѣ естественнымъ, если въ вопросѣ объ отмѣнѣ смертной казни мы не станемъ непремѣнно ждать того, чтобы пойти обычной своей дорогой, въ хвостѣ нѣмецкаго или французскаго законодательства, а, напротивъ, опередимъ ихъ, устранивши смертную казнь вполнѣ и безусловно.

Какъ извѣстно, при обсужденіи проекта общегерманскаго уголовнаго уложенія понадобилась категорическая угроза взятія его

[1]) O. Mittelstädt — недавно умершій нѣмецкій писатель юристъ страстно ратовавшій въ пользу тѣлесныхъ наказаній.

назадъ, въ случаѣ непринятія смертной казни, для того, чтобы получить ничтожный перевѣсъ голосовъ въ пользу казни. При второмъ чтеніи было подано 1 марта 1870 г. 118 голосовъ противъ, 81 голосъ за см. казнь; при третьемъ чтеніи, 23 мая, послѣ длинной рѣчи Бисмарка, 127 голосовъ за, 119 противъ. Но то было тридцать лѣтъ тому назадъ. Нашъ проектъ стоитъ на рубежѣ двухъ столѣтій,—и слѣдуетъ пожелать, чтобы онъ, по тенденціямъ и принципамъ своимъ, оказался не послѣднимъ кодексомъ девятнадцатаго вѣка, а первымъ — двадцатаго. Отрадно было бы въ началѣ двадцатаго вѣка услышать въ примѣненіи къ смертной казни тѣ слова, которыми сто лѣтъ тому назадъ охарактеризовано было отношеніе Александра I къ пыткѣ: „дабы, наконецъ, самое названіе ея, стыдъ и укоризну человѣчеству наносящее, изглажено было навсегда изъ памяти народной“.

Къ вопросу о преслѣдованіи за вѣру [1]).

За послѣднее время въ нашей періодической печати дѣятельно обсуждаются вопросы вѣротерпимости, свободы совѣсти, наказаній за вѣру. Что-жъ, въ добрый часъ! Чѣмъ чаще общественная мысль станетъ пытливо обращаться къ этимъ наболѣвшимъ сторонамъ нашего быта, тѣмъ труднѣе и труднѣе будетъ мириться съ теперешнимъ мрачнымъ и неприглядным положеніемъ вещей. Неустанное повтореніе истины, ясной, какъ день, безспорной, какъ таблица умноженія, должно же, наконецъ, возымѣть свое дѣйствіе. Оно полезно ужъ и потому, что даетъ возможность во-очію обнаружить всю фальшь тѣхъ лицемѣрныхъ аргументовъ, которые ей противопоставляются фанатиками—болѣе или менѣе искренними—господствующаго порядка.

Заслуга направленія въ эту сторону общественной мысли всецѣло принадлежитъ орловскому предводителю дворянства, М. А. Стаховичу. Рѣчь его, произнесенная на орловскомъ миссіонерскомъ съѣздѣ въ концѣ прошлаго сентября, вызвала крайнее раздраженіе, какъ въ средѣ съѣзда, такъ главнымъ образомъ на столбцахъ нашей ультра-реакціонной прессы. „Московскія Вѣдомости“ выступили настоящимъ походомъ противъ г. Стаховича, давно уже, впрочемъ, утратившаго, вслѣдствіе характера своей дѣятельности, право на благосклонность газеты г. Грингмута. Послѣдняя обличала орловскаго предводителя и непосредственно, и устами о. Рождественскаго, предсѣдателя орловскаго миссіонерскаго съѣзда, и злобнымъ перомъ нѣкоего г. Нилуса, вопіявшаго въ № 269

[1]) Писано въ октябрѣ 1901 года.

„Моск. Вѣд.“ о своей готовности служить церкви „до послѣдней капли крови, до послѣдняго своего издыханія“ и выставлявшаго г. Стаховича — тайнымъ кандидатомъ на должность русскаго Робеспьера или Дантона. Та же газета, впрочемъ, нѣсколькими днями позже объясняла дерзость г. Стаховича другой его кандидатурой, доказывая, что рѣчь орловскаго предводителя—не болѣе, какъ коварный избирательный маневръ, предпринятый въ виду предстоящихъ въ близкомъ будущемъ дворянскихъ выборовъ на новое трехлѣтіе.—Издатель одной изъ петербургскихъ газетъ выступилъ съ длинной статьей въ защиту — не идей г. Стаховича, а его самого, доказывая, на основаніи личнаго знакомства, что г. Стаховичъ не Робеспьеръ, не Дантонъ, что онъ—поклонникъ талантовъ, крестится передъ обѣдомъ и т. п., но что въ концѣ концовъ—онъ человѣкъ склонный къ одностороннему увлеченію.

Мы указываемъ на этотъ нѣсколько недостойный шумъ, поднятый вокругъ имени г. Стаховича, для того, чтобы лишній разъ отмѣтить, какъ глубоко засѣла въ нѣкоторыхъ изъ нашихъ публицистовъ привычка—обсуждать не мысли, не доводы, а качества той личности, которая ихъ произноситъ. Вѣдь очевидно, что все высказанное г. Стаховичемъ, — о чемъ сейчасъ будетъ рѣчь,— имѣетъ значеніе совершенно независимо отъ какихъ бы то ни было побужденій, которыми руководился говорившій, отъ какихъ бы то ни было свойствъ и качествъ его, какъ личности. Зная дѣятельность орловскаго предводителя, мы, конечно, ничуть не удивляемся, что именно ему пришлось высказаться въ томъ направленіи, которымъ проникнута его рѣчь. Но будь г. Стаховичъ не видный, достойнѣйшій общественный дѣятель, а первый попавшійся участникъ съѣзда, и тогда одинаковое имѣли бы значеніе и одинаково подлежали бы обсужденію его воззрѣнія. Это несомнѣнно еще и потому, что, какъ указываетъ самъ предсѣдатель съѣзда, о. Рождественскій, въ письмѣ, помѣщенномъ въ № 269 „Московскихъ Вѣдомостей“, г. Стаховичъ предложилъ свой докладъ на обсужденіе миссіонеровъ „какъ частное мнѣніе лица посторонняго для съѣзда“.

Въ чемъ же заключается это „частное мнѣніе“? Докладъ, такъ возбудившій страсти, напечатанъ въ № 254 „Орловскаго Вѣстника“, и, ознакомившись съ нимъ, приходится лишь изумляться слѣпой неосвѣдомленности тѣхъ, кто готовъ былъ видѣть въ авторѣ доклада чуть ли не разрушителя церкви и государства, революціонера...

Основная мысль доклада состоитъ въ необходимости провозглашенія свободы совѣсти въ полномъ значеніи, въ полномъ объемѣ этого понятія. Авторъ прежде всего останавливается на обычномъ мнѣніи, что у насъ есть свобода вѣрованія (хотя и это утвержденіе неправильно), но нѣтъ лишь свободы исповѣданія.

Доказывая, что вѣрованіе по необходимости связано съ исповѣданіемъ вѣры, авторъ спрашиваетъ устами своихъ противниковъ: „чего же вы хотите? Разрѣшенія не только безнаказаннаго отпаденія отъ православія, но и права безнаказаннаго исповѣданія своей вѣры, т. е. совращенія другихъ? Это подразумѣвается подъ свободою совѣсти? Особенно увѣренно среди васъ, миссіонеровъ, я отвѣчу: да. Только это называется свободою совѣсти... За проповѣдь передъ взрослыми, за совращеніе сознательныхъ людей нельзя и безцѣльно карать. *Нельзя* потому, что если допустить, что темные люди бросаютъ православіе невольно и несознательно, то я раньше долженъ признать, что они невольно и несознательно пребываютъ въ православіи. Тогда—это только принадлежность къ культу безъ принадлежности къ церкви, и выражается она не вѣрой, а суевѣріями, близкими къ язычеству, и равнодушіемъ, далекимъ отъ всякой философіи и науки. Этимъ нечего дорожить... *Безцѣльно* карать потому, что наказаніе за вѣру, которую считаешь истинной, пугаетъ только самыхъ робкихъ проповѣдниковъ, а они не опасны, какъ плохіе апологеты“.

Въ этихъ словахъ основная мысль доклада, развитая съ большимъ талантомъ и увлеченіемъ, и поведшая автора къ утвержденію, что „ни на комъ въ Россіи не лежитъ болѣе, чѣмъ на миссіонерскомъ съѣздѣ, долгъ провозгласить необходимость свободы совѣсти, необходимость отмѣны всякой уголовной кары за отпаденіе отъ православія и за принятіе и исповѣданіе иной вѣры“.

Въ печати уже были ехидныя указанія на то, что мысли доклада не отличаются новизною. Это, дескать, мечтанія, теорія, а жизнь и ея практическія потребности говорятъ другое. Проводились курьезныя параллели между защитой свободы совѣсти и защитой свободы—торговли: и та, и другая, при всей своей логической убѣдительности, чреваты практической опасностью. Далѣе идетъ обычная аргументація о значеніи православія въ исторіи Россіи, о возможныхъ послѣдствіяхъ свободной пропаганды и проч. И, наконецъ,—уступки: карать можно, но не слишкомъ строго.

Что основныя мысли доклада не новы—это несомнѣнно; прибавимъ: и слава Богу! Вѣдь, было бы ужасно подумать, что теперь лишь *впервые* указывается на необходимость вложенія свѣтскаго меча въ ножны, что г. Стаховичу первому бросилась въ глаза вся ненормальность, вся тягостная ложь, нынѣ господствующія въ разрѣшеніи вопросовъ о свободѣ совѣсти. Но авторъ, вѣдь, и не претендуетъ на открытіе Америки, ссылаясь главнымъ образомъ на статьи Аксакова, много разъ возвращавшагося къ вопросу о свободѣ совѣсти. И ссылка на Аксакова должна дѣйствовать чрезвычайно непріятно на защитниковъ политики религіозныхъ преслѣдованій. Статьи Аксакова—самый живой и энергичный во всей нашей литературѣ протестъ противъ этихъ преслѣдованій,—протестъ не опровергнутый и тогда, не опровергнутый и понынѣ. Онѣ—цѣлый кладъ доводовъ, неотраженныхъ и неотразимыхъ. А между тѣмъ, трудно себѣ представить человѣка съ болѣе русскими воззрѣніями, съ болѣе искренней и горячей вѣрой, съ болѣе возвышеннымъ представленіемъ о назначеніи церкви,—и едва ли найдется, вмѣстѣ съ тѣмъ, болѣе убѣжденный защитникъ основныхъ началъ русскаго государственнаго строя. Въ представленіи Аксакова три понятія: „православіе, самодержавіе, народность“ были дѣйствительно проникнуты высокимъ духовнымъ значеніемъ, а не служили, какъ нынѣ, флагомъ для проведенія притязаній того національзма, который Вл. Соловьевъ называлъ „зоологическимъ“. И о. Рождественскій, охарактеризовавшій докладъ г. Стаховича, какъ „безбрежное море пустозвонныхъ фразъ“, едва ли рѣшится

также отозваться о статьяхъ Аксакова, въ которыхъ онъ найдетъ всѣ тѣ же мысли, которыя такъ возбудили его негодованіе.

Еще недавно проф. Рейснеръ, въ рядѣ статей, помѣщенныхъ въ журналѣ „Вѣстникъ Права“ за 1900 г. подъ заглавіемъ „Мораль, право и религія по дѣйствующему русскому праву“, обстоятельно доказывалъ всю опасность смѣшенія религіи и государственнаго принципа. „Даруя всеобщую свободу исповѣданія“, говоритъ авторъ, „государство... прежде всего спасаетъ себя и свой принципъ отъ громадной опасности. Оно знаетъ, что, смѣшивая религію и государственный принципъ, оно тѣмъ самымъ осуждаетъ себя на политическія осложненія каждый разъ, какъ возникнутъ религіозные споры или сомнѣнія. Каждый еретикъ, отрицая истину государственной церкви, невольно будетъ отрицать и само государство. Гдѣ церковь и государство слиты, тамъ невольно и неизбѣжно рождается мысль, что не церковь, а государство проповѣдуетъ и защищаетъ данную истину, а, слѣдовательно, отрицая данную истину, нужно отвергнуть и то государство, которое ее проповѣдуетъ. Здѣсь церковь какъ бы скрывается за государство, и въ глазахъ еретика не церковь оказывается заблуждающейся и неправой, а само государство“.

Если, такимъ образомъ, у Аксакова защита свободы совѣсти велась во имя принциповъ религіозно-нравственныхъ, то въ только-что приведенной аргументаціи мы видимъ, что и соображенія государственной пользы, на которыя такъ любятъ ссылаться, оправдывая ими всякія насилія, говорятъ то же самое.

Отожествляя свои интересы съ интересами господствующей церкви, охраняя и тѣ, и другіе одинаковыми мѣрами,—и между прочимъ принудительно,—государство достигаетъ лишь одного: религіозное сектантство обогащается элементами сектантства политическаго, столь же убѣжденнаго, какъ и первое, и неопровержимаго въ своемъ утвержденіи, что современный государственный строй не соотвѣтствуетъ началамъ христіанства, не допускающимъ принужденія.

А между тѣмъ, такое отрицаніе государственнаго строя пред-

полагаетъ, конечно, полное равнодушіе и пренебреженіе со стороны непокорныхъ по отношенію къ тѣмъ послѣдствіямъ, которыя всею своею тяжестью обрушатся на нихъ. И, такимъ образомъ, оказывается, что государственное воздѣйствіе здѣсь безсильно: оно a priori осуждено на неуспѣхъ.

Было бы, однако, ошибочно думать, что мысль о необходимости отказаться отъ насилія въ дѣлахъ вѣры, о возможности лишь духовной борьбы проповѣдью,—что мысль эта является у насъ ересью частныхъ лицъ, отъявленныхъ либераловъ или просто „мечтателей“, утопистовъ. Мы позволимъ себѣ сослаться на соображенія, высказанныя въ такой коллегіи, въ которой, казалось бы, должно быть предполагаемо наилучшее пониманіе государственныхъ интересовъ, которой должны быть чужды яко бы „либеральныя“ увлеченія. Коллегія эта—Государственный Совѣтъ. Вотъ что мы читаемъ въ журналѣ Высочайше учрежденнаго особаго совѣщанія при Государственномъ Совѣтѣ для предварительнаго разсмотрѣнія проекта уголовнаго уложенія:

„Стремленіе къ обращенію въ вѣру, исповѣдываемую виновнымъ [1]), является столь естественнымъ проявленіемъ религіознаго чувства, что тамъ, гдѣ совращеніе не сопровождалось насиліемъ, *самая наказуемость его можетъ возбуждать серьезныя сомнѣнія*, а обложеніе его наказаніемъ строгимъ представлялось бы несправедливымъ. Борьба съ распространеніемъ вѣрованій, сектъ и ученій путемъ жестокихъ уголовныхъ каръ, какъ указываетъ непререкаемый опытъ исторіи, *имѣла всегда обратное вліяніе*, содѣйствуя развитію сектъ, создавая религіозное мученичество; главнымъ способомъ борьбы должно являться орудіе духовное: сила нравственнаго убѣжденія, *соотвѣтствіе внутренняго достоинства проповѣдниковъ вѣры проповѣдуемымъ ими идеямъ*, а не тюрьма и ссылка. При совращеніи непринудительномъ установленіе доказа-

[1]) Выраженіе это въ данномъ случаѣ имѣетъ чисто-техническое значеніе, обусловливаемое тѣмъ, что проектъ предусматриваетъ и караетъ совращеніе, такъ что подъ словомъ „виновный“ разумѣется „совратитель“ иначе говоря—субъектъ преступленія.

тельства, что лицо приняло какое-либо религіозное ученіе не по собственному внутреннему убѣжденію, а по настоянію другого, представляется въ высшей степени труднымъ. Даже при принудительномъ совращеніи, зло, причиняемое лицу и вѣроисповѣданію, сравнительно не особенно существенно, такъ какъ ограниченіе внѣшняго проявленія религіознаго чувства представляется временнымъ: съ момента окончанія принужденія ничто не препятствуетъ временно отпавшему снова возвратиться въ истинную вѣру“ [1]).

Здѣсь несомнѣнно высказано, хотя и въ осторожной формѣ, рѣшительное осужденіе современной нашей политики по отношенію къ свободѣ исповѣданія. Правда, это—соображенія меньшинства. Но надо замѣтить, что большинство даже и не пыталось опровергнуть ихъ по существу, а высказало лишь свое нежеланіе, въ отношеніи наказаній за совращеніе, измѣнить дѣйствующее право, „система коего, еще сравнительно въ недавнее время, была признана законодательною властью цѣлесообразною“, и разсуждало, „что такъ какъ положенныя по проекту наказанія за указаннаго рода дѣянія соображены съ дѣйствующимъ закономъ подобно тому, какъ и опредѣленія самихъ дѣяній, то нѣтъ основанія допускать отступленія отъ сего закона“ [2]).

Мы не станемъ касаться постановки въ проектѣ понятія совращенія, въ сравненіи съ дѣйствующимъ правомъ. Отмѣтимъ лишь, что въ формулировкѣ, даваемой этому понятію редакціей, принятой меньшинствомъ, совершенно устраняется возможность наказанія за совращеніе, совершенное путемъ убѣжденной и откровенной проповѣди (правда, при условіи, что это будетъ не публичная проповѣдь). Въ этой редакціи предусматривается лишь совращеніе, учиненное „посредствомъ *обольщенія обманомъ, или обѣщаніемъ выгодъ, или же посредствомъ злоупотребленія властью или иного способа принужденія*“.

Редакція же, принятая большинствомъ, говоритъ о совращеніи

---

[1]) Журналъ Выс. утв. ос. сов. при Гос. Сов., стр. 188.
[2]) Ibid., стр. 189.

„чрезъ подговоръ, обольщеніе, злоупотребленіе властью или *иными средствами* [1])“.

Разница, конечно, огромная. И одна уже возможность такого коренного различія указываетъ на то, что въ высшихъ нашихъ правительственныхъ сферахъ находитъ себѣ доступъ и пользуется правомъ гражданства воззрѣніе, признающее необходимость свободы совѣсти въ истинномъ, широкомъ смыслѣ этого слова.

Что же остается послѣ всего сказаннаго отъ злобныхъ и ядовитыхъ нападокъ на г. Стаховича? Только два обвиненія: первое,—что онъ осмѣлился обратиться со своею рѣчью къ миссіонерскому съѣзду; второе,—что онъ привелъ ошибочныя фактическія данныя. Что касается послѣдняго, то дѣло заключается въ слѣдующемъ: въ докладѣ приводятся такія выраженія миссіонера-священника—„вы говорите, батюшка, что ихъ (штундистовъ) было вначалѣ 40 семей, а теперь 4. Что жъ остальныя?—А милостью Божьей сосланы въ Закавказье и Сибирь“. О. Рождественскій, негодующій на г. Стаховича, поправляетъ: было не 40 семействъ, а сорокъ душъ, включая и 21 душу дѣтей,—сослано же было лишь 7 (полагать надо, изъ числа 19-ти взрослыхъ). „Что же касается фразы мѣстнаго священника, то она случайно была брошена имъ въ закрытомъ засѣданіи съѣзда, въ непринужденномъ обмѣнѣ мнѣній между членами онаго, тѣмъ болѣе (?), что означенный священникъ всѣмъ извѣстенъ раньше и обнаружилъ себя на съѣздѣ однимъ изъ достойнѣйшихъ пастырей-миссіонеровъ“. Едва ли эта поправка имѣетъ какое-либо убѣдительное значеніе. Скажемъ больше: если такъ могутъ думать и говорить „достойнѣйшіе пастыри“, то что же думаютъ и говорятъ другіе, менѣе достойные?

Въ томъ же родѣ и другая ошибка, допущенная г. Стаховичемъ. Но если бы онъ и многократно ошибался въ своихъ фактическихъ указаніяхъ, то, вѣдь, право же, безъ всякаго труда можно бы было

---

[1]) Одинъ изъ яркихъ примѣровъ безпомощности при выработкѣ опредѣленій. Если возможны „иныя средства“, то, спрашивается, къ чему выдѣлять подговоръ, обольщеніе и т. д.? Вообще, если „всѣ средства—хороши“, то къ чему пытаться ихъ перечислить?

привести массу столь же краснорѣчивыхъ фактовъ, какъ и приведенные имъ. Едва ли, впрочемъ, есть въ этомъ какая-нибудь надобность; едва ли кто-нибудь можетъ искренно оспаривать всю ненормальность связи между духовенствомъ и полиціей... Подозрительность въ отношеніи къ вѣрующимъ нерѣдко достигаетъ совершенно невѣроятныхъ размѣровъ. Вѣдь, приводили же газеты за послѣдніе годы нѣсколько случаевъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія противъ лицъ, все прегрѣшеніе которыхъ заключалось въ томъ, что они собирались вмѣстѣ и читали Евангеліе.

Остается другое обвиненіе: г. Стаховичъ говорилъ на съѣздѣ... Да, это дѣйствительно важно. Въ этомъ именно, а отнюдь не въ личности говорившаго, мы и видимъ общественное значеніе его рѣчи. Пусть г. Стаховичъ, какъ утверждаютъ его противники, встрѣтилъ „серьезныя возраженія со стороны какъ духовныхъ дѣятелей миссіи и членовъ съѣзда, такъ и свѣтскихъ лицъ“. Все же можно думать, что среди нѣкоторыхъ, хотя бы немногихъ, изъ членовъ съѣзда онъ встрѣтилъ сочувствіе; что убѣжденное слово осужденія и упрека насилію въ свободной области вѣры запало кое-кому въ душу. Если это будетъ достигнуто даже лишь по отношенію къ отдѣльнымъ единицамъ, то и тогда можно сказать спасибо орловскому предводителю. И еще замѣчаніе: не будь его рѣчь сказана въ такихъ условіяхъ, при которыхъ невозможно ее игнорировать, несомнѣнно бы постарались ее замолчать и забыть такъ же основательно, какъ замолчали и забыли писанія И. С. Аксакова. Послѣднее, вѣдь, было, конечно, труднѣе сдѣлать: а между тѣмъ, любая изъ аксаковскихъ статей по данному вопросу кажется написанной вчера. Быть можетъ, рѣчь г. Стаховича заставитъ снова о нихъ вспомнить и съ ними посчитаться.

Упраздненіе грабежа[1]).

Къ числу существеннѣйшихъ и необходимѣйшихъ улучшеній нашего уголовнаго законодательства слѣдуетъ отнести упрощеніе системы имущественныхъ преступленій. Въ этомъ отношеніи дѣйствующее право представляетъ дѣйствительно огромные недостатки: невѣроятная казуистичность, спутанность и полное отсутствіе руководящей мысли—вотъ его характеристическія черты, хорошо извѣстныя каждому теоретику и причиняющія не мало хлопотъ каждому, даже и опытному, практику. Устраненіе *этихъ* недостатковъ—немалая заслуга составителей проекта уголовнаго уложенія, и если при новѣйшей выработкѣ проекта казуистическія опредѣленія, „выброшенныя чрезъ дверь, вернулись чрезъ окно“ въ значительномъ количествѣ, то въ этомъ составителей отнюдь винить нельзя...

Насколько извѣстно, однако, основная, принципіальная точка зрѣнія, проводимая проектомъ, до настоящаго времени не вызывала сомнѣній, и есть полное основаніе надѣяться, что эта точка зрѣнія получитъ законодательную санкцію. И вотъ именно теперь, наканунѣ утвержденія проекта, хотѣлось бы еще разъ подчеркнуть правильность и цѣлесообразность этихъ коренныхъ воззрѣній проекта на понятіе и виды похищенія чужого имущества.

Дѣйствующее право, распредѣляя виды похищенія чужого движимаго имущества по рубрикамъ „разбой, грабежъ, кража и мошенничество“, давало понятію грабежа двойственное значеніе: насильственнаго и не насильственнаго похищенія. Первое граничитъ съ разбоемъ, второе съ кражей. Насильственный грабежъ отличается

[1]) Писано въ 1902 г.

отъ разбоя степенью насилія, ненасильственный отъ кражи тѣмъ, что кража—тайное похищеніе, а грабежъ—открытое. Практическое значеніе перваго дѣленія не такъ велико: и разбой и насильственный грабежъ влекутъ за собой пораженіе правъ (до закона 1900 г. — всѣхъ правъ состоянія, такъ какъ насильственный грабежъ наказывался поселеніемъ) и весьма тяжкія наказанія, причемъ не имѣютъ ни малѣйшаго значенія ни цѣна похищеннаго, ни семейныя отношенія, ни возвратъ похищеннаго или крайность и проч. Но неопредѣленность признаковъ различія представляетъ большія и притомъ совершенно напрасныя затрудненія: при разбоѣ средствомъ похищенія служитъ „нападеніе, учиненное открытою силою съ оружіемъ, или хотя и безъ оружія, но сопровождавшееся или убійствомъ, или покушеніемъ на оное, или же нанесеніемъ увѣчья, ранъ, побоевъ или другихъ тѣлесныхъ истязаній, или такого рода угрозами или иными дѣйствіями, отъ которыхъ представлялась явная опасность для жизни, здравія или свободы лица или лицъ, подвергавшихся нападенію“.

При насильственномъ грабежѣ похищеніе тоже совершается помощью насилія или угрозъ, „но такого рода, что сіи угрозы и самое насильственное дѣйствіе не представляли опасности ни для жизни, ни для здравія или свободы“. Итакъ, въ одномъ случаѣ явная опасность, въ другомъ—никакой опасности. Нечего и говорить, конечно, что такихъ рѣзкихъ различій въ жизни не бываетъ, и что въ отдѣльныхъ случаяхъ необходимость отнести угрозу къ числу явно опасныхъ или вовсе не опасныхъ должна поставить судью въ безвыходное положеніе, тѣмъ болѣе что въ отдѣльныхъ статьяхъ понятія грабежа и разбоя смѣшиваются: такъ, по ст. 1641, если учинившій грабежъ былъ вооруженъ, хотя и не употреблялъ сего оружія даже и для угрозъ ограбленному, то дѣяніе его признается однимъ изъ видовъ разбоя.

Соединеніе разбоя и насильственнаго грабежа въ одно понятіе похищенія посредствомъ насилія въ широкомъ смыслѣ (понимая подъ этимъ выраженіемъ приведеніе въ безсознательное состояніе, тѣлесное поврежденіе, насиліе надъ личностью и наказуемую угрозу)

вполнѣ устраняетъ эти затрудненія; установленіе довольно широкихъ предѣловъ наказуемости (исправит. домъ на срокъ не ниже трехъ лѣтъ) даетъ возможность считаться съ оттѣнками виновности; къ тому же допущеніе перехода къ срочной каторгѣ въ случаѣ, если разбой учиненъ посредствомъ весьма тяжкаго или тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, должна удовлетворять требованіямъ строгой репрессіи дѣйствительно опасныхъ и дерзкихъ видовъ насильственнаго похищенія, ставя при этомъ квалификацію дѣянія въ зависимость отъ обстоятельствъ, имѣющихъ вполнѣ опредѣленное уголовно-юридическое значеніе.

Но гораздо большее, и теоретическое и практическое, значеніе имѣетъ объединеніе кражи и неснасильственнаго грабежа однимъ общимъ понятіемъ воровства, опредѣляемаго какъ похищеніе, *тайно или открыто*, чужого движимаго имущества, съ цѣлью присвоенія. Значеніе это прямо пропорціонально тому неисчислимому вреду, которое явилось послѣдствіемъ введеннаго составителями уложенія 1845 года различія между тайнымъ и открытымъ похищеніемъ,—различія, не имѣющаго никакихъ, ни историческихъ, ни логическихъ основаній.

Дѣло въ томъ, что по нашему дѣйствующему праву между кражей (тайнымъ похищеніемъ) и грабежомъ (открытымъ похищеніемъ) безъ насилія существуетъ пропасть. Открытое похищеніе во всякомъ случаѣ по закону разрушаетъ права и потому подлежитъ суду присяжныхъ, независимо ни отъ стоимости похищеннаго (хотя бы оно было дешевле пятидесяти копѣекъ), ни отъ того, совершилъ ли виновный дѣяніе по крайности и неимѣнію никакихъ средствъ къ пропитанію и работѣ; не имѣетъ также никакого значенія возвращеніе похищеннаго. Наказаніе—исправит. арест. отдѣленія на срокъ отъ двухъ съ половиною до трехъ лѣтъ—возвышается на одну степень, если грабежъ учиненъ на улицѣ или иномъ пути сообщенія, и доходитъ до исправит. арест. отдѣленій отъ $3^1/_2$ до 4 лѣтъ, если грабежъ учиненъ въ ночное время. Ясно, такимъ образомъ, что грабежъ безъ всякаго насилія по нашему праву разсматривается какъ несравненно болѣе тяжкое преступленіе, чѣмъ кража.

Естественно ожидать, что при такой постановкѣ признаки различія между двумя указанными видами похищенія должны быть поставлены ясно и опредѣленно. Если за похищеніе одного и того же калача виновный можетъ быть наказанъ тюрьмой на нѣсколько недѣль безъ лишенія правъ или многолѣтнимъ заключеніемъ въ арестантскихъ отдѣленіяхъ, въ зависимости отъ того, будетъ ли его дѣяніе признано кражей или грабежомъ, нужно съ полной несомнѣнностью имѣть руководящее начало для отнесенія дѣянія въ ту или другую категорію.

Между тѣмъ, достаточно бѣглаго знакомства съ массой кассаціонныхъ рѣшеній, съ взглядами, высказанными въ литературѣ и судебной практикѣ, для того, чтобы прійти къ заключенію, что различіе между тайнымъ и открытымъ похищеніемъ является до-нельзя шаткимъ и мало опредѣленнымъ.

Конечно, наивное, нѣсколько примитивное юридическое мышленіе не затруднится провести мнимо-ясную демаркаціонную черту, разсуждая при кражѣ о „татѣ въ нощи“, украдкой пробирающемся къ своей добычѣ, а при грабежѣ о явномъ, дерзкомъ („нахальномъ“, какъ говорилось въ Екатерининскомъ указѣ 1781 г.) похищеніи, и изъ этихъ представленій выведетъ заключеніе о большей опасности или преступности послѣдняго. Но такого рода простодушныя иллюстраціи далеко не отвѣчаютъ сложнымъ и разнообразнымъ формамъ дѣйствительности.

Уложеніе 1845 г. опредѣляетъ грабежъ, какъ открытое похищеніе какого-либо имущества въ присутствіи самого хозяина или другихъ людей. Уже въ раннихъ кассаціонныхъ рѣшеніяхъ указывается, что „присутствія“ самого по себѣ — недостаточно: необходимо, чтобы присутствующій сознавалъ, „что похититель не имѣетъ никакого права на похищаемую вещь, и допускалъ это похищеніе невольно, или не имѣя возможности сопротивляться“ (69 — 313; 71—1406). Необходимо, далѣе, чтобы это сознаніе „существовало въ самый моментъ похищенія“ (74 — 30), такъ что вопросъ еще усложняется другимъ — о грани между покушеніемъ и окончаніемъ, ибо нужно рѣшить, окончено ли было похищеніе, или нѣтъ,

въ тотъ моментъ, когда потерпѣвшій хватился. Но и этого мало: похищеніе можетъ происходить открыто, на глазахъ другихъ лицъ, видящихъ и сознающихъ похищеніе,—и тѣмъ не менѣе оставаться кражей, а не грабежомъ: это будетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный не замѣтилъ или не предполагалъ присутствія постороннихъ, видящихъ и сознающихъ похищеніе. Сюда относятся и такъ называемыя воровскія продѣлки, когда похищеніе совершается на глазахъ у хозяина или другихъ лицъ и ими замѣчено, несмотря на то, что похититель прибѣгъ къ хитрости, къ уловкамъ, въ расчетѣ на успѣхъ. Такимъ образомъ, Неклюдовъ, въ заключеніе своихъ длинныхъ и запутанныхъ разсужденій о разницѣ между грабежомъ и кражей, даетъ такое опредѣленіе грабежа:

„Грабежъ есть самовольный захватъ чужой собственности, съ цѣлью похищенія (присвоенія), завѣдомо на глазахъ хозяина или другихъ лицъ, видящихъ и сознающихъ похищеніе“. Нужно, впрочемъ, замѣтить, что и такое опредѣленіе не избѣгаетъ тѣхъ затрудненій, которыя возникали въ практикѣ по вопросу о томъ, нужно ли *полное* сознаніе потерпѣвшаго или нѣтъ; можно ли говорить о сознаніи, когда потерпѣвшій — душевно-больной, малолѣтній и т. п. Затрудненій здѣсь масса [1]). Что же касается взглядовъ самого Неклюдова, то онъ, приведя указанное опредѣленіе, въ то же время доказываетъ, что „сорваніе безъ насилія шапокъ, платковъ *и т. п.*“ (?) должно считаться кражей, такъ какъ сорвать — то же самое, что стянуть, а стянуть—значитъ украсть [2]). Онъ же утверждаетъ, что похищеніе съ возовъ, выставокъ или прилавковъ—не грабежъ, потому что „похищеніе это, хотя и на глазахъ другихъ, совершается столь быстро и моментально, что предметъ похищенъ прежде, чѣмъ кто-либо успѣетъ его хватиться... Другіе видятъ только результатъ, но не процессъ похищенія“.

Если даже такой талантливый и свѣдущій юристъ, какимъ былъ Неклюдовъ, могъ высказывать такія несообразности, рѣшая

[1]) См. по этому поводу любопытныя указанія въ замѣчаніяхъ чиновъ судебнаго вѣдомства, Матеріалы, т. II, стр. 344.

[2]) Руков., II, 620.

вопросъ о признакахъ тайнаго или открытаго похищенія, то само собою разумѣется, что для рядового судьи этотъ вопросъ долженъ былъ часто представлять прямо неопреодолимыя трудности. О нихъ свидѣтельствуютъ замѣчанія чиновъ судебнаго вѣдомства на уложеніе о наказаніяхъ, сдѣланныя еще въ 1880—1881 гг. (Матеріалы, томъ III, стр. 405), гдѣ выставляется и мотивируется рядомъ примѣровъ и теоретическихъ соображеній необходимость объединенія похищенія тайнаго и открытаго безъ насилія.

Спрашивается: какія возраженія, съ точки зрѣнія требованій уголовной политики, могутъ быть приведены противъ такого объединенія, устраняющаго всю хитрую и ненужную схоластику, которая выработана кассаціоннымъ потомъ и кровью и все-таки представляется далеко неясной и неотчетливой?

Наименѣе серьезны, конечно, возраженія, опирающіяся на доводы историческіе, на мѣткость слова „грабежъ“, на соотвѣтствіе этого понятія народнымъ представленіямъ. Еслибы эти доводы клонились къ тому, чтобы похищенію насильственному дать названіе „грабежъ“, а не „разбой“, то съ ними, пожалуй, можно было бы согласиться: выраженія „разбой“, „разбойникъ“ въ самомъ дѣлѣ вызываютъ представленіе о профессіональномъ злодѣѣ, о какомъ-то Ринальдо Ринальдини, — представленія, далеко не всегда соотвѣтствующія дѣйствительнымъ свойствамъ и качествамъ виновника. Но дѣло, конечно, не въ названіи: хотятъ доказать, что именно то понятіе грабежа, которое имѣется въ дѣйствующемъ правѣ, соотвѣтствуетъ народнымъ воззрѣніямъ и имѣетъ историческія основанія.

Между тѣмъ, эти указанія совершенно невѣрны Всѣ памятники нашего права, начиная съ Псковской судной грамоты, вплоть до уложенія 1845 г., подъ грабежомъ понимали насильственное похищеніе, какъ это вполнѣ точно установлено проф. Сергѣевичемъ. Такое же значеніе имѣетъ грабежъ и въ уложеніи царя Алексѣя („пограбити насильствомъ“). Оно же, между прочимъ, весьма опредѣленно и наглядно выражено въ Екатерининскомъ указѣ 1781 г. Составителямъ уложенія 1845 г. несомнѣнно мерещились не русскія, а старонѣмецкія представленія о Diebstahl, какъ о тайномъ похищеніи, въ

противоположность понятію Raub, означавшему похищеніе открытое, представленія, сдѣлавшіяся на западѣ анахронизмомъ еще со времени уложенія Карла V. Подъ вліяніемъ этихъ несоотвѣтствующихъ образцовъ они и создали свое совершенно искусственное, двусмысленное, схоластическое понятіе „грабежа“, давъ старому русскому слову значеніе, котораго оно ни въ житейскомъ быту, ни на юридическомъ языкѣ вовсе не имѣло.

Другія возраженія дѣлаются по существу: указываютъ, что, открыто похищая чужое имущество, виновный проявляетъ больше дерзости, представляетъ, поэтому, большую опасность. Ссылаются на возможность столкновенія, на нравственное потрясеніе, испытываемое пострадавшимъ и т. п.

Съ точки зрѣнія той дробной казуистики, которая господствуетъ въ дѣйствующемъ уложеніи, такіе доводы могли претендовать на какое-нибудь значеніе, независимо отъ того, правильны ли они, или нѣтъ по существу [1]) Но въ примѣненіи къ проекту они представляются явнымъ недоразумѣніемъ. Квалифицируя воровство, учиненное *„съ особенною дерзостью“*, проектъ даетъ возможность отнестись достаточно строго къ случаямъ, дѣйствительно серьезнымъ.

При такой постановкѣ, на мѣсто произвольной, бездоказательной и часто неоправдывающейся презумпціи ставится то именно требованіе, которое лежитъ въ основаніи этой презумпціи.

Если по дѣйствующему уложенію выходитъ, что открытое похищеніе наказывается безконечно строже тайнаго на томъ основаніи, что такой способъ дѣйствія *можетъ* свидѣтельствовать объ особой дерзости преступника, то по системѣ проекта, наоборотъ, особая дерзость *можетъ*, *между прочимъ*, выразиться въ открытомъ похищеніи, безъ насилія. И только въ этомъ случаѣ такое похищеніе будетъ строже наказано. Если же этой особенной дерзости не конста-

[1]) Любопытно отмѣтить, что въ противоположность этому взгляду, составители уложенія 1845 г. признали убійство чрезъ отравленіе—квалифицированнымъ видомъ, именно потому, что отравитель представлялся имъ, по собственному ихъ выраженію, человѣкомъ, «не имѣющимъ даже *смѣлости* злодѣйства».

тировано, то, и съ точки зрѣнія дѣйствующаго права, нѣтъ никакихъ внутреннихъ основаній усиливать отвѣтственность.

Надо, однако, замѣтить, что презумпція, будто открытое похищеніе доказываетъ большую опасность преступника, его особенную дерзость — презумпція эта относится къ числу наиболѣе часто опровергаемыхъ фактами.

Сами по себѣ, случаи открытаго похищенія безъ насилія даютъ ничтожную цифру въ общей статистикѣ имущественныхъ преступленій. Это вполнѣ понятно: нужна до извѣстной степени исключительная обстановка, совокупность исключительныхъ условій для того, чтобы такой похититель могъ расчитывать, что онъ не будетъ немедленно схваченъ съ поличнымъ. Этими исключительными условіями и объясняются, и мотивируются обыкновенно такіе „грабежи“, свидѣтельствующіе, какъ вѣрно замѣчаетъ предсѣдатель Елецкаго окружнаго суда (Матеріалы, стр. 407), не объ особенной дерзости, а о трусливости обвиняемаго, схватывающаго то, что плохо лежитъ, или что ему легко доступно, въ надеждѣ на то, что быстрота ногъ избавитъ его отъ поимки. Сюда именно относятся тѣ виды открытаго похищенія, которые Неклюдовъ „разсудку вопреки, наперекоръ стихіямъ“ хотѣлъ подвести подъ понятіе кражи. Сюда же относятся и тѣ болѣе часто встрѣчающіеся случаи, когда возникаетъ вопросъ: имѣется ли составъ грабежа или же простое самоуправство?

Наглядным подтвержденіемъ приведенныхъ соображеній служитъ одно всѣмъ извѣстное явленіе: постоянные оправдательные приговоры, выносимые присяжными по дѣламъ о грабежахъ безъ насилія. Именно въ этихъ случаяхъ нелѣпость и, такъ сказать, безцѣльность преступленія свидѣтельствуютъ о наличности данныхъ, обусловливающихъ полное снисхожденіе къ виновному. Если ужъ искать руководства для составленія законовъ въ народномъ сознаніи, то въ данномъ случаѣ лучшимъ показателемъ такого сознанія является именно отношеніе присяжнаго суда къ грабежу простому. Само собою разумѣется, что народная совѣсть не можетъ колебаться, когда предстоитъ альтернатива: простить „грабителя“, пустившагося бѣжать съ чужой шапкой, или засадить его на 3 — 4 года

въ арестантскія отдѣленія. И если бы осуществились разумныя предположенія составителей проекта новой редакціи судебныхъ уставовъ,—если бы упоминаніе о наказаніи перестало быть запретнымъ орудіемъ въ рукахъ защиты, можно думать, что оправдательные приговоры по подобныхъ дѣламъ, при сохраненіи нынѣшней системы, уже стали бы правиломъ, не допускающимъ исключеній.

Такимъ образомъ, ни по существу, ни съ точки зрѣнія требованій уголовной политики нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній къ сохраненію самостоятельнаго понятія грабежа. Напротивъ, можно съ полной увѣренностью сказать, что репрессія открытаго похищенія получитъ лучшее осуществленіе, когда будетъ уничтожена пропасть, отдѣляющая въ дѣйствующемъ правѣ кражу отъ грабежа; ибо дѣло не въ угрозѣ, а въ ея исполненіи. Изъятіе простыхъ видовъ открытаго похищенія изъ вѣдѣнія присяжныхъ засѣдателей на самомъ дѣлѣ должно способствовать не смягченію наказуемости, а наоборотъ — устраненію фактической безнаказанности, наблюдаемой въ настоящее время.

Само собою разумѣется, что представленные принципіальные доводы, объясняющіе и оправдывающіе систему, принятую проектомъ, не должны и не могутъ считаться съ такими возраженіями, которыя основаны на отдѣльныхъ, придуманныхъ или дѣйствительныхъ примѣрахъ. Такими „примѣрами“ можно доказать все, что угодно. Ими руководиться при созданіи уголовнаго кодекса — немыслимо: вѣдь, любой частный примѣръ можетъ быть опровергнутъ другими! Выводить общія постановленія изъ выхваченныхъ наудачу случаевъ — значитъ вернуть технику законодательства къ тому времени, когда составлялось Соборное Уложеніе.

Защитники системы проекта могли бы сослаться еще на одно обстоятельство: — на то, что нигдѣ, ни въ одномъ европейскомъ кодексѣ болѣе не встрѣчается самостоятельнаго понятія открытаго похищенія. Но мы нѣсколько опасаемся этого довода. Хотя понятія—грабежъ, разбой, кража относятся къ такой сферѣ, въ которой патріотизму дѣлать нечего, но кто знаетъ, не раздадутся ли

по поводу упраздненія „грабежа“ жалобы, упрекающія въ пренебреженіи къ „національнымъ особенностямъ“, въ заимствованіи „непригодныхъ для русской жизни западно-европейскихъ формъ?“ И потому мы предпочитаемъ, оставивъ въ сторонѣ примѣръ Зап. Европы, основывать наши доказательства на такихъ юридическихъ началахъ, которыя имѣютъ, надо думать, одинаковую силу у насъ, какъ и за рубежомъ.

Охрана чести въ уголовномъ законодательствѣ.

I.

Вопросъ объ охранѣ чести въ уголовномъ законѣ—другими словами, вопросъ о наказуемости оскорбленій—получилъ особенно важное значеніе сравнительно недавно. Тѣ многочисленныя затрудненія, которыя препятствуютъ вполнѣ удовлетворительному его разрѣшенію, вытекаютъ, главнымъ образомъ, изъ условій нашей современной жизни, изъ положенія современнаго человѣка въ современномъ обществѣ. Развившаяся лишь во второй половинѣ девятнадцатаго вѣка огромная сила періодической прессы, освобожденіе (либо, какъ у насъ, частичное, либо, какъ въ Западной Европѣ, полное) печатнаго слова отъ административнаго надзора, постепенное проникновеніе гласности во всѣ уголки государственно-общественной жизни—всѣ эти обстоятельства, въ связи со многими другими, ежеминутно и повсемѣстно открываютъ возможность общественнаго контроля надъ дѣятельностью отдѣльныхъ лицъ—въ однѣхъ сферахъ въ большей, въ другихъ—въ меньшей степени. Вмѣстѣ съ тѣмъ, развиваются и нравственное значеніе печати, и обусловленное имъ стремленіе къ охранѣ каждымъ своего добраго имени отъ злонамѣренныхъ или неосмотрительныхъ ударовъ, наносимыхъ печатнымъ словомъ. И вотъ возникаетъ первое существенное затрудненіе, какъ примирить въ этой области требованія общественныя, направленныя къ тому, чтобы истинное зло раскрывалось и обличалось свободно,—съ интересами отдѣльной личности, которымъ всегда можетъ угрожать злостное недоброжелательство, неразборчивая мстительность?

Съ затрудненіемъ этимъ приходится ближайшимъ образомъ считаться при начертаніи карательныхъ постановленій, предусматривающихъ опозореніе въ печати, въ широкомъ смыслѣ слова. Разрѣшеніе его возможно двоякимъ способомъ: либо принятіемъ одной изъ двухъ системъ—диффамаціи или клеветы,—либо сочетаніемъ, въ той или другой формѣ, обѣихъ системъ.

Такъ называемая „система диффамаціи“ въ основаніе свое кладетъ тотъ принципъ, что при столкновеніи общественнаго интереса съ интересомъ личности послѣдній долженъ брать верхъ.

Согласно такому взгляду, разглашеніе обстоятельствъ кого-либо позорящихъ, всегда и безусловно наказуемо, независимо отъ того, какими мотивами руководился разгласившій, какого рода обстоятельство онъ разгласилъ, правдивы ли сообщенныя имъ свѣдѣнія или вымышлены. Государство, при этой системѣ, всецѣло поддерживаетъ и санкціонируетъ тотъ запретъ: „noli me tangere“ (не тронь меня), который можетъ быть предъявляемъ каждымъ и къ каждому. Сознательное нарушеніе этого запрета образуетъ составъ преступнаго дѣянія—диффамаціи. Создавая такое понятіе, законодатель исходитъ изъ того положенія, что доброе имя есть такое благо, на которое имѣетъ неотъемлемое право каждый, независимо отъ того, заслуживаетъ ли онъ обладанія этимъ благомъ, или нѣтъ. Неприкосновенность добраго имени, съ этой точки зрѣнія, должна охраняться точно такъ же, какъ неприкосновенность жизни, здоровья, домоваго права, свободы, имущества. Нарушеніе этой неприкосновенности должно терять преступный характеръ и оставаться безнаказаннымъ лишь при наличности тѣхъ обстоятельствъ, которыя вообще устраняютъ преступность дѣянія: невмѣняемость, принужденіе, случай и т. д. Никакихъ особыхъ основаній наказуемости позорящаго разглашенія такая система не знаетъ; въ частности—лживость или истина разглашенія не имѣетъ значенія. Общественный контроль помощью печатнаго слова не допускается; возможенъ лишь государственный контроль надъ личной или общественной дѣятельностью, проявляющій свое дѣйствіе при наличности такихъ только уклоненій, послѣдствіемъ которыхъ должно быть судебное преслѣдованіе.

Рѣзкую противоположность этой системѣ представляетъ такъ называемая система клеветы, въ основѣ которой лежитъ исключительная забота объ интересѣ общественномъ: ему приносится въ жертву интересъ личности.

При системѣ клеветы, позорящія разглашенія только тогда наказуемы, когда они лживы. Всѣмъ и каждому, съ этой точки зрѣнія, дозволяется безнаказанно говорить правду, какъ бы оскорбительна ни была эта правда. Жаловаться можетъ только оклеветанный, т. е. такое лицо, о которомъ распространены вымышленныя позорящія свѣдѣнія. Привлекая своего обидчика къ суду, оклеветанный отнюдь не беретъ на себя обязанности доказывать лживость разглашенія; напротивъ того, онъ возлагаетъ на обвиняемаго такъ называемое onus probandi, т. е. бремя доказыванія того, что онъ не лгалъ. Понятно, вмѣстѣ съ тѣмъ, что при такой системѣ каждый, привлекаемый къ суду за клевету, имѣетъ передъ судомъ *право* доказывать истину разглашенія, причемъ нерѣдко допускается доказываніе, на-ряду съ объективной истиной, субъективной добросовѣстности: обвиняемый можетъ быть оправданъ, если изъ всѣхъ обстоятельствъ дѣла выяснится, что онъ имѣлъ полное основаніе добросовѣстно считать истиннымъ оглашаемое имъ обстоятельство.

Устанавливая приведенные теоретическіе признаки системы диффамаціи и системы клеветы, мы должны оговориться, что ни въ одномъ законодательствѣ нельзя найти исключительнаго господства какого-либо одного изъ двухъ понятій. И это вполнѣ естественно. Безусловное запрещеніе разглашенія обстоятельствъ, кого-либо позорящихъ, независимо отъ того, истинны ли они, или нѣтъ, несовмѣстимо съ правильнымъ строемъ государственной и общественной жизни, ибо такимъ запрещеніемъ законъ зажалъ бы ротъ обличителямъ общественныхъ язвъ. Великое и благодѣтельное значеніе печати при такихъ условіяхъ умаляется, сводится на нѣтъ. Будучи свидѣтельницей зла, она вынуждена безмолвствовать, за нарушеніе этого молчанія—должна платиться. Въ результатѣ—отсутствіе общественной критики, сознательнаго отношенія къ истин-

нымъ свойствамъ той или другой общественной дѣятельности, къ истиннымъ качествамъ того или другого общественнаго дѣятеля и несомнѣнное пониженіе общаго уровня этихъ свойствъ и качествъ.

Съ другой стороны, принятіе безъ всякихъ смягченій противоположной системы—системы клеветы—слишкомъ тяжело отозвалось бы на законныхъ, требующихъ признанія и уваженія, интересахъ отдѣльныхъ лицъ. Разъ въ составъ наказуемаго опозоренія вводится признакъ „лживости“ сообщеннаго, то этимъ самымъ, какъ сейчасъ было указано, устанавливается право каждаго, обвиняемаго въ клеветѣ,—доказывать либо объективную истину, либо свою субъективную добросовѣстность. Для потерпѣвшаго, такимъ образомъ, является необходимость опровергать эти доказательства. Между тѣмъ, разглашенный фактъ можетъ имѣть отношеніе къ такимъ интимнымъ сторонамъ частной жизни, одно прикосновеніе къ которымъ равнодушной или грубой рукой причиняетъ несносное страданіе. При такихъ условіяхъ никто не гарантированъ отъ того, что въ каждую данную минуту ему придется отправляться въ судъ для защиты своего доброго имени, и притомъ для защиты, зачастую безнадежной. Въ области частной и семейной жизни ничего нѣтъ легче, какъ набросить тѣнь, пятно, смыть которое весьма и весьма трудно. Отравленную стрѣлу можно изъ раны вытащить, но ядъ будетъ продолжать свое дѣло. Мы уже не говоримъ о тѣхъ случаяхъ, когда клеветническая сплетня имѣетъ своимъ предметомъ такія неопредѣленныя и неуловимыя обстоятельства, которыя съ большимъ трудомъ поддаются „судебному доказыванію“, а иногда и вовсе не могутъ быть доказательно опровергнуты.

Изъ сказаннаго явствуетъ, что принятіе въ полномъ объемѣ системы диффамаціи или системы клеветы несовмѣстимо въ первомъ случаѣ—съ справедливыми интересами общественными, во второмъ—съ охраной правъ личности. Поэтому необходима комбинація основныхъ чертъ той и другой системы.

Въ нашемъ правѣ, до закона 1865 г., господствовала система клеветы.

Уличенный въ клеветѣ, по своду законовъ, изд. 1842 г. (Т. XV, ст. 428), долженъ былъ заявить на судѣ, что онъ солгалъ. Уложеніе о наказ. 1845 года знало только понятіе клеветы, опредѣляемое какъ „несправедливое“ обвиненіе въ дѣяніи, противномъ правиламъ чести. Привлекаемому къ суду по обвиненію въ клеветѣ дозволяется всѣми возможными способами доказывать прежде всего фактическую достовѣрность разглашенныхъ имъ свѣдѣній. Кассаціонное толкованіе (рѣшеніе 1885 г., по дѣлу Ахшарумова, 1886 г., по дѣлу Лангауза) прибавило къ этому—„разумное, основательно сложившееся убѣжденіе въ томъ, что содержаніе разглашенія соотвѣтствуетъ дѣйствительности“; при наличности этого убѣжденія—обвиненіе въ клеветѣ падаетъ. „Для признанія клеветы—говоритъ Сенатъ—необходима наличность злой воли клеветника, умысла его обвинить кого-либо несправедливо, и для оправданія своего онъ долженъ представить доказательства достовѣрности разглашеннаго, объективной дѣйствительности оглашеннаго событія или *субъективной увѣренности* въ справедливости онаго“. Съ другой стороны, въ прекрасно мотивированномъ сенатскомъ рѣшеніи по дѣлу Дорна (1892 г.) мы читаемъ: „Виновный отвѣчаетъ не только въ томъ случаѣ, когда онъ вполнѣ и отчетливо сознавалъ лживость распространеннаго имъ слуха, но и тогда, когда онъ дѣйствовалъ, такъ сказать, легкомысленно, когда, не будучи съ несомнѣнностью убѣжденъ въ истинности оглашаемаго, не имѣя достаточно разумныхъ основаній вѣрить въ справедливость дошедшихъ до него слуховъ, онъ, тѣмъ не менѣе, не воздержался отъ ихъ распространенія въ частномъ разговорѣ, въ . . . письмѣ, печати и т. п., такъ какъ *законъ въ правѣ требовать отъ всякаго, чтобы онъ бережно относился къ доброму имени другихъ и легкомысленною болтовнею не наносилъ такихъ нравственныхъ ударовъ, загладить послѣдствія коихъ непосильно для огласившаго клеветническій слухъ*“.

На-ряду съ указаннымъ понятіемъ клеветы, съ 1865 г., въ новыхъ законахъ о печати, у насъ появляется новое понятіе—

опозореніе въ печати, предусматриваемое ст. 1039 Уложенія о наказаніяхъ и опредѣляемое какъ „оглашеніе въ печати о частномъ или должностномъ лицѣ, или обществѣ, или установленіи, такого обстоятельства, которое можетъ повредить ихъ чести, достоинству или доброму имени“. Это понятіе совершенно механически вставляется въ наше уголовное законодательство, причемъ на постановленіяхъ о клеветѣ оно нисколько не отражается: послѣднія остаются во всей своей неприкосновенности. Такимъ образомъ, въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ мы находимъ не сочетаніе двухъ системъ, а воспріятіе обѣихъ въ нетронутомъ видѣ, причемъ взаимное отношеніе постановленій о клеветѣ въ печати и о диффамаціи заключается въ слѣдующемъ.

Потерпѣвшій, о коемъ въ печати разглашено позорящее обстоятельство, имѣетъ, во всякомъ случаѣ и прежде всего, возможность предъявить обвиненіе въ опозореніи по ст. 1039; если же разглашеніе—ложное, то, сохраняя возможность обвиненія въ диффамаціи, онъ можетъ обвинять и въ клеветѣ, по 1535 ст., но избраніе одного обвиненія устраняетъ возможность прибѣгнуть къ другому. Обвиняемый въ клеветѣ можетъ всѣми способами, допускаемыми на судѣ, доказывать истину разглашеннаго или, по крайней мѣрѣ, свою субъективную добросовѣстность и наличность достаточныхъ основаній къ тому, чтобы считать сообщаемыя свѣдѣнія истинными,—и, если онъ это докажетъ, обвиненіе въ клеветѣ падаетъ. Наоборотъ, при обвиненіи въ диффамаціи, доказываніе истины (такъ называемая exceptio veritatis) или хотя бы и объективной добросовѣстности, по общему правилу, не допускается. Законъ знаетъ изъ этого правила лишь одно исключеніе: 2-ая часть ст. 1039 говоритъ, что подсудимый освобождается отъ наказанія за опозореніе, если онъ посредствомъ *письменныхъ доказательствъ докажетъ справедливость* позорящаго обстоятельства, касающагося служебной или общественной дѣятельности лица, занимающаго должность по опредѣленію отъ правительства или по выборамъ. Выраженіе „освобождается отъ наказанія“—весьма любопытное свидѣтельство того, что и въ этихъ случаяхъ, съ точки

зрѣнія законодателя, дѣяніе остается неправомѣрнымъ, или, по крайней мѣрѣ, предосудительнымъ. Затѣмъ, интересенъ тотъ фактъ, что диффамація наказывается значительно строже клеветы въ печати: по ст. 1039 наказаніе—штрафъ не свыше 500 рублей и тюрьма отъ двухъ мѣсяцевъ до года и четырехъ мѣсяцевъ, или, по усмотрѣнію суда, одно изъ этихъ наказаній; по ст. 1535, за клевету въ печати—тюрьма отъ двухъ до восьми мѣсяцевъ. Такимъ образомъ, выходитъ, что на позорящую ложь законъ смотритъ снисходительнѣе, чѣмъ на такое оглашеніе, достовѣрность котораго не подлежитъ повѣркѣ, и относительно коего не исключается предположеніе, что оно содержитъ въ себѣ истину: точка зрѣнія, конечно, неправильная, объясняемая именно полной несогласованностью двойственныхъ постановленій.

Такая двойственность даетъ весьма неблагопріятные результаты. Обвиненіе въ клеветѣ ставитъ потерпѣвшаго въ крайне тягостное положеніе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда разглашено было извѣстіе, касавшееся его частной или семейной жизни, ибо, обладая правомъ доказывать истину или свою субъективную добросовѣстность, обвиняемый можетъ на судѣ вывернуть всю изнанку жизни обвинителя. Обращеніе же къ обвиненію въ диффамаціи, въ виду недопущенія въ этихъ случаяхъ доказывать истину, создаетъ невыгодное для потерпѣвшаго предположеніе, что онъ избралъ этотъ путь въ виду безнадежности обвиненія въ клеветѣ, при которомъ обвиняемый могъ бы оправдаться, доказывая истину. Съ другой стороны, формальное ограниченіе права доказывать истину (лишь письменными доказательствами) при обвиненіи въ диффамаціи, невзирая на широкое толкованіе, даваемое Сенатомъ понятію „письменныхъ доказательствъ“, имѣло чрезвычайно вредное значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда предъявлялось такое обвиненіе (по ст. 1039) лицу, разгласившему въ интересахъ общественныхъ какія-либо свѣдѣнія, бросающія тѣнь на чью-либо дѣятельность, общественную или въ качествѣ должностного лица.

Зачастую обвиняемый располагалъ лишь свидѣтельскими пока-

заніями,—и какъ бы многочисленны и подавляюще-доказательны они ни были, онъ на нихъ ссылаться не могъ.

Само собою разумѣется, что этотъ остатокъ старой отжившей формальной системы доказательствъ въ нашемъ современномъ законодательствѣ, при теперешнихъ условіяхъ отправленія уголовнаго правосудія,—является рѣзкимъ и ничѣмъ не оправдываемымъ анахронизмомъ.

На совершенно иной почвѣ построена система проекта уголовнаго уложенія, возбуждающая особенный интересъ именно теперь, въ виду предстоящаго въ ближайшемъ будущемъ утвержденія этого проекта [1]). Какъ мы сейчасъ увидимъ, проектъ сумѣлъ въ этой области очень удачно, по крайней мѣрѣ, съ теоретической стороны, скомбинировать требованія общественныя съ возможно тщательнымъ соблюденіемъ правъ отдѣльной личности.

Проектъ уголовнаго уложенія прежде всего устанавливаетъ понятіе опозоренія: это есть разглашеніе позорящаго обстоятельства, наказуемое болѣе строго въ тѣхъ случаяхъ, когда оно совершается въ „распространенныхъ или публично выставленныхъ произведеніи печати, письмѣ, или изображеніи". Согласно ст. 533, разглашеніе обстоятельства, позорящаго честь, не наказуемо, если обвиняемый докажетъ: 1) что разглашенное обстоятельство истинно или 2) что онъ имѣлъ достаточное основаніе считать разглашенное обстоятельство истиннымъ и учинилъ разглашеніе ради государственной или общественной пользы, или въ интересѣ исполняемой имъ обязанности, или для защиты личной чести или чести его семьи.

При такой постановкѣ, наличность объективной достовѣрности дѣлаетъ излишнимъ возбужденіе вопроса о субъективной добросовѣстности, а тѣмъ болѣе—о мотивахъ, которыми руководился обвиняемый. Но если этой объективной достовѣрности нѣтъ, то для оправданія обвиняемаго необходимо, чтобы конкурировало два условія: его субъективная добросовѣстность („достаточное основаніе считать разглашенное обстоятельство истиннымъ") и указанные въ

[1]) Писано въ началѣ 1903 г.

законѣ мотивы. Что касается первой, то наличность достаточныхъ основаній въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ опредѣляется судомъ. Судъ долженъ установить, далѣе, что обвиняемый руководился соображеніями государственной или общественной пользы или тѣми личными соображеніями, которыя сводятся къ „интересамъ исполняемой обязанности“ или къ защитѣ личной или семейной чести. Представленія о государственной или общественной пользѣ и проч.— вотъ мотивы, которыми долженъ былъ руководиться обвиняемый: достаточно доказать ихъ наличность, и нѣтъ надобности доказывать, что разглашеніе дѣйствительно принесло пользу или послужило къ защитѣ чести обвиняемаго или его семьи. При этомъ проектъ не устанавливаетъ никакихъ ограниченій въ области доказательствъ.

Приведенныя постановленія имѣютъ огромное и въ высшей степени благодѣтельное значеніе для печатнаго слова—въ особенности, для періодической прессы, открывая возможность общественной критики въ рамкахъ, несравненно болѣе широкихъ, сравнительно съ дѣйствующимъ правомъ. Требованіемъ доказанной добросовѣстности и почтенныхъ мотивовъ достаточно оберегаются интересы личности; возможность ссылаться на эти мотивы и на эту добросовѣстность—большое облегченіе для тѣхъ представителей печатнаго слова, которые, ставя своею задачею честное ему служеніе, испытываютъ на себѣ дѣйствіе старой поговорки „errare humanum est“ (человѣку свойственно ошибаться). Вмѣстѣ съ тѣмъ, такой постановкой сохраняется полная возможность наказывать не только злонамѣренную ложь, но и преступное легкомысліе, не говоря уже о тѣхъ случаяхъ, когда разгласившій позорящія свѣдѣнія руководился просто желаніемъ позабавить читателей, безъ вниманія къ тому часто неизгладимому вреду, который можетъ явиться результатомъ его дѣйствій.

Нетрудно видѣть, однако, что введеніе въ уголовный кодексъ приведенныхъ постановленій, безъ всякихъ оговорокъ, смягченій или ограниченій, было бы равносильно принятію въ полномъ объемѣ системы клеветы, неудобства которой уже были выше указаны.

Такія ограниченія и устанавливаетъ ст. 534 проекта уголовнаго уложенія. „Обвиняемый въ опозореніи—говоритъ эта статья—*не можетъ* представлять доказательствъ истинности разглашеннаго обстоятельства и не можетъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности на основаніи ст. 533, если указанное обстоятельство... относится къ частной или семейной жизни опозореннаго, и притомъ разглашеніе было учинено въ распространенныхъ или публично выставленныхъ произведеніи печати, письмѣ или изображеніи, или въ публичной рѣчи".

Такимъ образомъ, одна область безусловно закрыта для какихъ бы то ни было печатныхъ „обличеній". Извѣстный афоризмъ „la vie privée doit être murée" (частная жизнь должна быть ограждена стѣною) получилъ здѣсь свое полное осуществленіе,—къ сожалѣнію, однако, только по отношенію къ разглашенію въ печати, на публично распространенномъ письмѣ и проч. Говоримъ: къ сожалѣнію, потому что нѣтъ никакого основанія не распространять благодѣтельнаго дѣйствія приведеннаго афоризма и на случаи словеснаго опозоренія.

При дѣйствіи проектированныхъ постановленій, разъ обвиняемый не можетъ представлять доказательствъ истинности разглашенія, то и потерпѣвшій не имѣетъ права доказывать ихъ лживость. Ему предоставляется только обвиненіе въ опозореніи, съ единственною цѣлью покарать обидчика. Очевидно, что при такихъ условіяхъ обвиненіе въ опозореніи не можетъ служить средствомъ къ обѣленію частной или семейной жизни; если потерпѣвшій стремится къ этому результату, онъ долженъ обратиться къ другимъ средствамъ. Но такое положеніе представляетъ для него больше выгодъ, чѣмъ невыгодъ, такъ какъ доказать на судѣ лживость сплетенъ, касающихся частной и семейной жизни—всегда трудно, а набросить тѣнь и облить помоями чужое имя можетъ всякій негодяй.

Сравнительно съ системой дѣйствующаго права, система проекта имѣетъ, такимъ образомъ, огромное преимущество. Если по дѣйствующему праву возможность выбора между обвиненіемъ въ диф-

фамаціи и обвиненіемъ въ клеветѣ всегда существовала, и выборъ перваго порождалъ неблагопріятное для потерпѣвшаго предположеніе истинности разглашеннаго, то съ принятіемъ новой системы самая возможность такого предположенія исчезаетъ, въ виду устраненія указанной двойственности. Такая комбинація, при которой приняты во вниманіе и общественные, и личные интересы, представляется, въ нашихъ глазахъ, наиболѣе удачнымъ способомъ разрѣшенія перваго вопроса, съ которымъ приходится считаться законодателю при созданіи постановленій, направленныхъ къ охранѣ чести и добраго имени отъ преступныхъ посягательствъ.

II.

Наблюдаемая въ исторіи и при сравненіи различныхъ законодательствъ большая измѣнчивость постановленій, карающихъ за оскорбленія, объясняется измѣнчивостью того блага, которое этими постановленіями охраняется. Благо это, какъ нѣчто чисто духовное, существуетъ только въ сознаніи людей: обладаніе имъ или утрата его не распознаваемы ни по какимъ внѣшнимъ признакамъ. Самая его наличность возможна только по достиженіи извѣстной степени культурнаго развитія. Но большая или меньшая степень охраны этого блага уголовнымъ закономъ—другими словами, бо́льшая или меньшая строгость наказаній за посягательство на него—не стоитъ въ прямой связи съ большей или меньшей цѣнностью его. Въ этой области, болѣе чѣмъ гдѣ-либо, приходится считаться съ разнообразіемъ воззрѣній, существующихъ даже въ одно и то же время и въ одной и той же средѣ,—и, оцѣнивая благо чести и добраго имени, принимать во вниманіе и самый характеръ тѣхъ дѣяній, которыми это благо нарушается.

Если бы при опредѣленіи размѣровъ наказанія мы обращали вниманіе только на цѣнность и значеніе того блага, которое пострадало, то опозореніе должно было бы признаваться однимъ изъ наиболѣе тяжко наказуемыхъ дѣяній.

Въ третьемъ актѣ „Отелло“ Шекспиръ влагаетъ въ уста Яго такія слова:

« ... Кто у меня похититъ
Мой кошелекъ—похититъ пустяки:
Онъ нынче мой, потомъ—его, и былъ онъ
Уже рабомъ у тысячи людей.
Но имя доброе мое кто крадетъ,
Тотъ крадетъ вещь, которая не можетъ
Обогатить его, но разоряетъ
Меня въ конецъ».

Между тѣмъ, кража обыкновенно наказывается строже клеветы. Это не значитъ, что для каждаго имущество дороже чести или добраго имени. Стремленіе къ охранѣ своей чести, къ незапятнанной репутаціи гораздо болѣе, конечно, желательно и должно быть болѣе развито, чѣмъ чуткость къ потерѣ матеріальныхъ благъ и стремленіе къ ихъ пріумноженію: но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, чтобы посягательства на честь должны были подлежать болѣе строгому наказанію, чѣмъ посягательства на имущество. Относясь строже къ вору, чѣмъ къ обидчику и клеветнику, законъ выражаетъ ту, въ сущности совершенно здравую, мысль, что нравственное достоинство лица, его репутація, зависитъ отъ всего склада его жизни, отъ него самого и его поступковъ. Оно само—это достоинство—не можетъ быть утрачено изъ-за выходокъ другого лица, и, такимъ образомъ, посягательства на нравственное достоинство, не влеча за собой непремѣнно утраты или даже умаленія самого блага, по существу своему представляются нарушеніями лишь извѣстнаго требованія, а именно: чтобы нравственное достоинство каждой личности не встрѣчало отрицанія со стороны другихъ лицъ. Этимъ и объясняется, между прочимъ, существованіе института „exceptio veritatis“, дающаго въ извѣстныхъ случаяхъ и по извѣстнымъ поводамъ право не признавать нравственнаго достоинства другого лица и выражать это непризнаніе.

Неправы, такимъ образомъ, тѣ, кто полагаетъ, что размѣръ наказаній за опозореніе долженъ быть поставленъ въ прямое со-

отвѣтствіе съ тѣмъ значеніемъ, которое въ глазахъ даннаго общества имѣетъ неприкосновенность чести, и что при такомъ условіи отпадаетъ одинъ изъ главныхъ мотивовъ къ дуэли. Въ основѣ дуэли лежатъ такого рода идеи и мотивы, для которыхъ совершенно безразлична тяжесть кары, налагаемой государствомъ за оскорбленіе. „Обычай поединка — говоритъ В. Д. Спасовичъ — является среди нашей цивилизаціи какъ символъ того, что человѣкъ можетъ и долженъ въ извѣстныхъ случаяхъ жертвовать самымъ дорогимъ для него благомъ — жизнью, за вещи, которыя съ матеріалистической точки зрѣнія не имѣютъ значенія и смысла". (Рѣчь въ защиту Е. И. Утина). Само собою разумѣется, что этотъ „символъ" не стоитъ ни въ какомъ соотношеніи съ государственной реакціей противъ оскорбленій, и что поэтому видѣть въ чрезмѣрной строгости наказаній за оскорбленіе панацею противъ дуэли — едва ли основательно.

Но, съ другой стороны, крайняя незначительность, пустячность наказаній за оскорбленія — явленіе безусловно нежелательное. Если съ нимъ можно еще мириться — въ виду малой культурности массы населенія — въ такой области, какъ простыя личныя обиды, то казалось бы, что опозореніе въ печати нуждается въ болѣе строгой репрессіи. Ибо, чѣмъ выше значеніе печатнаго слова, тѣмъ серьезнѣе должна быть отвѣтственность за злоупотребленіе имъ, — особливо въ тѣхъ случаяхъ, когда въ основѣ этого злоупотребленія — предосудительные личные мотивы. Правда, нельзя *поднять* нравы періодической прессы посредствомъ строгихъ наказаній за диффамацію, но извѣстный *предѣлъ паденію* этихъ нравовъ такими наказаніями, несомнѣнно, кладется, а такой предѣлъ — въ извѣстныя эпохи и по отношенію къ извѣстнымъ органамъ печати — къ сожалѣнію, необходимъ.

Въ виду сказаннаго, нельзя не относиться сочувственно къ предположеніямъ проекта уголовнаго уложенія, усиливающимъ наказаніе за опозореніе въ печати. Проектъ назначаетъ здѣсь тюрьму въ полномъ объемѣ (т.-е., на срокъ до одного года) и, кромѣ того, — для редактора или издателя повременнаго изданія крупное

денежное взысканіе. При опредѣленіи размѣровъ этого взысканія произошло любопытное разногласіе въ особомъ присутствіи Государственнаго Совѣта. Нѣкоторые изъ членовъ присутствія находили, что „необходимо подвергать указанныхъ выше лицъ, сверхъ тюремнаго заключенія, значительному денежному взысканію, по соображенію съ количествомъ выпущенныхъ ими въ продажу экземпляровъ такихъ произведеній (т.-е., повременныхъ изданій), не свыше, примѣрно, *одного рубля за каждый такой экземпляръ*“. Но это мнѣніе осталось мнѣніемъ незначительнаго меньшинства [1]). Большинство же, устанавливая максимальный штрафъ въ размѣрѣ не свыше трехъ тысячъ рублей, полагало, что „чрезмѣрная матеріальная отвѣтственность въ указанныхъ случаяхъ можетъ нерѣдко привести къ прекращенію... органа печати, закрытіе коего, причиняя редактору или издателю такого органа крупный матеріальный ущербъ, а иногда и полное разореніе, далеко, однако, не всегда можетъ быть признано мѣрою, соотвѣтствующею виновности такого лица“.

Къ этимъ совершенно справедливымъ соображеніямъ можно еще прибавить, что установленіе прямого соотношенія между распространенностью повременнаго изданія и размѣромъ налагаемаго на издателя или редактора штрафа принципіально неправильно. На большей или меньшей наказуемости должны отражаться только такія обстоятельства, которыя свидѣтельствуютъ о большей или меньшей виновности. Большая или меньшая распространенность повременнаго изданія къ числу такихъ обстоятельствъ не относится;—для характеристики виновности и опредѣленія ея тяжести эта распространенность никакого значенія не имѣетъ. Обязанность относиться съ осторожностью къ чужому доброму имени въ совершенно одинаковой степени лежитъ на всѣхъ органахъ печати, независимо отъ количества ихъ подписчиковъ,—и количество это не должно и не можетъ итти въ разсчетъ при оцѣнки тяжести нарушенія. Исходя изъ противоположнаго взгляда, пришлось бы

[1]) Оно, однако, получило законодательное утвержденіе. См. ст. 533 новаго угол. улож.

признать, что наказуемость лица, разгласившаго позорящія кого-либо обстоятельства въ публичной рѣчи, должна зависѣть отъ количества его слушателей, и что штрафъ долженъ быть взимаемъ по числу этихъ слушателей... Но это было бы совершенно произвольной мѣркой.

Таковы существенныя черты, могущія характеризовать отношеніе нашего уголовнаго законодательства къ охранѣ чести. Не забудемъ, что въ этой области, болѣе чѣмъ въ какой-либо другой, имѣетъ значеніе старое правило „Quid sunt leges sine moribus!“ (что могутъ сдѣлать законы помимо нравовъ!). Но и законы отражаются весьма чувствительно на нравахъ, законодательство о печати—на нравахъ прессы. Мы думаемъ, что съ этой точки зрѣнія предположенія проекта уголовнаго уложенія заслуживаютъ живѣйшаго сочувствія.

По поводу отмѣны тягчайшихъ видовъ тѣлесныхъ наказаній для ссыльныхъ.

Въ послѣднее время, въ значительной степени благодаря книгамъ Чехова, Дорошевича, Мельшина, Миролюбова и др., но отчасти и подъ вліяніемъ тѣхъ офиціальныхъ свѣдѣній, которыя проникли въ печать при выработкѣ и обсужденіи закона 1900 г. объ отмѣнѣ и ограниченіи различныхъ видовъ ссылки, интересъ общества къ этому институту и къ условіямъ быта ссыльно-поселенцевъ и каторжныхъ въ значительной степени возросъ; вѣрнѣе сказать—воскресъ, такъ какъ литература, начиная съ Достоевскаго и кончая Максимовымъ, уже издавна касалась этихъ вопросовъ. Тѣмъ болѣе можно ожидать, что появленіе новаго гуманнаго закона, вносящаго нѣкоторое смягченіе въ тяжкую участь отверженныхъ, будетъ встрѣчено общимъ горячимъ сочувствіемъ. Вотъ реформа, вокругъ которой едва ли поднимутся споры, противъ которой нельзя ожидать возраженій даже со стороны немногочисленныхъ порколюбцевъ нашей повременной печати!... Въ особенности характернымъ представляется тотъ фактъ, что Государственный Совѣтъ нашелъ нужнымъ категорически распространить дѣйствіе новаго закона и на тѣ преступныя дѣянія, которыя совершены до его обнародованія. Такимъ образомъ, съ момента вступленія закона въ силу уже не можетъ быть исполнено ни одного наказанія плетьми, а всѣмъ прикованнымъ къ телѣжкамъ должна быть возвращена ихъ относительная свобода.

Сущность новаго закона выражена въ первой статьѣ Выс. утв. мн. Гос. Сов., гласящей: „Установленныя для ссыльно-каторжныхъ и ссыльно-поселенцевъ бритье головы и наказанія лозами, плетьми и прикованіемъ къ телѣжкѣ—отмѣнить“. Единственнымъ тѣлеснымъ

(въ тѣсномъ смыслѣ слова) наказаніемъ для этой категоріи лицъ остаются розги, въ количествѣ до ста ударовъ. Но и въ этой области, повидимому, предстоятъ перемѣны, такъ какъ послѣдняя статья Выс. утв. мн. Гос. Сов. предоставляетъ министрамъ юстиціи и внутреннихъ дѣлъ „подвергнуть обсужденію вопросъ объ измѣненіи порядка наложенія наказанія розгами ссыльно-каторжныхъ и ссыльно-поселенцевъ и дать сему вопросу дальнѣйшее въ установленномъ порядкѣ направленіе". Повидимому, рѣчь идетъ главнымъ образомъ объ ограниченіи права на примѣненіе розогъ, принадлежащаго низшему персоналу администраціи,—ограниченіи, тѣмъ болѣе необходимомъ, что послѣ закона 1900 г., а тѣмъ паче—съ введеніемъ въ дѣйствіе новаго уложенія, составъ ссыльныхъ долженъ значительно измѣниться (ссылкѣ будутъ подвергаться за преступленія государственныя, религіозныя и т. п.) и оставляя въ сторонѣ вопросъ о томъ, что по существу примѣненіе тѣлеснаго наказанія къ этой категоріи ссыльныхъ—нѣчто совсѣмъ вопіющее, было бы, конечно, несправедливо предоставить низшему персоналу администраціи примѣнять розги къ лицамъ, сосланнымъ за преступленія, не носящія позорящаго характера. Будемъ надѣяться, что указанный вопросъ въ скоромъ времени получитъ разрѣшеніе въ смыслѣ, предуказанномъ Государственнымъ Совѣтомъ.

По поводу такой надежды, нельзя не вспомнить, какими черепашьими шагами двигалось наше законодательство въ разсматриваемой области. Еще въ 1867 году министерство внутреннихъ дѣлъ входило въ Государственный Совѣтъ съ представленіемъ объ отмѣнѣ шпицрутеновъ и плетей за преступленія, совершаемыя ссыльными. Государственный Совѣтъ въ то время затруднялся отмѣнить эти наказанія, указавъ на необходимость предварительнаго устройства особой для каторжныхъ тюрьмы въ Александровскомъ заводѣ близъ города Иркутска и сосредоточеніе въ одномъ изъ рудниковъ Нерчинской каторги наиболѣе опасныхъ и тяжкихъ преступниковъ. Для скорѣйшаго же изъятія отъ тѣлесныхъ наказаній ссыльныхъ женщинъ Государственный Совѣтъ призналъ необходимымъ приступить къ устройству особыхъ помѣщеній для одиночнаго заключенія ссыль-

ныхъ женщинъ. Въ 1877 году шпицрутены были замѣнены плетьми. Вопросъ же о примѣненіи тѣлеснаго наказанія для ссыльныхъ женщинъ получилъ окончательное разрѣшеніе лишь въ 1893 году, то есть 30 лѣтъ спустя послѣ того, какъ онъ былъ поднятъ впервые.

Нельзя, однако, думать, чтобы такое кунктаторство объяснялось пристрастіемъ къ тѣлесному наказанію и той вѣрой въ него, которая въ настоящее время, къ сожалѣнію, готова повидимому воскреснуть въ ученой литературѣ Запада. Нѣтъ: сомнѣнія и колебанія вытекали изъ соображеній скорѣе отрицательныхъ, — лучше сказать—узко-практическаго свойства. Поднимался вопросъ о томъ, не будутъ ли послабленія въ этой области угрожать общественному спокойствію? И другой: какъ поступать съ тѣми „отпѣтыми“ людьми, которые, уже перенося всю возможную тягость ударовъ правосудія, совершаютъ новыя преступленія? Это послѣднее затрудненіе, какъ извѣстно, часто приводится какъ доводъ въ пользу смертной казни, несомнѣнно представляющейся единственнымъ безусловнымъ средствомъ противъ рецидива.

Между тѣмъ, не трудно видѣть, что всегда существуетъ возможность отягчить участь преступника, отбывающаго даже высшую мѣру тягчайшей степени наказанія, лишеніемъ свободы,—не прибѣгая къ дикой и жестокой расправѣ. Слѣдуя въ этомъ отношеніи закону 1893 г., новый законъ вводитъ одиночное заключеніе, высшимъ срокомъ котораго назначено сто дней, причемъ во время отбытія этого наказанія ссыльно-каторжные содержатся на хлѣбѣ и на водѣ съ отпускомъ имъ горячей пищи черезъ три дня въ четвертый. Очевидно, что эта мѣра, не причиняя тѣхъ физическихъ мученій, съ которыми сопряжено битье плетьми, расчитана на *укрощеніе* преступника, объ исправленіи котораго уже поздно думать. Въ случаѣ недостатка въ тюрьмахъ помѣщеній, для одиночнаго заключенія ссыльно-каторжныхъ [1]), оно замѣняется, по распоряженію тюремнаго начальства, для

[1]) Къ осени 1903 г. предположено было закончить устройство при каторжныхъ тюрьмахъ 54 одиночныхъ камеръ; въ срединѣ 1903 г., уже имѣлось при тѣхъ же тюрьмахъ 37 одиночныхъ помѣщеній.

ссыльно-каторжныхъ, освобожденныхъ отъ оковъ, — наложеніемъ послѣднихъ, а для содержимыхъ въ ножныхъ оковахъ—наложеніемъ ручныхъ оковъ, на сроки въ нѣкоторыхъ случаяхъ до двухъ лѣтъ, въ другихъ — до одного года и четырехъ мѣсяцевъ.

Затѣмъ остается возможность удлиненія сроковъ каторги, перевода въ разрядъ испытуемыхъ, удлиненія срока пребыванія въ послѣднихъ. Розги остаются за маловажные преступленія и проступки. Комбинація всѣхъ этихъ наказаній приводитъ къ нѣкоторой внѣшней сложности и дробности закона, основная мысль котораго, однако, проста и ясна, заключаясь въ томъ, что плети, какъ придаточное наказаніе, отмѣняются безъ замѣны ихъ другимъ наказаніемъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда по самому свойству главнаго наказанія, непосредственно вслѣдъ за его примѣненіемъ, наступаетъ ухудшеніе въ положеніи ссыльнаго; тамъ же, гдѣ этого ухудшенія нѣтъ, а есть лишь продленіе срока каторги, назначаются вышеупомянутыя, замѣняющія плети, наказанія. Прикованіе къ телѣжкѣ и бритье головы отмѣняются безо всякой замѣны. Плети, какъ самостоятельное наказаніе, замѣняются розгами, отдачей въ работы, арестомъ и др. Наконецъ, лозы замѣняются содержаніемъ въ одиночномъ заключеніи до 20 дней.

Что касается вышеуказаннаго опасенія за общественное спокойствіе, то оно возникало и въ этотъ разъ. Но, какъ извѣстно, въ теченіе послѣднихъ трехъ лѣтъ всѣ о ссыльныхъ судебные приговоры, по коимъ они присуждались къ тягчайшимъ (нынѣ отмѣняемымъ) тѣлеснымъ наказаніямъ, повергались на Монаршее благовоззрѣніе, и Государю Императору благоугодно было освобождать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ссыльныхъ отъ этихъ наказаній. Такимъ образомъ, въ теченіе трехъ лѣтъ наказанія эти ни разу по судебнымъ приговорамъ не примѣнялись и вредныхъ послѣдствій такая мѣра не вызывала. Въ административномъ же порядкѣ наказанія плетьми хотя и примѣнялись на о. Сахалинѣ, но весьма рѣдко.

Нечего и говорить, что существуетъ громадная и благодѣтельная

разница между фактическимъ непримѣненіемъ закона, всегда случайнымъ, допускающимъ скачки и рѣзкіе переходы,—порой возвраты, и твердымъ, категорическимъ провозглашеніемъ въ новомъ законѣ отмѣны старыхъ порядковъ. Исторія смертной казни богата примѣрами того, какъ періоды затишья смѣнялись оживленной дѣятельностью палача. Для „тягчайшихъ тѣлесныхъ наказаній“ отнынѣ такая смѣна невозможна.

Объ отмѣнѣ «игры въ прятки» съ присяжными засѣдателями и «клятвы Всемогущимъ Богомъ».

Дѣйствующіе наши уголовно-процессуальные законы предъявляютъ присяжнымъ засѣдателямъ требованіе, неисполнимость котораго столь же очевидна, какъ и полная его логичность, съ точки зрѣнія господствующей теоріи, кладущей въ основаніе самаго института присяжныхъ раздѣленіе вопросовъ о виновности и о наказаніи.

Присяжные, согласно этому требованію, должны совершенно игнорировать карательныя послѣдствія своего вердикта. Рѣшая вопросъ о виновности, они должны оставить внѣ круга своего разсмотрѣнія вопросъ о наказаніи. И такъ какъ самая *освѣдомленность* о карательныхъ этихъ послѣдствіяхъ до нѣкоторой степени исключаетъ возможность непринятія ихъ во вниманіе, то для присяжныхъ, съ этой точки зрѣнія, лучше вовсе не знать, какое наказаніе будетъ назначено за судимое дѣяніе. Имъ ignorantia juris prodest.

Теорія, породившая такое воззрѣніе, какъ извѣстно, появилась сравнительно недавно, на смѣну прежней, уходящей своими корнями въ область далекаго прошлаго и гласившей „de jure respondent judices, de facto juratores“. Указанная формула вполнѣ соотвѣтствовала первобытному порядку суда съ участіемъ присяжныхъ, которые въ эти отдаленныя времена дѣйствительно приглашались только въ качествѣ свидѣтелей и показывали о фактахъ (въ особенности по поводу поземельныхъ споровъ). Сохраненіе такой формулы для современнаго процесса, въ которомъ присяжные являются судьями виновности, сталкивалось съ непреодолимыми затрудненіями. Раздѣле-

ніе вопросовъ факта и вопросовъ права оказалось неосуществимымъ. Присяжные отвѣчаютъ на вопросъ о *виновности*, а это понятіе слагается и изъ фактическихъ, и изъ юридическихъ элементовъ. Мало того: въ нашемъ процессѣ ст. 801 уст. уг. суд. прямо возлагаетъ на предсѣдателя суда обязанность объяснять присяжнымъ, на-ряду съ „существенными обстоятельствами дѣла", также и „законы, относящіеся къ опредѣленію разсматриваемаго преступленія или проступка, и общія юридическія основанія къ сужденію о силѣ доказательствъ". Такимъ образомъ, по уставамъ 1864 года, присяжные отнюдь не разрѣшаютъ однихъ только вопросовъ о фактѣ. Положеніе это слѣдуетъ считать твердо установленнымъ и не возбуждающимъ уже никакихъ сомнѣній.

Но если пала стѣна, отдѣлявшая вопросы факта отъ вопросовъ права, то не особенно прочной оказывается и другая, воздвигаемая на рубежѣ понятій виновности и наказуемости. Если дѣйствительно присяжные обязаны *только* разсуждать о томъ, виновенъ ли подсудимый, или нѣтъ,—если вопросъ о наказаніи всецѣло предоставленъ суду коронному, то чѣмъ же объяснить право присяжныхъ прибавлять къ признанію виновности подсудимаго утвержденіе, что онъ заслуживаетъ снисхожденія, и тѣмъ прямо вліять на размѣръ наказанія? Правда, такого права не имѣютъ англійскіе присяжные; они могутъ лишь препоручить осужденнаго милосердію судьи, постановляющаго приговоръ, причемъ судья вовсе не обязанъ принимать во вниманіе это заявленіе. Но на континентѣ Европы, а въ частности и въ Германіи, гдѣ именно получила свое развитіе теорія раздѣленія Schuldfrage отъ Strafrage, это узаконенное вліяніе присяжныхъ на размѣръ наказанія является несомнѣннымъ противорѣчіемъ такому раздѣленію, по самому закону его подрывающимъ.

Равнымъ образомъ, если признавать за коронными судами только право рѣшать вопросъ о наказаніи, то eo ipso устраняется возможность того, чтобы судъ этотъ протестовалъ противъ утвердительнаго или отрицательнаго рѣшенія вопроса о виновности, такъ какъ вопросъ этотъ его не касается. Ему предоставлено, съ этой точки зрѣнія, лишь право опредѣлить карательныя послѣдствія установленной присяжными винов-

ности. Между тѣмъ, ст. 818 уст. уг. суд. именно предоставляетъ суду это право протеста, если судъ „единогласно признаетъ, что рѣшеніемъ прис. засѣдателей осужденъ невинный“. Очевидно, для того, чтобы признать такое обстоятельство, необходимо поставить его себѣ на обсужденіе, т. е. разсмотрѣть вопросъ о виновности, хотя и въ ограниченныхъ предѣлахъ.

Тѣмъ не менѣе, несмотря на такую явную непослѣдовательность, воззрѣніе, желающее видѣть въ присяжныхъ только судей виновности и предоставить коронному суду исключительное право вѣдать вопросы наказанія, продолжаетъ требовать себѣ признанія. Въ нашихъ дѣйствующихъ процессуальныхъ порядкахъ воззрѣніе это сказалось категорическимъ запрещеніемъ предсѣдателю, обвинителю и защитнику касаться, въ своихъ обращеніяхъ къ присяжнымъ, вопроса о карательныхъ послѣдствіяхъ вердикта. Запрещеніе это, правда, прямо въ законѣ не высказано, но оно логически вытекаетъ изъ содержанія статей 737, 746 и 801 уст. уг. суд. „Оно считалось долгое время столь существеннымъ, говоритъ А. Ѳ. Кони („За послѣдніе годы“, стр. 498), что нарушеніе его всегда влекло за собою безусловную отмѣну приговора, если только, какъ выразился Сенатъ въ рѣшеніи 1876 г. по дѣлу Меринова, протоколомъ суда не было удостовѣрено, что предсѣдатель принялъ дѣйствительно мѣры для устраненія вреднаго вліянія на присяжныхъ сдѣланнаго предъ ними заявленія о наказаніи. Въ послѣдніе годы Сенатъ пересталъ считать такія заявленія существеннымъ поводомъ для отмѣны рѣшенія, но тѣмъ не менѣе все-таки долженъ считать ихъ нарушеніемъ“. И дѣйствительно, разъ присяжные только „судьи виновности“, для нихъ не должны имѣть никакого значенія послѣдствія ихъ вердикта. Принятіе ими во вниманіе этихъ послѣдствій, если оно не является лишь допущеннымъ по закону, хотя и въ ущербъ послѣдовательности, признаніемъ обстоятельствъ, по которымъ виновный заслуживаетъ снисхожденія, представляется своего рода превышеніемъ власти; поэтому, предсѣдатель, обвинитель или защитникъ, упоминая о наказаніи, вводятъ присяжныхъ въ соблазнъ, какъ бы приглашаютъ ихъ превысить свои полномочія и вмѣсто того, чтобы рѣ-

шать вопросъ, виновенъ ли подсудимый или нѣтъ, —сказать, заслуживаетъ ли онъ наказанія, и какого именно.

Что-нибудь одно: или пониманіе роли присяжныхъ, какъ „судей виновности", правильно, или нѣтъ. Если оно правильно, то изъ него съ неумолимой логичностью вытекаетъ, что необходимо поставить всевозможныя преграды попыткамъ присяжныхъ выйти изъ этой роли, и съ этой цѣлью устранить самую возможность упоминанія о наказаніи. Если же допускается поставленіе присяжныхъ въ извѣстность объ ожидающемъ преступника наказаніи, то нельзя помѣшать тому, чтобы это наказаніе было принято во вниманіе при обсужденіи присяжными вопроса о виновности, и такимъ образомъ къ послѣднему присоединяется сознательно, хотя и implicite, рѣшаемый присяжными вопросъ о наказаніи.

Между тѣмъ, достаточно самыхъ поверхностныхъ психологическихъ наблюденій для того, чтобы убѣдиться въ полнѣйшей невозможности для присяжныхъ отрѣшиться отъ тревожнаго вопроса: какъ будетъ наказанъ преступникъ? Требовать отъ присяжныхъ иного значило бы отрицать существованіе такихъ стремленій, которыя неизбѣжно и неизмѣнно опредѣляютъ всякую сознательную и разумную дѣятельность, а тѣмъ болѣе въ тѣхъ случаяхъ, когда отъ этой дѣятельности зависитъ судьба человѣка. Стремленія эти заключаются въ томъ, чтобы предпринимать то или другое рѣшеніе только en connaissance de cause, зная возможные результаты этого рѣшенія [1]). Теоретически разсуждая у себя въ кабинетѣ, можно, конечно, требовать строгаго раздѣленія вопросовъ, можно отмежевать присяжнымъ одну, точно опредѣленную, область и воспретить имъ переступать ея предѣлы, во имя „постороннихъ соображеній". Но жизнь возьметъ свое; и присяжные, видя передъ собой не отвлеченнаго, а реальнаго преступника, осязая ту связь, которая существуетъ между ихъ рѣшеніемъ и судьбой обвиняемаго, не могутъ не подпадать вліянію этихъ „постороннихъ соображеній". Пишущій эти строки по опыту—и, притомъ, неоднократному—знакомъ съ усло-

[1]) См. Н. В. Муравьевъ. „Изъ прошлой дѣятельности", т. I, стр. 222 сл.

віями дѣятельности присяжныхъ засѣдателей и можетъ засвидѣтельствовать, что за все время несенія имъ обязанностей присяжнаго едва ли было хотя бы одно дѣло, по которому во время совѣщанія не былъ поднятъ вопросъ: „а что будетъ съ обвиненнымъ, если мы его засудимъ?“ Попытка заглушить этотъ естественный вопросъ и убѣдить присяжныхъ, что они не призваны его возбуждать, едва ли когда-нибудь можетъ удасться, и для насъ лично не подлежитъ сомнѣнію, что присяжные отнесутся къ такимъ убѣжденіямъ, какъ къ голосу черстваго формалиста. Равнымъ образомъ, невозможно достигнуть того, чтобы чувствовали себя вполнѣ свободно и ловко присяжные, вынесшіе обвинительное рѣшеніе на основаніи котораго, напримѣръ, молодой парнишка, сорвавшій мѣховую шапку съ головы купца, проѣзжавшаго по улицѣ въ санкахъ, немедленно пойманный и оправдывающійся тѣмъ, что былъ выпивши,—лишается правъ и приговаривается къ трехлѣтнему заключенію въ арестантскихъ отдѣленіяхъ за „грабежъ на улицѣ“. Мы были свидѣтелями такого случая и горькихъ сѣтованій присяжныхъ на свой вердиктъ,—сѣтованій, немедленно повліявшихъ на послѣдующія ихъ рѣшенія. Но, конечно, гораздо чаще бываетъ обратное: практика свидѣтельствуетъ о многочисленныхъ случаяхъ оправданія, мотивированнаго исключительно боязнью—быть можетъ, неосновательною—навлечь слишкомъ тяжкія послѣдствія на голову обвиняемаго. „Присяжные, говоритъ Н. В. Муравьевъ [1]), твердо знаютъ и твердо помнятъ одно, что суду ихъ предаются только преступленія важнѣйшія и, слѣдовательно, тягчайшія по послѣдствіямъ“.

Поэтому, присяжные и представляютъ себѣ обыкновенно, что послѣдствіемъ ихъ обвинительнаго вердикта будетъ каторга, ссылка въ Сибирь, лишеніе всѣхъ правъ состоянія, и, сопоставляя эти послѣдствія съ обстоятельствами дѣла, обнаруживающими, быть можетъ, лишь озорство, дерзкую удаль, или объясняющимися нуждой, невѣжествомъ, плохими условіями жизни обвиняемаго,—предпочитаютъ вынести ему полное оправданіе. „Практика, замѣчаетъ А. Ѳ.

[1]) Ук. соч., стр. 254.

Кони, указываетъ на дѣла, гдѣ подсудимый обвинялся въ преступленіи не совсѣмъ обычномъ, хотя и влекущемъ далеко несуровое наказаніе, и, несмотря на явныя доказательства виновности и даже собственное сознаніе,—выслушивалъ не безъ удивленія оправдательный приговоръ, вслѣдствіе того, что у присяжныхъ являлось ошибочное убѣжденіе, что ему, вмѣсто умѣреннаго исправительнаго, грозитъ тяжкое уголовное наказаніе, — убѣжденіе, предусмотрѣть и устранить которое предсѣдатель—самъ лишенный права говорить о наказаніи—не имѣлъ возможности".

Итакъ, принципъ, согласно которому запрещается упоминать передъ присяжными объ ожидающемъ обвиняемаго наказаніи, какъ ни логиченъ онъ съ точки зрѣнія господствующей теоріи, раздваивающей Schuldfrage и Straffrage, въ практическомъ своемъ примѣненіи приноситъ существенный вредъ правосудію. Въ этомъ утвержденіи сходятся всѣ изслѣдователи нашего процесса, къ нимъ же присоединяются и практическіе дѣятели,—ежедневные безсильные свидѣтели этого вреда. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, тотъ же практическій опытъ доказываетъ самую невозможность строгаго проведенія указаннаго принципа.

Прежде всего, среди присяжныхъ могутъ быть юристы, и притомъ обладающіе не только дипломами высшихъ учебныхъ заведеній, но и дѣйствительными знаніями. Съ точки зрѣнія принципа, такіе юристы подлежали бы устраненію, чего, однако, не допускаетъ ни одно законодательство. Но и помимо этого, присяжные, избираемые на цѣлую сессію, всегда разсматриваютъ нѣсколько однородныхъ дѣлъ и по этимъ дѣламъ, слѣдовательно, они съ самаго начала оказываются освѣдомленными насчетъ угрожающаго преступнику наказанія. Притомъ, помимо этихъ, такъ сказать, законныхъ и неизбѣжныхъ отступленій отъ принципа, подрывающихъ его значеніе, могутъ имѣть мѣсто сознательныя его нарушенія сторонами. Практика даетъ примѣры такихъ нарушеній, обыкновенно, правда, замаскированныхъ, окутанныхъ туманомъ „страшныхъ" намековъ, разсчитанныхъ на впечатлительность сердобольныхъ присяжныхъ. Лучшіе представители нашей адвокатуры не брезгали такими пріемами, и

въ ихъ рѣчахъ мы можемъ безъ особеннаго труда отыскать такія „крылатыя слова“, какъ „желѣзный прутъ“, „тундры сѣвера“ и т. п. Курьезно, при этомъ, что хотя бы самый намекъ грѣшилъ преувеличеніемъ, предсѣдатель суда все-таки лишенъ возможности устранить его вредное вліяніе, разсѣять напущенный туманъ. Для того, чтобы достигнуть этого, онъ вѣдь тоже долженъ заговорить о наказаніи, опровергнуть утвержденія защиты,—а по закону такой образъ дѣйствія будетъ новымъ нарушеніемъ. Поэтому, предсѣдатель въ подобныхъ случаяхъ имѣетъ лишь возможность остановить защитника, сдѣлать ему замѣчаніе,—но фактическія послѣдствія брошеннаго намека оттого не мѣняются.

Вся эта недостойная „игра въ прятки“ категорически устраняется проектомъ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства. Неудобства и вредъ для правосудія, порождаемые дѣйствующими правилами, нашли себѣ мѣткую и достаточно полную оцѣнку въ разсужденіяхъ комиссіи, исходившихъ, главнымъ образомъ, изъ соображеній, которыя высказаны были по этому поводу А. Ѳ. Кони въ его вступительномъ сообщеніи особому совѣщанію старшихъ предсѣдателей и прокуроровъ судебныхъ палатъ въ 1894 году. Комиссія, помимо этихъ цѣнныхъ и сильныхъ доводовъ, ссылается еще на взгляды, высказываемые въ ревизіонныхъ отчетахъ, почти единогласно сходящихся въ признаніи необходимости отказаться отъ дѣйствующихъ порядковъ Вышеозначенное особое совѣщаніе тоже высказалось подавляющимъ большинствомъ (19 голосовъ противъ 1) въ пользу установленія права сторонъ и предсѣдателя оглашать передъ присяжными свѣдѣнія о грозящемъ подсудимому по закону наказаніи. Въ окончательныхъ выводахъ комиссіи, нашедшихъ себѣ выраженіе въ ст. 720 и 748 проекта у. у. с., вопросъ такъ и разрѣшается. Но при этомъ комиссія проводитъ нѣкоторое различіе между правомъ сторонъ и правомъ предсѣдателя. Стороны, согласно ст. 720, могутъ упоминать о наказаніи только въ томъ случаѣ, когда такое упоминаніе можетъ имѣть значеніе для признанія подсудимаго, въ случаѣ его осужденія, заслуживающимъ снисхожденія или для ходатайства объ уменьшеніи отвѣтственности, выходящей за пре-

дѣлы судейской власти, или даже и о полномъ его помилованіи. Напротивъ того, предсѣдательствующій по ст. 748 имѣетъ право объяснить присяжнымъ послѣдствія ихъ обвинительнаго рѣшенія во всѣхъ случаяхъ, когда признаетъ это нужнымъ. Такое различіе комиссія мотивируетъ заявленными въ нѣкоторыхъ ревизіонныхъ отчетахъ опасеніями, что ссылка сторонъ въ рѣчахъ на послѣдствія обвинительнаго вердикта можетъ осложнить судебныя пренія, создать путаницу, такъ какъ бываютъ случаи, когда мнѣніе прокурора о наказуемости даннаго дѣянія расходится съ мнѣніемъ о семъ защиты, а судъ выноситъ приговоръ, несогласный ни съ тѣмъ, ни съ другимъ.

Но мотивировку эту нельзя признать убѣдительной: порядокъ, принятый комиссіей,—согласно которому предсѣдательствующему принадлежитъ право заключительнаго и авторитетнаго разъясненія карательныхъ послѣдствій, —устраняетъ возможность „путаницы“ и „осложненій“. Самая эта путаница, если только ее допускать, отнюдь не можетъ зависѣть отъ того, дѣлается ли заявленіе о наказаніи ради тѣхъ цѣлей, которыя указаны въ ст. 720, или ради чего-либо другого. Поэтому мы не видимъ основаній ограничивать условіемъ наличности этихъ цѣлей право сторонъ упоминать о наказаніи Нужно, впрочемъ, замѣтить, что ограниченіе это имѣетъ эфемерное значеніе,такъ какъ дѣйствительно едва ли кому-либо придетъ въ голову упоминать о наказаніи, если упоминаніе это никакого значенія для подсудимаго, въ случаѣ его осужденія, имѣть не можетъ.

Такимъ образомъ, проектъ рѣшается наконецъ опредѣленно и категорически отмѣнить правило, относительно котораго Н. В. Муравьевъ еще въ 1880 году писалъ, что „въ нашемъ новомъ процессѣ нѣтъ болѣе неудачнаго, безплоднаго или, по крайней мѣрѣ, преувеличенно натянутаго правила“. Такое рѣшеніе можно только привѣтствовать, но вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ понять, что отнынѣ основанія теоріи, устанавливающей раздѣльность вопросовъ виновности и вопросовъ наказанія, окончательно подорваны. Это станетъ еще болѣе яснымъ, если обратить вниманіе на другое нововведеніе проекта, стоящее въ непосредственной связи съ уже разсмотрѣннымъ. Согласно ст. 763 проекта, если, по мнѣнію большинства при-

сяжныхъ засѣдателей, въ дѣлѣ представляются особыя обстоятельства, служащія основаніемъ къ возбужденію ходатайства о чрезвычайномъ смягченіи участи виновнаго или даже объ освобожденіи его отъ наказанія, то присяжные излагаютъ на особомъ листѣ, что они просятъ судъ возбудить таковое ходатайство.

Это постановленіе, вызвавшее большія разногласія въ средѣ комиссіи, уже является формальнымъ признаніемъ за присяжными права самымъ рѣшительнымъ образомъ вліять на наказаніе. Возведенная нѣмецкой доктриной стѣна, отдѣлявшая виновность отъ наказанія, окончательно рушится съ принятіемъ этихъ предположеній. Отнынѣ взаимныя отношенія и самыя роли присяжныхъ и короннаго суда должны быть формулируемы иначе.

По этой новой формулировкѣ, присяжные *обязаны* рѣшать вопросъ о виновности и *имѣютъ право* обсуждать вопросъ о наказаніи. Рѣшенія вопроса о виновности, даваемыя ими, *должны быть* исполняемы судомъ, за исключеніемъ того единственнаго случая, когда судъ единогласно признаетъ, что ими осужденъ невинный. Обсужденіе вопроса о наказаніи имѣетъ послѣдствіемъ или *обязанность* для суда—(въ случаѣ признанія присяжными, вслѣдствіе этого обсужденія, что подсудимый заслуживаетъ снисхожденія),—или *право* его смягчить наказаніе, слѣдующее по закону (въ случаяхъ предусмотрѣнныхъ ст. 763). Судъ, съ своей стороны, *обязанъ* рѣшать вопросъ о наказаніи, устанавливая его размѣръ, но *имѣетъ право* въ одномъ только случаѣ обсудить вопросъ о виновности, а именно, въ случаѣ признанія имъ судебной ошибки, т. е. установленія имъ невиновности подсудимаго, котораго присяжные обвинили.

Сложность такой формулы ничего удивительнаго не представляетъ, ибо сложны самыя отношенія, ею характеризуемыя. Прежняя формула, раздѣлявшая право и фактъ, а равно и господствующая, раздѣляющая виновность и наказаніе, конечно, много проще, но простота эта создалась искусственнымъ, доктринерскимъ игнорированіемъ условій и требованій дѣйствительной жизни.

II.

Еще въ 1882 году И. С. Аксаковъ, въ „Руси“, касаясь вопроса о формулѣ присяги по своду законовъ, возставалъ противъ приведенія къ присягѣ передъ каждымъ дѣломъ, доказывая, что при частомъ повтореніи такая процедура становится утомительною и подъ конецъ вызываетъ въ большей части посѣтителей суда небрежное, неприличное къ себѣ отношеніе, и что было бы совершенно достаточно приводить присяжныхъ засѣдателей къ присягѣ одиножды на всю сессію, при ея началѣ. „Не менѣе, писалъ далѣе Аксаковъ, если не болѣе, представляетъ важности и самая наша формула присяги, такъ рѣзко противорѣчащая прямому, положительному запрету Евангелія клясться не только именемъ Божіимъ, но и небомъ и землею“. Аксаковъ указывалъ, что предки наши только „цѣловали крестъ“ на томъ-то и томъ-то, и что иноземная форма присяги „обѣщаюсь и клянусь Всемогущимъ Богомъ“, заимствованная Петромъ Великимъ, продолжаетъ оскорблять и доселѣ слухъ вѣрующаго народа, въ особенности—старообрядцевъ. При этомъ, по мнѣнію Аксакова, достаточно было бы вставить предлогъ „предъ“ въ вышеприведенную формулу для того, чтобы все исправить.

Прошло болѣе десяти лѣтъ, прежде чѣмъ осуществилась первая мысль Аксакова; формула же присяги до настоящаго времени осталась безъ измѣненія: такъ велика у насъ сила рутины, такъ необъятно равнодушіе къ мыслямъ и чувствамъ вѣрующаго народа! Между тѣмъ, еще въ 1890 г., какъ указываютъ составители объяснительной записки къ проекту новой редакціи учрежденія судебныхъ установленій, Государственный Совѣтъ остановился на заявленіи б. товарища оберъ-прокурора Св. Синода о томъ, что „употребленныя въ устанавливаемой для волостныхъ судей формѣ присяги выраженія „клянусь“, и „въ удостовѣреніе сей моей клятвы“, придавая присягѣ характеръ клятвеннаго обѣщанія, могутъ смущать чувство и совѣсть присягающаго, такъ какъ не согласуются съ высотою Евангельскаго ученія, возбраняю-

щаго вообще всякія клятвы". Государственный Совѣтъ не только согласился съ этимъ заявленіемъ, но даже нашелъ, что соотвѣтственно основной его мысли, слѣдовало бы исправить изложеніе не одной только судейской присяги, но и всѣхъ прочихъ, съ устраненіемъ изъ нихъ клятвеннаго обѣщанія. Но такъ какъ въ такой формѣ вопросъ получалъ общій характеръ и требовалъ „предварительной разработки", а затѣмъ и „направленія со стороны подлежащихъ вѣдомствъ" (хотя казалось бы, что столь элементарный вопросъ, едва ли нуждается въ какой бы то ни было разработкѣ, да и разработывать-то, въ сущности, нечего), то разрѣшеніе его и было отложено ad calendas graecas. Составители проекта не дали, впрочемъ, какъ и слѣдовало ожидать, никакой разработки, а просто сослались на приведенныя сужденія и измѣнили формулу присяги, опустивъ совершенно слова „и клянусь Всемогущимъ Богомъ" и на мѣсто заключительнаго слова „клянусь" поставивъ слово „обѣщаюсь". Въ такой формулѣ уже нѣтъ абсолютно ничего шокирущаго религіозное чувство; такое торжественное „обѣщаніе предъ Святымъ Евангеліемъ и Животворящимъ Крестомъ Господнимъ" не нарушаетъ Евангельской заповѣди, въ немъ отсутствуетъ упоминаніе всуе Имени Божьяго, и поэтому слѣдуетъ признать вполнѣ естественнымъ, что со стороны Св. Синода, какъ мы съ удовольствіемъ узнаемъ изъ объяснительной записки, къ такому измѣненію формы судебной присяги „препятствій не встрѣчается".

III.

Мы не случайно сопоставили два предлагаемыхъ комиссіей нововведенія И здѣсь, и тамъ идетъ рѣчь о такихъ измѣненіяхъ нашихъ дѣйствующихъ законовъ, которыя кажутся неважными и несущественными, а на самомъ дѣлѣ должны имѣть крупное и глубокое значеніе.

Отмѣна „игры въ прятки" съ присяжными засѣдателями должна придать дѣятельности этихъ послѣднихъ сознательный и спокойный характеръ, безъ неожиданностей, безъ тяжелыхъ сюрпризовъ и безъ

преувеличенныхъ опасеній за послѣдствія приговора. Присоединяющееся къ этому право присяжныхъ возбуждать ходатайство о смягченіи участи подсудимаго (ходатайства о полномъ его помилованіи мы сейчасъ не касаемся) даетъ возможность присяжнымъ, не насилуя своей совѣсти, утвердительно отвѣтить на вопросъ о виновности, если она несомнѣнна, и вмѣстѣ съ тѣмъ оберечь подсудимаго отъ чрезмѣрно суровой, быть можетъ, несоотвѣтственной кары, слѣдующей ему по закону [1]). На-ряду съ этимъ, отмѣна современной формы присяги, этой узаконенной божбы, претящей слуху и совѣсти каждаго вѣрующаго и безразличной только для тѣхъ, кто и самой присягѣ особеннаго значенія не придаетъ,—отмѣна эта должна съ одной стороны устранить возможность отказовъ отъ принесенія присяги, съ указаніемъ такого вѣскаго мотива, какъ нежеланіе нарушить Евангельскую заповѣдь, а съ другой стороны избавить отъ соблазна священниковъ, приглашающихъ совершить передъ Евангеліемъ тѣ самыя дѣйствія, которыя въ Евангеліи запрещены.

Но разсмотрѣнныя измѣненія сходны между собою еще въ одномъ отношеніи: они необыкновенно просты, не стоятъ въ органической связи съ прочими проектируемыми нововведеніями, не обусловливаются принятіемъ или отклоненіемъ послѣднихъ. Притомъ въ ихъ пользу комиссія высказалась единогласно, также единогласно осудивъ дѣйствующій порядокъ „игры въ прятки“ и узаконенной божбы. Трудно думать, чтобы эти предложенія встрѣтили въ высшихъ законодательныхъ сферахъ какія-либо возраженія: напротивъ, слѣдуетъ съ увѣренностью ожидать полнаго ихъ одобренія и принятія.

При такихъ условіяхъ, какъ-то досадна мысль, что для введенія

[1]) Замѣтимъ, впрочемъ, что по проекту это право присяжныхъ можетъ получить надлежащее значеніе только при томъ условіи, что ходатайство ихъ будетъ поддержано судомъ. Мы вполнѣ присоединяемся въ этомъ отношеніи къ мнѣнію меньшинства комиссіи (А. Ѳ. Кони, А. Г. Гасманъ и В. Д. Спасовичъ), находившаго, что ходатайства эти могутъ быть оставляемы безъ послѣдствій лишь при условіи единогласія по сему предмету коронныхъ судей; если же ходатайство поддержано хотя бы однимъ судьею, то, по мнѣнію меньшинства, оно должно получить дальнѣйшее движеніе.

въ нашъ процессъ столь несложныхъ и вмѣстѣ необходимыхъ поправокъ придется пережить всю длинную волокиту разсмотрѣнія всѣхъ трехъ проектовъ комиссіи; мысль, что единогласно осужденный, безусловно вредный порядокъ продолжаетъ дѣйствовать, причемъ лица, поддерживающія его и обязанныя требовать его соблюденія, не могутъ не сознавать внутренней фальши своихъ усилій... Не странно ли? Требуемыя на судѣ „клятвенныя обѣщанія“ формально признаны противорѣчащими совѣсти христіанина, такъ написано и напечатано, а между тѣмъ пройдутъ еще годы, и это противорѣчіе, которое такъ легко устранить, будетъ попрежнему ежедневно смущать совѣсть сотенъ людей. Авторитетно и безспорно засвидѣтельствованъ „вредъ для правосудія“ отъ „игры въ прятки“, а между тѣмъ игра эта должна продолжаться. Казалось бы, не можетъ быть никакихъ препятствій къ выдѣленію этихъ предположеній (и подобныхъ имъ, которыхъ мы здѣсь не касаемся) и къ скорѣйшему ихъ внесенію на законодательное разсмотрѣніе.

Что бъ мы подумали о домовладѣльцѣ, который, ожидая генеральнаго ремонта своего дома, и продолжая въ немъ жить, не замазывалъ бы щелей въ стѣнахъ, не чинилъ бы дырявой крыши и не поправлялъ грозящихъ пожаромъ печей?..

Объ «уклоняющихся» присяжныхъ засѣдателяхъ.

Случаи отказовъ присяжныхъ засѣдателей отъ исполненія своихъ обязанностей на судѣ происходятъ у насъ, повидимому, рѣдко и каждый разъ вызываютъ нѣкоторую сенсацію не только непосредственно тамъ, гдѣ они имѣютъ мѣсто, но и въ болѣе отдаленныхъ сферахъ, благодаря оглашенію ихъ путемъ печати. Они несомнѣнно ставятъ каждый разъ коронную коллегію въ крайне непріятное положеніе, изъ котораго съ перваго взгляда какъ-то не видно выхода. Учащеніе этихъ отказовъ, вполнѣ возможное, должно выдвинуть вопросъ, разрѣшеніе котораго необходимо въ интересахъ самого достоинства правосудія и возможности осуществленія имъ своихъ задачъ.

Въ № 897 газеты „Россія“ отъ 24 октября 1901 г., въ статьѣ, озаглавленной „Какъ быть“, мы находимъ попытку постановки и разрѣшенія указаннаго вопроса. По поводу случая, когда присяжный просилъ освободить его отъ исполненія судебныхъ обязанностей, на томъ основаніи, что его убѣжденія не позволяютъ ему судить преступниковъ, причемъ судъ отказалъ въ этой просьбѣ, и присяжный подчинился,—авторъ статьи совершенно справедливо замѣчаетъ, что примѣнить къ такому заявленію присяжнаго статью, карающую за неявку, нельзя, ибо неявки не было. Но, въ случаѣ категорическаго отказа, можно ли примѣнить извѣстную ст. 29 уст. о нак., карающую за неисполненіе законныхъ распоряженій, требованій или постановленій правительственныхъ властей? Нѣтъ, отвѣчаетъ авторъ. Законъ предъявляетъ присяжнымъ не механически

исполнимыя требованія; онъ ждетъ отъ нихъ „приложенія всей силы разумѣнія своего, тщательнаго разсмотрѣнія дѣла и подачи голоса по убѣжденію совѣсти“. „Неужели при такихъ условіяхъ можно карать человѣка за то, что онъ самъ заявляетъ себя не отвѣчающимъ этимъ требованіямъ?“

Замѣтимъ, прежде всего, что отказъ отъ исполненія обязанностей присяжнаго, вызванный убѣжденіемъ въ томъ, что не имѣешь права никого судить, вовсе не равнозначущъ признанію себя неспособнымъ исполнить вышеприведенныя требованія закона. Человѣкъ, глубоко убѣжденный въ томъ, что онъ никого не можетъ ни судить, ни карать, сохраняетъ же и силу разумѣнія, и способность тщательнаго разсмотрѣнія и подачи голоса по убѣжденію совѣсти, которая потребуетъ отъ него оправданія каждаго обвиняемаго. Признавая себя неспособнымъ быть судьею, онъ лишь отказываетъ въ *примѣненіи* своихъ силъ и способностей къ разсмотрѣнію дѣла. Законъ же требуетъ отъ него такого примѣненія, и потому неисполненіе требованія суда, основаннаго на законѣ, если бы только это требованіе могло быть отнесено къ тѣмъ, неисполненіе которыхъ предусмотрѣно ст. 29, несомнѣнно давало бы составъ этой статьи, ибо для примѣненія вовсе не нужно справляться съ тѣми мотивами, нравственными побужденіями и проч., которыми руководился виновный. Никакихъ указаній въ этомъ смыслѣ законъ не даетъ. Точно такъ же, при исполненіи „законнаго требованія“ власти, рѣшительно все равно, исполняется ли оно con amore или только для вида.

Но если, такимъ образомъ, доводы автора, доказывающіе ненаказуемость отказа, не могутъ быть признаны основательными, то, съ другой стороны, нельзя упускать изъ виду, что отказъ исполнять обязанности присяжнаго засѣдателя едва ли можетъ разсматриваться, какъ отказъ въ исполненіи законныхъ требованій правительственныхъ или полицейскихъ властей. Основаніемъ привлеченія къ исполненію обязанностей присяжнаго является не требованіе правительственной власти, а требованіе самого закона. Исполняя обязанности присяжнаго, каждый исполняетъ не требованіе пра-

вительственной власти, а требованіе закона. Согласно этому, сенатъ и призналъ въ рѣш. по дѣлу Маттина, 1894 г., № 25, что ст. 29 не можетъ быть распространяема на случай отказа свидѣтеля дать показаніе подъ присягою. И такъ какъ ни въ уложеніи, ни въ уставѣ не установлено отвѣтственности за нарушеніе указаннаго требованія закона, то если не приравнивать его къ неявкѣ, оно дѣйствительно остается ненаказуемымъ. Мы уже не говоримъ о томъ, что ст. 29 имѣетъ въ виду требованія „правительственныхъ и полицейскихъ" властей, другими словами, требованія администраціи, а не суда.

Чтобы уже покончить съ этой стороной вопроса, укажемъ на ту существенную разницу, которая вносится въ эту область постановленіями проекта уголовнаго уложенія. Ст. 169 послѣдней редакціи гласитъ, что „явившійся къ слѣдствію или суду для исполненія обязанности присяжнаго засѣдателя, виновный въ отказѣ, *безъ уважительной причины*, исполнить свою обязанность, наказывается арестомъ на срокъ не свыше одного мѣсяца или денежною пенею не свыше ста рублей". Подчеркнутыя нами слова и представляются той важной оговоркой, которую бы желалъ видѣть г. Ал. Бл., авторъ статьи въ „Россіи", въ дѣйствующемъ правѣ, но которой тамъ не обрѣтается. Очевидно, при примѣненіи ст. 169 судъ каждый разъ долженъ будетъ поставить себѣ вопросъ объ „уважительности" причины отказа, и едва ли онъ отвергнетъ эту „уважительность" въ случаѣ, если будетъ дѣйствительно доказано существованіе у уклонившагося искренняго убѣжденія въ отсутствіи у него права судить себѣ равнаго.

Разрѣшая отрицательно вопросъ о наказуемости присяжнаго, г. Ал. Бл. приходитъ къ тому выводу, что судъ въ данномъ случаѣ оказывается въ безвыходномъ положеніи, и что единственнымъ спасеніемъ было бы, „если бы суд. уставы, отказавшись отъ перечневой системы въ вопросѣ объ освобожденіи присяжныхъ отъ ихъ обязанностей, предоставили бы его рѣшать самой судебной коллегіи". Такое предложеніе на первый взглядъ кажется вполнѣ раціональнымъ, имѣя, конечно, значеніе только de lege ferenda, тогда какъ

затрудненія возникаютъ именно de lege lata. Однако, при ближайшемъ разсмотрѣніи, предложеніе это едва ли правильно.

Дѣло въ томъ, что обязанности присяжныхъ далеко не представляются пріятнымъ препровожденіемъ времени, какъ это извѣстно всякому посидѣвшему хоть разъ на ихъ скамьѣ. Это есть трудъ тяжелый и утомительный, нерѣдко обставленный крайне непріятными внѣшними условіями, отрывающій на продолжительное время отъ обычныхъ дѣлъ и занятій, требующій полнаго напряженія умственныхъ и физическихъ силъ и дающій гораздо больше мучительныхъ впечатлѣній, чѣмъ нравственнаго удовлетворенія. При такихъ условіяхъ, слабость человѣческая можетъ естественно вызывать стремленіе отъ этого труда уклониться Если достаточно будетъ ссылки на свои убѣжденія, то суду, не имѣющему тутъ же необходимыхъ данныхъ для провѣрки правдивости подобнаго заявленія, останется лишь отпустить присяжнаго, повѣривъ ему на слово: спрашивается, много ли присяжныхъ тогда усидитъ на своихъ мѣстахъ? Практически возможны при такомъ предположеніи лишь два исхода: или судъ никогда не будетъ признавать подобныя заявленія заслуживающими уваженія, — и въ такомъ случаѣ затрудненія не устранятся,— или же онъ всегда будетъ освобождать на основаніи того же заявленія, но тогда могутъ создаться огромныя практическія затрудненія. Придется постоянно откладывать дѣла, увеличивая и безъ того непомѣрную судебную волокиту, за невозможностью образовать скамью присяжныхъ. Окажется, что въ концѣ концовъ исполненіе обязанностей присяжнаго будетъ поставлено въ полную зависимость отъ личной прихоти. Обусловливать ею исполненіе долга, повинности—очевидный абсурдъ.

Между тѣмъ, мы постараемся показать, что и дѣйствующее законодательство даетъ возможность вполнѣ удобнаго выхода изъ указанныхъ затрудненій, лишь бы правильно понимать и точно исполнять его постановленія. Нѣтъ никакихъ основаній мѣнять его точку зрѣнія: она требуетъ, быть можетъ, лишь болѣе нагляднаго и категорическаго проведенія. Она же вполнѣ соотвѣтствуетъ тому разрѣшенію вопроса, къ которому приводятъ соображенія теоретическія.

Полное же значеніе она пріобрѣтаетъ лишь при условіи внесенія въ карательные законы статьи, соотвѣтствующей ст. 169 проекта.

На основаніи ст. 99 учр. суд. уст., комиссія по составленію очередныхъ списковъ выбираетъ присяжныхъ, имѣющихъ быть призванными въ продолженіе наступающаго затѣмъ года, изъ числа лицъ, внесенныхъ въ общіе списки, причемъ она можетъ и дополнить эти списки.

Но законъ предписываетъ совершать этотъ выборъ „по внимательномъ обсужденіи, въ какой мѣрѣ каждое лицо, удовлетворяющее условіямъ, опредѣленнымъ въ статьяхъ 81, 82, 84, 85, 87. и 88, *способно* по своимъ нравственнымъ качествамъ *и другимъ причинамъ къ исполненію обязанностей присяжнаго засѣдателя*“. При наличности несомнѣнныхъ данныхъ, свидѣтельствующихъ о томъ, что извѣстное лицо не признаетъ себя въ правѣ, въ силу своихъ убѣжденій, исполнять обязанности присяжныхъ [1]), комиссія *обязана* его вычеркнуть, ибо она не можетъ признать такое лицо способнымъ исполнять обязанности, которыя ему самому представляются—по весьма вѣскому основанію—безусловно неисполнимыми. Было бы ошибочно думать, что ст. 99 даетъ право комиссіи по своему усмотрѣнію вносить или не вносить лицъ, которыхъ она сама должна признать неспособными. Такое полномочіе было бы безсмысленнымъ. Въ этомъ случаѣ, какъ и во всѣхъ подобныхъ, законъ предоставляетъ признать или не признать извѣстное обстоятельство, но разъ оно признано, оно *должно* быть принято во вниманіе.

Итакъ, стало быть, моментъ составленія очередныхъ списковъ есть тотъ моментъ, къ которому долженъ быть пріуроченъ отказъ. Практически это весьма легко исполнимо. Списки общіе публикуются ежегодно въ мѣстныхъ вѣдомостяхъ между 1 іюня и 1 октября. Каждое лицо имѣетъ, такимъ образомъ, возможность своевременно узнать о томъ, что оно внесено въ списокъ, и заявить свой от-

[1]) Мы уже замѣтили, что такое признаніе вовсе не равносильно признанію себя неспособнымъ „приложить всю силу разумѣнія своего, тщательно разсмотрѣть дѣло и подать голосъ по убѣжденію совѣсти“.

казъ, хотя бы прокурору окружнаго суда или любому члену комиссіи. Конечно, для этого требуется извѣстная предусмотрительность, знакомство съ закономъ. Мы и полагаемъ, что въ этомъ отношеніи можно было бы сдѣлать нѣкоторые шаги для лучшаго ознакомленія населенія съ порядкомъ призыва въ ряды присяжныхъ засѣдателей. Какъ бы то ни было, человѣку, дѣйствительно убѣжденному, вовсе не покажется затруднительнымъ предпринять кое-какія мѣры для того, чтобы избавиться отъ тягостнаго положенія. И, быть можетъ, именно такая предусмотрительность лучше всего доказываетъ наличность серьезнаго убѣжденія, а не простую неохоту, лѣнь, прикрытую громкими фразами...

Теперь представимъ себѣ фактическіе результаты защищаемаго нами воззрѣнія.

Первое предположеніе: присяжный не обращался къ комиссіи, а лишь на судѣ заявилъ о своемъ нежеланіи исполнять свои обязанности. Въ такомъ случаѣ ему должно быть указано, что онъ о своихъ убѣжденіяхъ могъ заявить своевременно, когда могла быть рѣчь о признаніи его, на этомъ основаніи, неспособнымъ къ исполненію обязанностей присяжнаго. Теперь же при существованіи карательнаго закона, предусматривающаго эти случаи, назначеніе наказанія за уклоненіе отъ обязанности представляется совершенно справедливымъ. По дѣйствующему же праву, какъ мы видѣли, возможность наказанія отпадаетъ, если не наказывать, какъ за неявку.

Второе предположеніе: присяжный сдѣлалъ своевременное заявленіе въ комиссію, но тѣмъ не менѣе не былъ вычеркнутъ. При правильномъ пониманіи комиссіей своихъ обязанностей, какъ уже выше объяснено, такой случай не долженъ имѣть мѣста. Если же онъ произойдетъ, то присяжный долженъ быть освобожденъ и, конечно, ненаказуемъ.

Наконецъ, третье предположеніе: послѣдуютъ массовые отказы и составленіе очередныхъ списковъ окажется невыполнимымъ. Не входя въ разсмотрѣніе того, насколько такое явленіе вѣроятно или даже возможно, мы скажемъ, что осуществленіе его доказало бы лишь одно: непригодность для Россіи суда присяжныхъ. Несомнѣнно,

что такая форма народнаго участія, отъ которой открещивается народъ, въ лицѣ цѣлой массы отдѣльныхъ личностей, либо отжила свое время, либо требуетъ чего-то, до чего народъ не дозрѣлъ. Тогда бы осталась лишь одна возможность: отмѣнить судъ присяжныхъ и предоставить судебныя функціи исключительно суду коронному...

Мы полагаемъ, однако, что ничего подобнаго не произойдетъ. Массовыхъ отказовъ не будетъ, но за-то, съ принятіемъ указаннаго нами порядка, вполнѣ согласнаго съ постановленіями дѣйствующаго закона, несомнѣнно станутъ рѣже и не будутъ вызывать подражанія случаи отказовъ на самомъ судѣ. А именно эти-то отказы наиболѣе нежелательны, какъ по причинамъ психологическаго характера, такъ и по тѣмъ часто непреодолимымъ затрудненіямъ, къ которымъ они приводятъ. Истинному же убѣжденію при такихъ условіяхъ всегда открыта возможность своевременно сложить съ себя „бремя тяжкое и неудобоносимое“.

По поводу дѣла Лесевицкаго.

Приговоръ Харьковскаго окружнаго суда и рѣшеніе присяжныхъ засѣдателей по дѣлу Лесевицкаго отмѣнены въ виду „явнаго противорѣчія въ отвѣтахъ прис. засѣдателей“, вызваннаго нарушеніемъ ст. 754 уст. гр. суд. Нарушеніе заключается въ томъ, что по требованію гражданскаго истца, отдѣльно отъ вопроса о виновности былъ поставленъ вопросъ о содѣяніи въ такой формѣ: „доказано ли, что 5 мая 1900 г. въ г. Харьковѣ дворянинъ Евгеній Романовъ Лесевицкій выстрѣломъ изъ револьвера лишилъ жизни дворяни на Антіоха Бантыша?“; противорѣчіе же усмотрѣно въ отрицаніи виновности при утвердительномъ отвѣтѣ на первый вопросъ и при отсутствіи какихъ-либо указаній на законную причину невмѣняемости.

Но такъ какъ „нарушеніе“ имѣетъ значеніе лишь постольку, поскольку оно породило (или могло породить) „противорѣчіе“, то мы сперва и остановимся на этомъ послѣднемъ.

Итакъ, отвѣты „да, совершилъ“, „нѣтъ, не виновенъ“ представляютъ противорѣчіе, и притомъ явное. Если это такъ, то дѣйствительно приговоръ страдаетъ такимъ порокомъ, при которомъ и рѣчи не можетъ быть объ оставленіи его въ силѣ: онъ представляется какимъ-то абсурдомъ.

Между тѣмъ, принявъ за чистую монету подобное утвержденіе, окажется необходимымъ прійти къ слѣдующимъ положеніямъ:

1) Присяжные не могутъ оправдать подсудимаго, фактическое совершеніе коимъ преступленія не подлежитъ сомнѣнію, если только нѣтъ законной причины невмѣненія.

2) Въ случаѣ, когда подсудимый признаетъ себя виновнымъ, и признаніе это не возбуждаетъ сомнѣнія, присяжныхъ, собственно говоря, спрашивать нечего, такъ какъ они не могутъ дать иного отвѣта, кромѣ утвердительнаго.

3) При отсутствіи законной причины невмѣненія, вопросы „совершилъ ли“ и „виновенъ ли“ равнозначущи, а потому второй можетъ быть замѣненъ первымъ.

4) Предсѣдатель суда долженъ объяснить присяжнымъ, что если они придутъ къ убѣжденію въ дѣйствительномъ учиненіи подсудимымъ приписываемаго ему дѣянія, и если не возбуждено вопроса о невмѣненіи, отвѣтъ на вопросъ о виновности долженъ быть утвердительный.

Таковы строго-логическія послѣдствія утвержденія, будто вопросы о „совершеніи“ и о „виновности“—не допускаютъ различныхъ отвѣтовъ, при отсутствіи причинъ невмѣненія.

Приведенныя положенія покажутся хорошо знакомыми каждому, кто изучалъ постановку англійскаго суда присяжныхъ. Тамъ, дѣйствительно, присяжные вполнѣ свободны лишь въ области признанія или непризнанія извѣстныхъ фактовъ. Но разъ фактъ признанъ, и разъ фактъ этотъ отвѣчаетъ законнымъ признакамъ преступленія, присяжные обязаны вынести обвинительный вердиктъ. Въ этомъ смыслѣ и дается имъ наставленіе судьею, безусловно для нихъ обязательное. Въ Англіи, какъ извѣстно, признаніе подсудимымъ своей виновности устраняетъ все послѣдующее разбирательство, и судья постановляетъ приговоръ, не обращаясь вовсе къ коллегіи присяжныхъ. Разъ, стало быть, вопросъ факта разрѣшенъ положительно, разъ кто-либо признанъ, напр., совершившимъ убійство, присяжные должны признать его виновнымъ. При отношеніяхъ, существующихъ между короннымъ судьей и присяжными, послѣднимъ крайне трудно фактически пренебречь тѣми указаніями юридически-обязательными, которыя они получаютъ отъ судьи. Англійскіе присяжные обязаны судить по закону, содержаніе котораго каждый разъ разъясняется имъ. Оправдательные вердикты могутъ быть произносимы только въ случаѣ недоказанности факта преступленія или содѣянія его виновнымъ

или же при наличности законной причины невмѣненія, указанной судьей. Если же въ вердиктѣ своемъ присяжные не подчинятся юридическимъ указаніямъ судьи, послѣдній можетъ ихъ вернуть къ новому совѣщанію, а въ случаѣ упорства—распустить присяжныхъ и передать дѣло на разсмотрѣніе новаго состава.

Очевидно, что при такомъ порядкѣ оправданіе лица, признаннаго содѣявшимъ преступное дѣяніе, заключало бы въ себѣ внутреннее противорѣчіе. Оно и практически трудно допустимо въ Англіи.

Ничего подобнаго, однако, не представляетъ континентальный процессъ. Никакая черта, никакая подробность его организаціи не свидѣтельствуетъ о томъ, чтобы присяжные были ограничены въ своемъ правѣ произносить оправдательные вердикты,—чтобы они были обязаны подчиняться указаніямъ судьи. Необходимо признать, что по континентальному законодательству, и въ частности по нашимъ судебнымъ уставамъ, лицо, совершившее преступленіе, можетъ быть присяжными оправдано, хотя бы не было налицо никакой законной причины невмѣняемости. Какъ бы ни возставали противъ этого положенія, опровергнуть его правильность съ точки зрѣнія нашихъ судебныхъ уставовъ нельзя, и лучшее доказательство мы видимъ въ томъ, что значительнѣйшая часть нападокъ на судъ присяжныхъ эксплоатируютъ именно это положеніе, выводя изъ него различныя, болѣе или менѣе расчитанныя на дискредитированіе идеи суда присяжныхъ, послѣдствія. Въ извѣстной рѣчи по д. Мельницкихъ В. Д. Спасовичъ указывалъ, что форма присяги, приносимой прис. засѣдателями, обязываетъ ихъ только судить „по сущей правдѣ и убѣжденію совѣсти“, но она вовсе ихъне склоняетъ судить по существующему закону, котораго они вдобавокъ и не знаютъ вовсе, т. е., другими словами, законъ предоставляетъ имъ право не ограничиваться тѣми причинами невмѣняемости, которыя указаны въ законѣ.

Правда, дальнѣйшія слова присяги обязываютъ присяжныхъ „не осуждать невиннаго и не оправдывать виновнаго“. Но они означаютъ лишь то, что присяжные, находя кого-либо—по сущей правдѣ и убѣжденію совѣсти — виновнымъ, не должны его оправдывать. Притомъ нужно замѣтить, что эта обязанность рѣшительно ничѣмъ не санкціонируется.

Да впрочемъ, доказывать это положеніе значитъ ломиться въ открытыя двери: кто же не знаетъ, что ежедневно и повсемѣстно оправдываются лица, признающіяся въ совершеніи преступленія.

Говорятъ, —и г. товарищъ оберъ-прокурора, между прочимъ, сослался на этотъ доводъ,—что въ такихъ случаяхъ присяжные присваиваютъ себѣ право помилованія, имъ не принадлежащее. Но если понимать право помилованія въ смыслѣ права оправданія, по убѣжденію совѣсти, лица, виновнаго съ точки зрѣнія закона, то это право несомнѣнно принадлежитъ присяжнымъ, оно имъ предоставлено по точному смыслу судебныхъ уставовъ. Противоположное воззрѣніе, высказанное Сенатомъ въ 1884 г., въ рѣшеніи по д. Мельницкихъ, можно объяснить только естественнымъ въ то время стремленіемъ реабилитировать судъ присяжныхъ, въ виду той травли, которой онъ тогда подвергался по поводу якобы „скандальныхъ“ оправдательныхъ вердиктовъ. Но и послѣ того, какъ былъ высказанъ этотъ взглядъ, не имѣвшій абсолютно никакихъ точекъ опоры въ законѣ, присяжные продолжали безпрепятственно пользоваться своимъ правомъ оправданія лицъ, учинившихъ преступленіе. По этому поводу возникло, какъ извѣстно, предположеніе о предоставленіи Сенату права разрѣшать передачи уголовныхъ дѣлъ на разсмотрѣніе новаго состава присяжныхъ засѣдателей, въ случаѣ единогласнаго признанія судомъ, что присяжными оправданъ несомнѣнно виновный. Предположеніе это, высказанное во всеподданнѣйшей запискѣ б. министра юстиціи Манасеина и прямо основанное на воззрѣніи, согласно которому недопустимы оправдательные вердикты о лицахъ, учинившихъ преступленіе и вмѣняемыхъ, вызвало краснорѣчивый отпоръ, между прочимъ, со стороны б. государственнаго секретаря Н. В. Муравьева, а равно и со стороны уголовнаго касс. департамента. Первый писалъ: [1]) „предполагаемая мѣра едва ли дастъ что-либо другое, кромѣ вящшаго колебанія и подрыва безъ того уже заподозрѣннаго института. *По самой его теперешней природѣ*, точка зрѣнія у присяжнаго судьи на виновность и оправданіе *совершенно иная*,

[1]) Выс. учр. комм. для пересмотра закон. по суд. ч., подгот. матеріалы, т. II, стр. 64.

чѣмъ у судьи короннаго; проектируемый законъ можетъ породить между ними постоянныя коллизіи... Коронный судъ будетъ имѣть основаніе принять вновь предоставленное ему право по весьма значительному количеству дѣлъ, и, съ формальной стороны, по каждому дѣлу, въ которомъ присяжными оправданъ подсудимый, сознавшійся въ преступленіи, „*особливо*, прибавилъ Сенатъ, *при утвердительномъ отвѣтѣ на вопросъ о событіи преступленія, выдѣленный по требованію гражд. истца*“. Раздѣляя эти соображенія уголовный кассац. департаментъ указывалъ, что „въ 1887 г. на 39,000 подсудимыхъ было 19,000 оправдательныхъ приговоровъ“. „Послѣдніе продолжаетъ Сенатъ, далеко не обнимаютъ собою только не сознавшихся подсудимыхъ, а можно почти съ достовѣрностью утверждать, что не менѣе половины были оправданы по тѣмъ соображеніямъ, *относящимся до ихъ личности, свойства и послѣдствій дѣянія, условій его совершенія* и т. д., вслѣдствіе коихъ, *на судъ по внутреннему убѣжденію совѣсти, слова „совершилъ“ и „виновенъ“ вовсе не являются синонимами*“[2]). Здѣсь, стало быть, категорически признается право присяжныхъ отвѣчать отрицательно на вопросъ о виновности при совершенномъ отсутствіи какихъ бы то ни было законныхъ причинъ невмѣненія.

Вернемся къ дѣлу Лесевицкаго. Опираясь на рѣшеніе по дѣлу Мельницкихъ, товарищъ об.-прокурора находитъ, что необходима была *безличная* постановка вопроса о событіи преступленія; что присяжные засѣдатели все-таки до нѣкоторой степени заслуживаютъ снисхожденія за допущенное ими противорѣчіе: неправильная редакція перваго вопроса могла вызвать въ нихъ мысль, что отвѣтомъ они признаютъ Лесевицкаго въ чемъ-то (?!) виновнымъ; не могли же они допустить, что судъ ставитъ имъ лишніе вопросы.

Но если утверждаютъ, что въ признаніи Лесевицкаго совершившимъ убійство и вмѣстѣ съ тѣмъ невиновнымъ въ немъ есть противорѣчіе, то неужели это противорѣчіе отпадетъ, когда первый вопросъ будетъ формулированъ такъ: „доказано ли, что Бантышъ убитъ“, и второй: „виновенъ ли Лесевицкій въ убійствѣ Бантыша“?

[2]) Ibidem, стр. 104.

Мы думаемъ, что это будетъ обходъ, замаскированіе противорѣчія,— которое неизбѣжно, съ оспариваемой нами точки зрѣнія, должно быть во всякомъ приговорѣ, оправдывающемъ подсудимаго, фактическое совершеніе которымъ того или другого преступленія не подлежитъ сомнѣнію, и ни имъ, ни кѣмъ другимъ не оспаривается.

Вполнѣ софистическими кажутся намъ, далѣе, соображенія о томъ, будто присяжные могли думать, что утвердительнымъ отвѣтомъ на вопросъ о содѣяніи они признаютъ Лесевицкаго въ чемъ-то виновнымъ, ибо они не могли допустить, что судъ ставитъ имъ лишніе вопросы. Замѣтимъ: если принять рекомендуемую г. товарищемъ об.-прокурора форму постановки „безличнаго“ вопроса о событіи преступленія, присяжные *должны* будутъ допустить, что имъ, при случаѣ, ставятъ не только лишніе, но даже комическіе—вѣрнѣе трагикомическіе вопросы... Доказано ли, что Бантышъ убитъ? Отчего же дальше не спросить: доказано ли, что покойный вообще существовалъ? Скептицизмъ, вѣдь, можетъ быть безпредѣленъ. Но по существу, дѣло совершенно ясно. Присяжные, по тѣмъ или другимъ соображеніямъ, о которыхъ мы ничего не знаемъ, въ виду того, что разборъ дѣла производился тайно, сочли долгомъ совѣсти оправдать подсудимаго. Но такъ какъ имъ былъ поставленъ, кромѣ вопроса о виновности, еще и вопросъ о содѣяніи, они не могли дать на этотъ послѣдній вопросъ иного отвѣта, кромѣ утвердительнаго. Предположеніе будто присяжные могли думать, что этимъ отвѣтомъ они признаютъ подсудимаго „въ чемъ-то“ виновнымъ,—курьезно въ особенности въ виду отрицательнаго отвѣта не только на вопросъ объ умышленномъ убійствѣ, но и объ убійствѣ въ запальчивости и раздраженіи.

Обращаемся теперь къ вопросу о нарушеніи ст. 754 у. у. с. Мы увидимъ, что при ближайшемъ разсмотрѣніи пострадавшей является не самая статья, а „неуклонная практика“ Сената по этой статьѣ, а говоря точнѣе—вполнѣ несостоятельная доктрина, высказанная въ пресловутомъ рѣшеніи по дѣлу Мельницкихъ.

Дѣло въ томъ, что ст. 754 у. у с., какъ это давно уже указывалось такимъ знатокомъ нашего процесса, какъ В. Д. Спасовичъ,

отнюдь не препятствуетъ выдѣленію каждаго изъ трехъ вопросовъ, (о событіи, о содѣяніи, о виновности) во всѣхъ случаяхъ, когда суду заблагоразсудится произвести такое выдѣленіе. Ст. 754 прямо указываетъ, во-первыхъ, на тѣ случаи, когда вопросы *должны* быть постановлены отдѣльно (въ случаѣ какого-либо сомнѣнія по одному изъ вопросовъ; во-вторыхъ, на тѣ случаи, когда вопросы *могутъ* быть соединены въ одинъ вопросъ о виновности. „Если,—говоритъ В. Д. Спасовичъ (соч., т. VII, стр. 82),—дѣйствительно, всякій вопросъ не есть цѣльный, а составной, и содержитъ въ себѣ три элементарные, то надлежало бы по всякому вообще дѣлу разлагать вопросъ о винѣ на три элементарные, если же сего не дѣлается, то только для сбереженія времени и упрощенія производства. Если бы нашелся судъ, который желалъ бы, жертвуя своимъ временемъ, поступать такимъ образомъ по всѣмъ дѣламъ, то надлежало бы дать ему въ томъ полную волю, потому что не можетъ быть противозаконія въ разбирательствѣ дѣла съ наибольшею обстоятельностью". Авторъ подкрѣпляетъ свою мысль сопоставленіемъ ст. 754 съ инструкціей присяжнымъ, изданной французскимъ учредит. собраніемъ въ 1791 г., сопоставленіемъ, обнаруживающимъ, что инструкція эта является настоящимъ источникомъ ст. 754. Такимъ образомъ, и логическое, и историческое толкованіе этой статьи приводятъ къ одному и тому же результату.

Но ст. 754 принадлежитъ къ числу тѣхъ, содержаніе которыхъ фактически давно улетучилось Она только тема для безчисленныхъ сенатскихъ варіацій; притомъ, тема эта во многихъ варіаціяхъ не слышна вовсе, онѣ являются чѣмъ-то вполнѣ самостоятельнымъ и не всегда благозвучнымъ. Къ числу такихъ варіацій относится издавна и твердо установленное въ сенатской практикѣ положеніе, что судъ не имѣетъ права отказать гражданскому истцу въ выдѣленіи вопроса о событіи преступленія, хотя бы насчетъ дѣйствительности этого событія не возникало никакого сомнѣнія. Положеніе это установлено исключительно въ интересахъ гражданскаго истца. Искъ вытекаетъ изъ преступленія, гр. истцу важно установить не виновность, сопровождающуюся уголовной отвѣтственностью, а событіе преступленія, на

которомъ основанъ искъ. Но при этомъ, по дѣлу Мельницкихъ Сенатъ разъяснилъ, что по дѣламъ, по которымъ не было возбуждено сомнѣнія о вмѣненіи подсудимому въ вину совершеннаго преступленія, а имѣется требованіе гражд. истца о выдѣленіи вопроса о событіи преступленія, судъ въ правѣ выдѣлить только этотъ вопросъ, отдѣляя вопросъ о совершеніи къ вопросу о вмѣненіи и соединяя оба послѣдніе въ одинъ общій вопросъ о виновности. Эти указанія Сената въ данномъ случаѣ исполнены не были. Но мы позволяемъ себѣ думать, что изложенное требованіе, котораго мы, конечно, не станемъ защищать по существу, въ виду совершенной его произвольности, могло имѣть значеніе и смыслъ для конкретнаго случая, о которомъ рѣчь шла по дѣлу Мельницкихъ, но абсолютно было бы лишено всякаго смысла въ примѣненіи къ д. Лесевицкаго. Когда предъявлено обвиненіе въ растратѣ, въ подлогѣ, въ поджогѣ и т. п., гражданскому истцу важно выяснить дѣйствительность событія преступленія, т. е. что деньги растрачены, что документъ, векселъ, завѣщаніе подложны, что застрахованное имущество сгорѣло вслѣдствіе поджога; въ такихъ случаяхъ утвердительный отвѣтъ на вопросъ о событіи преступленія имѣетъ для гражданскаго истца значеніе даже и помимо вопроса о томъ, кто совершилъ дѣяніе. Въ такихъ случаяхъ, далѣе, сказать, что, напр., данный документъ подложенъ, не значитъ еще утверждать, что онъ составленъ подсудимымъ. Но при обвиненіи въ убійствѣ, гражд. истецъ домогается не признанія факта убійства, а установленія причинной связи между дѣйствіями обвиняемаго, къ которому предъявленъ искъ, и смертью потерпѣвшаго, независимо отъ вмѣненія обвиняемому этихъ дѣйствій въ вину. Поэтому, здѣсь выдѣленіе вопроса о событіи, ради интересовъ гр. истца, не имѣло бы, даже и съ точки зрѣнія Сената, никакого смысла, если только не согласиться, что утвердительный отвѣтъ на вопросъ о событіи заключаетъ въ себѣ и признаніе подсудимаго учинившимъ убійство. Гр. искъ предъявленъ къ убійцѣ Бантыша: судъ долженъ установить, что этотъ убійца — Лесевицкій.

Не ограничиваясь, однако, ссылкой на рѣшеніе по д. Мельницкихъ, кассаторъ думаетъ найти доводы въ рѣшеніи по д. Линевича,

упоминая о неправильномъ внесеніи въ вопросъ „субъективныхъ признаковъ“ преступленія. Въ вопросахъ по дѣлу Линевича дѣйствительно заключалась возможность противорѣчивыхъ отвѣтовъ, но не потому, что одинъ вопросъ былъ о содѣяніи, а второй о виновности, а потому, что въ вопросѣ о содѣяніи судъ помѣстилъ всѣ признаки сознательнаго, разумнаго и отвѣтственнаго дѣянія подсудимаго („задумавъ лишить жизни... съ этой цѣлью... выстрѣлилъ“). Вотъ истинно субъективные признаки, что и отмѣтилъ А. Ѳ. Кони въ своемъ заключеніи по дѣлу. „Присяжныхъ, говоритъ онъ, спрашивали не о событіи, состоявшемъ въ томъ, что Линевичу было нанесено поврежденіе выстрѣломъ, *который произвелъ подсудимый*“. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія А. Ѳ. Кони, правильная формулировка вопроса о событіи, въ дѣлѣ Линевича, должна была включить въ себѣ и (чисто-объективный) вопросъ о содѣяніи, т. е., именно тотъ вопросъ, который былъ предложенъ въ дѣлѣ Лесевицкаго. Иная формулировка событія убійства, въ смыслѣ судебномъ, дѣйствительно невозможна, или, лучше сказать, противорѣчитъ здравому смыслу. Вѣдь судъ разсматриваетъ не событіе убійства вообще, а событіе убійства однимъ лицомъ другого. Такъ что, повторяемъ, поистинѣ трагикомическое впечатлѣніе произвелъ бы въ данномъ случаѣ судъ, спрашивающій присяжныхъ, убитъ ли человѣкъ, убійца котораго сидитъ на скамьѣ подсудимыхъ, а еще болѣе присяжные, удостовѣряющіе, что „да, онъ въ самомъ дѣлѣ убитъ“... И мы съ большимъ любопытствомъ ожидаемъ, какую формулировку вопросу о событіи преступленія дастъ орловскій окр. судъ, въ который передано дѣло для новаго разсмотрѣнія, если гр. истецъ снова потребуетъ выдѣленія этого вопроса.

Замѣтимъ въ заключеніе, что пока не отмѣнена ст. 754 у. у. с., было бы крайне желательно, чтобы Сенатъ подвергъ еще разъ провѣркѣ доктрину, высказанную въ рѣшеніи по дѣлу Мельницкихъ Рѣшеніе это всецѣло покоилось на убѣжденіи, что отрицательный отвѣтъ на вопросъ о виновности, при утвердительномъ—на вопросъ о совершеніи, заключаетъ въ себѣ противорѣчіе и свидѣтельствуетъ о томъ, что присяжные присвоили себѣ право помилованія. Едва

ли можно въ настоящее время привести какія-либо доказательства основательности такого убѣжденія.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, нужно замѣтить, что хотя бы по дѣлу Лесевицкаго и не былъ выдѣленъ вопросъ о содѣяніи, присяжные внѣ всякаго сомнѣнія дали бы тотъ же отвѣтъ на вопросъ о виновности. Наивно, въ самомъ дѣлѣ, полагать, что выдѣленіе или невыдѣленіе вопроса могло измѣнить ихъ убѣжденіе въ виновности или невиновности Лесевицкаго. Если, такимъ образомъ, соблюденіе или несоблюденіе какого-либо порядка, не основаннаго даже на законѣ, а лишь установленнаго сенатской практикой, не могло, само по себѣ взятое, отразиться на вердиктѣ, если вердиктъ этотъ не могъ измѣниться отъ выдѣленія или невыдѣленія вопроса о содѣяніи, то едва ли есть основаніе говорить здѣсь о существенномъ поводѣ кассаціи, какой бы „императивный“ характеръ не присвоивалъ Сенатъ своимъ рѣшеніямъ. Императивный этотъ характеръ не можетъ освободить Сенатъ отъ обязанности разъяснять, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, на какомъ основаніи и въ какомъ отношеніи уклоненіе суда отъ преподанныхъ Сенатомъ по тѣмъ или другимъ вопросамъ указаній должно быть признано существеннымъ поводомъ, наличность котораго не позволяетъ оставить въ силѣ рѣшеніе присяжныхъ и приговоръ суда.

Опять о судѣ присяжныхъ *).

I.

Присяжныхъ засѣдателей снова хотятъ посадить на скамью подсудимыхъ. Споръ о нихъ возобновился въ печати, и одновременно съ этимъ вниманіе общества было обращено на два — три оправдательныхъ приговора, истинныя основанія которыхъ остаются непонятными.

Раздались обычные, достаточно-таки пріѣвшіеся, вопли, о „судѣ улицы", о присвоеніи присяжными права помилованія, о ихъ невѣжествѣ, легкомысліи и т. п. Противники суда присяжныхъ, поистинѣ, *ничему* не научившись, *все* позабыли. Можно было бы подумать, что для нихъ рѣшительно не существуетъ вся обширная масса свѣдѣній, и теоретическихъ и практическихъ, собранныхъ у насъ за послѣднее десятилѣтіе по вопросу о судѣ присяжныхъ. Они не знакомы (потому что не хотѣли познакомиться) съ той всесторонней оцѣнкой присяжныхъ, которая была сдѣлана комиссіей, пересматривающей судебные уставы,—оцѣнкой, приведшей къ восторжествованію, по крайней мѣрѣ, въ мнѣніи подавляющаго большинства членовъ комиссіи, *этой* формы суда. Дѣйствительно, чтобы произнести зрѣлое и обоснованное сужденіе о достоинствахъ и недостаткахъ суда присяжныхъ, необходимо обладать значительнымъ запасомъ знаній, и притомъ знаній спеціальныхъ. У насъ же люди, толкующіе вкривь и вкось о судѣ присяжныхъ, зачастую не имѣютъ ни малѣйшаго о немъ понятія и руководствуются чисто личными впечатлѣніями; немудрено, что при такихъ условіяхъ къ числу отрицательныхъ сторонъ суда присяжныхъ относятся, на-

*) Писано осенью 1903 г.

примѣръ,—скверный, по мнѣнію гастрономовъ, буфетъ петербургскаго окружнаго суда, или неудобства помѣщеній для ночлега присяжныхъ. Здѣсь же слѣдуетъ упомянуть объ изумительномъ по своему откровенному невѣжеству утвержденіи, дважды повторенномъ на страницахъ одной изъ наиболѣе распространенныхъ газетъ, будто „Германія и Австрія благополучно обходятся безъ суда присяжныхъ". Вотъ такія-то сужденія можно по справедливости назвать „судомъ улицы", уличнаго невѣжества, грубости и некультурности...

Разумѣется, никто изъ защитниковъ суда присяжныхъ никогда не утверждалъ, чтобы это учрежденіе было свободно отъ какихъ бы то ни было недостатковъ. Эти недостатки есть,—они давно сознаны и указаны въ юридической литературѣ, къ устраненію ихъ усиленно стремятся; многое въ этомъ направленіи уже сдѣлано,—многое остается еще сдѣлать. Работа юридической мысли въ этомъ направленіи носитъ характеръ созидательный, а не разрушительный. Она отправляется отъ изученія дѣйствительности, отъ сравнительнаго изслѣдованія разнообразныхъ существующихъ формъ и учрежденій, а не отъ случайныхъ, чисто-субъективныхъ, порою вздорныхъ и дикихъ впечатлѣній.

Разсматриваемый при такомъ освѣщеніи, судъ присяжныхъ, по справедливому указанію проф. Фойницкаго, представляется „наиболѣе близкимъ къ идеалу суда". Именно, *наиболѣе близкимъ*: къ нему, какъ и всякому другому учрежденію государственному или общественному, слѣдуетъ примѣнять при оцѣнкѣ не абсолютный, а относительный масштабъ. Признавая существующіе въ немъ недостатки, надлежитъ спросить себя, свободны ли отъ еще крупнѣйшихъ недостатковъ другія, уже испытанныя или вновь предлагаемыя формы, — и обладаютъ ли эти послѣднія тѣми достоинствами, которыя признаны за судомъ присяжныхъ. Между тѣмъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ критика суда присяжныхъ носитъ исключительно отрицательный характеръ,—не говоря уже о томъ, что нерѣдко она сливается съ критикой всякаго суда, какъ такового, и уголовнаго правосудія вообще. Тѣ же практическія

реформы, которыя предлагаются,—поскольку онѣ подрываютъ основные принципы организаціи суда присяжныхъ, оказываются, въ свою очередь, не выдерживающими критики или, по крайней мѣрѣ, весьма спорными. Сюда слѣдуетъ отнести не только проектъ замѣны суда присяжныхъ судомъ научной экспертизы (Тардъ) или, такъ называемымъ, техническимъ жюри (Гарофало) [1]), но и предложенія замѣнить присяжныхъ — шеффенами, т. е. тѣми же народными представителями, но не образующими особой коллегіи, отдѣльной отъ коллегіи коронныхъ судей, а соединяемыми съ этими послѣдними въ одну коллегію, совмѣстно рѣшающую вопросы какъ о виновности, такъ и о наказаніи. Если проекты перваго рода упускаютъ изъ виду ту коренную разницу, которая существуетъ между изслѣдованіемъ научнымъ и изслѣдованіемъ судебнымъ [2]),— разницу, отражающуюся и на методѣ и условіяхъ изслѣдованія, и на качествахъ, которымъ должны удовлетворять его результаты, то о менѣе радикальныхъ предложеніяхъ, рекомендующихъ введеніе суда шеффеновъ, этихъ „Jasager und Beischläfer“, какъ ихъ остроумно назвали въ Германіи, слѣдуетъ сказать, что, какъ большинство компромиссовъ, они не удовлетворяютъ ни той, ни другой стороны: участіе представителей общества въ отправленіи правосудія сохраняется, но ставится въ такія рамки, при которыхъ благодѣтельное его значеніе сводится къ нулю. Нашъ домашній опытъ „сословныхъ представителей“ даетъ въ этомъ отношеніи достаточно краснорѣчивыя и убѣдительныя доказательства.

Коснувшись этой стороны вопроса, нельзя не отмѣтить того двойственнаго разрѣшенія, которое было ему дано въ комиссіи для пересмотра законоположеній по судебной части.

Во второмъ томѣ объяснительной записки къ проекту новой редакціи учрежденія судебн. установл. мы находимъ на стр. 107—108 чрезвычайно вѣскіе доводы въ пользу сохраненія раздѣльности двухъ коллегій—коронной и народной, причемъ указывается,

---

[1]) Проекты эти обстоятельно разобраны въ книгѣ проф. Вульферта, Антрополого-позитивная школа въ Италіи, т. II, стр. 118 и сл.

[2]) См. Glaser, Handb. d Strafprocessrechts, B. I, S. 2 ff.

что эта раздѣльность является *кореннымъ отличіемъ* института. „При современной организаціи уголовнаго суда, говоритъ записка, присяжные засѣдатели, занимая самостоятельное въ судебномъ присутствіи положеніе, разрѣшаютъ предлагаемые имъ вопросы о винѣ или невиновности подсудимаго въ предѣлахъ житейской своей опытности, нисколько не будучи стѣсняемы такимъ давленіемъ на нихъ коронныхъ судей, которое проявлялось бы внѣ контроля сторонъ и оставляло бы мѣсто сомнѣнію въ безпристрастіи выносимаго приговора". При соединеніи присяжныхъ съ коронными судьями они „въ большинствѣ случаевъ, и притомъ невольно и незамѣтно, подчинялись бы авторитету послѣднихъ, довѣряясь ихъ знанію и опытности, и такимъ образомъ рѣшеніе самаго дѣла зависѣло бы въ сущности всецѣло отъ коронныхъ судей". Присяжные могли бы утратить „ту независимость и самостоятельность въ сужденіяхъ, которыя *составляютъ главнѣйшее свойство* этой формы суда".

Всецѣло присоединяясь къ этимъ соображеніямъ, мы испытываемъ нѣкоторое недоумѣніе, знакомясь съ тѣми доводами, которыми мотивируется совершенно иное отношеніе большинства комиссіи къ вопросу объ организаціи суда съ присяжными особаго состава, долженствующими замѣнить сословныхъ представителей. Большинство комиссіи нашло (стр. 125 ibid.), что „организація общаго суда присяжныхъ, вполнѣ пригодная и достаточная для общихъ дѣлъ, несостоятельна для дѣлъ особыхъ, требующихъ преобладанія публично-юридическаго критерія надъ бытовымъ". „Нельзя предоставить присяжныхъ ихъ собственному разумѣнію среди всевозможныхъ трудностей и усложненій, опасаться же вліянія коронныхъ судей не приходится уже потому, что оно прямо желательно, какъ восполняющее именно тѣ свѣдѣнія и взгляды, которыхъ недостаетъ гражданамъ для правильнаго обсужденія спеціальныхъ или щекотливыхъ дѣлъ". На возраженія же оставшихся въ меньшинствѣ членовъ комиссіи, стоявшихъ за сохраненіе и здѣсь раздѣльности и находившихъ, что достаточной гарантіей правильности разрѣшенія дѣлъ, подсудныхъ присяжнымъ особаго состава, представляется требованіе повышеннаго образовательнаго и имуществен-

наго ценза, мы читаемъ отвѣтъ, что въ большинствѣ мѣстностей придется ограничиться лишь нѣкоторымъ повышеніемъ цензовыхъ условій, и что поэтому, въ сущности, присяжные особаго состава фактически будутъ немногимъ отличаться отъ присяжныхъ общаго состава. Но, вѣдь, при такихъ условіяхъ, они утратятъ, по собственнымъ словамъ комиссіи, выше цитированнымъ, всякую самостоятельность? Большинство этого, однако, не признаетъ; оно думаетъ, что присяжные особаго состава будутъ „конечно, менѣе самодѣятельны, но тѣмъ не менѣе не безличны“, причемъ прибавляетъ, что „огражденіе отъ ошибокъ и увлеченій въ данномъ случаѣ важнѣе самостоятельности“.

Между тѣмъ, нѣсколькими страницами выше (стр. 117), критикуя сословныхъ представителей, объяснит. записка главнымъ образомъ напираетъ—на отсутствіе у нихъ должной самостоятельности взглядовъ и сужденій и на полное ихъ подчиненіе при постановленіи приговора мнѣнію короннаго суда...

Что-нибудь одно: или важнѣе всего самостоятельность, независимость,—тогда не только нѣтъ никакого основанія устанавливать отступленія при организаціи суда присяжныхъ особаго состава, но можно думать, что они, обладая повышеннымъ цензомъ, еще лучше воспользуются этой самостоятельностью; или же главная задача—держаніе присяжныхъ въ крѣпкихъ возжахъ, огражденіе ихъ отъ „ошибокъ и увлеченій“; тогда необходимо провести такой взглядъ именно по отношенію къ тѣмъ присяжнымъ, отъ которыхъ болѣе всего можно ожидать ошибокъ и увлеченій, въ виду слабаго уровня ихъ ценза, образовательнаго и имущественнаго, т. е. къ присяжнымъ общаго состава. Большинство въ комиссіи усматриваетъ центръ тяжести вопроса въ свойствѣ дѣлъ, „спеціальныхъ или щекотливыхъ“, требующихъ „преобладанія публично-юридическаго критерія надъ бытовымъ“. Не говоря о неопредѣленности перваго соображенія и нѣкоторой непонятности второго, нельзя не отмѣтить, что компетенція суда присяжныхъ особаго состава проектирована та же, что и существующая компетенція суда съ участіемъ сословныхъ представителей;—но именно относительно этой

послѣдней мы находимъ на стр. 121 объясн. зап. указаніе на „*крайнюю маловажность* многихъ изъ подчиненныхъ судебной палатѣ съ участіемъ сосл. представителей дѣлъ“ [1]). Разсмотрѣніе по существу и въ подробностяхъ этой компетенціи завлекло бы насъ слишкомъ далеко, но можно съ увѣренностью сказать, что при распредѣленіи дѣлъ, подсудныхъ суду присяжныхъ, между присяжными общаго и особаго состава, будетъ играть роль масса такихъ чисто внѣшнихъ и случайныхъ признаковъ, на которыхъ никоимъ образомъ нельзя обосновывать столь крупное и рѣзкое различіе, какъ соединеніе коллегій при одномъ порядкѣ, раздѣльность ихъ—при другомъ.

II.

Мы остановились съ нѣкоторой подробностью на вопросѣ объ организаціи суда присяжныхъ особаго состава потому, что разрѣшеніе этого вопроса, данное комиссіей, представляется намъ довольно яркой иллюстраціей того затруднительнаго положенія, къ которому приводитъ стремленіе—съ одной стороны, соблюсти самую идею суда совѣсти, суда представителей общества, а, съ другой, *механическими средствами* усилить репрессивность этого суда, спасая такимъ образомъ отъ „невѣрныхъ“ рѣшеній, которыя „ложатся тяжкимъ бременемъ на все учрежденіе и даже вѣдомство, призываемыя къ отвѣту за всякое единичное уклоненіе отъ строгаго приложенія закона“ [2]). Къ такимъ же механическимъ средствамъ мы относимъ и другое, вновь выдвигаемое. Мы говоримъ о проектируемомъ правѣ присяжныхъ заявлять суду просьбу о возбужденіи ходатайства о чрезвычайномъ смягченіи участи виновнаго или объ освобожденіи его отъ наказанія.

Въ весьма содержательной статьѣ о судѣ присяжныхъ, помѣщенной въ № 9939 „Нов. Врем.“, г. Щ., убѣжденный защитникъ суда

[1]) Указаніе это подкрѣплено весьма яркими примѣрами, заимствованными изъ статьи Н. В. Муравьева.

[2]) Объясн. зап., II. 125.

присяжныхъ, рекомендуетъ принятіе такого порядка. „Предоставленіе присяжнымъ“, говоритъ онъ, „возбуждать ходатайства о чрезвычайномъ смягченіи наказанія для осужденныхъ или совершенномъ ихъ помилованіи есть тотъ необходимый предохранительный клапанъ, которымъ *только и можетъ* поддерживаться закономѣрность въ дѣятельности присяжнаго суда; безъ подобнаго полномочія присяжные, да и вообще всякіе судьи, обходиться не могутъ. Во имя строгой законности нельзя насиловать внутренняго убѣжденія судей, нельзя, не оскорбляя самой идеи правосудія, заставлять ихъ произносить приговоры, завѣдомо для нихъ несправедливые и несоразмѣрные съ виною“.

Не въ столь рѣшительной формѣ мотивируется разсматриваемое положеніе въ объясн. запискѣ къ проекту новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства (т. III, стр. 331 и сл.). „По силѣ ст. 775 и 828 уст. уг. суд.“, читаемъ мы въ запискѣ, „отъ короннаго суда зависитъ возбужденіе предъ Его Величествомъ ходатайства о еще большемъ смягченіи участи или полномъ помилованіи подсудимаго. Естественно, однако, что присяжные, постановляя приговоръ свой объ обвиняемомъ, заслуживающемъ, по ихъ мнѣнію, чрезвычайнаго снисхожденія, не могутъ быть безусловно увѣрены въ томъ, что съ той же точки зрѣнія посмотритъ на дѣяніе обвиняемаго и коронный судъ и воспользуется широкимъ полномочіемъ, предоставленнымъ ему указанными ст. 775 и 828,—а потому присяжные иногда и предпочитаютъ вынести такому обвиняемому оправдательный вердиктъ. Для устраненія такого рода нежелательныхъ явленій, смущающихъ общество и вызывающихъ нареканія на дѣятельность суда присяжныхъ, было бы желательно полномочіе, предоставленное нынѣ, согласно ст. 775 и 828 у. у. с., только коронному суду, распространить также и на присяжныхъ засѣдателей“.

Интересно отмѣтить, что попытки, вытекающія изъ тѣхъ же стремленій, встрѣчаются въ настоящее время и въ законодательныхъ сферахъ Франціи. Эту же цѣль избѣгнуть „скандальныхъ“ оправдательныхъ приговоровъ преслѣдуетъ законопроектъ, разрабатываемый съ прошлаго года въ комиссіи подъ предсѣдательствомъ сенатора Бе-

ранже, и заключающійся въ томъ, чтобы предоставить присяжнымъ право признать наличность не смягчающихъ только, но (circonstances très atténuantes) „весьма“ смягчающихъ обстоятельствъ. Въ случаѣ такого признанія, осужденный можетъ быть подвергнутъ лишь тюремному заключенію, — и притомъ, если совершенное имъ преступленіе обложено смертною казнью, безсрочной каторжной работой или депортаціей, то минимумъ тюрьмы — два года, во всѣхъ же другихъ случаяхъ тюрьма назначается на срокъ отъ одного мѣсяца до одного года. Законопроектъ вызвалъ оживленный обмѣнъ мнѣній въ прошломъ году въ засѣданіи Société générale des Prisons (см. Rev. Pénitentiaire. Mars, 1902), завершившихся заявленіемъ предсѣдателя, извѣстнаго бывшаго министра Рибо: „ce n'est pas par des expédients qu'on résout toutes ces difficultés“.

Не касаясь этихъ предположеній и обращаясь къ проекту нашей комиссіи, мы должны сказать, что, несмотря на всю кажущуюся соблазнительность предлагаемаго порядка и на авторитетность его защитниковъ, онъ представляется намъ и опаснымъ, и непріемлемымъ по многимъ соображеніямъ.

Коснемся, прежде всего, практической стороны вопроса: она вызвала значительныя разногласія среди комиссіи. Послѣдняя находила что, вообще говоря, возбуждаемыя присяжными засѣдателями ходатайства о чрезвычайномъ смягченіи участи подсудимаго или объ освобожденіи его отъ наказанія должны получать дальнѣйшее направленіе только въ томъ случаѣ, если они поддерживаются и коронным судомъ, такъ какъ „осуществленіе такого права должно принадлежать, несомнѣнно, *всему* составу суда“.

Но, затѣмъ, три члена комиссіи находили, что ходатайства присяжныхъ могутъ быть оставляемы безъ послѣдствій лишь при условіи единогласія по этому предмету коронныхъ судей; если же такового между ними не послѣдовало и ходатайство присяжныхъ поддержано хотя бы однимъ судьею, оно должно получить дальнѣйшее движеніе.

Однако, это заявленіе не встрѣтило сочувствія среди остальныхъ членовъ комиссіи, полагавшихъ, что рѣшеніе должно зависѣть отъ

большинства судей (или отъ единоличнаго судьи, если *имъ* разсматривается дѣло).

Замѣтимъ, прежде всего, что при такой постановкѣ, согласно которой ходатайства присяжныхъ, для воспріятія силы, должны быть поддержаны коронным судомъ, утрачиваетъ всякое значеніе вышеприведенное указаніе комиссіи, ставящее постановленіе оправдательныхъ приговоровъ въ зависимость отъ неувѣренности присяжныхъ въ томъ, что коронный судъ сойдется съ ними въ оцѣнкѣ дѣянія обвиняемаго.

Эта неувѣренность останется и съ введеніемъ проектируемаго порядка: въ меньшей степени, если принять мнѣніе трехъ членовъ, въ большей, если стать на точку зрѣнія большинства. Очевидно, присяжные никогда не будутъ въ состояніи точно предсказать, какъ отнесется большинство судей къ ихъ ходатайству. Лишенные всякихъ средствъ дать дѣйствительный ходъ своему ходатайству,—сознавая, что ихъ полномочія прекращаются съ момента поста новленія рѣшенія практическое осуществленіе или неосуществленіе котораго зависитъ, уже не отъ нихъ,—присяжные (если только не подвергнется ограниченію ихъ теперешнее право произносить оправдательный приговоръ единственно по убѣжденію совѣсти) несомнѣнно предпочтутъ, въ случаѣ, когда тѣ или другія обстоятельства устраняютъ въ ихъ глазахъ возможность примѣнить къ подсудимому наказаніе,—прямо оправдывать такихъ подсудимыхъ. Зачѣмъ, въ самомъ дѣлѣ, они станутъ прибѣгать къ такому длинному и невѣрному пути, какъ возбужденіе ходатайства, могущаго быть отклоненнымъ, когда въ ихъ рукахъ гораздо болѣе простое и вѣрное средство для достиженія той же цѣли? Бывшіе до сихъ поръ примѣры въ этомъ отношеніи мало убѣдительны: въ настоящее время возбужденіе ходатайства подобнаго рода есть явленіе во всякомъ случаѣ исключительное, закономъ не предусмотрѣнное, и потому присяжные могутъ не сомнѣваться въ томъ, что судъ внемлетъ ихъ просьбѣ. Съ введеніемъ же такого порядка въ законъ, онъ получаетъ характеръ, такъ сказать, обыденный, повседневный, онъ перестаетъ возбуждать вниманіе,—и исходъ просьбы оттого окажется въ массѣ случаевъ весьма гадательнымъ.

Это соображеніе,—что практическаго значенія предлагаемый порядокъ не возымѣетъ и не приведетъ къ цѣли,—получитъ вящшее подкрѣпленіе, если онъ будетъ обставленъ тѣми условіями, которыхъ требуетъ меньшинство (хотя и весьма значительное) комиссіи: чтобы въ случаѣ заявленія присяжными общаго состава просьбы о возбужденіи судомъ ходатайства о чрезвычайномъ смягченіи наказанія или о помилованіи, присяжные, по удаленіи суда изъ залы засѣданія, приглашались въ совѣщательную комнату для объясненія основаній такого ходатайства, излагаемыхъ въ особомъ протоколѣ.

По этому поводу нельзя не сказать, что подобное требованіе является *само по себѣ* вполнѣ правильнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, если дальнѣйшее движеніе ходатайства зависитъ отъ суда, логика обязываетъ дать суду возможность обсудить мотивы, руководившіе присяжными,—а для этого, понятно, мотивы должны быть суду извѣстны.

Но такимъ образомъ еще больше подрывается практическое значеніе рекомендуемой мѣры. Не говоря уже о томъ, что странно требовать мотивировки мнѣнія о желательности оказанія особаго снисхожденія, когда не мотивируется ни мнѣніе о виновности, ни мнѣніе о невиновности,—присяжные едва ли охотно будутъ прибѣгать къ предлагаемому имъ исходу, весьма для нихъ хлопотливому и могущему ихъ поставить въ щекотливое и неловкое положеніе. Они опять-таки предпочтутъ простое немотивированное оправданіе. Значитъ, все останется по старому. Если же все останется по старому, то не окажется ли право возбужденія ходатайства о помилованіи данайскимъ даромъ, котораго слѣдуетъ остерегаться сторонникамъ суда присяжныхъ? Не раздадутся ли тогда, съ гораздо бо̀льшимъ шумомъ, обвиненія въ превышеніи присяжными ихъ полномочій, упреки въ постановленіи еще болѣе „скандальныхъ“ приговоровъ? Мы, по крайней мѣрѣ, въ такихъ послѣдствіяхъ не сомнѣваемся.

Но если бы наши возраженія касались только практической осуществимости и практической пользы разсматриваемаго нововведенія, мы бы сами не придавали имъ особеннаго значенія, полагая, что практичность и цѣлесообразность познаются главнымъ образомъ на опытѣ, могущемъ опровергнуть пессимистическія предположенія. Сейчасъ мы

постараемся представить тѣ принципіальные аргументы, которые въ нашихъ глазахъ должны имѣть рѣшающее значеніе.

III.

Во-первыхъ, мы думаемъ, что отъ дарованія присяжнымъ какъ бы новаго права, но мнимаго, весьма легокъ переходъ къ отнятію отъ нихъ другого права, вполнѣ дѣйствительнаго и наиболѣе дорогого,—права свободнаго рѣшенія дѣла по убѣжденію совѣсти.

Въ самомъ дѣлѣ, не представляется ли возможнымъ, и даже вѣроятнымъ, такого рода разсужденіе,—такъ сказать, въ обратномъ порядкѣ [1]): по извѣстной категоріи дѣлъ присяжнымъ предоставляется право возбужденія ходатайства о помилованіи; право оправданія есть несомнѣнно болѣе широкое право; можно, стало быть, заключить, что по этой категоріи присяжные на самомъ дѣлѣ не обладаютъ правомъ оправданія, ибо послѣднее въ такомъ случаѣ оказалось бы равнозначащимъ съ правомъ помилованія. Если мнѣ говорятъ: по такому-то дѣлу ты имѣешь право просить, чтобы обвиняемый былъ освобожденъ отъ наказанія (терминологія безразлична: прощенъ, помилованъ,—все равно); значитъ,—я долженъ вывести заключеніе, что по этому дѣлу я *самъ* обвиняемаго освободить отъ наказанія не могу,—другими словами. долженъ признать его виновнымъ. И дѣйствительно, мы находимъ отчасти въ литературѣ, отчасти въ практикѣ мнѣніе, будто присяжные *не имѣютъ права* оправдать подсудимаго, если онъ совершилъ преступленіе и нѣтъ законныхъ причинъ невмѣненія. Мнѣніе это въ послѣднее время высказывается все чаще и рѣшительнѣе. Напомнимъ сенатское рѣшеніе по д. Лесевицкаго и другое недавнее отдѣленское рѣшеніе по д. Ильина и Машотина [2]), предписавшее СПБ. суд. палатѣ передать на разсмотрѣніе совѣта прис. по-

[1]) Конечно, мы здѣсь имѣемъ въ виду только ходатайство о помилованіи, такъ какъ имъ хотятъ устранить «скандальныя» оправданія. Противъ допущенія ходатайствъ о чрезвычайномъ смягченіи наказанія принципіальныхъ возраженій не возникаетъ, и оно, быть можетъ, было бы даже желательно.

[2]) См. «Право» за 1900 г. № 51 и за 1903 г. № 42.

вѣренныхъ дѣйствія помощника прис. пов. К., убѣждавшаго прис. засѣдателей, что они въ правѣ оправдать сознавшагося подсудимаго, несмотря на отсутствіе какъ сомнѣній въ совершеніи имъ того преступленія, такъ и какой-либо законной причины невмѣненія. Въ статьѣ В. П. Ширкова объ отвѣтственности присяжныхъ засѣдателей по новому уголовному уложенію, помѣщенной въ сентябрьской книжкѣ „Журнала министерства юстиціи“ за 1903 г. мы находимъ дальнѣйшее развитіе этого взгляда, приводящаго къ допущенію привлеченія прис. засѣдателей къ отвѣтственности за неправосудіе. При этомъ „неправосуднымъ“ авторъ называетъ такое рѣшеніе, которое постановлено присяжными вопреки обнаруженнымъ на судѣ обстоятельствамъ дѣла, съ сознаніемъ своей неправоты, но, тѣмъ не менѣе, съ желаніемъ учинить ее.

Послѣдняя прибавка, кстати сказать, очевидно ошибочна, такъ какъ общее понятіе умышленной виновности не должно подвергаться никакому ограниченію въ примѣненіи къ неправосудію, а, слѣдовательно, достаточно сознанія неправоты (преступное безразличіе), прямого желанія не требуется.

Эта же точка зрѣнія проводится въ представленіи министерства юстиціи (объясненія къ ст. 675 уг. ул.), расходящемся здѣсь съ предположеніемъ составителей проекта, такъ какъ составители не допускали возможности примѣненія къ присяжнымъ статьи о неправосудіи.

Нетрудно предвидѣть, къ чему приведетъ такой взглядъ, поставленный въ связь съ даруемымъ правомъ возбуждать ходатайство о помилованіи. Вполнѣ естественнымъ результатомъ его можетъ оказаться категорическое лишеніе присяжныхъ права произносить въ нѣкоторыхъ случаяхъ приговоръ, руководствуясь исключительно внутреннимъ убѣжденіемъ совѣсти.

Если доказано совершеніе преступленія обвиняемымъ, и нѣтъ законной причины невмѣненія, присяжные, при такомъ порядкѣ, *обязаны* признать его виновнымъ, и за нарушеніе этой обязанности подвергаются весьма строгой уголовной отвѣтственности (исправительному дому во всемъ объемѣ по ст. 675). Быть можетъ, уста-

новленіе такого порядка для кого-нибудь желательно, но для сторонниковъ суда присяжныхъ ясно, что оно въ самомъ корнѣ подорвало бы значеніе этого суда.

Представляемъ себѣ положеніе присяжныхъ, которымъ предсѣдатель въ своей напутственной рѣчи объяснитъ, что, такъ какъ сознаніе обвиняемаго подтверждается всѣми обстоятельствами дѣла, а законной причины невмѣненія нѣтъ, они *обязаны* постановить обвинительный приговоръ,—и предупредительно напомнитъ имъ, что въ противномъ случаѣ они подвергнутся преслѣдованію по ст. 675 угол. улож. Что останется, въ такомъ случаѣ, отъ той свободы, самостоятельности и независимости, которыя составляютъ sine qua non суда присяжныхъ?

Столь важны—и даже еще важнѣе—другія зловредныя послѣдствія, могущія произойти отъ предоставленія права присяжнымъ возбуждать ходатайство о помилованіи: послѣдствія, уже не касающіяся спеціально суда присяжныхъ, а имѣющія болѣе общее значеніе.

Намъ представляется глубоко ошибочнымъ и чрезвычайно опаснымъ стремленіе призывать *верховную власть* къ постоянному и заурядному участію въ дѣлѣ отправленія уголовнаго правосудія. Стремленіе это въ нашей литературѣ сказалось и въ другой сферѣ: нѣкоторые изъ противниковъ условнаго осужденія допускаютъ введеніе этого института въ качествѣ условнаго помилованія верховной властью, по ходатайству о томъ суда, допускаемому лишь относительно присужденныхъ къ аресту или къ тюрьмѣ [1]). Если осуществить такое предположеніе и одновременно, въ области суда присяжныхъ, принять порядокъ, предлагаемый комиссіей, если, затѣмъ, ходатайствамъ о помилованіи дѣйствительно будетъ даваемъ ходъ,—верховная власть окажется буквально заваленной массой дѣлъ, отъ самыхъ крупныхъ до самыхъ мелкихъ, по которымъ она должна будетъ произнести свой окончательный приговоръ. Такое положеніе прежде всего несовмѣстимо съ достоинствомъ этой власти. Оно, далѣе, переноситъ центръ тяжести въ дѣлѣ отправленія правосудія,

[1]) См. Н. С. Таганцевъ, Лекціи, изданіе 2-ое, стр. 1403.

по цѣлому множеству дѣлъ, на власть законодательную, возвращая къ тому уже пережитому исторически и осужденному теоретически времени, когда власть законодательная и судебная были слиты. Наконецъ—и это самое главное: оно роняетъ и подрываетъ, въ несравненно большей степени, чѣмъ „скандальные“ оправдательные приговоры,—начало законности.

Институтъ помилованія, какъ извѣстно, имѣлъ въ исторіи многочисленныхъ и краснорѣчивыхъ противниковъ [1]). Доводы ихъ, конечно, далеко не безспорны, но несомнѣнно изъ нихъ вытекаетъ одно: помилованіе есть актъ экстраординарный, отмѣна въ единичномъ случаѣ дѣйствія общаго закона личной волей носителя верховной власти. Поскольку такой актъ сохраняетъ характеръ чего-то исключительнаго, чрезвычайнаго—такъ сказать, не въ примѣръ прочимъ,—постольку полезное и благотворное его значеніе въ отдѣльномъ случаѣ доминируетъ надъ тѣми неуловимыми и невѣсомыми отрицательными послѣдствіями, которыми онъ отражается въ общественномъ правосознаніи. Лишь только онъ явится обыкновеннымъ и нормальнымъ завершеніемъ дѣла правосудія, эти послѣдствія должны тотчасъ же сказаться съ несравненно большей тяжестью и силою. Актъ помилованія обратится, при томъ въ нѣчто совершенно случайное, такъ какъ нельзя же предполагать, что верховная власть будетъ имѣть возможность входить въ подробное и внимательное разсмотрѣніе каждаго отдѣльнаго дѣла. Если же примириться съ тѣмъ, что верховная власть въ этихъ случаяхъ будетъ ограничиваться санкціонированіемъ мнѣнія суда, дающаго ходатайству движеніе, то обращеніе къ ней получаетъ значеніе чистой формальности, несовмѣстимой, разумѣется, съ высокимъ понятіемъ „о монаршемъ милосердіи“.

А вмѣстѣ съ тѣмъ, несомнѣнно, расшатывается принципъ законности. Исключенія, какъ говорятъ, подтверждаютъ правила, но чрезмѣрное обиліе исключеній, постоянное ихъ повтореніе—конечно, затемняетъ смыслъ и ослабляетъ силу правила. Общество, къ тому

[1]) См. по этому поводу К. Ф. Хартулари, Право суда и помилованія, какъ прерогативы россійской державности, ч. 1-ая, стр. 92 сл.

же, не знаетъ и не видитъ мотивовъ этихъ исключеній, оно является свидѣтелемъ ихъ чисто-внѣшнихъ выраженій. Оно постепенно пріучается къ представленію, что судьба признаннаго виновника преступленія находится въ зависимости не отъ власти подзаконной, обязанной примѣнить законъ, а отъ власти, творящей законъ и всегда могущей стать выше его. Если же вспомнить возможность и даже неизбѣжность ошибокъ по существу, несправедливостей матеріальныхъ и формальныхъ,—то неудобства и опасность постояннаго обращенія къ верховной власти станутъ еще очевиднѣе.

Если приведенныя соображенія справедливы,—и предоставленіе присяжнымъ права возбуждать ходатайства о помилованіи не только не можетъ быть признано панацеею противъ ошибочныхъ оправдательныхъ вердиктовъ, но является ходомъ назадъ во всѣхъ отношеніяхъ,—то, спрашивается, что же дѣлать?

Мы уже указали въ началѣ нашей статьи, что юридическая мысль уже сдѣлала многое въ смыслѣ устраненія тѣхъ недостатковъ, которые выражаются, между прочимъ, въ невѣрныхъ оправдательныхъ рѣшеніяхъ присяжныхъ.

Улучшеніе предварительнаго слѣдствія и процедуры преданія суду, болѣе правильное веденіе и составленіе списковъ присяжныхъ, усовершенствованіе процессуальныхъ порядковъ въ самыхъ различныхъ отношеніяхъ,—все это естественно и непремѣнно подниметъ качество присяжной юстиціи. Прогрессъ матеріальнаго уголовнаго законодательства сыграетъ въ этомъ отношеніи еще болѣе замѣтную роль, что давно уже указано и всѣми признано. Введеніе новаго уголовнаго уложенія благотворно отразится и на судѣ присяжныхъ,—въ этомъ мы глубоко убѣждены. Но первенствующее, главнѣйшее значеніе принадлежитъ здѣсь другому условію: укрѣпленію чувства законности въ средѣ того общества, изъ котораго вербуются судьи совѣсти,—чувства, которое, какъ прекрасно и сильно высказано въ Высочайшемъ указѣ 22 марта объ утвержденіи уголовнаго уложенія, „должно быть постояннымъ руководителемъ каждаго, какъ отдѣльно, въ кругу личной его дѣятельности, такъ и въ совокуп-

номъ составѣ сословій и обществъ". Развитое чувство законности не можетъ „насиловать совѣсть", разъ послѣдняя добровольно и убѣжденно ему подчиняется. Всякаго же судью проведеніе различій, по существу немыслимыхъ, между законностью „строгой" и нестрогой приближаетъ къ банкротству законности вообще. „Чѣмъ болѣе законности въ жизни, въ судѣ, въ дѣятельности прокуратуры и администраціи", говоритъ проф. Фойницкій „тѣмъ болѣе ея и въ дѣятельности присяжныхъ засѣдателей". Всемѣрное развитіе этой законности, будучи панацеею противъ неправды, пристрастія и произвола въ любой сферѣ государственной и общественной дѣятельности, создастъ ту атмосферу, въ которой и отправленіе правосудія можетъ наиболѣе приблизиться къ идеалу.

IN FAVOREM ACCUSATIONIS.

(по поводу д. Хазановыхъ, обвинявшихся въ поджогѣ).

Тяжелое чувство вызываютъ отчеты о засѣданіи III отдѣленія уголовнаго кассаціоннаго департамента, отмѣнившаго оправдательное рѣшеніе присяжныхъ засѣдателей по дѣлу Лесевицкаго, обвинявшагося въ убійствѣ Бантыша, и оставившаго безъ послѣдствій кассаціонную жалобу Хазанова, признаннаго рѣшеніемъ присяжныхъ виновнымъ въ поджогѣ. Никогда еще мы не встрѣчали такого явнаго и рѣшительнаго отступленія отъ принциповъ кассаціоннаго разбирательства; никогда еще „существо дѣла“ не проглядывало съ такой откровенностью изъ-подъ дыряваго плаща, сотканнаго псевдо-кассаціоннымп соображеніями. Остается на этомъ пути сдѣлать еще только одинъ дальнѣйшій шагъ: вовсе отмѣнить 912 ст. уст. уг. суд. и всѣ вытекающія изъ нея постановленія, предоставивъ Сенату по своему усмотрѣнію, руководимому представленіями общественнаго интереса, отмѣнять или утверждать рѣшенія присяжныхъ, въ зависимости отъ того, какое рѣшеніе признано будетъ со стороны Сената желательнымъ — оправдательное или обвинительное. Съ открытымъ принятіемъ такого порядка у насъ окажется совершенно новая форма, „кассаціоннаго“ суда, суда „in favorem accusationis“, изобрѣтеніе которой всецѣло будетъ принадлежать современной сенатской практикѣ.

Мы ничуть не преувеличиваемъ. Достаточно самаго бѣглаго просмотра обоихъ отчетовъ для того, чтобы убѣдиться въ справедливости нашихъ словъ. Въ обратной пропорціи тому, какъ въ дѣлѣ Хазановыхъ несомнѣннѣйшіе, вопіющіе поводы къ кассаціи, значеніе коихъ безусловно признано въ заключеніи прокуратуры,

умалены, сведены на нѣтъ, въ дѣлѣ Лесевицкаго, противно правилу ex nihilo nihil fit, мнимое и во всякомъ случаѣ имѣющее чисто формальный характеръ нарушеніе раздуто въ существенный поводъ, повлекшій за собою отмѣну рѣшенія присяжныхъ засѣдателей.

Отношеніе Сената къ кассаціоннымъ поводамъ, въ дѣлѣ Хазановыхъ, не требуетъ, думается намъ, пространныхъ комментаріевъ. Существенность этихъ поводовъ достаточно рельефно и убѣдительно выставлена въ рѣчи товарища об. прокурора В. Д. Шидловскаго. Одинъ изъ нихъ—распущеніе прис. засѣдателей по домамъ для ночлега—является прямымъ нарушеніемъ ст. 616 у. у. с. Мы не касаемся здѣсь ни циркуляра угол. касс. департамента 1873 года, категорически требующаго оставленія присяжныхъ для ночлега въ зданіи суда при слушаніи дѣла о такомъ преступленіи, которое влечетъ по закону одно изъ уголовныхъ наказаній (Хазановъ приговоренъ къ восьмилѣтней каторгѣ), ни сенатской практики по ст. 616. Несомнѣнно, что обвиненіе въ поджогѣ, при такихъ условіяхъ, которыя имѣли мѣсто въ данномъ случаѣ, есть дѣло особенной важности, и ст. 616, поэтому, нарушена,—притомъ безъ всякой мотивировки. Могло ли это нарушеніе отозваться на безпристрастіи присяжныхъ?

Если принять во вниманіе тѣ данныя, которыя приведены въ жалобѣ и остались неопровергнутыми, приходится отвѣтить: да, могло. Присяжные могли подпасть вліянію лицъ, враждебныхъ подсудимымъ или одному изъ послѣднихъ: такія лица, безъ сомнѣнія, существовали въ виду принадлежности подсудимыхъ къ еврейской семьѣ Хазановыхъ, съ которой враждовали мѣщане города Порѣчья. Суду эта вражда была извѣстна, равно какъ и то обстоятельство, что четверо изъ числа присяжныхъ (въ томъ числѣ и старшина) принадлежали къ мѣщанамъ города Порѣчья. Судъ не принялъ мѣры къ огражденію присяжныхъ при такихъ обстоятельствахъ, при наличности которыхъ соблюденіе судомъ указанной обязанности являлось необходимымъ условіемъ, гарантирующимъ безпристрастіе и независимость присяжныхъ. Еще до разбора дѣла судъ

отвергъ ходатайство подсудимыхъ о переносѣ разбирательства изъ Порѣчья въ другой уѣздный городъ, опиравшееся на констатированную вражду мѣстнаго населенія къ Хазановымъ. Уже одно указанное обстоятельство обязывало судъ принять, по крайней мѣрѣ, всѣ мѣры къ тому, чтобы устранить возможность подпаденія присяжныхъ подъ вліяніе этой вражды. Судъ этого не сдѣлалъ.

Таковъ первый поводъ, и значеніе его должно быть признано само по себѣ рѣшающимъ, если не смотрѣть на него сквозь призму обвинительнаго рѣшенія, пользующагося въ качествѣ такового особой неприкосновенностью. Но что сказать о другомъ поводѣ? Обвинитель, не остановленный предсѣдателемъ, позволилъ себѣ употребить слѣдующія выраженія, подлинность которыхъ удостовѣрена постановленіемъ суда: „я раздѣляю негодованіе мѣстнаго общества и удивляюсь только хладнокровію мѣстныхъ жителей, которые во время пожара не бросили Хазановыхъ въ огонь; на Кавказѣ это непремѣнно сдѣлали бы, и гг. присяжнымъ засѣдателямъ не пришлось бы разрѣшать дѣло о поджогѣ“. Признаемся: намъ еще никогда не приходилось встрѣчать въ рѣчахъ государственнаго обвинителя подобныхъ наивно башибузукскихъ призывовъ къ суду Линча. Они нашли себѣ достойную оцѣнку въ заключеніи В. Д. Шидловскаго, съ грустью констатировавшаго, что офиціальный представитель обвиненія высказывалъ сочувствіе самосуду толпы, предвосхищалъ наказуемость лицъ, еще по суду не осужденныхъ. Съ своей стороны, кассаторъ вполнѣ правильно указываетъ на то, что такое одобреніе самосуда должно было имѣть „гибельное для подсудимаго вліяніе на присяжныхъ засѣдателей, людей темныхъ, для которыхъ слова прокурора, сидящаго за судейскимъ столомъ, облеченнаго въ мундиръ, имѣютъ особую авторитетность“. Гдѣ-нибудь въ столицѣ, передъ интеллигентнымъ составомъ присяжныхъ такое злоупотребленіе правомъ обвиненія, будь оно допущено, имѣло бы, конечно, совсѣмъ иной результатъ: оно бы оказало огромную услугу подсудимымъ. Но въ глухой провинціи, да еще въ такомъ мѣстѣ, гдѣ особенно сильна племенная

вражда, легко можно себѣ представить, на какую благодарную почву должны были падать эти ядовитыя зерна...

Какъ же отнесся Сенатъ къ этому небывалому и невѣроятному нарушенію не только „добрыхъ обычаевъ судебной магистратуры“ [1]), но и прямыхъ велѣній закона, устанавливающихъ въ ст. 739 уст. уг. суд. настоящій „этическій минимумъ“, соблюденіе котораго должно быть неуклонно требуемо отъ прокуратуры.

Очень просто: и волки будутъ сыты, и овцы цѣлы. Какъ ни ослѣпителенъ блескъ обвинительнаго рѣшенія, въ немъ не можетъ потонуть печальный образъ государственнаго обвинителя, идеализующаго нравы и понятія Кавказскихъ горцевъ. О дѣйствіяхъ названнаго лица постановлено довести до свѣдѣнія министра юстиціи. Принеся эту искупительную жертву, Сенатъ счелъ возможнымъ по поводу самаго вердикта умыть себѣ руки, признавъ всѣ поводы несущественными,—признавъ, такимъ образомъ, что дѣйствія тов. прокурора предосудительны въ отношеніи служебномъ и должны отразиться на его карьерѣ, но безразличны по послѣдствіямъ судебнымъ и по тому, какъ они отразились на судьбѣ подсудимаго. Изумительное противорѣчіе!.. И какое трагическое освѣщеніе оно получаетъ, если вспомнить, что не далѣе какъ весною текущаго года Сенатъ кассировалъ приговоръ по одному извѣстному и громкому дѣлу на томъ основаніи, что прокуроръ, въ теченіе своей рѣчи, былъ на нѣсколько минутъ прерванъ предсѣдателемъ, а перерывъ, по словамъ оберъ-прокурора Случевскаго, „ослабляетъ силу доводовъ и выводовъ, смущаетъ говорящаго, мѣшаетъ непрерывности мысли и слова“ [2]). Правда, то былъ вердиктъ оправдательный...

---

[1]) Выраженіе товарища об.-прокурора въ его заключеніи

[2]) См. „Право“, № 22, стр. 1111.

Возобновимо ли дѣло Тальмы?

Съ пристальнымъ вниманіемъ слѣдило русское образованное общество за всѣми перипетіями процесса Карповыхъ и съ разными чувствами встрѣтило неожиданное его разрѣшеніе. Всѣ подробности этого громкаго дѣла хорошо извѣстны,—останавливаться на нихъ мы, поэтому, не будемъ,—коснемся только тѣхъ общихъ вопросовъ и тревожныхъ сомнѣній, которыя вызываются всей постановкой процесса и вытекаютъ изъ его результатовъ.

Вопросы эти, въ сущности, сводятся къ одному: оставилъ ли оправдательный приговоръ по обвиненію А. Карпова въ убійствѣ какую-либо возможность возобновленія процесса Тальмы, осужденнаго за это убійство въ 1895 г. и отбывающаго назначенное ему наказаніе? Вопросъ этотъ возникаетъ въ умѣ каждаго, формулируясь такъ: Что же будетъ теперь съ Тальмой? и разрѣшается весьма различно. Въ общей печати преобладаетъ, повидимому, мнѣніе, что если и исключено примѣненіе 1 п. 935 ст. у. у. с., то остается возможность призвать на помощь 2-ой пунктъ указанной статьи, говорящій объ „открытіи доказательствъ невинности осужденнаго". Въ средѣ же спеціалистовъ-практиковъ, наоборотъ, господствуетъ, насколько мы могли убѣдиться, противоположное воззрѣніе, согласно которому приговоръ по дѣлу Карпова не только исключилъ возможность пересмотра дѣла Тальмы, но даже косвенно подтвердилъ правильность осужденія этого послѣдняго. Было бы крайне печально,

думаемъ мы, еслибы перевѣсъ остался за вторымъ мнѣніемъ:—но намъ не удалось до сихъ поръ найти у сторонниковъ перваго достаточно убѣдительной его мотивировки. Между тѣмъ, безъ такой мотивировки останутся, конечно, безплодными стремленія еще разъ провѣрить вопросъ о виновности Тальмы,—какъ бы гуманны ни были эти стремленія и какъ ни подавляюща мысль о возможности отбыванія многолѣтней каторги лицомъ невиннымъ.

Если помимо всякихъ постороннихъ соображеній, процессуальныхъ тонкостей, предвзятыхъ мнѣній и теоретическихъ разсужденій просто и прямо взглянуть на происшедшіе факты—получается впечатлѣніе чего-то чудовищнаго по своей нелѣпости. Съ одной стороны мы видимъ—осужденъ человѣкъ, привлеченіе котораго въ качествѣ обвиняемаго и преданіе суду не опиралось ни на одну твердую улику—даже косвенную. Читая обвинительный актъ по дѣлу Тальмы, только дивишься и ужасаешься тому, какъ мало можетъ быть гарантій противъ губительныхъ ударовъ уголовной юстиціи въ случаѣ ошибочнаго ея направленія съ самаго начала. Вѣдь у Тальмы при такомъ направленіи было только два способа показать свою невиновность: или установить свое alibi, или же отыскать истиннаго виновника. Подозрѣніе противъ Тальмы возникло, судя по обвинит. акту, главнымъ образомъ, по тѣмъ основаніямъ, что, во 1-хъ, въ обстановкѣ, при которой совершено преступленіе, оно могло быть учинено только лицомъ, близко стоявшимъ къ убитымъ и имѣвшимъ доступъ въ квартиру Болдыревой во всякое время дня и ночи, такъ какъ это лицо, *какъ предполагалось*, было впущено въ квартиру Болдыревой около двухъ часовъ ночи на 28 марта 1894 года; во 2-хъ, что преступникъ былъ знакомъ съ домашней обстановкой убитыхъ и хорошо зналъ хранилища Болдыревой съ деньгами и другими цѣнными вещами, ибо, кромѣ двухъ колецъ, всѣ деньги и вещи оказались похищенными; въ 3-хъ, что данными предварительнаго слѣдствія установлено было, что такимъ близкимъ лицомъ къ убитымъ былъ проживавшій въ одномъ дворѣ съ нимъ родственникъ Болдыревой А. Л. Тальма; въ 4-хъ, что послѣднее предъ убійствомъ время покойная Болдырева, подъ предлогомъ помѣщенія капитала подъ вы-

годные залоги, завладѣла большей частью состоянія, принадлежавшаго женѣ г. Тальма, надъ которой онъ былъ попечителемъ, и, сосредоточивъ все хозяйство въ своихъ рукахъ, тѣмъ поставила его въ положеніе матеріальной необезпеченности; въ 5-хъ, что по поводу всего этого между Болдыревой и Тальма стали происходить ссоры и одна крупная ссора была незадолго до убійства, и въ 6-хъ, что покойная Болдырева, открыто выражая свое неудовольствіе на Тальму, чтобы избавиться отъ сожительства съ нимъ на одномъ дворѣ, искала случая купить себѣ домъ. Слѣдуетъ замѣтить при этомъ, что ни одного изъ похищенныхъ предметовъ у Тальмы не оказалось; — что единственныя лица, которыя могли бы удостовѣрить его непрерывное пребываніе у себя дома въ теченіе всей ночи, — его прислуга, — удостовѣряла это обстоятельство; что послѣдующія событія доказали возможность проникновенія въ домъ Болдыревой не чрезъ двери. Безвыходность и трагизмъ положенія Тальмы — если на минуту предположить его невиновность — заключались въ томъ, что всѣ вышеприведенные доводы *исключали возможность* всякаго опроверженія съ его стороны. Конечно, онъ долженъ былъ тоже признать, что убійца былъ впущенъ къ Болдыревой, и долженъ былъ недоумѣвать передъ этимъ фактомъ; что же касается причихъ пунктовъ, то отрицать ихъ онъ не могъ Вѣдь въ самомъ дѣлѣ, онъ былъ близокъ къ Болдыревой, ссорился съ нею, она притѣсняла его и проч. Противъ этихъ утвержденій онъ и не могъ ничего возразить. И выходитъ, какъ будто Тальма осужденъ не за убійство, котораго онъ, быть можетъ, и не совершалъ, а за „всю Болдыревщину“, какъ выразилась одна газета. Въ этомъ смыслѣ, правда, ему отчасти пришлось расплатиться и за чужіе грѣхи.

Обратимся теперь къ Карпову и спросимъ: еслибы тѣ обстоятельства, которыя въ прошломъ году *случайно* (подчеркиваемъ это) обнаружились и повлекли за собою сознаніе А. Карпова и преданіе его суду, — еслибы обстоятельства эти сдѣлались извѣстными тогда же, въ 1894—5 гг., есть ли хоть тѣнь вѣроятія, чтобы былъ тогда — не говорю осужденъ, — а привлеченъ Тальма? Возможно ли допустить такое всесильное господство предвзятой мысли, чтобы изъ

двухъ лицъ, изъ коихъ одно взято съ поличнымъ, признается и подробно и вполнѣ правдоподобно рисуетъ картину преступленія, а другое не имѣетъ противъ себя ни одной улики,—выбрать второе? Отвѣтъ для насъ несомнѣненъ. Если Тальма былъ заподозрѣнъ только потому, что некому другому было убивать Болдыреву.—разъ это другое лицо явилось, Тальму бы оставили въ покоѣ.

Слѣдуетъ, правда, упомянуть еще объ одномъ обстоятельствѣ: „вся Пенза“ знала, что убилъ Болдыреву Тальма. Говорили это уже тогда, когда Тальма только-что былъ осужденъ; эхо этого зловѣщаго утвержденія прозвучало теперь въ дѣлѣ Карпова, въ показаніи одного изъ свидѣтелей. Придавать значеніе такому общераспространенному убѣжденію можно и должно только въ одномъ отношеніи: наличностью его абсолютно исключалась всякая возможность правильнаго рѣшенія дѣла—сперва Тальмы, а потомъ и Карпова, въ Пензѣ, и обусловливалась прямая необходимость примѣненія 248 ст. у. у. с., т. е. перенесенія дѣла въ другой судебный округъ. Видѣть же какую бы то ни было доказательную силу въ этомъ убѣжденіи „всей Пензы“ можно только въ томъ случаѣ, если провинціальныя сплетни и пересуды возводить на степень доказательствъ. Вспомнимъ, что „весь Скотопригоньевскъ“ былъ безусловно убѣжденъ въ виновности Дмитрія Карамазова.

Но допустимъ, что несмотря на обнаруженіе обстоятельствъ, уличающихъ Карпова, подозрѣнія противъ Тальмы остались бы въ силѣ. Въ такомъ случаѣ предстояла бы необходимость установить какую-нибудь связь между этими двумя лицами, пришлось бы отыскивать и раскрывать соглашеніе между ними, и только такимъ образомъ придя къ убѣжденію, что и Тальма, и Карповъ причастны къ убійству, можно было бы ихъ обоихъ посадить на скамью подсудимыхъ.

Въ какомъ же отношеніи мѣняются всѣ эти предположенія теперь, когда вопросъ о виновности Карпова возбужденъ послѣ осужденія Тальмы? Намъ кажется, что и теперь, какъ и тогда, обстоятельства, уличающія Карпова, будь они достовѣрны, либо исключаютъ виновность Тальмы, либо обусловливаютъ необходимость выясненія

совиновности Карпова и Тальмы. Такимъ образомъ, все сводится къ тому, достовѣрны ли эти обстоятельства, или нѣтъ. И вотъ, основная ошибка заключается въ томъ, что признаніе или отрицаніе этой достовѣрности рѣшено было усмотрѣть въ обвинительномъ или оправдательномъ вердиктѣ присяжныхъ, судившихъ Карпова.

Такимъ образомъ, получилась такая картина: Тальма осужденъ на основаніи такихъ данныхъ, которыя прямо его не уличали; обнаруживается рядъ фактовъ, легшихъ въ основаніе обвинит. акта и побудившихъ прокуратуру привлечь также отца Карпова по обвиненію въ убійствѣ,—фактовъ дѣйствительно подавляющихъ своею убѣдительностью. Если бы теперь въ этой стадіи процесса, обвиняемые бы умерли или вообще случилось бы что-нибудь такое, что воспрепятствовало бы дальнѣйшему теченію дѣла,—едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что Тальма имѣлъ бы полное право просить о возобновленіи своего дѣла, на основаніи 2 п. ст. 935 у. у. с., говорящаго объ „открытіи доказательствъ невинности осужденнаго“. Для этого ему стоило бы сослаться на то, что обстоятельства, уличающія Карповыхъ, признаны настолько достовѣрными, что ихъ можно было занести въ обвинит. актъ, въ которомъ, согласно 520 ст. у. у. с., означаются не одни лишь предположенія или догадки, а „сущность доказательствъ и уликъ, собранныхъ по дѣлу, противъ обвиняемаго“.

Въ подтвержденіе нашего мнѣнія позволяемъ себѣ привести слова Буцковскаго („Очерки судебныхъ порядковъ“, стр. 600—601). „Понятно, говоритъ онъ, что всякій актъ судебной власти, а тѣмъ болѣе такой важный актъ, какъ разрѣшеніе пересмотрѣть приговоръ, вошедшій въ законную силу, долженъ основываться на фактахъ, признанныхъ судомъ дѣйствительными. Но для признанія дѣйствительности фактовъ не всегда требуется выполненіе всѣхъ тѣхъ формъ и обрядовъ судопроизводства, которые установлены для уголовнаго преслѣдованія обвиняемаго въ преступленіи или проступкѣ... Прекращеніе уголовнаго преслѣдованія допускается по разсмотрѣніи судомъ одного предварительнаго слѣдствія, безъ дальнѣйшихъ судебныхъ дѣйствій. Быть можетъ, что по нѣкоторымъ прекращен-

нымъ дѣламъ, еслибы они продолжались, было бы достигнуто на судѣ изобличеніе и осужденіе обвиняемаго; но когда шансы оправданія далеко превосходятъ шансы осужденія, то самое уважительное человѣколюбіе предписываетъ не томить обвиняемаго въ видахъ невѣроятнаго осужденія его, а довольствоваться лишь вѣроятностью его невинности. Поэтому основаніемъ къ возобновленію дѣла, рѣшеннаго обвинит. приговоромъ, когда вновь открывшіяся обстоятельства доказываютъ лишь ошибочное осужденіе, или отягощеніе участи обвиняемаго, безъ всякаго на то вліянія какихъ-либо преступныхъ дѣйствій, можетъ служить одна повѣрка судомъ новыхъ обстоятельствъ, по надлежащемъ ихъ изслѣдованіи, но безъ постановленія по нимъ приговора". И Буцковскій заканчиваетъ слѣдующими благородными и гуманными словами: „Въ видахъ человѣколюбія, согласныхъ и съ понятіемъ справедливости, достаточно одной судебной вѣроятности, что осужденный страдаетъ безвинно или свыше мѣры имъ содѣяннаго, чтобы пріостановить дѣйствіе вѣроятно-несправедливаго приговора и удостовѣриться вновь въ его основательности".

Изъ всего приведеннаго мы считаемъ возможнымъ сдѣлать такой выводъ, представляющійся намъ безспорнымъ:

Одновременно съ представленіемъ обвинительнаго акта касательно Карповыхъ, прокуратура не только имѣла право, но была обязана обратиться въ уголовный кассаціонный департаментъ съ представленіемъ о возобновленіи дѣла Тальмы. Не сдѣлавъ этого, она какъ будто вовсе упустила изъ виду 2-ой пунктъ 935 ст., была загипнотизована 1-мъ пунктомъ этой статьи, ожидала обвинит. приговора для Карповыхъ и полагала, что интересы осужденнаго, быть-можетъ невинно Тальмы должны быть охраняемы только имъ самимъ и его родственниками: прокуратуры они не касаются.—Въ своихъ предположеніяхъ прокуратура, какъ извѣстно, ошиблась. Прежде всего, обвиненіе отца Карпова было устранено палатой,—и разумѣется, поддержаніе этого обвиненія на судѣ въ маскирующей формѣ гипотезы нельзя не счесть прямымъ нарушеніемъ прокуратурой своихъ обязанностей,—притомъ, такимъ нарушеніемъ, которое должно было совершенно сбить съ толку присяжныхъ засѣдателей, незнакомыхъ съ

процедурой преданія суду, съ условіями предъявленія обвинит. акта и т. п. Далѣе, оправданіе А. Карпова въ убійствѣ устранило возможность ссылки на 1 п. 935 ст. у. у. с.,—ссылки безспорной и вызывающей безусловную необходимость пересмотра дѣла Тальмы. Но устранена ли возможность примѣненія 2 пункта? Думаемъ, что вышеизложенныя разсужденія даютъ намъ право отвѣтить на этотъ вопросъ отрицательно.

Нельзя же въ самомъ дѣлѣ становиться на такую точку зрѣнія, что рѣшеніе присяжныхъ засѣдателей, провозгласившихъ невиновность Карпова, само по себѣ устраняетъ всѣ тѣ факты, которые вызвали преданіе суду, и которые достаточны для пересмотра дѣла Тальмы. Мало того: насколько извѣстно, ни одинъ изъ этихъ фактовъ не былъ опровергнутъ судебнымъ слѣдствіемъ; всѣ они остаются и теперь нетронутыми. Вотъ еслибы было доказано, что сознаніе Карпова опровергается другими данными, или еслибы напали на малѣйшій слѣдъ подкупа,—тогда другое дѣло. Но ничего подобнаго нѣтъ; есть только немотивированный отвѣтъ: нѣтъ, невиновенъ. Видѣть въ этомъ отвѣтѣ рѣшеніе одновременно и участи Тальмы—значитъ забывать о возможности существованія тысячи условій, при которыхъ присяжные могли оправдать Карпова, придавая вѣру его сознанію, но считая это сознаніе неполнымъ. Въ особенности напрашивается это предположеніе въ виду двусмысленной роли, сыгранной обвинителемъ по отношенію къ Ивану Карпову, котораго онъ одновременно и обвинялъ и не обвинялъ. При этомъ нельзя забывать, что Карповы признаны виновными въ укрывательствѣ,—и такъ какъ нѣтъ ни малѣйшаго намека на то, чтобы они укрывали Тальму, и самое предположеніе такой связи между Тальмой и Карповыми—абсолютно неправдоподобно,—то и нельзя объяснять вердиктъ указаннымъ предположеніемъ.

И мы полагаемъ, что если въ уголовный кассаціонный департаментъ поступитъ просьба о возобновленіи дѣла Тальмы на основаніи фактовъ, выяснившихся по дѣлу Карпова, послужившихъ матеріаломъ для обвинительнаго акта противъ послѣдняго, провѣренныхъ и неопровергнутыхъ судебнымъ слѣдствіемъ, то едва ли достаточно для

отказа въ этой просьбѣ—указанія на вердиктъ присяжныхъ. Словомъ сказать, судьба Тальмы зависитъ не отъ виновности или невиновности Карпова, а отъ доказанной достовѣрности или недостовѣрности раскрытыхъ Карповымъ обстоятельствъ. Вердиктъ же присяжныхъ не находится въ необходимой связи съ этой достовѣрностью или недостовѣрностью.

Такъ какъ дѣло Карпова насъ интересуетъ главнымъ образомъ въ смыслѣ его вліянія на судьбу Тальмы, то мы и не станемъ здѣсь разбирать вопросъ о томъ, чѣмъ объясняется вердиктъ присяжныхъ. По этому поводу въ печати было высказано не мало догадокъ; наиболѣе правдоподобной намъ кажется та, согласно которой присяжные пришли къ убѣжденію, что главный виновникъ Иванъ Карповъ, — а сынъ взялъ его вину на себя. Что же касается до возможности подкупа Карповыхъ Тальмой или его родственниками, то совершенная нелѣпость такого предположенія очевидна. Вѣдь въ самомъ дѣлѣ рождается сейчасъ же вопросъ: когда былъ совершенъ подкупъ? Если въ 1894 году, то почему Карповы такъ долго молчали и почему нужно было такое роковое сцѣпленіе случайностей, которое завершилось признаніемъ Карпова? Если же они подкуплены теперь, недавно, то какъ объяснить нахожденіе у нихъ съ 1894 года тѣхъ самыхъ облигацій, которыя были похищены при убійствѣ Болдыревой? Впрочемъ, повторяемъ, среди всѣхъ догадокъ и объясненій мысль о подкупѣ, повидимому, никому не казалась хоть сколько-нибудь правдоподобной. Въ этомъ отношеніи можно лишь повторить слова одного изъ представителей гражданскаго иска,воскликнувшаго: „Неужели, не будучи магомъ и кудесникомъ, можно было заставить разыграть ту драму, которая прошла передъ нами?“

Не будемъ также говорить о тѣхъ многочисленныхъ ошибкахъ и оплошностяхъ, которыми богатъ процессъ Карпова. Одна изъ нихъ уже нами отмѣчена: это странная роль прокуратуры въ отношеніи къ обвиненію Ив. Карпова. Другая, въ которой уже повинна защита, — это непринятіе никакихъ мѣръ къ вызову въ качествѣ свидѣтеля осужденнаго Тальмы. На судѣ, какъ извѣстно, послѣдовало ходатайство защиты о прочтеніи показанія осужденнаго А. Тальмы, справе-

дливо отклоненное судомъ на томъ основаніи, что „1) нельзя признать, чтобы подсудимый Карповъ дѣйствовалъ совмѣстно съ Тальмой, и 2) что *защита могла вызвать Тальму въ качествѣ свидѣтеля, а она этого не сдѣлала*“.

Будемъ же надѣяться, что удастся въ концѣ концовъ разсѣять тотъ зловѣщій мракъ, которымъ до сихъ поръ,—теперь уже менѣе, чѣмъ въ 1894—5 гг.,—окутано убійство Болдыревой; будемъ думать, что тѣмъ, кто призванъ вторично рѣшать участь Тальмы,—болѣе чѣмъ кому-либо невыносима мысль о возможности отбыванія каторги лицомъ невиннымъ... [1])

---

[1]) Какъ извѣстно, дѣло Тальмы возобновлено не было. Онъ былъ помилованъ.

Вопросы, возникшіе при примѣненіи закона 2 іюня 1897 г., и разъясненія, преподанныя Прав. Сенатомъ

(Сборникъ, 1898 г., № 25).

Законъ 2 іюня 1897 г.—о судопроизводствѣ по преступленіямъ несовершеннолѣтнихъ и о ихъ наказуемости—вызванъ былъ мотивами карательной политики, среди которыхъ первое мѣсто занимало соображеніе о непригодности мѣръ наказанія, примѣняемыхъ къ этимъ лицамъ, и о желательности замѣны ихъ мѣрами воспитательно-исправительными. На-ряду съ этимъ было обращено вниманіе и на необходимость внесенія нѣкоторыхъ процессуальныхъ измѣненій, направленныхъ съ одной стороны къ упрощенію сложныхъ формъ существовавшаго порядка суда надъ малолѣтними и несовершеннолѣтними, „съ его торжественностью и публичностью“, а съ другой—къ созданію новыхъ гарантій для подсудимыхъ (двукратное разсмотрѣніе вопроса о разумѣніи, особыя мѣры пресѣченія, обязательная защита и др.). Выработанныя согласно указаннымъ основнымъ идеямъ предположенія министерства юстиціи, предварительно разсмотрѣнія ихъ соединенными департаментами Государственнаго Совѣта, подверглись внимательному обсужденію и детальной критикѣ особаго совѣщанія, образованнаго въ средѣ Государственнаго Совѣта. Они прошли, такимъ образомъ, черезъ цѣлыхъ три инстанціи (особое совѣщаніе, соединенные департаменты, общее собраніе Государственнаго Совѣта), прежде чѣмъ принять окончательную форму, въ которой послѣдовало ихъ утвержденіе. Можно было ожидать, что такое тщательное отношеніе къ процессу созданія новаго закона

обезпечитъ его ясность и полноту, предохранитъ его будущихъ исполнителей отъ сомнѣній и колебаній и предоставитъ имъ возможность свободнаго осуществленія гуманной мысли, положенной въ его основаніе. Но на дѣлѣ оказалось не то, и первые опыты примѣненія закона 2 іюня, судя по безчисленнымъ заявленіямъ судебныхъ дѣятелей, чреваты затрудненіями, часто безвыходными. Обнаружились неясности и пробѣлы, несогласованность новыхъ постановленій какъ между собою, такъ и со старыми, сохранившими свое дѣйствіе,— и уже понадобились обширныя разъясненія Сената для разрѣшенія возникшихъ вопросовъ. При этомъ было бы ошибочно полагать, что отнынѣ устранены всѣ преграды къ неуклонному проведенію въ жизнь намѣреній, руководившихъ создателями новаго закона. Во-первыхъ, не всѣ недостатки могли быть исправлены въ порядкѣ толкованія; далѣе, самыя разъясненія Сената еще не подверглись опыту практики; наконецъ, и это главное,—законъ 2 іюня попрежнему остается висящимъ на воздухѣ, такъ какъ установленныя имъ воспитательно-исправительныя мѣры попрежнему имѣютъ характеръ благочестивыхъ пожеланій, исполненіе коихъ принадлежитъ отдаленному будущему.

Мѣры эти, какъ извѣстно, суть слѣдующія: отдача въ исправительные пріюты, либо колоніи для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ; заключеніе въ особыхъ помѣщеніяхъ, устроенныхъ для несовершеннолѣтнихъ при тюрьмахъ или домахъ для арестуемыхъ по приговорамъ мировыхъ судей; заключеніе въ монастыряхъ; отдача несовершеннолѣтнихъ подъ отвѣтственный надзоръ или ихъ родителямъ, или лицамъ, на попеченіи коихъ они состоятъ, или другимъ благонадежнымъ лицамъ, изъявившимъ на то согласіе. Первая изъ указанныхъ мѣръ чаще всего должна находить себѣ примѣненіе.

Что же оказывается на дѣлѣ? Мы не ошибемся, если скажемъ, что лишь ничтожнѣйшій процентъ несовершеннолѣтнихъ преступниковъ попадаетъ въ исправительные пріюты, что и остальныя мѣры остаются главнымъ образомъ на бумагѣ, и что фактически все остается по старому. О причинахъ такого явленія краснорѣчиво свидѣтельствуютъ судебные дѣятели.

Въ С.-Петербургской губерніи имѣется одна колонія для мальчиковъ не старше 14-ти лѣтъ и одинъ исправительно-воспитательный пріютъ; въ округѣ Смоленскаго окр. суда имѣется одинъ исправительный пріютъ для мальчиковъ; по одному пріюту имѣется также въ Донской области, въ Симбирской губерніи, въ Одессѣ, въ Кіевской губерніи (съ 3,5 милл. жит.), въ Варшавскомъ округѣ, во всемъ Закавказскомъ краѣ съ Сѣвернымъ Кавказомъ, не существуетъ вовсе ни пріютовъ, ни колоній во всемъ округѣ Виленской судебной палаты и въ округахъ двадцати восьми окружныхъ судовъ.

Не лучше обстоитъ дѣло съ особыми помѣщеніями при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ. Въ большинствѣ мѣстъ заключенія они отсутствуютъ, о чемъ свидѣтельствуютъ прокуроры и предсѣдатели двадцати пяти окружныхъ судовъ. Что касается помѣщенія въ монастыри, то примѣненіе этой мѣры вызываетъ разнообразнѣйшія затрудненія, зависящія и отъ немногочисленности монастырей, въ коихъ допущено помѣщеніе несовершеннолѣтнихъ, и отъ полной ихъ неприспособленности къ возлагаемой на нихъ дѣятельности, и отъ неимѣнія у нихъ средствъ матеріальныхъ на содержаніе заключаемыхъ. Вмѣстѣ въ тѣмъ, встрѣчаются многочисленныя указанія на то, что „монастырскіе порядки и нравы, въ особенности въ мужскихъ монастыряхъ, сами по себѣ не могутъ оказать на несовершеннолѣтняго преступника надлежащее воспитательное воздѣйствіе“, а по заключенію уголовныхъ отдѣленій одного изъ окружныхъ судовъ, „монастыри слѣдуетъ исключить изъ числа учрежденій, привлекаемыхъ къ заботѣ объ исправленіи малолѣтнихъ: они по свойству своего внутренняго распорядка врядъ ли представляютъ мѣста, пригодныя для перевоспитанія юношества“.

Наконецъ, мы находимъ массу у казаній на неблагонадежность и матеріальную необезпеченность родителей большинства несовершеннолѣтнихъ преступниковъ. „Отдача несовершеннолѣтнихъ обвиняемыхъ родителямъ ихъ или лицамъ, на попеченіи коихъ они состоятъ, возвращаетъ ихъ въ ту среду, гдѣ въ нихъ развились преступныя наклонности“.

Съ другой стороны, отысканіе постороннихъ благонадежныхъ лицъ представляетъ непредолимыя трудности. Замѣчаютъ, что „выраженная въ ст. 144[1] уст. нак угроза заставитъ многихъ лицъ отказаться отъ отвѣтственнаго надзора, ибо перспектива быть наказаннымъ за доброе дѣло не можетъ поощрить кого бы то ни было къ его совершенію“.

По поводу всѣхъ этихъ затрудненій, одинъ изъ судебныхъ дѣятелей замѣчаетъ, что они „указываютъ не на непригодность закона, а лишь на неприспособленность къ нему жизненныхъ условій, и требуютъ не исправленія гуманнаго и благодѣтельнаго закона, а созданія недостающихъ учрежденій: пріютовъ, колоній и патронатовъ для малолѣтнихъ“. Что недостатокъ въ этихъ учрежденіяхъ, съ появленіемъ закона 2 іюня, сталъ гораздо чувствительнѣе - въ этомъ нѣтъ, конечно, сомнѣній; также несомнѣнно и то, что новый законъ самъ по себѣ создаетъ для правительства обязанность озаботиться скорѣйшимъ устройствомъ воспитательно-исправительныхъ заведеній. Но только съ выполненіемъ этой задачи можно будетъ сдѣлать сколько-нибудь правильную оцѣнку новаго порядка

Чтобы заслужить названіе „благодѣтельнаго“ законъ долженъ, прежде всего, проявлять свое дѣйствіе; пока онъ остается мертвой буквой, о его гуманности и прочихъ достоинствахъ можно говорить, только имѣя въ виду поговорку: „de mortuis nil nisi bene“.

Въ области карательной политики меньше всего имѣютъ значенія благія намѣренія, широкіе планы: все зависитъ отъ практической постановки дѣла. Приспособлять „жизненныя условія“ къ закону—задача рѣдко осуществимая, и законъ, написанный безъ вниманія къ жизненнымъ условіямъ, по большей части окажется слабѣе ихъ.

Изъ сказаннаго ясно, что фактическая невозможность примѣненія во всемъ ихъ объемѣ постановленій новаго закона не могла сдѣлаться предметомъ разсмотрѣнія въ Сенатѣ, лишенномъ средствъ исправить подобный органическій порокъ. Въ резолюціяхъ по 18-ти

вопросамъ, къ которымъ сведены возникшія на практикѣ недоразумѣнія, Сенатъ имѣлъ дѣло преимущественно съ формальной стороной примѣненія закона 2 іюня, и лишь постольку имѣютъ значеніе его обстоятельныя разъясненія. Къ нимъ мы и перейдемъ.

Измѣненія, внесенныя новымъ закономъ въ уложеніе и уставъ о наказаніяхъ, подали поводъ лишь къ немногимъ сомнѣніямъ на практикѣ. Такъ, Сенату пришлось разрѣшить въ утвердительномъ смыслѣ вопросъ о примѣнимости установленныхъ для несовершеннолѣтнихъ въ ст. 6 и 11 уст. нак., 137 и 138 улож. о нак мѣръ къ тѣмъ лицамъ, которыя, совершивъ преступное дѣяніе въ возрастѣ, указанномъ въ этихъ статьяхъ, подлежатъ суду или послѣдствіямъ состоявшагося о нихъ судебнаго приговора по достиженіи ими 17-тилѣтняго возраста. Между тѣмъ, по справедливому указанію многихъ судебныхъ дѣятелей, такое требованіе невыполнимо. Отдача 18-тилѣтняго юноши подъ назоръ родителей—мѣра безполезная и странная; обращеніе же такого лица въ пріютъ или колонію, особое помѣщеніе при тюрьмѣ или же въ монастырь затрудняется тѣмъ, что по уставамъ исправительныхъ заведеній принимаются несовершеннолѣтніе не старше 16-ти лѣтъ и остаются они не долѣе 18-ти-лѣтняго возраста, а въ особыя помѣщенія и монастыри они заключаются также не долѣе, какъ до наступленія 18 лѣтъ. Такимъ образомъ, сенатская резолюція, ссылаясь на то обстоятельство, что законъ 2 іюня въ указанномъ отношеніи не внесъ никакихъ измѣненій въ существовавшія до его изданія правила, безупречная въ формальномъ своемъ основаніи, фактически не разрѣшаетъ вопроса.

Встрѣчаясь далѣе съ указаніями на неудобства, сопряженныя съ отдачей подъ отвѣтственный надзоръ и обусловленныя трудностью отысканія благонадежныхъ лицъ, а также частыми отказами отъ принятія подъ надзоръ, Сенатъ разъяснилъ, что мѣра эта примѣняется судомъ только въ томъ случаѣ, если такія благонадежныя лица у него имѣются въ виду,—въ противномъ же случаѣ, ни на судѣ, ни на исполнителяхъ приговора не лежитъ обязанность розысканія таковыхъ лицъ; что родители не имѣютъ права отказаться отъ надзора, такъ какъ и согласія ихъ не требуется, прочія же лица могутъ от-

казаться отъ надзора, даже и послѣ принятія его на себя, причемъ судъ передаетъ поднадзорнаго другимъ, имѣющимся въ виду, или же родителямъ.

Гораздо разнообразнѣе чисто-процессуальные вопросы, возбужденные примѣненіемъ новаго закона. Здѣсь нѣтъ почти ни одного нововведенія, которое бы не вызвало сомнѣній, критики; здѣсь сенатскія разъясненія въ особенности получаютъ практическую важность.

Среди указанныхъ нововведеній одно изъ главныхъ—постановка вопроса о разумѣніи въ первоначальный моментъ процесса, до преданія суду, въ распорядительномъ засѣданіи, съ вызовомъ родителей, свѣдущихъ людей и свидѣтелей. „Прежній порядокъ, говорятъ мотивы, порождалъ непроизводительную трату времени со стороны суда на судебныя разбирательства, часто заканчивающіяся отрицательнымъ рѣшеніемъ вопроса о разумѣніи; нерѣдко вызывалъ самыя тяжелыя чувства у присутствующей на судѣ публики, у присяжныхъ засѣдателей и самихъ судей...; заставлялъ подростковъ переживать состоянія, вовсе не соотвѣтствующія степени ихъ душевнаго развитія и вредящія ихъ послѣдующему исправленію“. Сообразно этому, въ статьяхъ 356^1—356^6 у. у с. и установленъ новый порядокъ, дающій возможность въ самомъ началѣ убѣдиться въ безцѣльности дальнѣйшаго судебнаго преслѣдованія, съ примѣненіемъ къ лицу, признанному учинившимъ преступное дѣяніе безъ разумѣнія, одной изъ воспитательно-исправительныхъ мѣръ, указанныхъ въ 137 ст. улож. о нак. (въ новой ея редакціи). Вмѣстѣ съ тѣмъ, осталось нетронутымъ требованіе ст. 759 у. у. с., согласно которой о подсудимомъ, не достигшемъ во время совершенія преступленія 17-ти лѣтъ, во всякомъ случаѣ ставится въ судебномъ засѣданіи вопросъ о томъ, дѣйствовалъ ли онъ съ разумѣніемъ.

Не трудно замѣтить, что новый порядокъ не всегда устраняетъ непроизводительную трату времени. Разъ вопросъ о разумѣніи ставится и въ судебномъ засѣданіи, то во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда на этотъ вопросъ въ распорядительномъ засѣданіи будетъ данъ утвердительный отвѣтъ, все предварительное особое производство окажется

ненужнымъ, такъ какъ рѣшительное слово все таки принадлежитъ суду въ судебномъ засѣданіи.

Цѣлая масса сомнѣній и возраженій вызвана установленіемъ этой новой процедуры, причемъ нѣкоторыя изъ нихъ прямо заключаютъ въ себѣ критику оной. Такъ, указываютъ на безцѣльность изслѣдованія степени разумѣнія рецидивистовъ, на сложность и медленность производства о разумѣніи и—вслѣдствіе этого—на желательность устраненія этого производства по нѣкоторымъ категоріямъ дѣлъ (какъ напр., по дѣламъ, рѣшаемымъ безъ участія присяжныхъ, по дѣламъ мелкимъ); встрѣчаются указанія на трудность выясненія степени разумѣнія несовершеннолѣтнихъ, на слишкомъ высокій возрастный предѣлъ (17 лѣтъ), при которомъ особое производство обязательно: на неудобства, обусловленныя разсмотрѣніемъ дѣлъ о несовершеннолѣтнихъ въ распорядительномъ засѣданіи, причемъ съ полнымъ основаніемъ замѣчаютъ, что дѣлаемое судомъ въ распорядительномъ засѣданіи постановленіе о примѣненіи по своему усмотрѣнію одной изъ мѣръ, указанныхъ въ ст. 137 улож., представляется по существу своему обвинительнымъ приговоромъ, постановляемымъ въ закрытомъ засѣданіи безъ подробной провѣрки доказательствъ и вообще безъ необходимыхъ гарантій правильнаго отправленія правосудія.

Всѣ эти замѣчанія и другія однородныя могутъ имѣть значеніе въ случаѣ, если бы признано было нужнымъ въ законодательномъ порядкѣ измѣнить новыя правила, подвергнувъ ихъ пересмотру. Но они не могли стать предметомъ сужденій уголовнаго кассаціоннаго департамента, безсильнаго исправлять дефекты закона, а призваннаго только указать путь къ правильному его пониманію и надлежащему примѣненію. И въ этомъ отношеніи по поводу вновь установленнаго производства о разумѣніи Сенату пришлось преподать немало разъясненій. Такъ, ст. 356^2—356^3 возбуждаютъ основательное недоумѣніе тѣмъ, что въ нихъ предусматриваются какъ будто только одна альтернатива: признаніе несовершеннолѣтняго учинившимъ преступное дѣяніе безъ разумѣнія и признаніе его дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ, причемъ судъ въ первомъ случаѣ постановляетъ опредѣленіе о прекращеніи судебнаго преслѣдованія, съ факультативнымъ

избраніемъ одной изъ мѣръ ст. 137, во второмъ же—возвращаетъ дѣло прокурору для дальнѣйшаго направленія. Tertium non datur. Между тѣмъ, возможно, что уже въ этой стадіи обнаружится совершенная недостаточность уликъ, собранныхъ противъ обвиняемаго, или же недоказанность событія преступленія. Какъ обязанъ судъ поступить въ такомъ случаѣ? Какъ поступить прокурору, относительно котораго ст. 356^2 лаконически говоритъ, что онъ „вноситъ производство со своимъ заключеніемъ на разсмотрѣніе окружнаго суда“,— какъ ему поступить, буде онъ самъ, по полученіи производства, убѣдится въ недостаточности уликъ или въ недоказанности событія преступленія? Сенатъ отвѣтилъ, что прокурорскій надзоръ попрежнему ничѣмъ не ограниченъ въ предоставленномъ ему по закону правѣ— предлагать въ указанномъ случаѣ свои заключенія о прекращеніи слѣдствія, въ порядкѣ 523 ст. у. у. с.; что судъ въ распорядительномъ засѣданіи обязанъ войти въ оцѣнку всѣхъ обстоятельствъ дѣла, и поэтому, „силою самихъ вещей“, единственнымъ исходомъ для суда. въ случаѣ признанія недостаточности уликъ или недоказанности событія преступленія, является опредѣленіе о прекращеніи такого дѣла, подлежащее обжалованію потерпѣвшими и гражданскими истцами на основаніи ст. 528^2 у. у. с. и опротестованію прокурорскимъ надзоромъ, „примѣнительно“ къ этой статьѣ. При этомъ, разумѣется, не могутъ быть приняты мѣры, установленныя въ ст. 137 улож. о нак.

Обжалованіе, а равно и опротестованіе опредѣленія о прекращеніи имѣетъ своимъ послѣдствіемъ поступленіе дѣла въ судебную палату, постановляющую, согласно ст. 534 у. у. с., окончательное опредѣленіе о преданіи суду или о прекращеніи дѣла, или же обращающую дѣло къ дослѣдованію или законному направленію. Нельзя не замѣтить, что при примѣненіи указаннаго порядка къ дѣламъ о малолѣтнихъ возникаетъ вопросъ, какъ быть съ производствомъ о разумѣніи, если по принесеніи жалобы на опредѣленіе о прекращеніи дѣла (мотивированное недостаточностью уликъ, недоказанностью событія или отсутствіемъ состава преступленія), послѣдуетъ опредѣленіе палаты о преданіи обвиняемаго суду.

Имѣетъ ли тогда мѣсто предварительное производство о разумѣніи? Казалось бы, отвѣтъ можетъ быть только утвердительный.

Согласно ст. 547 у. у. с., окружный судъ по всякому дѣлу, вступившему на его разсмотрѣніе, обязанъ прежде всего обсудить въ распорядительномъ засѣданіи, не требуетъ ли дѣло какихъ-либо особенныхъ съ его стороны распоряженій, и опредѣлить порядокъ, въ которомъ оно подлежитъ дальнѣйшему производству. Слѣдовательно, если вопросъ о разумѣніи еще не былъ предварительно разсмотрѣнъ въ особомъ порядкѣ, а имѣло мѣсто лишь опредѣленіе судебной палаты о преданіи суду, судъ обязанъ приступить къ производству о разумѣніи, причемъ въ этой уже стадіи вопросъ о доказанности событія преступленія или о достаточности уликъ имъ поднятъ быть не можетъ. Изъ этого явствуетъ, что гораздо проще и раціональнѣе было бы установленіе такого порядка, при которомъ преданіе суду *всегда* предшествовало бы разрѣшенію вопроса о разумѣніи; тогда особое производство о разумѣніи нашло бы себѣ мѣсто среди приготовительныхъ къ суду распоряженій, и не существовало бы той несомнѣнной аномаліи, которая окажется теперь, когда судъ въ распорядительномъ засѣданіи будетъ рѣшать вопросъ о доказанности событія преступленія и о достаточности уликъ противъ обвиняемаго.

Отмѣтимъ, далѣе, что по возникшему вопросу о томъ, должно ли прокурорское заключеніе, составляемое на основаніи ст. 356², содержать въ себѣ мнѣніе составителя заключенія по вопросу о разумѣніи, Сенатъ отвѣтилъ отрицательно, указавъ вполнѣ справедливо, что „составленіе мнѣнія о разумѣніи прежде изслѣдованія сего вопроса установленнымъ порядкомъ было бы преждевременно“.

Наконецъ, къ той же области относится вопросъ о томъ, могутъ ли быть приносимы и въ какомъ порядкѣ разрѣшаются жалобы на опредѣленія суда, постановляющія о признаніи малолѣтняго или несовершеннолѣтняго дѣйствовавшимъ безъ разумѣнія и о примѣненіи къ нему одной изъ мѣръ, предусмотрѣнныхъ ст. 137 улож. о нак. Жалобы эти приносятся въ судебную палату и

ею разрѣшаются въ томъ же порядкѣ, какъ и жалобы на прекращеніе дѣла по другимъ основаніямъ.

Переходя къ другому разряду вопросовъ, остановимся на сомнѣніяхъ, возбуждаемыхъ ст. 207[1] у. у. с., согласно которой дѣла по обвиненію несовершеннолѣтнихъ отъ десяти до семнадцати лѣтъ въ учиненіи преступныхъ дѣяній въ соучастіи съ совершеннолѣтними выдѣляются въ особое производство и разсматриваются отдѣльно отъ дѣлъ о совершеннолѣтнихъ соучастникахъ, если, по обстоятельствамъ дѣла, это представляется возможнымъ. Въ многочисленныхъ заявленіяхъ судебные дѣятели жалуются на практическія неудобства и даже на частую невозможность такого выдѣленія, на сложность и медленность, вносимую ст. 207[1]. Указывается на тѣсную связь, существующую между обвиненіями всѣхъ соучастниковъ преступленія; на трудность установленія съ одной стороны степени виновности совершеннолѣтнихъ участниковъ преступленія, главною уликою противъ которыхъ весьма часто является оговоръ малолѣтнихъ, а съ другой стороны — степени сознательности дѣйствій несовершеннолѣтнихъ безъ одновременнаго выясненія вліянія, оказаннаго на нихъ взрослыми участниками; на необходимость двойного соблюденія различныхъ процессуальныхъ формъ и обрядовъ и двукратнаго разсмотрѣнія одного и того же дѣла въ судебномъ засѣданіи; на вызываемыя раздѣленіемъ производства затрудненія при удовлетвореніи гражданскихъ исковъ, и т. п. Значеніе всѣхъ этихъ указаній, справедливость которыхъ отрицать нельзя, ослабляется тѣмъ, что ст. 207[1] рекомендуетъ выдѣленіе, какъ мѣру факультативную. Но тутъ же должно возникнуть и возникло въ практикѣ прямо неразрѣшаемое текстомъ ст. 207[1] сомнѣніе: кѣмъ и въ какомъ періодѣ дѣла возбуждается вопросъ о выдѣленіи и въ какомъ порядкѣ онъ разрѣшается? По разъясненію Сената, моментъ выдѣленія явствуетъ изъ ст. 356[3], согласно которой судъ, признавъ въ распорядительномъ засѣданіи несовершеннолѣтняго учинившимъ преступное дѣяніе съ разумѣніемъ, возвращаетъ дѣло прокурору для дальнѣйшаго направленія въ общемъ порядкѣ, съ изъятіями, установленными для дѣлъ сего рода, и къ

числу коихъ именно и принадлежитъ изъятіе, установленное въ ст. 207[1]. Прокурорскій надзоръ, получивъ дѣло, обязанъ поднять и обсудить вопросъ о выдѣленіи и внести свое заключеніе по оному, вмѣстѣ съ обвинительными актами, по принадлежности въ судебную палату или въ окружный судъ, отъ которыхъ и зависитъ окончательное разрѣшеніе. При этомъ, если несовершеннолѣтній соучастникъ обвиняется въ преступленіи, предусмотрѣнномъ мировыми судами и только въ силу 207 ст. у. у. с. подсуднымъ окружному суду, то съ выдѣленіемъ дѣла о такомъ несовершеннолѣтнемъ измѣняется и подсудность, т. е. получается первоначальная подсудность мировымъ судебнымъ установленіямъ. Этотъ порядокъ, какъ справедливо замѣтила уже практика, страдаетъ тѣмъ недостаткомъ, что имъ отягощается участь совершеннолѣтнихъ обвиняемыхъ, содержащихся подъ стражей, ибо имъ приходится выжидать разрѣшенія судомъ вопроса о разумѣніи малолѣтнихъ участниковъ: только тогда ихъ дѣло получаетъ дальнѣйшее направленіе.

Можно ожидать, что и при проектированномъ порядкѣ будутъ возникать все новыя затрудненія, въ особенности, напр., когда судъ въ распорядительномъ засѣданіи прекратитъ дѣло о несовершеннолѣтнемъ, въ виду недостаточности уликъ или недоказанности событія преступленія, и такое опредѣленіе будетъ обжаловано въ палату.

Привлекая родителей и замѣняющихъ ихъ лицъ къ участію въ дѣлѣ ихъ дѣтей и состоящихъ на ихъ попеченіи, законъ 2 іюня, между прочимъ, возлагаетъ (ст. 476[1]) на судебныхъ слѣдователей обязанность извѣщать этихъ лицъ объ окончаніи слѣдствія, если они имѣютъ жительство въ томъ округѣ, къ которому принадлежитъ слѣдственный участокъ, причемъ имъ предоставляется право, въ теченіе семи дней со дня объявленія имъ объ окончаніи слѣдствія, просить о предъявленія слѣдственнаго производства и ходатайствовать о дополненіи слѣдствія. Едва ли желательно, чтобы это постановленіе имѣло послѣдствіемъ стѣсненіе родителей и другихъ, указанныхъ въ ст. 476[1] лицъ, въ дѣлѣ

охраненія интересовъ несовершеннолѣтнихъ. Между тѣмъ, говоря объ „извѣщеніи“ „проживающихъ въ томъ же округѣ“, ст. 476[1] не разрѣшаетъ вопроса, могутъ ли родители и прочія лица, проживающія внѣ судебнаго округа, сами принять участіе въ дѣлѣ, заявивъ самостоятельно о своемъ желаніи? Вслѣдствіе этого, Сенату пришлось высказать, что такое право родителямъ и лицамъ, имѣющимъ попеченіе о несовершеннолѣтнихъ, должно принадлежать, по разуму и духу закона, имѣвшаго въ виду въ ст. 476[1] лишь избѣгнуть стѣсненія указанныхъ лицъ, весьма возможнаго при отдаленности ихъ жительства. Но затѣмъ остается неизвѣстнымъ, до какого момента остается за родителями и замѣняющими ихъ лицами это право? Или, другими словами, обязанъ ли слѣдователь выждать семидневный срокъ, прежде чѣмъ отослать производство къ прокурору? Для утвердительнаго отвѣта въ законѣ рѣшительно нѣтъ данныхъ. При отвѣтѣ же отрицательномъ окажется весьма труднымъ осуществить право участія, такъ какъ о предъявленіи и дополненіи слѣдствія можно говорить только послѣ его окончанія, съ этого же момента оно должно немедленно поступить къ прокурору. Казалось бы нужнымъ, въ виду этого, измѣнить въ желаемомъ смыслѣ самую ст. 476[1], возложивъ на судебныхъ слѣдователей обязанность извѣщать родителей, какъ только ихъ дѣти будутъ привлечены къ слѣдствію, съ тѣмъ, чтобы родители могли, если пожелаютъ, явиться къ слѣдствію. Къ такому мнѣнію склоняются и многіе судебные практики.

Наконецъ, въ связи съ вопросомъ о примѣнимости ст. 137—140 улож. о нак. къ несовершеннолѣтнимъ, имѣвшимъ во время учиненія преступнаго дѣянія менѣе 17-ти лѣтъ, но подлежащимъ суду по достиженіи этого возраста, Сенатъ разъяснилъ, что въ этихъ случаяхъ должно имѣть мѣсто особое производство о разумѣніи, „такъ какъ при признаніи такого обвиняемаго дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ, отвѣтственность его должна быть опредѣлена по 138, 139 или 140 ст. улож. о нак., при признаніи же его дѣйствовавшимъ безъ разумѣнія, отвѣтственность эта, до установленнаго закономъ исправительно-воспитательнаго возраста

18 лѣтъ, должна быть опредѣлена по 137 ст. улож. о нак.“.

Но затѣмъ остается невыясненнымъ, находятъ ли себѣ въ этихъ случаяхъ примѣненіе всѣ прочія, установленныя закономъ 2 іюня процессуальныя особенности (участіе родителей, обязательная защита и проч.)? Вѣроятнѣе отрицательный отвѣтъ: въ самомъ дѣлѣ, производство о разумѣніи направлено къ выясненію духовно-нравственнаго развитія обвиняемаго въ моментъ учиненія преступленія; оно, поэтому, необходимо и въ томъ случаѣ, если къ моменту привлеченія къ суду обвиняемый достигъ 17-ти лѣтъ. Но соблюденіе прочихъ процессуальныхъ особенностей въ этомъ случаѣ излишне потому, что эти особенности разсчитаны на недостигшихъ 17-ти лѣтъ подсудимыхъ. Если 18-ти-лѣтній подсудимый судится въ общемъ порядкѣ за учиненіе преступнаго дѣянія въ возрастѣ 17-ти лѣтъ и нѣсколькихъ мѣсяцевъ, то нѣтъ никакихъ основаній отступать отъ этого порядка (требовать, напр., закрытія дверей засѣданія, обязательнаго назначенія защитника) въ томъ случаѣ, если преступленіе имъ учинено въ возрастѣ до 17-ти лѣтъ. Но, конечно, постановка вопроса о разумѣніи въ судебномъ засѣданіи (ст. 759) обязательна и въ этомъ случаѣ, такъ какъ вопросъ этотъ относится къ моменту учиненія преступленія. Нельзя, однако, упускать изъ виду, что рѣшеніе вопроса о разумѣніи, всегда затруднительное, еще болѣе затрудняется, теряетъ твердую почву, когда объектомъ является лицо, уже несомнѣнно вмѣняемое, и приходится ставить вопросъ не о настоящемъ, а о прошедшемъ, отдѣленномъ отъ настоящаго длиннымъ промежуткомъ времени.

Мы не будемъ останавливаться на нѣкоторыхъ другихъ разъясненіяхъ Сената, не вызывающихъ дальнѣйшихъ вопросовъ. Изъ нихъ важнѣйшія: требованіе соблюденія порядка, установленнаго ст. 356^{1}, и слѣд., въ случаѣ преданія суду обвиняемаго безъ производства предварительнаго слѣдствія (ст. 303^{1}, 545 и 546 уст. уг. суд.); признаніе обязательности участія прокурорскаго надзора въ особомъ производствѣ, установленнаго ст. 356^{2-6}, въ

дѣлахъ о преступныхъ дѣяніяхъ, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія; разъясненіе, что въ случаѣ признанія въ порядкѣ ст. 356^3 отсутствія разумѣнія, гражданскій искъ не подлежитъ разсмотрѣнію уголовнаго суда; отнесеніе младшихъ кандидатовъ къ числу судебныхъ чиновниковъ, на коихъ могутъ быть возложены обязанности защитника.

Одной изъ симпатичнѣйшихъ чертъ новаго закона является стремленіе по возможности сократить примѣненіе къ несовершеннолѣтнимъ въ качествѣ мѣры пресѣченія — взятіе подъ стражу. Соображенія министерства юстиціи указывали, что „въ настоящее время общій опытъ сходится въ признаніи чрезвычайно вреднаго и растлѣвающаго вліянія предварительнаго содержанія подъ стражею на недостигшихъ 17-ти лѣтъ, которые нерѣдко только болѣе портятся въ тюрьмѣ и потому, по выходѣ изъ нея, труднѣе поддаются исправленію и возвращенію на путь честной и доброй жизни“. Эта мысль и легла въ основаніе новаго порядка, замѣнившаго взятіе подъ стражу тѣми же мѣрами, которыя предположены взамѣнъ мѣръ карательныхъ, т. е. отдачей либо подъ надзоръ, либо въ исправительные пріюты, или же заключеніемъ въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ, причемъ послѣдняя мѣра можетъ найти себѣ примѣненіе только по отношенію къ лицу, достигшему 14-ти лѣтъ. Помѣщеніе въ монастыри допускается только въ случаѣ невозможности принять другую мѣру.

Ни одна изъ проектированныхъ мѣръ въ дѣйствительности почти никогда не находитъ себѣ осуществленія, и въ результатѣ оказывается, что несовершеннолѣтніе обвиняемые въ большинствѣ случаевъ остаются на свободѣ, не подвергаясь никакой мѣрѣ пресѣченія, такъ какъ примѣненіе мѣръ, указанныхъ въ пп. 1—5 ст. 416 у. у. с., по отношенію къ нимъ весьма затруднительно. Объ этомъ свидѣтельствуютъ многочисленные отзывы судебныхъ практиковъ, которые можно было съ вѣроятностью предсказать уже по тому соображенію, что разъ отдача въ пріюты, особыя помѣщенія, монастыри или подъ надзоръ, рѣдко осуществляется въ

качествѣ мѣры карательной, eo ipso трудно ожидать примѣненія одной изъ этихъ мѣръ въ качествѣ мѣры предупредительной. Фактическая неисполнимость требованій закона и тутъ проявляется съ безотрадной наглядностью. Исправительные пріюты, нерѣдко въ силу своихъ уставовъ, не принимаютъ несовершеннолѣтнихъ на срокъ менѣе двухъ лѣтъ, чѣмъ и исключается возможность принятія подслѣдственныхъ. Отдача подъ надзоръ родителей въ огромномъ большинствѣ случаевъ равносильна предоставленію подслѣдственному неограниченной свободы и возвращенію его на путь, приведшій къ учиненію преступленія. Монастыри, вполнѣ неудовлетворительные, какъ уже выяснилось, въ роли воспитательно-исправительныхъ заведеній для несовершеннолѣтнихъ, въ качествѣ мѣстъ предварительнаго заключенія страдаютъ еще бо́льшими недостатками. Особыхъ помѣщеній при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ почти нигдѣ, какъ уже указывалось, не существуетъ. Указывается, вмѣстѣ съ тѣмъ, что безусловное запрещеніе закона заключать, въ видѣ мѣры пресѣченія, обвиняемаго, не достигшаго 14 лѣтъ, въ тюрьму даже при невозможности помѣстить его въ монастырь, представляетъ неопреодолимыя затрудненія, особенно въ большихъ городахъ, и потому поневолѣ часто обходится. Noth hat kein Gebot, и вполнѣ понятно, что пожеланія практиковъ сводятся къ отмѣнѣ такого ограниченія, фактически несоблюдаемаго, и въ предоставленіи судебнымъ слѣдователямъ права заключать несовершеннолѣтнихъ отъ 10-ти до 17-ти лѣтъ, обвиняемыхъ въ преступленіяхъ, за которыя въ законѣ назначены исправительныя наказанія, въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ (т. е., другими словами, въ тюрьмы и арестные дома), при неосуществимости другихъ мѣръ, указанныхъ въ ст. 416, 416^1 и 416^2.

По этому вопросу, касающемуся legis ferendae, Сенату не пришлось высказаться. Послѣдовало только разъясненіе, явствовавшее изъ самаго текста ст. 416^1 и 416^2 у. у. с., что предусмотрѣнныя въ этихъ статьяхъ мѣры предназначены замѣнить только взятіе подъ стражу, и что, слѣдовательно, общія мѣры

пресѣченія, установленныя пп. 1—5 ст. 416 у. у. с., сохраняютъ свое значеніе и примѣняются, если это оказывается возможнымъ.

Судьба закона 2 іюня 1897 года чрезвычайно поучительна, въ особенности теперь, когда приближеніе срока окончанія законодательныхъ работъ по проекту уголовнаго уложенія и Высочайшее повелѣніе объ отмѣнѣ ссылки выдвигаютъ массу практическихъ, жизненныхъ вопросовъ, неразрѣшимыхъ иначе, какъ принятіемъ во вниманіе условій дѣйствительности. Не одно лишь преобразованіе карательной системы, а созданіе новыхъ учрежденій, достаточно многочисленныхъ и хоть сколько-нибудь способныхъ къ выполненію задачъ исправленія, — вотъ единственно возможное средство къ достиженію прогресса не фиктивнаго, на бумагѣ только существующаго, а истиннаго, проявляющагося въ жизни.

Ленинградского отделения Комиссии Академии Наук СССР.

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ БИБЛИОТЕКА Общественных Наук Академии Наук СССР

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	стр.
Содержаніе и методъ науки уголовнаго права	1
Нищенство и бродяжество, какъ наказуемые проступки	24
Петербургскій конгрессъ международнаго союза криминалистовъ, его значеніе и результаты	58
Психическая оцѣнка виновности и объективная мѣра наказуемости покушенія	70
Плотскія преступленія по проекту уголовнаго уложенія	86
Жизнь и дѣятельность Н. В. Рукавишникова	147
Проектъ устава о служебныхъ провинностяхъ	159
Проектъ уголовнаго уложенія и смертная казнь	195
Къ вопросу о преслѣдованіи за вѣру	263
Упраздненіе грабежа	212
Охрана чести въ уголовномъ законодательствѣ	222
По поводу отмѣны тягчайшихъ видовъ тѣлесныхъ наказаній для ссыльныхъ	237
Объ отмѣнѣ „игры въ прятки“ съ присяжными засѣдателями и „клятвы Всемогущимъ Богомъ“	242
Объ „уклоняющихся“ присяжныхъ засѣдателяхъ	255
По поводу дѣла Лесевицкаго	262
Опять о судѣ присяжныхъ	272
In favorem accusationis	288
Возобновимо ли дѣло Тальмы?	292
Вопросы, возникшіе при примѣненіи закона 2 іюня 1897 г., и разъясненія, преподанныя Правит. Сенатомъ (Сборникъ, 1898 г., № 25)	301