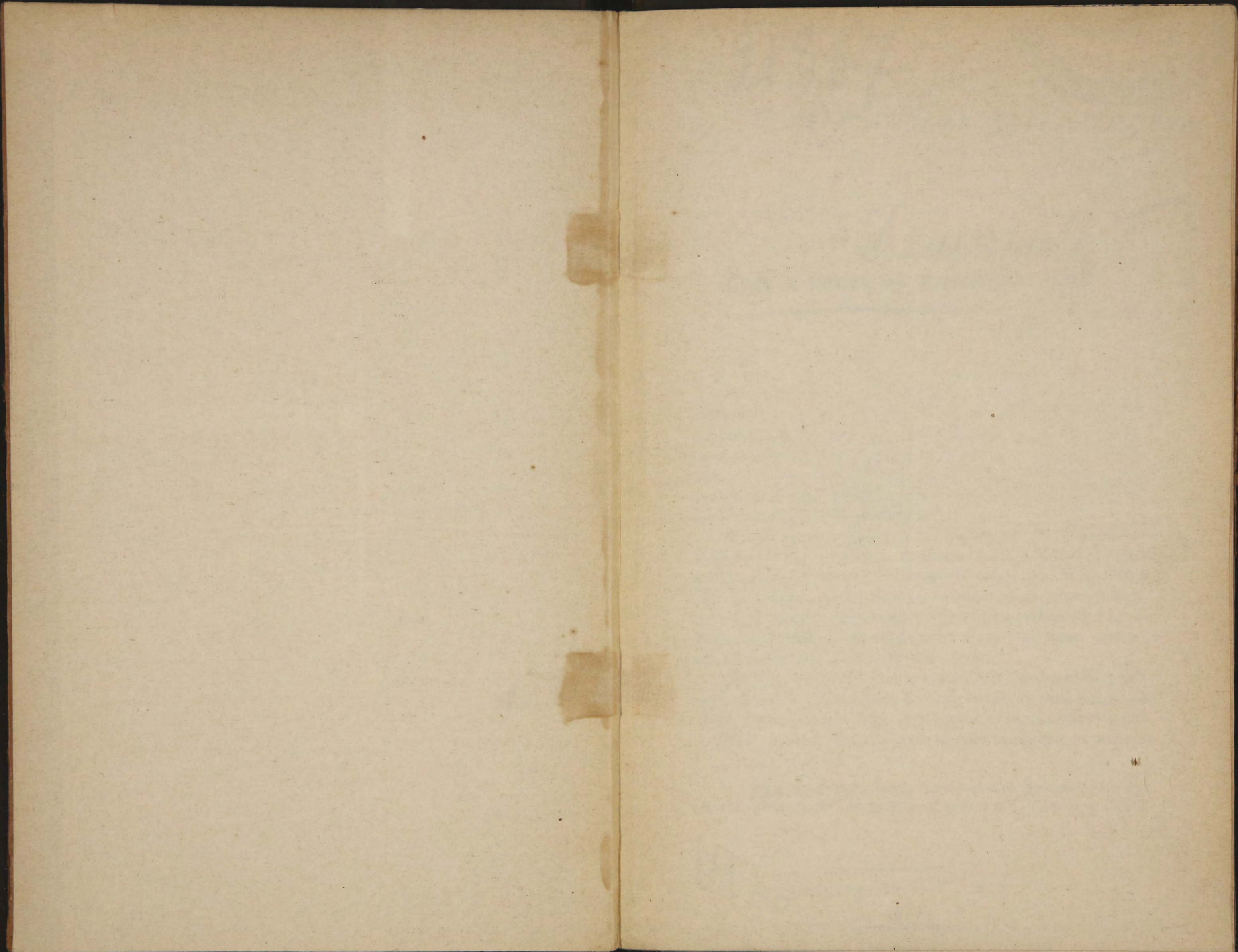


21367.











21367



Варш. Унив. Ист. 1903, VIII

83829

Дешленко, Т.

**Судъ и законъ въ уголовномъ правѣ<sup>1)</sup>.**

---

I.

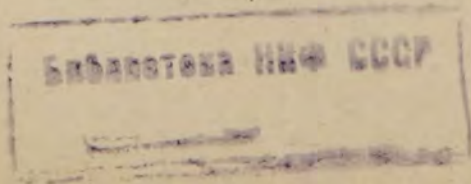
Шесть мѣсяцевъ тому назадъ, именно 22 марта 1903 г., завершена наконецъ трудная и давно уже начатая работа созданія новаго уголовного уложенія для Россіи. Уголовное уложеніе утверждено Верховной Властью и пріобрѣтаетъ такимъ образомъ силу дѣйствующаго закона, который, можно думать, получитъ примѣненіе въ судахъ въ теченіе болѣе или менѣе непродолжительнаго срока.

Всякій даже отдѣльно изданный новый и важный законъ дѣйствуетъ оживляющимъ образомъ какъ на теорію (ученыя изслѣдованія), такъ и на практику (судебныя рѣшенія). Тѣмъ сильнѣе вліяніе новаго кодекса, который сразу захватываетъ огромную область самыхъ разнообразныхъ отношеній и одновременно измѣняетъ цѣлый рядъ не только частныхъ положеній, но и основныхъ институтовъ права.

Для науки новый кодексъ является предметомъ усвоенія, изученія, разъясненія и согласованія со всей системой дѣйствующаго права. Для суда новый кодексъ имѣетъ практическое значеніе: судъ начинаетъ примѣнять его, начинается

---

<sup>1)</sup> Рѣчь произнесенная въ Харьковскомъ Университетѣ при защитѣ диссертации „Судебный Прецедентъ“ 5 октября 1903 г.





на основаніи его положеній создавать конкретныя правовыя нормы, опредѣляющія реальныя отношенія живыхъ людей между собою. Новый кодексъ вызываетъ и возбуждаетъ творческую дѣятельность суда, потому что общія понятія и правила закона представляютъ изъ себя только сосудъ, который сама жизнь наполняетъ извѣстнымъ содержаніемъ, законодатель даетъ только остовъ или скелетъ, который судьей облечается въ плоть и въ кровь живой дѣйствительности. Суду приходится, раскрывая все богатое и многообразное содержаніе положеній закона, среди многочисленныхъ вновь возникающихъ споровъ фиксировать за этими положеніями одно опредѣленное содержаніе и значеніе. Судъ выступаетъ, какъ сознательный и свободный посредникъ между мертвой нормой закона и многообразіемъ бурнаго потока жизни человѣческаго общества. Законодатель даетъ нѣмое и отвлеченное правило; судья превращаетъ его въ живую дѣйствительность и при посредствѣ своего приговора воплощаетъ въ реальныя формы человѣческихъ отношеній. Отвлеченной нормѣ онъ сообщаетъ опредѣленное содержаніе, онъ устанавливаетъ истинный смыслъ, объемъ и предѣлы ея дѣйствія и часто, на основаніи отдѣльныхъ и отрывочныхъ положеній кодекса, создаетъ съ помощью своихъ рѣшеній цѣлыя институты живой системы дѣйствующаго права.

Съ этой точки зрѣнія дѣятельность судьи представляетъ въ высшей степени плодотворной. Ей, конечно, принадлежитъ выдающееся общественное значеніе, и напомнить объ этомъ въ особенности нелишне въ настоящее время, когда раздаются голоса, называющіе судебное творчество—произволомъ, а рабское преклоненіе предъ буквой кодекса—законностью. Въ области уголовного права отмѣтить значеніе судебной практики вдвойнѣ нелишне, потому что здѣсь, помимо общихъ соображеній, выдвигаются свои спеціальныя мотивы, во имя которыхъ уже съ давнихъ временъ стремятся по возможности ограничить свободу усмотрѣнія уголовного судьи и парализовать силу судебного прецедента.

Въ настоящее время невозможно, конечно, сводить дѣя-



тельность уголовного судьи къ *механическому* процессу получения вывода изъ закона съ помощью построения дедуктивного силлогизма и, признавая за уголовнымъ судьей право толкованія законовъ, невозможно отрицать вполне творческую силу уголовно-судебной практики. Весь вопросъ заключается собственно въ томъ: чѣмъ опредѣляются границы творческой дѣятельности уголовного судьи, и гдѣ предѣлы, которыми ограничено значеніе уголовно-судебной практики и уголовно-судебнаго прецедента?

Въ юридической природѣ судебного рѣшенія, какъ прецедента, нельзя отмѣтить никакихъ особенностей, которыя бы клали рѣзкую грань между дѣятельностью судьи уголовного и гражданскаго. Съ процессуальной точки зрѣнія рѣшенія уголовныхъ судовъ и уголовно-судебная практика не только въ теоріи, но и въ жизни имѣютъ такое же юридическое значеніе, какое принадлежитъ практикѣ судовъ гражданскихъ. Юридическая природа судебного прецедента остается неизмѣнной— безразлично, установленъ ли онъ въ рѣшеніи суда гражданскаго или уголовного. Въ этомъ смыслѣ единодушно сходятся между собой постановленія всѣхъ законодательствъ, и въ нашихъ Судебныхъ Уставахъ, на примѣръ, 815 ст. у. г. с. вполне соотвѣтствуетъ 933 ст. у. у. с.

Другое дѣло—содержаніе судебного рѣшенія. По содержанию одни рѣшенія свойственны уголовному суду, который примѣняетъ нормы уголовного закона, другія—гражданскому суду, который имѣетъ дѣло съ тяжбами частныхъ лицъ и съ кодексомъ гражданскимъ. Разумѣется, въ зависимости отъ содержанія той или другой области права и положенія прецедента бываютъ различными, а потому и сфера ихъ дѣйствія, объемъ и предѣлы ихъ вліянія до извѣстной степени видоизмѣняются, отражая на себѣ типическія черты тѣхъ нормъ, какія примѣняются въ томъ или другомъ случаѣ. Можно сказать, что юридическое (формальное) значеніе судебной практики во всѣхъ областяхъ права тождественно; но матеріальное (по содержанию) значеніе ея въ каждой области права представляетъ свои особенности.



## II.

Однимъ изъ характерныхъ свойствъ уголовного права является его необычайная подвижность, гибкость, измѣнчивость. Эта черта его отмѣчена уже давно. Какъ зеркало, отражаетъ въ себѣ уголовное право современныя ему движенія жизни юридической и общественной, господствующія теченія самаго сложнаго комплекса влiяній культурныхъ и экономическихъ. Въ то время какъ въ гражданскомъ правѣ основныя понятія собственности, владѣнія, обязательства въ теченіе вѣковъ и даже тысячелѣтій остаются неизмѣнными, уголовное право, мягкое и гибкое какъ воскъ, непрерывно слѣдитъ за всѣми измѣненіями вѣчно движущейся дѣйствительности, вызывая усиленную дѣятельность какъ со стороны законодателя, такъ и со стороны судьи. Понятіе преступленія вѣчно наполняется новымъ содержаніемъ, наказаніе постоянно является однимъ изъ характернѣйшихъ показателей своего времени, потому что и вообще „въ правѣ нѣтъ понятія, которое могло бы въ культурно-историческомъ значеніи соперничать съ понятіемъ наказанія: ни въ одномъ правовомъ институтѣ не отражается съ такою яркостью народная мысль, чувства и нравы современной ему эпохи”.

Причина этого заключается въ самомъ содержаніи уголовныхъ нормъ и въ основныхъ задачахъ уголовного права.

Нормы уголовного права имѣютъ только производное значеніе, беря подъ свою защиту положенія, въ большинствѣ случаевъ установленныя помимо уголовного законодателя и безъ воли уголовного законодателя, который преслѣдуетъ только одну внѣшнюю, формальную цѣль—дать усиленную охрану тому общественному порядку и тѣмъ социальнымъ благамъ, какія признаются наиболѣе важными при данномъ состояніи права, съ точки зрѣнія данныхъ юридическихъ условій времени и мѣста. Измѣняется право, измѣняются эти условія—и вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо должны измѣняться матеріальные признаки посягательствъ, запрещаемыхъ подъ страхомъ наказанія. Названія могутъ оставаться



неизмѣнными, но содержаніе ихъ будетъ различное: святотатство и богохульство, оскорбленіе величества и измѣна, кража и грабежъ—каждое изъ этихъ понятій имѣло свое особое содержаніе, соотвѣтствуя религіозному и политическому строю эпохи, ея культурнымъ и экономическимъ условіямъ, которыя не создавались уголовнымъ законодателемъ, но сами властно диктовали ему свои требованія и запросы, не щадя его, если онъ оставался глухъ къ этимъ требованіямъ, и стихійно ниспровергая его бумажныя нормы, не соотвѣтствовавшія общему состоянію права.

Ясно, что при такой обусловленности и зависимости нормъ уголовного права законодатель долженъ чутко прислушиваться къ запросамъ жизни и внимательно слѣдить за всѣми измѣненіями, которыя ежедневно обнаруживаются въ различныхъ областяхъ права. Дѣятельность законодателя должна быть по возможности непрерывной. Такъ это и бываетъ въ дѣйствительности. Одни уголовные законы болѣе или менѣе скоро—въ зависимости отъ темпа самой жизни—пополняются, развиваются, измѣняются и замѣняются другими, кодексы довольно скоро приходятъ въ ветхость и подвергаются коренной переработкѣ: жизнь гражданскихъ кодексовъ нерѣдко измѣряется вѣками, уголовныхъ—десятилѣтіями.

Имѣя дѣло съ столь измѣнчивой областью права, уголовный судья долженъ, во-первыхъ, постоянно приводить въ дѣйствіе, давать осуществленіе цѣлому ряду болѣе или менѣе новыхъ законовъ, содержаніе которыхъ раскрывается и фиксируется въ судебной практикѣ только постепенно; во-вторыхъ, въ предѣлахъ предоставленной ему власти, онъ непрерывно долженъ развивать, примирять и согласовать постановленія уголовного кодекса съ развивающимися запросами жизни и права. Такимъ образомъ его роль и матеріальное значеніе его рѣшеній усиливаются, такъ сказать, и въ количественномъ, и въ качественномъ отношеніи: въ количественномъ—потому что новые законы дѣйствуютъ всегда оживляющимъ образомъ на практику судовъ и возбуждаютъ



цѣлый рядъ новыхъ вопросовъ, требующихъ такого или другого, но непременно устойчиваго и однообразнаго разрѣшенія; въ качественномъ — потому что, развивая и согласуя содержаніе нормъ уголовного права, судья идетъ рука объ руку съ законодателемъ, который при самой интенсивной дѣятельности не можетъ всего охватить и не долженъ давать слишкомъ детальныхъ опредѣленій, предоставляя самому судѣ выяснять содержаніе его нормъ и закрѣплять за его обобщенными правилами тотъ или иной смыслъ съ помощью судебныхъ прецедентовъ, при чемъ всегда остается широкое поле для того судейскаго усмотрѣнія, какое, не имѣя ничего общаго съ произволомъ, даетъ только непрерывные и неизбежные отвѣты на все новые и новые вопросы и запросы жизни.

Богатая по своему содержанію, уголовно-судебная практика получаетъ тѣмъ большее значеніе, чѣмъ настойчивѣе предъявляется къ суду требованіе дѣйствовать по закону и только по закону. Споры и разногласія при изъясненіи закона, являясь характернымъ признакомъ свободы научнаго изслѣдованія, безусловно желательны и полезны для теоріи: изъ столкновенія противоположныхъ мнѣній рождается истина. Но въ дѣлѣ правосудія разнорѣчіе рѣшеній есть вмѣстѣ съ тѣмъ и первый шагъ къ произволу: общая норма права допускаетъ колебанія и отступленія отъ средняго типа только въ извѣстныхъ предѣлахъ, за которыми уже утрачивается и самое представленіе о нормѣ, о томъ, гдѣ право и гдѣ неправо, что такое законъ и что беззаконіе, въ чемъ справедливость и въ чемъ произволъ. Поэтому если требованіе законности въ особенности является желательнымъ по отношенію къ дѣятельности уголовного судьи, то и однообразіе въ его рѣшеніяхъ, представляющееся только однимъ изъ выраженій этой законности, должно быть признано и неизбежнымъ, и необходимымъ. Судебный прецедентъ и уголовно-судебная практика по своему матеріальному значенію должны играть выдающуюся роль, должны быть признаны выдаю-



щимися факторами установленія законности въ судѣ и развитія права въ жизни.

И это значеніе уголовно-судебной практики увеличивается еще отъ того, что уголовный судья не имѣетъ того подспорья въ правѣ обычномъ, какое находится въ распоряженіи у судьи гражданскаго.

Если дѣятельность законодателя почему-либо отстала отъ жизни или уклонилась отъ разрѣшенія извѣстныхъ вопросовъ, то гражданскій оборотъ для всѣхъ вновь возникающихъ потребностей быстро вырабатываетъ свои особыя формы, создаетъ извѣстныя обыкновенія и превращаетъ ихъ нерѣдко въ болѣе или менѣе ясныя нормы обычнаго права. Судья остается только прислушиваться къ этой работѣ самого общества, къ этому голосу самой жизни; свою самостоятельную творческую дѣятельность онъ можетъ ограничить и въ рѣшеніи часто можетъ давать только то, что уже раньше установилось помимо суда и внѣ суда.

Но современное уголовное право въ тѣсномъ смыслѣ этого слова не знаетъ обычая. Нормы обычнаго права могутъ оказывать на него только косвенное вліяніе, опредѣляя содержаніе тѣхъ положеній и правилъ, которыя охраняются уголовнымъ законодателемъ. Самый же уголовный обычай не можетъ возникнуть и сложиться, такъ какъ для него нѣтъ матеріала: содержаніемъ дѣйствій и сдѣлокъ частныхъ лицъ не могутъ быть акты осуществленія карательной дѣятельности государства. Только судъ управомоченъ примѣнять уголовные законы. Только въ собственной дѣятельности уголовного суда могутъ слагаться извѣстныя обыкновенія, и потому въ самомъ себѣ, въ своей судебной практикѣ онъ имѣетъ весьма важную точку опоры при разрѣшеніи разнообразныхъ сомнѣній и вновь возникающихъ вопросовъ. Изъ жизни, изъ другихъ областей права, изъ науки онъ черпаетъ подчасъ богатѣйшій матеріалъ, неизбѣжно предрѣшающій даже результаты его дѣятельности; но форму конкретныхъ уголовно-правовыхъ положеній могутъ получить только его собственныя рѣшенія и только въ этихъ рѣшеніяхъ, въ качествѣ пре-



цедентовъ, онъ можетъ находить образцы узурального истолкованія нормъ уголовного права.

### III.

Имѣя столь важное значеніе по своему содержанію, уголовно-судебная практика въ этомъ же содержаніи находитъ и свои границы, за которыя не можетъ преступить ни творчество судьи, ни сила прецедента.

Судебный прецедентъ можетъ дать общее правило только для того, что прямо не выражено въ законѣ, и только для тѣхъ случаевъ, какіе по существу своему могутъ быть охвачены такимъ общимъ правиломъ. Всякое же рѣшеніе имѣетъ силу прецедента только въ той степени, въ какой установленныя имъ частныя и конкретныя положенія могутъ быть возведены къ извѣстнымъ общимъ началамъ и принципамъ, единичнымъ выраженіемъ и примѣненіемъ которыхъ эти положенія именно и являются. Другими словами—употребляя выраженія англійской литературы—силы судебного рѣшенія, какъ прецедента, заключается въ тѣхъ *rationes decidendi*, которыя всегда отвѣчаютъ на данный вопросъ права не *in concreto*, а *in abstracto*, въ формѣ болѣе или менѣе общей юридической нормы. Но ясно, что не всегда такой отвѣтъ возможенъ. Не всѣ конкретныя отношенія могутъ быть возведены на степень общихъ нормъ, не всѣ явленія жизни могутъ быть охвачены и скованы мелочными, напередъ предусмотрѣнными и въ общей формѣ неподвижно застывшими положеніями права. Въ зависимости отъ содержанія той или другой области права сфера такихъ общихъ положеній бываетъ различная, и границы ея то суживаются, то расширяются. Но во всякомъ случаѣ нѣтъ и не можетъ быть такой области права, въ которой бы всякое судебное рѣшеніе во *всѣхъ* своихъ частяхъ являлось прецедентомъ. Это противорѣчитъ какъ природѣ самого судебного рѣшенія, такъ и самому существованію права. Это является и логическимъ, и юридическимъ абсур-



домъ. Опираясь на судебный приговоръ въ качествѣ прецедента, судья можетъ разрѣшить по аналогіи только тѣ вопросы, какіе нуждаются въ такой аналогіи и допускаютъ такую аналогію; онъ можетъ воспользоваться только тѣми частями приговора, которыя даютъ основаніе для логическаго процесса заключеній по аналогіи.

Объемъ и границы такихъ заключеній опредѣляются фактическимъ содержаніемъ даннаго дѣла и данной области права. Въ уголовномъ правѣ эти границы представляются болѣе тѣсными отчасти въ силу естественныхъ условій дѣятельности уголовного судьи, отчасти же въ силу условій юридическихъ.

Уголовный законъ состоитъ изъ двухъ частей—опредѣлительной (диспозиція) и карательной (санкція). На послѣднюю часть всѣ современные кодексы обращаютъ особенное вниманіе, стремясь создать стройную, ясную и вполне опредѣленную систему наказаній. Опредѣленію содержанія и значенія карательныхъ мѣръ посвящается цѣлый рядъ статей въ общей части уголовныхъ законовъ и въ спеціальныхъ уставахъ. Карательныя мѣры, примѣняемыя судьей, не представляютъ изъ себя неопредѣленныхъ терминовъ, содержаніе которыхъ должно выясниться только въ будущемъ при осуществленіи отдѣльныхъ актовъ карательной дѣятельности государства. Этимъ мѣрамъ соотвѣтствуютъ вполне реальныя и опредѣленныя величины каторги, ссылки, тюрьмы. И самое примѣненіе уголовного кодекса не мыслимо, пока не будетъ организована соотвѣтствующая ему система карательныхъ учрежденій, пока не возникнутъ спеціальныя установленія тюремъ и тюремнаго управленія даннаго типа. Въ своемъ приговорѣ судья не можетъ и не долженъ пояснять, что такое каторга, исправительный домъ, крѣпость, тюрьма или арестъ, такъ какъ это не одни только отвлеченныя понятія, но вполне опредѣленныя названія для цѣлаго ряда прочно организованныхъ учрежденій.

Конечно, нельзя отрицать права судьи изъяснять общее содержаніе санкціи уголовного закона. Но для такого изъ-



ясненія, вообще говоря, остается сравнительно мало мѣста. Современный судья, примѣняя карательную часть уголовного закона, устанавливаетъ только соотношеніе между преступленіемъ и наказаніемъ, выбираетъ только мѣру наказанія въ предѣлахъ относительно-опредѣленной санкціи закона, и тѣ поясненія, какія онъ можетъ дать въ своемъ приговорѣ относительно избранной кары, умѣстны только какъ мотивы, какъ основанія, оправдывающія соразмѣрность его выбора. Въ этихъ предѣлахъ возможно, конечно, возникновеніе въ уголовномъ правѣ, такъ сказать, карательныхъ прецедентовъ. Однакоже въ дѣйствительности такихъ прецедентовъ существуетъ сравнительно немного. Причина этого понятна: самое примѣненіе наказанія и выборъ размѣровъ уголовной отвѣтственности въ границахъ относительно-опредѣленной санкціи закона зависитъ отъ такихъ сложныхъ, въ высшей степени индивидуальных и вполне конкретныхъ обстоятельствъ, которыя по самой природѣ своей, по существу самого дѣла въ большинствѣ случаевъ не могутъ быть втиснуты въ какую-нибудь формулу общаго правила. Всякая формула, удобно объемлющая однородные объективные факты и признаки дѣяній, можетъ быть во множествѣ случаевъ только крайне грубымъ, поверхностнымъ и потому самому неумѣстнымъ выразителемъ вѣчно-колеблющихся и трудно-уловимыхъ чертъ субъективной виновности. Но очень часто нельзя установить даже и въ грубой формѣ какого-нибудь общаго правила. Мѣра наказанія двухъ соучастниковъ въ одномъ и томъ же дѣлѣ можетъ быть весьма различной не въ силу внѣшней разницы въ ихъ дѣйствіяхъ, а по причинамъ внутреннимъ, психологическимъ, нравственнымъ, которыя оцѣниваются судьей по крайнему разумѣнію и по внутреннему убѣжденію совѣсти, и всю глубину которыхъ вѣдаетъ только Единый Судія, Всевѣдущій и Вездѣсущій.

Такимъ образомъ самое содержаніе карательной части уголовного закона и руководящее при ея примѣненіи начало индивидуализаціи уголовной отвѣтственности полагаютъ естественную границу для творческой дѣятельности уголовна-



го судьи. Въ этой области современный судья создаетъ немало прецедентовъ.

Такихъ естественныхъ границъ не устанавливаетъ опредѣлительная часть уголовного закона. Въ ней содержится описаніе того посягательства, которое запрещается под страхомъ наказанія. Въ зависимости отъ самаго содержанія этого посягательства и отъ большаго или меньшаго совершенства законодательной техники, опредѣлительная часть уголовного закона можетъ имѣть разную форму — болѣе или менѣе общую или казуистическую, описательную или ссылочную, полную или лаконическую (одно наименованіе посягательства), точную или двусмысленную и т. д. Однакоже какова бы ни была форма диспозиціи, она не только не исключаетъ, но всегда предполагаетъ необходимость судебного толкованія, которое въ этихъ случаяхъ всегда направляется на выясненіе и установленіе содержанія общей нормы права. И чѣмъ совершеннѣе выражена эта норма, чѣмъ болѣе въ этомъ выраженіи конкретные признаки замѣнены обобщенными юридическими понятіями, чѣмъ строже употребляемый законодателемъ юридическій языкъ, тѣмъ необходимѣе и неизбѣжнѣе представляется изъяснительная дѣятельность примѣнителя закона. „Опредѣленіе въ законѣ, положимъ, воровства, какъ *тайнаго похищенія чужого движимаго имущества*, представляется весьма простымъ; но каждому юристу извѣстно, какимъ сложнымъ понятіемъ является каждое изъ словъ, входящихъ въ это опредѣленіе”. Каждому извѣстно, какъ въ судебной практикѣ постепенно раскрывалось и фиксировалось, развивалось и углублялось все богатое содержаніе столь простаго повидимому опредѣленія. Каждому извѣстно, какъ это опредѣленіе—въ общей формѣ пригодное не только для современнаго уголовного права, но и для многихъ кодексовъ прошедшихъ столѣтій—въ каждую эпоху являлось выраженіемъ специфическихъ чертъ тѣхъ или другихъ своеобразныхъ (напримѣръ, имущественныхъ) отношеній, давая основаніе для возникновенія вполне оригиналь-



ныхъ понятій кражи раба, кражи коня (конокрадства), кражи газа, кражи электричества, кражи церковной и святотатства.

Итакъ, самое содержаніе опредѣлительной части уголовного закона не устанавливаетъ особыхъ, болѣе или менѣе тѣсныхъ, границъ для судебного творчества, не вводитъ судебную практику въ какіе-нибудь специфическіе предѣлы, не парализуетъ возможнаго значенія судебного приговора въ качествѣ прецедента. Такія границы создаются не въ силу условій внутреннихъ и естественныхъ, а по основаніямъ внѣшнимъ и чисто-юридическимъ: уголовный судья лишень могущественнаго средства развитія права—ему запрещено пополненіе недостатковъ закона съ помощью, такъ называемаго, толкованія по аналогіи. Слѣдовательно, онъ не можетъ въ своемъ рѣшеніи дать выраженіе такой нормы, которая бы предусматривала въ качествѣ наказуемаго посягательства дѣяніе, не воспрещенное и не санкціонированное уголовнымъ законодателемъ. *Nullum crimen, nulla poena sine lege!*

Это положеніе слѣдуетъ признать почти безспорнымъ и твердо-установившимся какъ въ законодательствахъ, такъ и въ наукѣ. Русское законодательство, въ особенности послѣ изданія Судебныхъ Уставовъ, твердо, опредѣленно и—въ настоящее по крайней мѣрѣ время—несомнѣнно лишаетъ судью права облагать наказаніями дѣянія, не воспрещенныя въ уголовномъ законѣ, допуская руководствоваться общимъ смысломъ законовъ только при исправленіи *неполноты* тѣхъ нормъ, „коими судимое дѣяніе воспрещается подѣ страхомъ наказанія”, но отнюдь не въ видахъ восполненія недостатка или отсутствія этихъ нормъ (ст. 12 у. у. с.). Русская наука единодушно отстаиваетъ постановленія законодательства противъ дѣлавшихся со стороны сената попытокъ придать имъ иной смыслъ и расширить права суда. И хотя въ западно-европейской литературѣ (въ Германіи, въ Италіи и въ Англии) раздаются изрѣдка голоса, критикующіе законъ и возражающіе противъ принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege*, но они не встрѣчаютъ сочувствія, и аргументація ихъ не представляется ни удачной, ни убѣдительною.



Наиболѣе серьезны возраженія Биндинга—этого сильнаго, оригинальнаго и блестящаго среди современныхъ криминалистовъ Германіи. По его мнѣнію принципъ *nullum crimen, nulla poena sine lege*, вызванный въ жизнь, съ одной стороны, какъ необходимый выводъ изъ уголовно-правовой теоріи психическаго принужденія (Фейербахъ) и, съ другой стороны, какъ одно изъ желательныхъ и неизбѣжныхъ послѣдствій государственно-политическаго ученія о раздѣленіи властей (Монтескьё),—долженъ пасть вмѣстѣ съ паденіемъ этихъ теорій и ученій. Къ тому же, что бы ни проповѣдывала теорія, запросы жизни и соціальнаго блага могущественнѣе и сильнѣе философскихъ принциповъ, и судебная практика всегда подчинялась, подчиняется и будетъ подчиняться этимъ запросамъ, хотя бы для того пришлось отмѣнять съ помощью прецедентовъ законы старые и создавать новыя карательныя нормы.

Талантливо развитыя и съ большой эрудиціей обоснованныя, положенія Биндинга обходятъ въ сущности молчаніемъ юридическую и политическую сторону вопроса въ его современной постановкѣ. Они даютъ только историческое освѣщеніе вопросу—и съ этой точки зрѣнія представляются вполне правильными. Не можетъ защищать принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege* тотъ, кто отвергаетъ теоріи Фейербаха и Монтескьё, а между тѣмъ *только* въ этихъ теоріяхъ усматриваетъ оправданіе самого принципа. Несомнѣнно также, что всякій принципъ осуществимъ только при наличности извѣстныхъ условій, извѣстной обстановки: что бы ни говорила теорія, но если законодатель не исполняетъ своей обязанности, не отмѣняетъ устарѣлыхъ и варварскихъ законовъ, не даетъ защиты вновь народившимся и настойчивымъ интересамъ общества, то въ концѣ-концовъ самъ судъ сдѣлаетъ это помимо законодателя и безъ законодателя. Такъ было прежде, такъ будетъ и впредь, если извѣстнымъ образомъ сложатся условія жизни народовъ.

Но то, что было, и то, что будетъ, — представляется только болѣе или менѣе извѣстнымъ и правильнымъ истори-



ческимъ наблюденіемъ и обобщеніемъ. Оно говоритъ только о существовавшемъ и возможномъ, не касаясь желательнаго и должнаго. Между тѣмъ главное значеніе принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege* именно юридическое и политическое. Какъ бы ни относиться къ теоріямъ Фейербаха и Монтескьё, несомнѣнно, что *de jure* современный судья не имѣетъ права облагать наказаніемъ дѣяній, уголовнымъ закономъ не запрещенныхъ, и ясно, что онъ этого не долженъ дѣлать, что желательно и впредь сохранить незыблемость начала *nullum crimen, nulla poena sine lege*, такъ какъ обоюдоострый мечъ уголовной юстиціи наносить тяжкія раны не только преступнику, но и самому обществу, и потому обставить его дѣйствіе особыми условіями и гарантіями, положить предѣлы возможнымъ злоупотребленіямъ — вполне основательно. Исторія, на которую ссылается Биндингъ, знаетъ, конечно, эпохи, когда уголовные законы отмѣнялись и создавались судьей, дѣйствовавшимъ во имя общаго блага и ради смягченія устарѣлыхъ постановленій варварскихъ кодексовъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ извѣстны и тѣ вопіющія злоупотребленія судебной практики, какими характеризовалось это недалекое отъ насъ, но тѣмъ болѣе печальное прошлое, которое — будемъ надѣяться — болѣе не повторится.

#### IV.

Такимъ образомъ съ точки зрѣнія матеріальнаго содержанія уголовно-судебной практики значеніе ея, въ извѣстныхъ отношеніяхъ болѣе или менѣе ограниченное, представляется несомнѣннымъ и тѣмъ болѣе важнымъ, чѣмъ новѣе кодексъ, положенія котораго она должна установить, изъяснить и фиксировать. Часто нельзя бываетъ даже опредѣлить жизненную роль новаго закона прежде, чѣмъ не состоится первый судебный приговоръ, его примѣняющій. Кассационному суду въ первое время дѣйствія новаго закона приходится обнаруживать усиленную дѣятельность, и въ количествѣ его рѣшеній, публикуемыхъ во всеобщее свѣдѣніе для



руководства, заключается уже внѣшній показатель ихъ ка-  
чественнаго значенія. Когда вновь созданный (въ 1866 г.)  
уголовный кассационный департаментъ сената впервые началъ  
примѣнять новое для него уложеніе и новые уставы, то онъ  
въ теченіе одного только полугодія (напр. 1872 г.) давалъ  
большее количество разъясняяющихъ законъ рѣшеній, чѣмъ  
въ десятилѣтній періодъ времени, положимъ, отъ 1886—1896  
г. г., которымъ завершилось тридцатилѣтіе сенатской прак-  
тики. Несомнѣнно, что и новое уголовное уложеніе оживитъ  
дѣятельность сената и что во всей полнотѣ значеніе новыхъ  
нормъ раскроется именно съ момента ихъ практическаго при-  
мѣненія, при чемъ только жизнь можетъ выдвинуть подчасъ  
во весь ростъ и раскрыть всю глубину содержанія тѣхъ ин-  
ститутовъ, на которые иногда имѣется лишь одинъ намекъ  
въ законѣ, и значенія которыхъ очень часто напередъ не въ  
состояніи предсказать ни наука, ни самъ законодатель.  
*Judicia enim anchorae legum sunt, ut leges reipublicae!*

*Г. Демченко.*

---











