

Национальный центр законодательства и правовых исследований
Республики Беларусь

Национальный центр правовой информации Республики Беларусь
Общественное объединение «Белорусский республиканский союз юристов»
Общество с ограниченной ответственностью «ЮрСпектр»

НАСЛЕДИЕ ПРАВА

В.Д. Спасович

ИЗБРАННЫЕ ТРУДЫ

Минск
Редакция журнала «Промышленно-торговое право»
2015

УДК [343+347.725+347.78]"19"

ББК 67.4

С71

Серия основана в 2012 году

Члены научного совета проекта «Наследие права»:

председатель Государственного комитета по имуществу Республики Беларусь А.А. Гиев; заместитель директора Правового департамента Евразийской экономической комиссии В.А. Дорошкевич; заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь, председатель судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Беларусь А.А. Забара; директор Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь В.Д. Ипатов; проф., д-р юрид. наук, заслуженный юрист Республики Беларусь, председатель ОО «Белорусский республиканский союз юристов» В.С. Камеников; директор Национального центра правовой информации Республики Беларусь Е.И. Коваленко; Генеральный прокурор Республики Беларусь А.В. Копюк; О.Э. Кравцов; начальник главного государственно-правового управления Администрации Президента Республики Беларусь А.Ф. Мательский; проф., д-р юрид. наук, судья Конституционного Суда Республики Беларусь Л.М. Рыбцев; проф., д-р юрид. наук, заслуженный деятель науки Республики Беларусь, член-корреспондент Национальной академии наук Беларуси В.И. Семенков; Министр юстиции Республики Беларусь О.Л. Слижевский; генеральный директор ООО «ЮрСпектр» О.В. Сломенец; проф., д-р юрид. наук, заслуженный юрист Республики Беларусь, директор ГУ «Научно-практический центр проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь» В.М. Хомич.

Координатор проекта: Ю.В. Олешкевич, директор издательского унитарного предприятия «Редакция журнала “Промышленно-торговое право”».

Спасович, В.Д.

С71 Избранные труды / В.Д. Спасович. – Минск : Редакция журнала «Промышленно-торговое право», 2015. – 320 с. – (Наследие права).

ISBN 978-985-6789-30-7

В книге представлены изданные в 1861–1896 гг. наиболее значимые монографии известного белорусского ученого-правоведа, одаренного юриста и адвоката В.Д. Спасовича (1829–1908). Труды автора посвящены правовому регулированию уголовного права и уголовного процесса, авторского права в литературе, деятельности акционерных обществ.

Издание предназначено для ученых-правоведов, работников законодательских, правоохранительных органов и судов, практикующих юристов, адвокатов, преподавателей, аспирантов, магистрантов и студентов юридических специальностей высших учебных заведений.

УДК [343+347.725+347.78]"19"

ББК 67.4



КОНСУЛЬТАНТПЛЮС
надежная правовая поддержка

ISBN 978-985-6789-30-7

© Оформление. Редакция журнала
«Промышленно-торговое право»,
2015

Содержание

От организаторов проекта	4
<i>В.С. КАМЕНКОВ. Вступительное слово</i>	<i>4</i>
<i>В.Д. ИПАТОВ. Вступительное слово</i>	<i>7</i>
<i>Е.И. КОВАЛЕНКО. Вступительное слово</i>	<i>9</i>
Об авторе	10
УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС	15
Новые направления в науке уголовного права	16
Итальянская школа антропологов-позитивистов	16
Вопрос о свободе воли. Законы подражательности Тарда	31
Уголовная теория Тарда. Ответственность, невменяемость, преступники, преступление	46
Система наказаний. Виды на реформу суда	64
О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством	81
Лекция первая	81
Лекция вторая	99
Лекция третья	119
Лекция четвертая	145
О вызове свидетелей к судебному следствию в обыкновенных судах	160
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И АВТОРСКОЕ ПРАВО	173
Об акционерных обществах	174
Вопрос о так называемой литературной собственности	207
О праве собственности в литературе	230
Права авторские и контрафакция	236
§ 1. История развития этих понятий в законодательствах положительных	236
§ 2. Французская комиссия литературной собственности и Прудон	247
§ 3. Русское законодательство о правах авторских	261
Статья 1. Гражданская сторона авторского права	261
Статья 2. Уголовная защита прав авторских от контрафакции и других преступлений	285
Статья 3. Судопроизводство по делам о нарушении прав авторских	303
О фотографической собственности	305
Библиографический список трудов В.Д. Спасовича, опубликованных в настоящем издании	318

От организаторов проекта



*Виктор Сергеевич КАМЕНКОВ,
профессор, доктор юридических наук,
заслуженный юрист Республики Беларусь,
председатель ОО «Белорусский
республиканский союз юристов»*

Король адвокатуры, юридической науки и прогресса

Читаешь о Владимире Даниловиче Спасовиче информацию в разных источниках и не перестаешь удивляться таланту и многообразию его проявления в творчестве, специализации, знаниях, чувствах, эмоциях, иных качествах. Это теперь, спустя более 100 лет после смерти человека. Но, похоже, он удивлял всех и при жизни.

Уважаемый читатель, обратите внимание, что пишут о В.Д. Спасовиче сегодня. Например, дату рождения практически все называют одну: 16 января 1829 г. Но местом рождения указывают и Речицу, и Минск. Да и даты смерти можно встретить в трех вариантах: 1906, 1907, 1908 г. Просто так не мог умереть такой человек.

Читаем в Интернете: где жил? Ответ: Речица, Петербург, Варшава. Более того: ученый характеризуется как «русский публицист, критик и историк польской литературы, общественный деятель, знаменитый адвокат. По происхождению – поляк». Выходит, что В.Д. Спасовича могут считать своим земляком и белорусы (считаем и гордимся), и русские, и поляки.

О нем пишут, что это одаренный юрист, известный своими теоретическими работами в области уголовного права и уголовного процесса, гражданского и международного права. Он также известен как адвокат, литератор, публицист и критик, блестящий оратор.

Магистерскую диссертацию на тему «О праве нейтрального флага и нейтрального груза» В.Д. Спасович защитил в 22 года. Кстати, отдельные ее положения были использованы в парижских декларациях 1856 г.

Новый труд В.Д. Спасовича «Учебник уголовного права» был высоко оценен: автору была присвоена степень доктора права (по одним данным, он защитил докторскую диссертацию, по другим – была публичная защита учебника).

С позиции современника нам трудно оценить новизну взглядов В.Д. Спасовича. Он так определил свое кредо: «За всякий прогресс, но не революцию, за установление порядка по соглашению всех партий на арене парламента – без кровопролития и убийств».

Известный российский юрист и общественный деятель А.Ф. Кони так писал об учебнике В.Д. Спасовича: «Рядом с подробным и ярким изложением теорий наказания в этой книге были талантливые страницы, посвященные общим положениям уголовного права, истории и практическому осуществлению наказаний, полные настойчивого призыва к справедливости, слагающейся из примирения начал общежителности и свободного самоопределения воли, и к отказу от тех карательных мер, которые "бесчеловечны, потому что не необходимы". Картины дряхлеющего Рима с его системою жестоких мучительств, полемика с защитниками смертной казни и художественно изложенная история английской ссылки в Австралию составляют истинное украшение этого главного труда Спасовича как юриста... Рассматриваемый объективно и вне современной ему "злобы дня", учебник Спасовича является замечательной работой, в которой из-под облика строгого юриста и осторожного, с несколько консервативным направлением, политика, желающего взаимодействия между общественным строем и почерпнутым из потребностей жизни уголовным законом, сквозит художник-гуманист».

Юридические труды В.Д. Спасовича в современном понимании права охватывают различные отрасли: гражданскую, хозяйственную, уголовную, международную. Пожалуй, главными работами стали: «О правах нейтрального флага и нейтрального груза» (1851), «Об отношениях супругов по имуществу по древнему польскому праву» (1857), «О праве литературной собственности» (1861), «О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством» (1861), «Учебник уголовного права» (1863), «Права авторские и контрафакция» (1865), «Черногория и законник Богишича» (1889), «Новые направления в науке уголовного права» (1898), «Вопросы, возбуждаемые новейшими проектами преобразований акционерного законодательства в России» (1900).

В.Д. Спасович – один из самых выдающихся деятелей русской адвокатуры, которой он посвятил себя после проведения в России в 1866 г. судебной реформы. Неоднократно избирался в товарищи председателя и председатели совета присяжных поверенных. Выступая в качестве защитника, а иногда и гражданского истца в ряде выдающихся уголовных дел, В.Д. Спасович проявил себя в качестве глубокого и талантливого представителя адвокатуры, даже сегодня достойного самого внимательного изучения его приемов и способов. Десятитомное полное собрание сочинений ученого включает пять томов его речей.

Выделяя из общего понятия о защите ее задачи, В.Д. Спасович считал, что, помогая суду заглянуть в тайны души подсудимого и изучить ее изгибы, защитник должен сказать в пользу обвиняемого все, чего тот сам не может, не умеет или не хочет сказать, не закрывая при этом глаза на истину и не указывая голословно на влияние и воздействие среды, личностей или обстоятельств без их тщательного изучения и проверки и без сопоставления личности искушаемого со свойствами и приемами искушения.

По мнению В.Д. Спасовича, дар свободного слова предоставлен адвокату для облегчения участи подсудимого, и этим даром не следует пользоваться для распространения преступных или противообщественных идей. Из видов защиты защита по соглашению с подсудимым менее свободна, чем защита по назначению суда, ибо приходится по возможности придерживаться системы защиты обвиняемого. Но и тут защитник не может быть слепым орудием и должен проявлять отвагу своего звания в назывании вещей их именами. В зависимости от свойств обвиняемого защита может выражаться или в полном отождествлении защитника с обвиняемым, особенно в передаче его чувств, или же в отделении и объективном к нему отношении.

В своих приемах защита не должна увлекаться неуместным беспокойством о возможности надоесть или наскучить судьям, ее задача – исчерпать материал до конца и всесторонне исследовать не только факты дела, но и источники и причины карательного закона. В делах, предметом которых стали щекотливые подробности, защита должна рисовать не их, а лишь общие начертания предмета, подражая не детальной китайской живописи, а античной скульптуре.

Применяя эти общие правила в практической деятельности, В.Д. Спасович глубокое, логически стройное и нередко художественное содержание облекал в формы, выраженные оригинальным, пусть не всегда правильным, но всегда образным, точным и подчас очень острым языком, намечая то яркие очертания, то мысль, неминуемо создающую в последовательном развитии тот или другой образ.

В.Д. Спасович был оратором огромной эрудиции, большим художником, глубоким знатоком истории и литературы, очень требовательным к себе и коллегам. Речи свои, поражающие силой чеканного слова, богатством языка и глубиной мысли, умелым использованием сравнений, он отработывал в мельчайших подробностях. Здесь никогда не встретишь напыщенных фраз, стиль прост, доходчив.

Авторы того времени отмечали, что из замечательной плеяды дореволюционных адвокатов никто так умело и широко не пользовался научными знаниями, как В.Д. Спасович. Его глубокие, поистине энциклопедические познания были мощным оружием в судебном поединке.

Хочется верить, что биография В.Д. Спасовича сможет подвинуть вас, уважаемый читатель, к прочтению его трудов.



*Вадим Дмитриевич ИПАТОВ,
директор Национального центра
законодательства
и правовых исследований
Республики Беларусь*

Уважаемый читатель!

Одним из выдающихся правоведов XIX в. по праву считается наш соотечественник Владимир Данилович Спасович. Его многогранное и плодотворное творчество как ученого, адвоката, историка и общественного деятеля внесло значительный вклад в развитие права и способствовало распространению научных знаний и их практическому приложению. Труды В.Д. Спасовича, став уникальным достоянием дореволюционной правовой науки и не утратившие актуальности в настоящее время, уже более 150 лет служат источником совершенствования криминологии, уголовного права и процесса, гражданского права, а также нравственных начал юридической деятельности.

Значимую роль в праве В.Д. Спасович отводил научным исследованиям. Он понимал всю ценность сравнительного правоведения и был своего рода мастером такого анализа. Очерки ученого позволили современникам прикоснуться к опыту Великобритании, Германии, США, Италии, Франции, узнать об актуальных тенденциях уголовного и гражданского законодательства и права, особенностях международного взаимодействия.

В.Д. Спасович проявлял интерес к детерминации преступности и классификации преступников, с пристальным вниманием изучал работы Ч. Ломброзо, Э. Ферри, Г. Тарда. Проводя критический разбор трудов зарубежных криминологов, рассматривая наказание в историческом контексте, ученый излагал свое видение пределов карательной власти государства, затрагивал и иные, по сей день актуальные проблемы наук криминального цикла.

Значимый вклад внес В.Д. Спасович в становление уголовного судопроизводства. Он придавал принципиальное значение задачам и устройству суда, способам и выводам судебного исследования. Определенную известность получило разработанное В.Д. Спасовичем учение о справедливости, а на основе его судебных речей, а также выступлений таких ораторов, как Ф.Н. Плевако, А.Ф. Кони и иных правоведов, в последующем формировались правила судебной (юридической) этики.

Широкой общественности В.Д. Спасович известен как выдающийся присяжный поверенный. Он принимал активное участие в выстраивании взаимоотношений адвокатуры с обществом, государством и судом, в повышении ее авторитета, укреплении идеи о соблюдении и защите прав каждого человека. Судебные процессы, проведенные с участием

гениального адвоката, упрочили его профессионализм и сделали знаменитым.

Незаурядный и весьма прогрессивный мыслитель, он не боялся критически переосмысливать свои позиции, сомневаться в исходной точке зрения. Все вызовы эпохи В.Д. Спасович принимал с достоинством, равно как и свое отстранение в 1864 г. от преподавательской деятельности.

В.Д. Спасович не был специалистом узкого профиля и поэтому стал одним из знаковых представителей своей профессии в конце XIX в. Особую ценность представляет его сравнительное, а также историко-правовое исследование авторского права, в частности вопросов личных и имущественных прав на произведения, их сущности и границ использования, уголовно-правовой охраны объектов авторского права.

Авторитетный юрист, уделявший немалое внимание вопросам гражданско-правовой науки, стоял у истоков русского права интеллектуальной собственности и акционерного права. Обладая незаурядным мышлением, В.Д. Спасович предвосхитил бурный рост акционерной формы капитала, на основе глубокого и всестороннего анализа отечественных и зарубежных норм законодательства синтезировал прогрессивные идеи о надлежащем правовом регулировании учреждения и функционирования акционерных обществ, во многом до сих пор не утратившие актуальности.

Данный сборник является данью признательности В.Д. Спасовичу за многолетний труд на ниве юридической науки, за его неоценимый вклад в дело продвижения правовых знаний, представляет лишь небольшую часть изысканий известного ученого и включает работы, которые содержат глубокое исследование и оригинальные решения разнообразных научных задач в области уголовного права и криминологии, уголовного процесса, гражданского права.

Предлагаемое вниманию читателя издание в некотором роде уникально: юридическое наследие В.Д. Спасовича, ученого белорусского происхождения, переиздавалось в Российской Федерации, в то время как на родине до настоящего времени не публиковалось.



*Евгений Иосифович КОВАЛЕНКО,
доцент, кандидат юридических наук,
директор Национального центра
правовой информации
Республики Беларусь*

Серия «Наследие права» пополнилась очередным сборником. На этот раз вниманию современников предлагаются труды уроженца Беларуси Владимира Даниловича Спасовича – талантливого юриста, адвоката, ученого-криминалиста, педагога, переводчика, литератора, публициста и критика.

Творческое наследие этой неординарной личности значительно. Многие из работ В.Д. Спасовича, в том числе полное собрание сочинений в 10 томах, вышли в свет еще при его жизни. Широка и география изданий: Санкт-Петербург, Москва, Тула, Лейпциг, Краков и другие города мира.

Отрадно сознавать, что произведения нашего знаменитого земляка опубликованы теперь и на его исторической родине.

Неподдельный интерес к себе В.Д. Спасович вызвал благодаря выдающимся профессиональным достижениям, широчайшей образованности, поистине безграничной эрудиции и кругозору. Эти качества в сочетании с виртуозным владением словом снискали ему славу непревзойденного судебного оратора, сделали лидером русской адвокатуры.

О жизни, личности и наследии ученого написано много биографических очерков, научно-популярных статей. Знаменитого юриста увековечил на своей картине великий русский художник И.Е. Репин, ему посвятил одну из своих книг русский философ В.С. Соловьев, В.Д. Спасович стал прототипом адвоката в одном из романов Ф.М. Достоевского.

Белорусское юридическое сообщество, признавая бесспорный талант ученого и неопенимый вклад в дело продвижения правовых знаний, ежегодно в рамках специального конкурса вручает учрежденный в его честь приз за лучшие информационные материалы, освещающие актуальные вопросы в области права, профессиональную деятельность юристов, их положительный опыт по защите прав, свобод и законных интересов граждан, иные аспекты в сфере правотворчества и правоприменения.

В 1889 г. в предисловии к изданию своего первого полного собрания сочинений В.Д. Спасович написал: «Не мне судить, удалось ли сохранить в течение этого длинного ряда лет последовательность в мыслях, искренность в чувствах и постоянство в убеждениях, могу лишь по совести сказать, что об исполнении этих требований я по мере сил моих старался».

Сборник, который вы, дорогой читатель, держите в руках, предоставляет возможность оценить глубину авторской мысли, профессиональный и литературный талант В.Д. Спасовича, а также познакомиться с разнообразием творческого наследия этого выдающегося человека.

Об авторе



История белорусской юриспруденции богата на интересные личности. Многие из них (И.Н. Данилович, Л.И. Петражицкий, В.Д. Спасович и др.) внесли существенный вклад в правовую науку других государств.

Известный белорусский юрист, теоретик и практик Владимир Данилович Спасович родился 16 января 1829 г. в г. Речице Минской губернии в семье медика. Его родители и в первую очередь мама, которая была образованным и всесторонне развитым человеком, оказали значительное влияние на всю последующую жизнь ученого.

В 1845 г. Спасович с золотой медалью окончил Минскую гимназию, а в 1849 г. – юридический факультет Петербургского университета. Работал чиновником в Палате уголовного суда, в 1851 г. защитил магистерскую диссертацию на кафедре международного права. После этого В.Д. Спасович несколько лет работал профессором уголовного права Петербургского университета, однако в знак протеста против жестокой расправы над участниками студенческого движения в 1861 г. покинул университет и некоторое время преподавал уголовное право в училище правоведения.

Политические взгляды В.Д. Спасовича складывались постепенно. Они были весьма либеральными и при этом достаточно

консервативными. В.Д. Спасович возвеличивал всякую свободу – личности, совести, слова, мысли. Не отрицая демократического развития общества, он резко выступал против революционного движения, которое, на его взгляд, могло отбросить страну на 100 лет назад.

На протяжении всей своей жизни В.Д. Спасович успешно занимался научной деятельностью, исследовал многие проблемы в области права. Очень прогрессивными и своевременными стали его публикации по уголовному праву. Учебник уголовного права, за который в 1863 г. В.Д. Спасовичу присвоили ученую степень доктора права, был одним из первых российских учебников.

Являясь врагом рутинных взглядов в науке, ученый подверг резкой критике Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1846 г. и высказал в учебнике свое понимание уголовно-правовых проблем, чем вызвал недовольство и жесткую критику со стороны реакционной профессуры и правительства. По распоряжению царя Александра I учебник был запрещен, в его тексте отмечено 36 мест с «враждебными мыслями».

Репутация неблагонадежного будет сопровождать В.Д. Спасовича всю жизнь. В полицейских архивах на протяжении 30 лет хранилось досье о наблюдении за ним. В предисловии к первому тому своего собрания сочинений Спасович писал: «В жизни моей я против воли должен был несколько раз менять профессии; оставив любимые мною профессорские занятия, взялся за перо журналиста, критика, а потом посвятил себя адвокату»¹.

В своих научных трудах и публичных выступлениях ученый активно выступал против применения телесных наказаний и смертной казни, считая, что наказание не должно быть мезьей и устрашением, государству следует его использовать с предупредительной и исправительной целью. Одну из причин преступности В.Д. Спасович видел в несовершенстве государственных и общественных учреждений, низкой культуре народа. Затрагивая проблему прав и свобод личности, он утверждал, что законодатель должен заботиться об укреплении чувства собственного достоинства человека, а также уважении чужих убеждений и взглядов.

Занимаясь вопросами судопроизводства, ученый подверг резкой критике формальную теорию доказательств. Он одним

¹ Спасович, В.Д. Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. / В.Д. Спасович. – СПб. : Книж. магазин братьев Рымович, 1889–1902. – Т. 1 : Литературные очерки и портреты. – 1889. – С. 4.

из первых высказал мысль, что теория доказательств – главная в системе судопроизводства и составляет основу судебного процесса, его самую существенную часть, которая обуславливает формы судопроизводства и конструкцию судебных органов. В связи с этим В.Д. Спасович разработал и научно обосновал собственную классификацию судебных доказательств.

В своих публикациях он настаивал на необходимости реформирования существующей системы судоустройства и судопроизводства, требовал законодательного закрепления и введения в судебную практику принципов независимости суда от администрации и несменяемости судей, учреждения институтов адвокатуры и прокурорского надзора, введения состязательного, устного и гласного судопроизводства, а также равенства всех перед законом с отменой всяческих преимуществ, в том числе мужчины перед женщиной. Также предлагалось ввести выборность судебных должностей с определенным возрастным и имущественным цензом.

Говоря о судопроизводстве, В.Д. Спасович отмечал, что истинное правосудие немислимо без адвокатской судебной защиты, т.к. «без адвокатов нет никакого равновесия между обвинением и защитой; не одинаковы шансы состязания между прокурором, снабженным могущественными средствами розыска, и подсудимым, который изолирован в обществе уже по самому падающему на него подозрению». В статье «О языке в области судопроизводства» ученый говорил о том, что чиновники обязаны владеть языком народа, среди которого работают. Большинство прогрессивных научных разработок и предложений были учтены при подготовке судебной реформы 1864 г. В.Д. Спасович не принимал непосредственного участия в ее осуществлении, хотя был идейным вдохновителем, однако большинство его предложений и научных разработок легли в основу судебных уставов 1864 г.

После реформирования судоустройства и судопроизводства и возникновения института адвокатуры В.Д. Спасович в 1866 г. стал одним из первых в России присяжных поверенных. Благодаря профессиональным знаниям, широкой эрудиции и блестящим способностям его по праву признали одним из лучших адвокатов. А.Ф. Кони, член Государственного совета Российской империи, отмечал, что коллеги называли Спасовича «королем адвокатуры».

Оппозиционно настроенный к самодержавно-крепостническим порядкам, В.Д. Спасович охотно выступал защитником в политических делах и принимал участие почти во всех

крупных политических процессах того времени (в деле «нечаевцев», «долгушенцев», процессах пятидесяти, ста девятиста трех и др.). Твердый в своих либеральных убеждениях, он отвергал насилие в качестве решения социальных проблем и всеми законными средствами защищал своих подопечных. В тех случаях, когда подсудимый был стоек в своих убеждениях, В.Д. Спасович подчеркивал его высокие нравственные качества, акцентировал внимание на иных обстоятельствах, смягчающих вину.

Подсчитано, что общее число выступлений В.Д. Спасовича по политическим делам среди адвокатов было рекордным – 17. Смелая, добросовестная и активная защита, осуществляемая в таких случаях, как правило, бесплатно, снискала к нему глубокое уважение.

В.Д. Спасович стал знаменитым судебным оратором, послушать речи которого стремилась вся прогрессивная общественность. А.Ф. Кони подчеркивал, что речи В.Д. Спасовича отличались тонким анализом обстоятельств дела и личности обвиняемого, мастерской разработкой доказательств. Не умаляя силы злого деяния, адвокат докапывался до сути вещей, выявлял слабые стороны обвинения, мастерски распределял доказательный материал.

Во многих делах В.Д. Спасович демонстрировал отменное искусство доказывания с помощью косвенных улик. В своих судебных речах он затрагивал проблемы науки, религии, общественного и государственного устройства, рассуждал о пределах карательной функции государства, судебной деятельности, организации и деятельности суда присяжных. Чрезвычайно высокая правовая эрудиция и энциклопедические знания во всех сферах человеческой деятельности позволяли на равных полемизировать с экспертами.

В.Д. Спасович был не только защитником, но и мыслителем, для которого частный случай служил основой для изучения общих вопросов и их оценки с точки зрения политика, моралиста и публициста. При этом он, как отмечал А.Ф. Кони, часто говорил в суде «отстраненно, как чужой». Зададимся вопросом: кому же он был чужой, а кому родной? Именно В.Д. Спасович стал прообразом защитника Мити Карамазова в романе Ф.М. Достоевского «Братья Карамазовы».

Все научные труды ученого, причем не только по международному, уголовному, уголовно-процессуальному праву, но и по литературоведению, посвященные истории славянской литературы, европейскому романтизму, творчеству А.С. Пушкина, М.Ю. Лермонтова, А. Мицкевича, Г. Сенкевича, У. Шекспира,

проникнуты человеколюбием, уважением к личности и ее убеждениям.

Значительными являются иные научные разработки В.Д. Спасовича, например по проблемам психофизиологии человека. Он был также членом психиатрического товарищества при Российской военно-медицинской академии.

Не оглядываясь на общественное мнение и жизненные обстоятельства, В.Д. Спасович всю свою жизнь честно и добросовестно служил правосудию. Научная деятельность этого замечательного юриста оставила яркий след в истории права. Ее результатом стало издание в 1889–1902 гг. 10-томника наиболее ярких трудов.

*Таисия Ивановна ДОВНАР,
доктор юридических наук,
профессор кафедры теории
и истории государства и права
юридического факультета БГУ*

**УГОЛОВНОЕ ПРАВО
И УГОЛОВНЫЙ
ПРОЦЕСС**

Новые направления в науке уголовного права

(публичные чтения
в Санкт-Петербургском Педагогическом музее
в начале 1891 года)

Публикуется по книге:

*Спасович, В.Д. Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. /
В.Д. Спасович. – СПб. : Книж. магазин братьев Рымович, 1889–1902. –
Т. 8 : Последние работы в девяностых годах. – 1896. – С. 210–300.*

I

Итальянская школа антропологов-позитивистов

Беру на себя нелегкую задачу представить в сжатом очерке перемены, произошедшие в последнее время в науке уголовного права, новые веяния, обрисовывающийся новый фазис – пока только в одной науке; но известно, что коль скоро ученые станут что-нибудь в один голос повторять, то оно перейдет и в законы, и в практику. Понятно, что для характеристики нового я должен сопоставить его со старым, а старое лично для меня – то, что существовало лет 25 тому назад, в 1864 году, когда я сошел с преподавательской кафедры. Я бы тогда не поверил, что раздадутся на Западе и найдут последователей и у нас суждения совсем противоположные тому, что было принято считать непререкаемыми аксиомами и прямыми выражениями человечности и христианского духа. Я бы тогда не поверил, что станут проповедовать: не надо толковать всякое сомнение в пользу подсудимого (*in dubio pro reo*);

слишком жалели злодея – надобно пожалеть и общество. Долой в суде неуместную милость; никакая власть не вправе водворять в общество его отбросы и всякие другие отложения. Нежные чувства к павшему человеку годились сто лет тому назад, в эпоху Беккарии, когда надо было освобождаться от варварской жестокости средних веков. Ныне функции общественной гигиены должны быть отправляемы без сентиментальности и без гнева, с устранением всяких эмоциональных и эстетических элементов, с отрешением от драматизма для широкой борьбы между обвинением и защитой. Повязка должна быть снята с глаз Фемиды, но и меч ее должен быть отнят от присяжных, судящих не умом, а только сердцем, и от сухих теологов-юристов, которые привыкли возиться с отвлеченными преступлениями и судить пустое деяние, из которого выпущено живое лицо преступника. Сама задача уголовного суда должна быть радикально видоизменена. Старая школа юристов судила известное деяние известного человека как произведение его свободной воли, но с этою вольною волей счеты покончены; она – предрассудок и самообольщение сознания, происходящее от того, что наше самонаблюдение не простирается на выработку в бессознательном состоянии мотивов действия, существующих в скрытом виде, а начинается с момента, когда эти мотивы вступают между собою в борьбу, в которой, несомненно, верх одерживает сильнейший. Так как вольной воли нет, то не может быть и нравственной ответственности за действие, т.е. той вины, по которой отмеривалось и отсчитывалось наказание. Та особенность, которою мы гордились как превосходством современности перед средними веками, а именно что сумасшедшего не судят, что его отпускают без суда, – пропадает; сумасшедшие одинаково опасны, как и психически здоровые люди, и если они опасны, то подлежат изъятию из общежития. Приемы и методы суда, равно как и личный его состав, должны измениться. В судьи годятся не случайные понятия из народа, без толку волнующиеся, и не казуисты, производящие операции на искусственно вырезанном из жизни деянии, отвлеченно рассматриваемом, но антропологи и, по возможности, психологи и психиатры, которых работа клонится к тому, чтобы, изучив статику и динамику субъекта, его сложение и привычки, поместить его в подходящий класс преступников, подлежащих либо изъятию из общежития, либо меньшим ограничениям и стеснениям. Изнежившись, мы напрасно ослабили нашу карательную систему. В борьбе за существование между обществом и злодеями основание системы – *искоренение*; а если по состоянию нервов общества нельзя, к сожалению, практиковать в надлежащей мере смертную казнь, то возможно оградить

себя и без нее посредством эквивалентов, – правда, дорогих и сложных, но все-таки действительных.

Таковы были голоса, нарушившие своими диссонансами ругину, утвердившуюся в области криминалистики. Замечательно, что они выходили из Италии – на глазах наших превратившейся из «географического названия», каким его считал Меттирних, в новое почтенных размеров государство, с конституцией с иголки, с либеральными учреждениями, позаимствованными и не имеющими корней, между тем как в самом народе кишат средневековые привычки, и сам народ – живой, нервный, страстный, склонный к преступлениям против личности, готовый еще и ныне выделять из себя разбойничьи шайки вроде неаполитанской каморры или сицилийской мафии. Суд присяжных в Италии нередко боится убийц, которых судит, и до сих пор не сделался популярным. Народ итальянский – весьма даровитый, талантливый, в особенности в области практического дела. Потомки древних римлян, итальянцы произвели множество великих пап, Макиавелли и великих кондотьеров, к числу которых Тэн отнес и Наполеона. Они – прирожденные политики, следовательно, и криминалисты. Беккария (*Dei delitti e delle pene*, 1764) был у них глашатаем уголовной реформы, увлекшей всю Европу. Им же достался и почин в деле отставления от службы старой беккариевской классической школы и создания новой, более суровой, соответствующей научному духу исследования, свойственному нашему веку. Эти соображения не уясняют однако, почему итальянские учения нашли отголосок и последователей и вне Италии. Они распространились и в Западной Европе именно потому, что и в ней настал век железный, господство грубой силы, торжествующей с цинизмом. Но такое очерствение и одичание, которое мы испытываем, есть, в свою очередь, только результат и рефлекс изменившегося миросозерцания. Те проповедники просветительной философии XVIII века и начала XIX, будь они теисты или даже атеисты, все же были проникнуты христианским духом, любовью ко всему ощущаемому и страдающему. Мир им казался единым целым, солидарным во всех частях. Этому миросозерцанию ныне противопоставлены: природа с ее роковыми и нещадными законами, мир как совокупность борющихся сил, торжество сильнейшего и гибель слабейшего как орудие прогресса. Приведу следующие слова Тарда (*Philosophie pénale*, 526): «Распространение Дарвиновой теории в последние годы было прямым возвращением к языческому духу. Религия или философия, которые в мифологической или научной форме берут за исходную точку врожденный беспорядок, первичный конфликт и усматривают в гармонии только победу

после сражения, должны привести к оправданию завоевателя и героя. Несомненно, что успех дарвинизма содействовал ужасающему возрождению милитаризма и затормозил движение против смертной казни, столь сильное в предшествующую эпоху. Я далек от мысли полемизировать с одним из величайших гениев XIX столетия, но и его учение есть только один из фазисов в эволюции идей. Я хотел указать только на ствол дерева, из которого выросли в виде веток капитальные произведения итальянской школы криминалистов; это Дарвин и Герберт Спенсер. Школа имеет ныне трех видных представителей: Ломброзо, Ферри и Гарофало».

Основатель школы Цезарь Ломброзо, еврей по происхождению, медик по профессии, родился в 1836 г., управлял заведением для сумасшедших в Пезаро, потом занял кафедру судебной медицины и клинической психиатрии в Турине, где и прославился своими наблюдениями над преступниками. Его капитальное произведение: *Uomo delinquente*, 1878 – имело множество изданий, из которых четвертое переведено на французский язык (*L'homme criminel*, 1887). Громкая, европейская его известность началась с 1885 года, когда в Риме одновременно заседали два конгресса, занимавшиеся одними и теми же вопросами: пенитенциарный и антропологический.

Ломброзо – не юрист и нисколько не социолог; он только естествоиспытатель, притом человек не только односторонний, но и однопредметный или, лучше сказать, одноидейный. В свою одну идею он внес все способности весьма кипучего ума, он переворачивал ее и развивал по всевозможным направлениям, изобретая, производя опыты и неумолимо роясь в истории. У него живое воображение, страсть к поспешным обобщениям, но и большая готовность отступать от своих выводов и их вычеркивать. Коренная его идея – та, что в роде человеческого есть особый вид, отличающийся характерными признаками: человек-преступник. Признаков этих Ломброзо открыл большое количество. Сначала он их искал в телосложении субъектов, работал над составлением чего-то вроде анатомического атласа виднейших экземпляров типа. Потом он находил их в отправлениях физиологических и психологических. Человек-преступник обыкновенно дюж и тяжел, с меньшею, чем у других, вместимостью черепа, с низким и подающимся назад лбом, со складками на лбу, выдающимися бровьями сводами и скулами, с несимметрическим расположением правых и левых частей черепа и лица, глубокими глазными впадинами, кривым или вздернутым носом. Преступники страдают часто дальтонизмом, косоглазы, левши, волосаты, но с редкими бородами. Они мало чувствительны к физическим страданиям, редко краснеют,

непомерно тщеславны, любят татуироваться и т.п. Для отнесения субъекта к типу преступника необходимо, чтобы он вмещал в себя многие признаки. Хотя большинство преступников не подойдет под тип, но в целой армии разрушителей общественного порядка главный корпус составляют лица, роковым образом по своей организации созданные для преступления, так называемые прирожденные преступники (*delinquenti nati*); их бывает, по расчету Ломброзо, до 40 % в общем итоге присуждаемых к наказаниям.

Если бы и было доказано, что мысль Ломброзо верна и что есть в роде человеческом прирожденные преступники, то какой следует сделать практический вывод из этого положения? Ломброзо его не делает, о нем и не думает; он озабочен дачею объяснения причин этого непрекращающегося комплектования класса зверей в образе человеческом, лишенных всяких альтруистических чувств. Объяснение дается в смысле Дарвиновой теории и философии Герберта Спенсера. Оно основано на наследственности, на атавизме, на том, что после длинного ряда поколений дрессированных и цивилизованных может родиться правнук с характерными чертами отдаленнейших предков, вполне похожих на тех праотцев пещерного периода, когда убийство, грабёж и то, что мы называем преступлением, были всеобщими правилами действий. Путем этой наследственности в каждом дитяти проявляется пережитое прошлое, задатки преступности: гнев, мстительность, жестокость, лживость, эгоизм. Эти семена зла исчезают потом при воспитании, под влиянием общежития; но есть известный процент особей с превратными наклонностями, которые остаются таковыми на всю жизнь.

Ломброзо не мог, однако, остановиться на объяснении всего посредством одного атавизма просто потому, хотя многие острожники схожи анатомически с дикарями – людьми вообще здоровыми, между которыми почти не бывает сумасшедших, то в большинстве осуждаемых нельзя, однако, отрицать присутствия признаков болезненной нервности, патологических состояний, неврастения. Вообще и медики-алиенисты, и публика расположены даже смотреть на преступников как на психически больных, как на пребывающих в состоянии невменяемости. Считаясь с этим взглядом, но не отказываясь и от прежнего, Ломброзо оба несовместимых объяснения совокупил таким образом, что в преступнике совмещаются и дикарь, и больной, так как к атавизму часто приводят дурное питание мозга, нервность, эпилепсия. Между преступниками случайными и, несомненно, сумасшедшими становятся «прирожденные преступники», в числе которых наряду

с сумасшедшими помещаются одержимые так называемым нравственным сумасшествием, т.е. люди, рассуждающие здраво и действующие целесообразно, но, безусловно, неспособные различать нравственное добро и зло (*moral insanity, folie morale*). Новейшие психиатры приурочивают этот вид сумасшествия к болезням нервных центров. Ломброзо идет дальше и кладет как под этот класс, так и вообще под всех прирожденных преступников общее основание, а именно делает предположение, что все они нервно больные, эпилептики, страдающие либо явными припадками падушей болезни, либо по крайней мере скрытую эпилепсию (*épilepsie larvée*), иными словами, они имеют эпилептический темперамент, вследствие чего все «прирожденные преступники» получают психопатическую окраску и рассматриваются якобы сумасшедшие (*ne matti, a mattoïdi*). Таким образом, из сомнительных предположений делаются и выводы совсем неверные. Под понятием преступников по атавизму разумелись запоздалые уроды, являющиеся ныне как бы по ошибке, когда им следовало бы жить назад тому несколько веков, но не выродки, родившиеся нормальными людьми и потом свихнувшиеся или даже сошедшие с ума люди, отличающиеся признаками не органическими, а патологическими. Любопытно, что ученик Ломброзо – Марро – взялся поверить теорию учителя и произвел хотя меньшее количество наблюдений, но зато с необычайною точностью и при помощи всех средств психофизики над арестантами и не судившимися людьми в одной северной Италии, причем пришел к заключениям совсем несогласным с теориею своего учителя. Марро подразделяет усмотренные им ненормальности на три разряда: *атавистические*, когда они соответствуют физическим чертам организации предков, *атипические*, когда они произошли в зародышевом еще состоянии субъекта (уродливое строение черепа, страбизм, асимметрия, золотуха), и *патологические*, например рубцы, паралич, затруднительное кровообращение, увечья, последствия алкоголизма. Первого рода ненормальности весьма редки; вторые – в одинаковой пропорции свойственны и преступникам, и несудившимся лицам; ненормальностями третьего рода одержимы преступники в несравненно большем количестве и степени, нежели честные люди. Значит, преступник в большей части случаев – больной, расшатавшийся человек, часто психопат, часто страдающий от недостаточного прилива крови к мозгу. Бедность, нищета – вот неразлагаемый осадок преступного типа. Прибавим к этому невежество, и небиологический атавизм, и тот общеизвестный исторический факт, что разные слои одного и того же общества в одно и то же время по своим идеям и нравам

живут в разных веках истории: передовые классы – в XIX, а арьергард, темные массы, может быть, в XI или X столетиях.

Тут я расстаюсь с Ломброзо и перехожу к тем его последователям, в руках которых проповедуемая им уголовная антропология получила правовое и философское значение вследствие того, что они к данным биологии и экспериментальной психологии присоединили изыскания статистики. Они ее и переименовали из *антропологической* школы в *положительную* (*scuola positive del diritto criminale*).

Статистические наблюдения над ходом преступности имели везде тот результат, что они озадачивали общество и ставили на очередь жгучий вопрос о спешном сооружении плотин против быстрого прироста преступности, против возрастания непропорционально приращению населения – числа преступлений вообще и рецидивов в особенности. Я не буду останавливаться вообще на этих исследованиях ни на классическом по своему методу и размерам официальном французском отчете за 1880 (работа Ивернеса), изображающем движение преступности во Франции за целые полвека (с 1830 по 1880 г.), ни на успокоительной, но парадоксальной теории *Полети* (1882, *Di una legge empirica della criminalità*), по которой увеличение числа преступлений, непропорциональное приращению населения, не обозначает усиления порчи нравов, если при этом быстро возросли и обращение богатств, и количество меновых сделок. Я счел необходимым затронуть статистику только с одной целью – указать, что как только статистические изыскания присоединились к антропологическим, занимавшимся одними конкретными преступниками и их преступлениями, то сама криминология тотчас же преобразилась, содержание ее обобщилось, индивидуальная личность стусевалась, и мы стали иметь дело с коллективным стремлением к преступности, проявляющимся с различным напряжением в связи со всеми условиями общественного быта. Сама наука из той смеси биологии, зоологии, антропологии, какою она являлась у Ломброзо, превратилась в часть социологии, в государственную науку, в политику. Труд такого пополнения антропологии статистикою, сопряженный с опытом перевода науки на социологическую почву, совершил Энрико *Ферри*, мантуанец, родившийся в 1856 г., преподававший уголовное право в Турине, а потом в Сиене и променявший в 1886 г. профессуру на звание члена итальянского парламента. Самое блистательное его произведение, дающее наилучшее представление о всей итальянской школе, озаглавлено: *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* (2 изд., 1884).

Ферри кладет в основание своего учения три *первоосновы*. Первая, общая всем представителям школы, есть несуществование свободной воли, а следовательно, и нравственной ответственности, с превращением уголовного права в простую самооборону обществ от преступников. Вторая основа – идея Ферри, заимствованная от Ломброзо, а именно что преступник есть разновидность рода человеческого, существо ненормальное, на других особей иных видов непохожее. Третья основа – наказания сами по себе мало влияют на уменьшение или прирост преступности. Всякий психический процесс, а следовательно и волевой, происходит по общему типу нервного рефлекса, осложненного только тем, что между вызвавшим его внешним действием и конечным воздействием имеется промежуточный фазис психический, сопровождаемый обманным чувством якобы свободы произвола, а в сущности это есть одно сознание того, что, откликаясь на раздражение извне, лицо становится хотя и невольной, но действительной причиною перемен, производимых в мире внешнем, что и составляет основание вменения ему этих перемен. Карательная деятельность есть такой же рефлекс, самозащита организма личного или коллективного в его борьбе за существование. Она бывает либо немедленная, либо отлагаемая до более удобного случая (месть), либо военная, либо судебная, либо исправляемая главою государства, либо его министрами и слугами. Она была первоначально совершаема без всякого вывода против караемого, против какой бы то ни было его вины, и подобный характер она имеет и ныне в международных войнах. Однако вскоре карательная функция перешла к жрецам, в руках которых она получила мистический характер оскорбления божества, требующего очищения. Этот мистицизм до того со временем прилепился к понятию преступления, что и после выхода из религиозного периода законодательство и классическая уголовная школа не перестают возиться с виною, соразмеряя с нею наказание на отвлеченнейших весах. Обусловленная виною юстиция стала воздаянием. Она была кровная месть, государственная месть, божеская месть, или, наконец, жертвоприношение какой-то заоблачной идее правды и справедливости. Наши законы еще не разделились с первым религиозным фазисом, классическая криминология пребывает и до сих пор во втором фазисе юстиции воздаятельной и исправляющей, но пора вступить в третий фазис юстиции чисто правовой, задающей только целью охраны общества и закона, но не более, – юстиции, для которой безразличны степени вины. Изъемя личность из тисков средневекового государства,

индивидуалисты-классики выдавали преступника государству головою для отпущения ему – только при доказанности моральной его вины. Теперь задача изменяется. Общество не карает, а только предохраняет себя от злодеев, либо ассимилируя все то, что еще годно к ассимиляции, или извергая все негодное, – и это оно делает хладнокровно, без эмоции. Так как деяния людей в общежитии, смотря по их хорошим или вредным для общества последствиям, должны быть относимы на счет деятелей, то общество и делает сих последних ответственными, не нравственно, а только легально, за их противозаконные действия вследствие одного того факта, что они состояли в общежитии, – не добираясь до сокровенной вины. Воздействие общества на преступников заключается и в порицании их поступков общественным мнением, и в мерах предупреждения, и в гражданских взысканиях. На самом краю этой системы стоят меры уголовного укрощения и изъятия из общежития особей наиболее опасных. Критерий при определении степени наказуемости не вина, а только *la temibilita del delinquente*, – выражение, изобретенное Гарофало и усвоенное школою; оно выражает *боязнь, внушаемую субъектом*, зависящую от важности посягательств на благо лица или общества с объективной его стороны и от вероятности повторения. При этом критерии преступления делятся на: 1) легкие, совершаемые непривычными к преступлению людьми (меры исправительные); 2) средней важности преступления, но совершаемые непривычными людьми (кары, способные отбить охоту и у других то же делать); 3) преступления либо легкие, либо средние, но совершаемые людьми, занимающимися ими как ремеслом, профессионально (меры, клонящиеся к тому, чтобы сделать повторение маловероятным); наконец, 4) выходящие из ряда злодеяния (меры, пресекающие всякую возможность повторения).

По *второй* из своих первооснов Ферри следует почти по пятам Ломброзо, придерживаясь притом его первоначального объяснения, по которому преступник прежде всего не психопат, а дикарь. По мнению Ферри, преступник есть представитель первобытных дикарей, у которых нравственные идеи и чувства существуют лишь в зачатках. Деление преступников по системе Ферри замечательно тем, что оно было принято в 1885 г. Антропологическим конгрессом в Риме и состоит из следующих классов: 1) преступники-сумасшедшие; 2) неисправимые или природжденные; 3) привычные, действующие по ремеслу (увеличивающийся грозный корпус рецидивистов); 4) преступники по страстному аффекту или импетике по темпераменту; 5) наконец,

преступники случайные, вовлеченные в преступление влияниями среды или внешними связями. Опасных сумасшедших нельзя отпускать без осуждения; они должны быть помещены бессрочно или до выздоровления в так называемые *manicomia*, или арестантские больницы для помешанных. В суде должны заседать в числе судей и эксперты из психиатров. К сумасшедшим должны быть относимы и *mattoïdi*, одержимые нравственным сумасшествием. Настоящая расправа с прирожденными и неисправимыми преступниками была бы смертная казнь, но не такая, какая существует ныне в виде пугала для воробьев, всего по несколько голов в год. На одну Италию полезно было бы казнить в год до 1 500 человек. Так как смертная казнь делается невозможной по состоянию нравов, то лучше упразднить ее, но завести для неисправимых заключение навсегда, со ссылкой куда-нибудь подальше, с употреблением на полевые работы в болотах, в местах, где свирепствует *malaria*, с прибавкою для строптивых телесного наказания, приспособленного к нашему веку, не в виде розог, но в виде окачиваний холодною водою или электрических разрядов, боль причиняющих, но без следов. Для привычных преступников меньшего калибра – воров, хищников заключение должно быть продолжительное, увеличивающееся по числу рецидивов до зачисления в неисправимые, т.е. до бессрочного заключения. Относительно случайных преступников желательно поменьше тюремного ареста, побольше взыскания убытков, для молодых – школа, для взрослых – ирландский способ срочных условных отпусков. Тюрьма не должна быть комфортабельна, работы в ней, безусловно, обязательны по началу: *chi non lavora non mangia*. Если преступники по страстному порыву не психопаты, то, сверх вознаграждения убытков, они должны быть подвергаемы особому заключению, срочному, не подлежащему сокращению посредством досрочного отпуска.

Что касается до *третьей* первоосновы Ферри, а именно слабого влияния уголовных кар на преступность вообще, то предмет этот находится в ближайшей связи с вопросом о *факторах* преступности, которых Ферри насчитывает три рода: 1) *антропологические*, присущие лицу преступника; 2) *физические*, состоящие из совокупности условий окружающей преступника среды; 3) общественные, к которым относятся нравы, религия, производительность и экономическое устройство, администрация, суд, законодательство. Сузив область общественных факторов, Ферри неправильно отнес в антропологические – гражданское состояние, занятие и степень образования. Факторы физические

одинаково влияют на все классы преступников; антропологические – преобладают в классах сумасшедших, природных и импетиков; социальные – в классе случайных преступников. Факторы физические и антропологические состоят вне власти законодателя, действуют по известному ритму; результатами их являются из ряда вон выходящие крупные злодеяния, численно почти одинаковые из года в год. Зато страшная подвижность господствует в меньших преступлениях против лиц, против общественной организации и в особенности против имуществ. Цифры колеблются, будучи в постоянной зависимости от меняющихся условий общественной среды по неизменному, усматриваемому Ферри, закону *уголовного насыщения*. Подобно тому, как по началам химии при известной температуре распускается в воде только известное количество соли или иного подобного вещества, а остальное пребывает в виде нерастворенного осадка, но следует только повысить температуру, и способность воды насыщения ее солью тотчас увеличивается, – так точно и при кризисах финансовых, земледельческих, политических насыщаемость уголовная вдруг растет, число преступлений, а следовательно, и осуждений за наказания увеличивается, причем, однако, возникает вопрос, способствуют ли эти наказания хотя бы только к заторможению надлежащим образом усиливающейся склонности к преступлениям. Тут Ферри большой скептик. В обществе есть высшие интеллигентные классы, которые могли бы обходиться и без кар, по одной унаследованной привычке честно действовать. Есть затем подонки общества, люди необразованные и нечестные, всецело преданные зверской борьбе за существование. На этот класс, доставляющий наибольшее число преступников, наказания не действуют. Наконец, есть колеблющиеся, умеренно честные, на которых угроза наказания действует в смысле психологического мотива, употребляемого, когда все другие лекарства оказались недействительными. Здесь в помощь уголовному праву является выстроенная Ферри заманчивая система заместителей наказания, так называемых *sostitutivi penali* – свободная мена, свобода выселения, податная реформа, избирательная реформа, либеральное управление и так дальше, словом, рай земной, воображаемый идеальный общественный порядок, каким только может его себе представить современный прогрессист, – программа на несколько сот лет вперед, которая не может не изменяться радикально прежде, нежели будут еще осуществлены самые коренные из ее предначертаний.

После всего сказанного мною о книге Ферри я могу довольствоваться немногими словами, посвященными третьему представителю итальянской школы, вице-президенту трибунала в Неаполе – Гарофало и его криминологии (1885 г., 2-е издание во французском переводе 1890 г.). Он изобрел указанный уже мною критерий наказуемости – *la temibilità del delinquente*. Его деление неслучайных преступников на три разряда: смертоубийц, насильственников и воров – одобрено в 1889 г. Антропологическим конгрессом в Париже. Оно основано на понятии Гарофало о преступлениях естественных, заключающемся в том, что если из преступности выделить преступления религиозные, политические и такие, которые только по положительному закону квалифицированы преступными, то все остальные сводятся к отсутствию в деятеле либо одного, либо обоих коренных альтруистических чувств: чувства сострадания или чувства честности. Гарофало – утонченный логик, озабоченный проведением идей школы в законодательство и в практику. Он порицает нынешнее уголовное право за то, что наказания утратили свой элиминативный характер; они допускают преследование по частному обвинению, уголовную давность и помилование, пользуются судом присяжных и избирают типическим наказанием заточение в тюрьме в размере, определенном наперед.

На долю не Гарофало, а Ферри досталась нелегкая задача – защищать идеи новой школы в итальянском парламенте при прениях о новом кодексе, утвержденном 1 декабря 1889 г. и введенном в действие с 1 января 1890 г. Ферри произнес речь без увлечения, зная, что она не найдет в сеймовом собрании поддержки – до того преобладают в нем еще идеи классиков-беккарианцев. Позитивисты никогда не рассчитывали на ближайшие успехи. Еще на антропологическом конгрессе в Риме в ноябре 1885 г. по предложению Молешотта они приняли следующее заключение: «...признавая, что только достаточно созревшие идеи могут проникнуть в практическую жизнь и осуществиться одним действием собственных сил, конгресс выражает желание, чтобы будущие законодательства в их прогрессивной эволюции сообразовались с началами уголовной антропологии».

Хотя итальянский уголовный кодекс, задуманный еще в 1875 г. при Манчини и осуществленный только ныне при Занарделли, пошел по иному пути, нежели тот, какой предлагали позитивисты, но и в нем имеются кой-какие следы позитивизма, на которые я должен указать. Кодекс весьма сжат (498 статей); он исключил из употребительного трехчленного деления уголовных правонарушений – на *crimes, délits et contraventions* – первый член,

т.е. преступления, *crimes*, и усвоил себе только *проступки* и *нарушения*. Смертная казнь в нем отменена; ее заменяет *ergastolo*, вечная каторга с одиночным заключением в первые 7 лет и с работами потом в общих помещениях, но с обязательным молчанием (§ 12). При наличии смягчающих вину обстоятельств вместо *ergastolo* полагается *resluzione* на 30 лет. Срочное заключение в двух видах, *resluzione* и *detentione*, длится до 24 лет, первое с одиночным заключением, но оба с обязательными работами. Невменяемость существует для дитяти до 9 лет, с 9 до 14 лет ставится вопрос о разумении, и во всяком случае до 21 г. наказание смягчается (§ 53–56). В § 45 сказано: никто не может быть наказан за проступок, если он не желал действия, составляющего проступок, за исключением случаев, когда закон распорядился иначе, отнеся действие на счет обвиняемого как последствие его деяния или его упущения. По § 46 ненаказуемо лицо, которое в момент совершения факта находилось в состоянии слабоумия, способного лишить его сознания или свободы его действий. Следующие затем слова этого же § дают некоторое удовлетворение позитивистам относительно их *manicomia* для сумасшедших: однако если судья сочтет опасным освобождение обвиняемого, объявленного состоящим в состоянии невменяемости, то он распорядится о передаче такового подлежащей власти для поступления с ним по закону. В § 47 положено громадное понижение наказания для признававшегося уже и прежде итальянцами, но не допускаемого другими законодателями состояния полупомешательства, т.е. «для лиц, которых умственное состояние таково, что могло значительно уменьшить ответственность, не исключая ее, однако».

Итальянские позитивисты не признают своим детищем новый кодекс. Победа для них только впереди; но возникает вопрос: достанется ли она им и в будущем? Вносят ли они в уголовное дело новые идеи, верные основания, настоящие истины? Для разрешения этого вопроса необходимо произвести критическую оценку коронных оснований новой школы.

Ее краеугольный камень – преступник как разновидность рода человеческого – есть мечта воображения, несуществующий предмет. Можно ли признать существование вида, когда его признаки оказываются только у 40 % особей, относимых к этому виду; и притом признаков этих весьма много и они составляют характеристику только тогда, когда совмещаются в лице в весьма большом числе. Эти признаки столь часты и у несудившихся людей, что надо было прибегнуть к гипотезе *скрытого преступника* (*delingucnte latente*), который не имел еще случая заявить свое

предрасположение к преступлению. Не только все признаки вида спорны, но даже и объяснение, даваемое школою происхождению и непрекращающемуся комплектованию вида, оказывается весьма сомнительным и даже фантастическим. Не доказано, что изначала, в доисторические времена, нормальным типом был человек-преступник, разучившийся только злодействовать под влиянием цивилизации. Данные истории, восходящие до отдаленнейших времен, обнаруживают признаки доброты, мягкости и простоты семейной жизни у племен, пребывающих в догосударственном состоянии. Потом, вследствие роковой необходимости защищаться, воевать, наступило одичание, которое навсегда было регрессом к первичной старине. Общество может одичать, взятое в целой своей совокупности, – могут вырождаться и портиться отдельные особи также и вследствие *подбора наоборот*, о котором говорил Гарофало, т.е. полового совокупления лиц хилых и слабых, и вследствие того, что эти особи оказались шаткими, не устояли против искушений, превратились в нечистоплотных животных, не подлежит сомнению, что между уродами нравственными, которые таковыми уже уродились, и уродами, которые таковыми сделались, есть поразительные общие черты сходства, так что можно из этих признаков составить общий тип *острожный* и *уголовный*, но он не разновидность рода человеческого, а только доказательство, что пребывание в известной среде, например в остроге, или даже занятие преступлением как ремеслом налагают на человека известную печать. В «Записках из Мертвого дома», воспроизводимых в главных чертах почти всеми итальянцами антропологами-криминалистами, Достоевский изобразил наблюдаемый им тип острожников сибирских. Независимо от тюремного отпечатка, занятие одним трудом, усиленное упражнение одних органов и слабое развитие других, неработающих, делают то, что по одной наружности мы можем опознать военного, священника, учителя или кузнеца. И занятия избирают себе люди наиболее подходящие к их сложению. Привычки у людей бывают мускульные и нервные, которые легко подметить. Вследствие скрещивания и смешения народа в громадных государствах расовые типы ступевываются, но зато тем сильнее обрисовываются профессиональные, в числе которых видное место занимает уголовный тип или в особенности тип закоренелого и неисправимого рецидивиста. Это и есть единственный тип преступный, уловимый с внешней стороны. Класс преступников-сумасшедших основан на логическом противоречии: кто сумасшедший, тот не преступник, хотя бы даже его и держали в заключении.

Вероятно, наука значительно расширит в будущем круг лиц психически больных, находящихся в состоянии невменяемости, так что в этот круг войдут и многие прирожденные преступники, насколько они своей преступности не сознавали. Преступников по страстному порыву немного (около 5 %); если страсть помутила сознание, то она может быть рассматриваема как моментальное сумасшествие. Остальные два подразделения преступников: случайные и привычные – едва ли могут быть разграничены, потому что всякий привычный преступник начал с того, что был преступником по случаю, пока склонность к преступлению вследствие повторения не сделалась для него привычкой.

Итальянская школа слишком долго и усидчиво занималась только зоологией, антропометрией, подробностями телосложения, так что ей не хватило времени на психологические наблюдения, а социология хотя и входила в ее намерения, но осталась ей на деле чужда. Если бы вместо того, чтобы ограничиваться изучением с небывалою до сих пор подробностью атавизма, эпилепсии, алкоголизма, влияния времен года и проч., позитивисты занялись столь же прилежно взвешиванием социальных факторов: религии, богатства, образов правления, свойств переживаемого исторического момента – то оказалось бы, что многое из относимого на счет природы должно бы было быть поставлено на счет обществу и его плохому устройству. При такой перестановке вопроса произошел бы неизбежно раскол в лагере позитивистов по поводу социальных факторов, которых до сих пор они не разбирали. В этом лагере естественники, занимающиеся уголовным правом как наукою описательною, перессорились бы с социалистами, своего рода метафизиками, которые доискиваясь первопричин зла и не обретая их в свободной воле, влекут на судище само общество и разрушают его мысленно с тем, чтобы потом заново его отстроить. Мы уже коснулись этих социалистических утопий в *sostitutivi p enali* у Ферри. Как бы ни были велики и всесторонни усовершенствования законодательные, они устранят только одни поводы к тому, чтобы грешить и преступать закон, но не превратят людей в добрых и честных, не уменьшат числа так называемых скрытых преступников. Законы и учреждения – это только оболочка и кора общества, а сердцевина, от которой именно все и зависит, это те культурно выращенные чувства человеколюбия и честности, которых недостаток, по учению Грофало, служит показателем естественной преступности

деятеля. Когда эти чувства перестают быть живучими, одна шлифовка и оттачивание внешних форм быта весьма мало поможет.

При критической оценке коренных начал позитивной школы итальянской мельчает и постепенно ступеньвается то, безусловно, роковое, на котором она построена. Роковое в природе – *атавизм* – растаяло и из психического уродства превратилось в предрасположение. Роковое *социологическое* – ответственность за действия человека одной среды и законов общежития – есть предположение весьма сомнительное, рискованная теория. Остается роковое в *мотивах воли*, тот детерминизм, отрицающий всякую нравственную ответственность и видоизменяющий – юридическую. К разбору его я и должен приступить.

Таким образом, оказывается, что итальянская школа не дала положительных результатов, однако отрицательные ее результаты значительны. Она обнаружила полную несостоятельность и безрезультатность нынешней системы наказаний, легкомысленную торопливость, с которою разбирают на суде по эмоциям, а не на основании научных приемов – не самого человека, а искусственно отделенное от его личности его деяние, после чего судимый человек для юстиции исчезает и о дальнейших его судьбах она перестает заботиться. Такова несомненная польза, которую принесла эта школа.

II

Вопрос о свободе воли.

Законы подражательности Гарда

Итальянская положительная школа антропологов-криминалистов берет за исходную точку учение, распространившееся особенно сильно с пятидесятих годов нашего столетия, о несвободе воли как вследствие подчинения этой воли всеобщему закону причинности, так и вследствие того, что действию предшествует решимость; решимость же немислима без мотивов, а мотивы эти действуют роковым образом и непреодолимо. Если нет свободы воли, то нет вины и нет ответственности, ни нравственной, ни юридической, и нет наказания за вину, а только самозащита общества от нарушителей его законов. Не вхожу пока в разбор правильности такого вывода из посылок; замечу только, что есть много детерминистов или нецессарианцев, которые, отрицая свободу воли, признают за обществом право

создавать противодействующие преступлению психические мотивы, т.е. грозить наказанием, а затем для поддержания действительности этой угрозы и наказывать. Я только констатирую, что мы стали теперь перед вопросом о свободе воли, который необходимо либо разрешить, либо каким бы то ни было образом обойти.

Вопрос глубок и безбрежен, как море. Сначала он явился в богословской форме предопределения к добру действием божеской благодати (у св. Августина). Св. Фома Аквинат допускал ограниченную свободу воли у человека. Лютер возвратился к предопределению по идее св. Августина. Потом, когда «служанка богословия», философия, освободилась, ей достался на решение головоломный вопрос. Она не обладала данными естествознания, методами точного наблюдения явлений, в мире происходящих, имела в своем распоряжении только скудный запас наблюдений, доставляемых внутренним опытом, самосознанием, и воспроизводила мысленно вселенную по этим данным психологии при помощи воображения. Она была притом полурелигиозная, склонялась к тому, чтобы созерцать вселенную с точки зрения абсолюта, как Бога-природу Спинозы, как саморазвившуюся идею Гегеля, как мировую волю Шопенгауера, – либо в наиболее узком смысле рационалистическая, сводящая всю психическую деятельность к уму, анализирующему явления, и не подозревающая, что сознаваемой деятельности ума предшествуют сложные процессы чисто психического свойства в бессознательном. То были еще продолжающиеся Средние века. На границе их и нашей современности, ознаменованной небывалыми успехами естествознания, у самого входа в нашу эпоху, стал гениальнейший из гениальных философов Иммануил Кант, родоначальник новой философии, которая движется сообщенным им толчком ей, поминутно к ней возвращаясь, несмотря на недостаточность и незаконченность открытых им положений. Кант определил непереступаемые границы нашему опытному знанию, которое имеет дело только с относительным и феноменальным и скользит по улавливаемой впечатлением поверхности бытия, между тем как существо вещей, каким они есть сами в себе, и их причинность для ума, безусловно, не доступны. Кант сразу подсек трансцендентную метафизику прошедшего, населявшую мир если не живыми человекообразными существами, то фантастическими отвлеченностями вроде субстанций, силы, способностей, причин. Оказалось, что условные знаки изображают неведомую подкладку известных серий явлений. Кант и есть основатель новейшего агностицизма, т.е. того непознаваемого, которое составляет темный фон нашего мышления. Затем в области

волевой, практической, Кант решительно отделяется от сенсуалистов, от людей, выводящих мораль из эгоизма, из прирожденного стремления к удовольствию, к счастью и заключающих из того, как действует человек, о том, как ему следует действовать. Руководящими для воли началами Кант ставит сверхчувственную, наблюдению не подлежащую, душе как «ноумену», т.е. вещи самой в себе, присущую и непосредственно созерцаемую идею долга. Эта суровая, строгая, независимая от чувственности априорическая мораль является в виде *категорического императива*, т.е. прямого веления.

Не буду подвергать критике это учение Канта, философски неудовлетворительное, вследствие того что оно совсем мистическое; я указываю только на главные этапы философии. Таким этапом после Канта был позитивизм Огюста Конта, выбросивший за борт, вслед за богословием, и всю метафизику и задумавший строить без нее настоящую науку. Ум должен отказаться от погони за первоосновами, первопричинами и конечными целями бытия; он должен ограничиться изучением одних постоянных отношений между вещами, основанных на сходстве и последовательности явлений, т.е. открытием законов жизни. Но и позитивизм кончается – он был переходным фазисом в развитии философии. Метафизика воскресла – не прежняя, но преобразованная; она признается законнорожденным детищем ума, необходимым дополнением положительного знания, имеющим свои особые задачи.

Единственным орудием знания служит опыт, либо внутренний над своей душой, либо внешний. Материалом служат явления, наблюдаемые чувствами. Приемы, необходимые для успехов знания, суть, с одной стороны, специализация наблюдений, с другой – перенесение по аналогии выведенных из наблюдений законов из одних специальных областей знания на другие. Никакая специальная наука не в состоянии дать окончательного обобщения всех знаний. Каждая выражает своими положениями, точно алгебраическими условными знаками известный уголок, частицу целого. Знаки эти передают понятия якобы известные, а между тем весьма мало известные и неопределенные; некоторые из этих понятий суть концентрированные наблюдения, а некоторые, может быть, формы нашего мышления. Эти данные, каковы теперь сила, пространство, число, время и тому подобные, предполагаются сопровождающими всякое движение и потому не поясняются. Ум наш способен сделать предметом исследования эти высшие отвращения, отделенные от своего базиса, подвергнуть их критике для точного определения их содержания (теория познания,

гнофология) и завершить знание куполом, построить мирозерцание, воспроизводящее в субъективном, правда, образе всю вселенную, всю природу, всю мировую жизнь согласно состоянию в тот момент положительных наук. Этот отраженный образ вселенной может и не претендовать на воспроизведение ее – точное; вселенная в этом образе окрашена в цвете личного темперамента созерцателя; она – она вселенная в том только виде, в каком ее мыслит, чувствует и желает иметь созерцатель. По выражению Фюлье (*Avenir de la métaphysique*, 1889), она есть метафизика *имманентная*, в пределах настоящего бытия, в противоположении бывшей в ходу в прежние времена – трансцендентной. Она не поэзия идеала, как ее себе представляли Ланге и Ренан, потому что не изобретает небывальщин, фикций, а доискивается настоящего смысла жизни, хотя и сознает, что не может его вполне раскрыть. Метафизика опирается, конечно, на результаты положительных наук, но она состоит главным образом из суждений гипотетических, т.е. по данным опыта частичного растягиваемых и обобщаемых; она весь мир пытается представить в виде целого, приведенного к одному началу. Нет науки, могущей обойтись без гипотез. Многие дошли до результатов только потому, что смело ставили гипотезы, потом блистательно оправдавшиеся. Гипотеза есть сильнейшее оружие в борьбе с непознаваемым и даже с неизвестным; часто случалось, что непознаваемое оказывалось только неизвестным и даже неизвестным. В этой борьбе знания метафизика была и есть передовой застрельщик. Ее участие в области морали незаменимо ничем, так как этика есть наука насквозь метафизическая, ставящая неразрешимые посредством прямого наблюдения задачи и не дающая никаких решений, кроме гипотетических, а следовательно, не окончательных – об удовольствии, счастье, добре, идеале действия, долге, свободе воли. Не приступая к решению последнего из этих вопросов, я должен несколькими чертами обозначить нынешний его фазис с той целью, чтобы определить, склоняются ли ныне мнения к тому решению, которое ему давали детерминисты и в том числе итальянские антропологипозитивисты.

Прежде всего я должен устранить все учения о свободе воли трансцендентной, о воле человека предполагаемой, мировой. С 1887 г. по 1889 г. вопрос о свободе воли разбирался в московском Психологическом обществе, отдельные рефераты изданы в особой книжке 1889 г. «О свободе воли». В одном из рефератов профессор Н. Грот говорит: «...воля личности есть обособившийся элемент всеединой вселенской воли» (92). Я становлюсь на точку зрения одного из московских референтов, врача Кирсанова,

и предполагаю волю только там, где есть душа, следовательно, в человеке. Начну с того, что уму человека присуще понятие причинности – плод внутреннего наблюдения, обобщенного в закон, распространенное потом на весь мир, хотя вне своего сознания человек не наблюдал его и найти бы не мог. «Хочу что-нибудь сделать» (действие потенциальное); «действую» (возможность, превратившаяся в акт); «я сделал и узнаю себя в произведении». Этот психологический опыт над самосознанием, перенесенный во внешнюю природу, является у дикаря в грубой форме антропоморфизма и фетишизма: весь мир по его понятиям населен богами, духами, живыми существами, прихотливыми и своенравными. С ходом развития закон причинности преобразуется и приобретает колоссальное значение. Весь мир упорядочен, нет случайных явлений, все сущее превращено в густую сетку причин и следствий, и явилась возможность предусматривать будущее, чего бы не могло быть, если нельзя было по предшествующему и обусловливающему предвидеть наступление неизбежно за ним следующего обусловливаемого. Эта новая причинность есть только подобие первоначальной психологической; она чисто *механическая*. Каждое последующее сводится к своему непосредственно предшествовавшему как к своему основанию, это последнее – к своему предыдущему и т.д. до неведомого первого. В математике и механике делаются попытки изгнать само метафизическое представление причинности, предполагающее связь, подобную рождаемости, между предыдущим и последующим, и превратить ее в простые метаморфозы движения при сохранении той же энергии или силы. С помощью закона причинности на механической подкладке естествознание сделало громадные успехи – сделало потом вторжение в мир самосознания, избрело опытную физиологию и психофизику, обнаружило корни и зачатки всех сознательных процессов души в бессознательном, чем довело до великой степени правдоподобия предположение о тождестве параллельно совершающихся процессов: физического – в нервах психологического – в душе, не превращающихся, однако, никогда один в другой. Тогда неизбежно должна была произойти попытка завоевать и подчинить естествознанию единственную оставшуюся независимо от него область деяний человеческих, т.е. морали, водворить и в ней закон механической причинности, уже господствующий в естествознании, заменив эту механическую причинностью другую непосредственную, психологическую, удостоверяемую внутренним чувством. Может кто-либо воображать себя свободно самоопределяющимся в своих действиях, но его уверят в самообольщении, в том, что

он действует по такой же необходимости, с какою камень падает и вода течет. Этот вывод делается при помощи следующих соображений.

Всякое действие человека есть, выражаясь языком физиологии, рефлекторный акт. Всякое сознательное действие или деяние представляется сознанию как особого рода психический, волевой процесс, сопровождающий и осложняющий процесс в нервах. Та перемена, которую человек произвел деянием в мире внешнем (последствия деяния), скована с деянием по закону простой физической причинности; но само движение в мире внешнем было только одним из звеньев психологического процесса; ему предшествовало хотение, консолидировавшееся до степени решения. Как только состоялась решимость – осуществлявшее его движение стало явлением необходимым и роковым. Но самой решимости неизбежно предшествовало представление в уме о последствиях деяния как о целевой или конечной причине (*causa finalis*), ради которой движение совершилось. От других присущих сознанию представлений это представление отличается тем, что другие воспроизводят мысленно отношения вещей, какие есть, а оно – творческое, с новою группировкою условий возможности будущего, становящегося предметом *воли* и *решимости*. Это представление целевое, или *телеологическое*, дав толчок волевому движению, стало двигателем или *мотивом* действия. Образование таких целевых представлений может быть и произвольное (по внезапному вдохновению), но обусловленное мотивом волевого явления всегда сопровождается усилием, расходом энергии. Сам толчок кажется нам исходящим от нашей же воли, т.е. от нашего «я», а потому спрашивается: не был ли он необходим, как все, что в природе происходит? Тут-то и ставилось перед борниками вольной воли произвольное и нелепое представление о воле как о способности выбирать одно из противоположных направлений, решаться по произволу, т.е. по неосмысленному случаю, на одно или противное ему другое, подбирая по прихоти тот или другой мотив. Так называемая *свобода безразличия* есть небывальщина, пустая отвлеченность, которую можно измыслить, но не наблюдать и которая получится только тогда, когда мы волю возьмем как нечто формальное и вычтем, так сказать, из нее все ее содержание, т.е. когда она уже не будет воля, а нуль, или ничто (хотение, чтобы ничего не хотеть). Мотив не избирается нами, но сам навязывается нам и заполняет нашу волю с большею или меньшею силою, так что он бывает не только импульсивным, т.е. толкающим нас на действие, но иногда, по выражению Канта, и категорически императивным, т.е. непреодолимым,

и превосходит всякие другие мотивы, какие только мыслимы. Если мотив произволен, если в душе происходит между идейными представлениями-мотивами борьба за существование – причем имеющийся в наличности сильнейший всегда победит и увлечет человека – то какое же место может быть отведено в первой части рефлекторного процесса так называемой свободе воли? Если обратным ходом будем восходить к первопричинам действий, то натолкнемся на два антецедента, устраняющие свободу воли, во-первых, на сложившийся характер лица, на совокупность привычек откликаться почти автоматически на внешние раздражения, впечатления, а затем на то самое нервное раздражение или возбуждение, с которого рефлекторный акт начался. Таким образом, воля есть специфическое ощущение, сопровождающее заключительную двигательную часть рефлекторного акта. Сама она действий не определяет; действия эти запечатлены характером необходимости; автономия воли есть чистый призрак, представление, лишённое всякой реальности.

Этот вывод односторонен и ошибочен, потому что смешивает феноменальную физическую причинность с психологической причинностью идей-мотивов, созерцаемых непосредственно внутренним чувством. Если мы станем изучать деяние как рефлекторный акт, то уже в начале его, в восприятии ощущения найдем, что пресекается возможность связать по закону причинности внешний толчок с теми последствиями, которые он может произвести в душе. Внешний мир не входит ни в малейшей доле внутрь нас, в ощущения, а происходит только в доходящем до мозга вибрировании нервов реакция внутренней энергии мозговых клеток. Эти вибрации ощущаются душою как символически только воспроизводящие свойства и отношения мира внешнего. Сам рефлекс необычайно сложен; чувственное раздражение не всегда тотчас переходит в волевое; иногда задержка его длится месяцы и годы, так что от этих задержаний в центральной части рефлекторного снаряда происходит большое накопление свободной энергии. Иногда сильный даже толчок бесследно поглощается центром, а иногда и малый достаточен для разрежения накопившейся энергии сильным взрывом. Сам резервуар энергии колоссален; это настоящий *microcosmos*, совокупность идей, чувствований, воспоминаний данного лица, в скрытом состоянии в нем пребывающих, но от всякого толчка могущих проявиться и вихрем пронестись. Внешний толчок, т.е. предыдущее, не может быть рассматриваем, как достаточное основание последующего, т.е. разрядки накопившейся

энергии; подобно тому невозможно доказать не только то, что вливающиеся в Черное море воды Днепра, Дуная и других рек, суть причина того морского течения, несущего воды Черного моря чрез Босфор и Дарданеллы в Средиземное море, но еще большее, а именно что только из одних речных вод, вливающих в Черное море, образуется морское течение через пролив. Прибавка запасенной энергии к движению, вызванному слабым стимулом, ощущается как не связанная по необходимости с этим стимулом и как автономия самосознания, проявляющаяся в волевом действии.

Точно таким же образом падает и другой довод феноменальной необходимости, заключающийся в сложившемся постоянстве характера действующего лица. Конечно, всякая человеческая особь со всеми унаследованными физическими свойствами и психическими предрасположениями под влиянием среды в течение долгого опыта жизни приобретает навык откликаться известным образом, почти автоматически, на возбуждения извне, так что, зная эти привычки, мы с некоторой вероятностью можем предугадывать, как это лицо в данном случае и положении поступит. Нельзя отрицать причинности этих привычек, зависимости от них всяких психических процессов мышления, чувствования и воли. Они подобны рельсам, по которым совершаются жизненные психические отправления с неимоверною быстротою; но, *во-первых*, они были сначала волевые рефлексы, пока не сделались автоматическими – значит, характер есть окончательный результат нескольких факторов, в числе которых имеется и строение воли самого лица; притом, *во-вторых*, они составляют один, не делящийся на части, нравственный облик лица. Сказать, что действия человека зависят от его характера, а не от случайно присущего в его сознании в данный момент мотива, приведенного в действие по ассоциации идей, значит опять пресечь феноменальную причинную связь предыдущего с последующим, потому что коль скоро мы заговорили о характере, то мы вступили в отдельный бассейн моря умственности известного лица. В этой области конкретного характера нельзя различить, что свободно и что необходимо; обуславливающее не имеет вовсе рокового характера непреложной необходимости; детерминизм и свобода сливаются и существуют, не враждуя между собой. В этой области конкретного человеческого характера на первом плане стоит объединяющее и все к себе, как к центру, притягивающее самосознание, т.е. человеческое «я», автономное, в себе усматривающее живую, а не механическую причину расточаемой по всем направлениям энергии. Детерминисты, объясняющие проявления

мотивов простою ассоциацией идей, не отводят никакого места элементу самосознания; они его смешивают с сознанием. Сознания не лишен и сумасшедший; даже и мотивы действия не чужды ни сумасшедшему, ни действовавшему по гипнозу человеку, который хотя явно действовал по чужой, внушенной ему воле, но придумывает ложные мотивы для объяснения самому себе непонятных без таких мотивов своих же поступков. Коренная ошибка психологов, изучающих явления воли по методам естествознания, заключается в том, что они наблюдаемое в сознании внутренним чувством искажают, переименовывают и представляют себе в виде совсем превратном, не соответствующем действительности. Процесс самосознания, взаимных превращений, хотений, идей, эмоций и движений воли разлагается мысленно аналитически на состояния души, располагаемые вереницами в виде явлений предыдущих и последующих, обуславливающих и обуславливаемых по логическому закону причинности. Все эти мысленно отделяемые одни от других состояния сознания получают вид самостоятельных особей, точно тела небесные, тяготеющие одни к другим во времени и в пространстве. То «я» самосознания, которое их проникало и одушевляло, превращается в чисто формальную связь, в тонкую ниточку, на которую все они нанизаны. Психический микрокосмос, рассматриваемый через такое стекло, является чем-то безжизненным, чистейшим механизмом, движущимся, как заведенные часы. Этот взгляд с замечательной ясностью изложен у Бергсона в книжке *Essai sur les données immédiates de la conscience* (Paris, 1889), в которой автор представляет именно возможность созерцать себя как вещь – совершенно внешнюю, неодушевленную.

В заключение наших соображений о причинности замечу, что одно и то же слово «причина» прикрывает иногда совершенно различные предметы. Еще Аристотель различал четыре рода причин: *материальную, формальную, деятельную* (*causa efficiens*) и целевую, или *конечную* (*causa finalis*). Допустим, что строится дом. Вещественную причину составляет материал, дерево или камень, из которого он выстроен; формальную – самая идея произведения: дом, а не иное сооружение; деятельная причина заключается в лице создателя, который был предпринимателем постройки; наконец, конечная – в цели и назначении постройки, например для жилья. Ныне два первые рода причин вышли из употребления; под словом «причина» разумеются данные, обусловившие происшедшую перемену в порядке вещей или отношений. Два последние рода причин сохранили свое значение; они отвечают на два разные вопроса: отчего и зачем

совершено убийство? Отчего оно произошло? Оттого, что Х., решившись совершить его, взял ружье, прицелился в М., выстрелил, и пуля попала в цель. – Зачем оно совершено? – Затем, чтобы отомстить М. или ограбить его. Первым ответом определялась *causa efficiens*, вторым – *causa finalis*. Волевые мотивы принадлежат всецело к разряду конечных, или целевых. Наша воля участвует лишь в малой доле в мышлении; результаты мышления, т.е. сочетания идей в уме, в значительной степени произвольны; в числе их есть и настоящие предвосхищения будущего, т.е. предвидения последующего, если бы явились предыдущие в образе целесообразно действующего лица; бесчисленные этого рода предвидения мелькают в сознании и, западая в него, хранятся в памяти в скрытом состоянии, пока которое-нибудь из них не обратилось в активную силу, в волю. Здесь-то и возгорается спор между индетерминистами и детерминистами. Одни говорят: лицо выбрало мотив действия по произволу; другие говорят: оно было увлечено к действию мотивом. Свобода, – говорят одни, разумея бессодержательный произвол, – это нелепо. Другие говорят: неволя – что тоже неверно, потому что идея-мотив, прежде чем заполонила волю, не могла не вызвать – ассоциации все родственные ей противоположные мотивы. Зависимость от всех мыслимых идей-мотивов в совокупности есть уже свобода, точно так, как и в обществе, свобода отдельного лица заключается не в том, чтобы оно ни от кого не зависело, но чтобы оно от всех в совокупности зависело по норме закона. В большинстве случаев даже неуловим внешний толчок, начинающий волевое движение, так что «я» является единственно сознаваемою самопричиною последствий деяния, потому что предвидение последствий деяния уже существовало в нем до начала волевого акта и усвоено им, когда это идейное будущее стало его добровольным хотением, т.е. хотением как своего добра; наконец, потому что в содеянном оно может не признать себя как механическую причину. Таким образом, можно приискать логически сколько же доводов за, сколько и против идеи свободы воли; они подобны стеклу одинаковой толщины, выпуклому на одной, вогнутому на другой его поверхности. Главный камень преткновения в этом вопросе – тот, что если мы пойдем слишком резко против метода естественных наук, выразившегося в учении детерминистов, то мы разойдемся с истиною, потому что во многих отношениях деятельность нашего «я» в волевых актах далеко не свободна, – на что и постараюсь указать.

То «я» самосознания, которое, действуя целесообразно, объясняет себе свои действия и несет за них и нравственную,

и юридическую ответственность, – есть понятие крайне сложное и по содержанию своему по крайней мере двойственное. Долго психология вращалась только в области сознаваемого; ныне она изучает глубокие корни сознаваемых процессов в несознаваемом, в физических основах организма; она превратилась в психофизику. Сознаваемое превратилось в залитую солнцем горную вершину, между тем как средние части горы в полутени, а подножие в полном мраке. Если при свете этого различия станем изучать наше «я», то оно окажется двойное. Чаще всего, когда мы о нем помышляем, оно есть «я» психологическое, разумное, самоуправляющее и действующее только целесообразно по конечным причинам. Это и есть «я», которое Бергсон называет наружным. Оно «я» идеальное, воображаемое, каким оно должно быть; когда же оно таковым не бывает, то мы страдаем, испытывая так называемые укоры совести. Но есть еще другое «я» – реальное, назовем его психофизическим: это – ветхий человек, которого нельзя с себя совлечь, «я» глубокое и темное. Новейшая психология допускает существование в одном и том же субъекте нескольких таких зачаточных сознаний, децентрализацию личности на несколько разных «я». Источники сознания бывают всегда мутные: кровь, раса, физические и даже психические недостатки предков, необъяснимые эмоции и взрывы чувства, слепые импульсы, с которыми не легко совладать, и для осмысления коих мы выдумываем *post factum* небывалые мотивы, оказывающиеся только предложениями, брожение враждующих элементов, неясные, похожие на бред промежуточные состояния, вторгающиеся в область сознательного, расстраивающие наши постановления и заставляющие нас действовать нецелесообразно, т.е. неразумно. Эти бури и потрясения, влекущие за собою сход с рельсов волевой самоопределяемости, отличаются тем именно, что они безмотивны; они – практические примеры индетерминизма, психической беспричинности, но именно потому-то они уничтожают или ослабляют ответственность как деяния лица, находившегося в состоянии невменяемости.

Итак, спор о свободе воли допускает одинаковую возможность противоположных решений – спор, вытекающий из недоразумения, который надо предоставить метафизике. Чурающиеся всякой метафизики итальянские криминалисты напрасно над ним засиживались, напрасно вносили безусловное отрицание свободы воли в свое уголовное право. Праздность этого отрицания подметил еще в начале семидесятых годов (1872) Альфред Фулье (*La liberté et le déterminisme*), основавший свою теорию свободы воли на том, что если бы и было установлено, что она –

самообольщение, то люди не могут, однако, не действовать под впечатлением этого самообольщения и по предложению, что они свободны; а всякая идея есть, по мнению Фулье, *идея-сила*, т.е. содержит в себе развивающийся зачаток осуществляющегося движения. Пуритане, яansenисты были сильнейшими противниками свободы воли. Чистейший кантианец Леви-Брюль (1884., *L'idée de la responsabilité*), глубоко убежденный в существовании и свободы воли, и нравственной ответственности, но в существовании, недоступном познанию¹, разграничил ответственность нравственную и уголовную, признал существование первой из них, но лишенной всякой санкции, так как таковою не могут быть укоры совести – случайные и притупляющиеся от повторения, и ограничил вторую только механическим воздействием государства, лишенным нравственного элемента, следовательно, разрешил уголовный вопрос совершенно так, как итальянцы. С другой стороны, прямой детерминист Н.С. Таганцев (Курс общей части угол. права, 33), разделяющий убеждения итальянцев о полной несвободе воли, убежденный в том, что охватывающий вселенную закон мировой причинности царит в жизни человека и общества, не затрудняется признать вменение и уголовную ответственность, как признают ее криминалисты-классики, потому что все поступки людей подчинены закону достаточной причины, а следовательно, хотя при известной сумме причин и условий действие человека неизбежно, но самые факторы, вызывающие это действие, несомненно, подлежат изменению, их может изменять и само общество; в числе их имеется наказание.

Итак, вопрос об ответственности стоит прочно даже и при отрицании свободы воли. Это приводит нас к теории ответственности по новым сочинениям, появившимся уже после трудов итальянских антропологов. Между ними я особенно отличаю сочинение Ж. Тарда о философии уголовного права. Тард – археолог, экономист и криминалист-социолог. Он был судебным следователем во Франции, много лет сотрудничал в издаваемом Рибо журнале *Revue philosophique*, участвовал в антропологическом конгрессе в Риме в 1885 г., издал в 1886 г. прекрасный этюд: *La criminalité comparee*, а в 1890 г. – два капитальных, тесно связанных одно с другим, произведения: *Les lois de l'imitation* и *La philosophie pénale*. Остановлюсь я пока только на первом из них.

¹ Groyant au devoir nous croirons aussi à la possibilité de la réalité du libre arbitre et de la responsabilité morale... Nous n'essayerons pas de les prouver ni de les démontrer, puisque les conditions de l'intelligibilité pour nous y opposent un obstacle invincible.

Тард имеет то преимущество перед классиками – например, перед немецкими криминалистами – что он учился, можно сказать, у итальянцев, работал с итальянцами в одной лаборатории. Ломброзо признал печатно, что критика у Тарда его труда *Uomo delinquente* есть самая ловкая и самая глубокая из всех появившихся в печати. Тард тоже, как и итальянцы, детерминист, но он не фаталист. Для него не существенно, свободна ли воля человека или несвободна, а существенно то, существуют ли особи или они – воплощение отвлеченностей как единственных реальностей, – старый спор между номиналистами и реалистами, восходящий к XII веку. Посредством отвлечения можно себе представить вселенную в образе проявляющихся однообразными и, так сказать, прямолинейными движениями стихийных сил, производящих каждый раз совершенно одинаковые повторения одного и того же, причем произвол отнесен только в мировую волю; он существует в первопричине сущего, устроившей вселенную. Но можно созерцать вселенную и с другого конца. Прямолинейное движение – такая же небывальщина, как математическая точка или линия. Нет в живых организмах, начиная с растения, таких, которые бы жили только повторяясь. Каждая особь имеет хотя бы крошечное своеобразие и вибрирует не так, как другие. Эта элементарная подфеноменальная произвольность несомненно воздействует и на деспотизм регламента, и на закон, предопределяющий явление. Эту свободу произвола Тард допускает, но он ею наделяет все живущие органические существа.

Другая, еще более крупная особенность Тарда заключается в том, что он не по имени только, а и в действительности *социолог*. Известна позитивистическая классификация наук, основанная на постепенно увеличивающейся сложности мировых явлений и на уменьшающейся всеобщности, господствующей в каждой специальной области жизни законов. Есть мир физический, управляемый законами физики, химии, механики; господствующее здесь явление – волнообразное вибрирование атомов, молекул всякого тела. Есть затем мир органических веществ с законами биологическими, распространяющимися и на человека (антропология). Свойственное этой области бытия повторительное движение есть наследственность – воспроизведение особями других особей, созданных по тому же типу. Есть, наконец, мир общественный, в котором господствует особая форма движения – подражательность, спорадическая или эпидемическая, медленно видоизменяемая нововведениями – гениальными изобретениями ума человеческого, новыми сочетаниями уже существующих верований, желаний, обрядов,

форм и учреждений. Бывши повторены подражательно миллионы раз миллионами людей, эти изобретения могут видоизменить облик народа и человечества. Все подражания сводятся, в сущности, к двум только статьям: верования или желания, иными словами, идеи и потребности, соответствующие тому, что в физике изображают материя и сила, а в биологии – органы и функции, или статика и динамика. Когда выясняется значение подражательности как главного фактора истории, то вся история сведена будет к следующим явлениям: 1) появление на дальних расстояниях и с громадными промежутками времени нововведений, гениальных идей, новых сознанных потребностей; 2) их интерференций или скрещиваний, причем они или нейтрализуют, или страшно потенцируют, действуя – вера на веру, стремление на стремление, вера на стремление или стремление на веру; 3) их подражательное размножение, если оно может совершаться беспрепятственно, – и оно может быть наблюдаемо посредством двух наук, посвященных истории культуры: археологии и статистики. Повторения нововведений не представляют ничего загадочного, но нововведение бывает всегда внезапно, нечаянно и совершается в силу того, что называется у сочинителей вдохновением. Новый взгляд на историю повлечет за собою и новое понимание человеческого общества. Оно было определяемо донныне либо экономически как совокупность людей, соединенных взаимностью услуг, либо юридически как совокупность людей, обязательно подчиненных господствующей над ними власти. Исторически юридическое определение ближе к действительности. Насилие было первородным грехом всех вновь образующихся обществ, и только со временем механически сплоченные атомы ассимилировались подражательно (*par une imitation contagieuse*) и таким образом организовались. Все полубоги начинающихся цивилизаций были деспоты, люди властные и жестокие, но пользующиеся необыкновенным престижем; их не только боялись, но их любили и им подражали большею частью бессознательно. Мыслить и чувствовать самостоятельно труднее, нежели мыслить и чувствовать по чужому внушению. Жизнь общественная везде имеет вид коллективного гипноза. Общество вообще есть союз людей известным образом подражающих. Быть общительным человеком значит попадать сразу в тон каждой общественной среды, подражать другим особям той же среды и по идеям, и по эмоциям, и по наружному виду. Своеобразен и гениален только тот человек, который имеет редкую способность уединиться.

Во всех великих областях бытия – религии, морали, искусстве – людей толкают вперед их потребности, их желания, а стремятся люди – к спокойствию верований и твердых убеждений. Совершенствуется организация целого, но настолько же слабеют страстные порывы желаний, так что конечная цель культуры заключается в том, чтобы с наименьшею тратой сил и энергии осуществить наибольшее количество добра¹. Культура есть единение наиболее глубокое и обширное в общем идеале, будь это иллюзия, и что важнее – состоит в общем стремлении к осуществлению этого идеала, которое от одного своего бесконечного повторения из импульсивного мотива превращается в категорический императив, в долг совести, в нечто такое, что одержимый этим мотивом человек исполняет как не свою, а высшую волю (*moralé heteronome*). Эта высшая воля и есть мораль общественная. Такое общественное происхождение морали изображено Тардом весьма сильно и убедительно. Возьмем дикаря; он рассуждает таким образом: хочу убить врага (первая посылка – цель); могу его убить отравленною стрелою (вторая посылка – средство); я должен его убить (вывод). Этот силлогизм вытекает из личного мотива причины конечной, но его можно построить и на неличном мотиве, например: государь или жрец приказал; благо колена или слава и господство Афин или Рима того требуют; сам Бог велит. Тогда эта большая посылка становится страшно авторитетна, безусловно, императивна; от частого повторения логические предпосылки вывода отпадают, требование становится абсолютным, безапелляционным, божеским, но вся причина конечная такого деяния заключается только в цели, достигаемой общими силами без всякого предварительного соглашения, по одной только заразительности подражательного увлечения. Таким образом, по теории Тарда к двум силам, которым подчиняется воля по учению детерминистов – внешнее раздражение и окостенелость характера, – присовокупляется третья, может быть, еще более крупная: стадное чувство, подражательность, непреодолимое влечение к тому, чтобы делать то же, что делают другие.

Эволюция подражательности имеет свои фазисы. Первый ее фазис – подражательность патриархальная, обычай, обожание старинного, коленопреклонение пред стариною. *Nihil mihi antiquius est*, – говорил Цицерон (древнее для меня ничего нет,

¹ Le véritable et final objet du désir, c'est la croyance; la seule raison d'être des mouvements du coeur, c'est la formation des hautes certitudes. Plus une société a progressé, plus on trouve en elle des convictions fortes et des passions mortes.

вместо того, чтобы сказать: дороже для меня ничего нет). Наступает, однако, время, когда над подражанием старине берет верх подражание иностранному. Обычай изгоняется модою, распространяющеюся тоже подражательно (*tout nouveau – tout beau*). После этого второго фазиса наступает обыкновенно третий: образование из разнообразных элементов – своих собственных и усвоенных иностранных – своеобразной национальной цивилизации, после чего идут опять фазисы обычая и моды, и т.д. до бесконечности.

Из этого краткого очерка усматривается, насколько сочинение Тарда о законах подражательности богато содержанием для социологии вообще и в особенности для уголовного права. Преступность распространяется в обществе преимущественно под влиянием присущей человеку склонности его к подражанию, но и сдерживать можно эту подражательность примерными наказаниями или острасткою.

III

Уголовная теория Тарда. Ответственность, невменяемость, преступники, преступление

По мнению Тарда, уголовная теория которого подлежит теперь разбору, настоящий век для уголовного права и его науки есть именно тот золотой век, который мы теперь переживаем, – век уменьшившейся преступности и значительного смягчения нравов, а не век варварства и не век законченной, устоявшейся и успокоившейся в тихом и едва заметном движении цивилизации. В период варварства немислима сама идея карательного права и существует одна обязанность карать жестоко и внушительно, чтобы установить какой-либо материальный порядок и искоренить разбойничество, свирепствующее и в одиночку, и в особенности шайками. Когда прекратился разлив преступности и она вошла уже в свое русло, наполняя его по края и только изредка и моментально выступая из своих берегов, тогда она становится самым удобным предметом для исследований и для опытов. Станет опять усиливаться преступность – тогда и общество займется укрощением ее, кое-что изменит в наказаниях, умножит и упорядочит тюрьмы и совладеет в конце концов с преступностью. Вся трудность задачи ныне не в приращении преступности, а в том, что она совпадает с кризисом в морали. Мораль изменяется, модернизируется, старые ее устои – так Бог велел,

того Отечество требует, того от меня требует долг совести – распатаны. Веру заменил еще в XVIII столетии разум; для образованного человека везде, где он ни поселится, может быть отечество, социализм давно проповедует бытие без отечества. Наконец, долг совести или категорический императив становится остатком мифологии и проваливается со всеми априористическими идеями, исчезающими, как призраки, пред философией эволюции. Идеалисты высокого полета вроде Гюйо, пытались выстроить мораль *sans obligation ni sanction*, но эта затея не удалась. Утилитарная английская мораль не удовлетворяет никого. Эволюционная мораль Герберта Спенсера, заложенная, по словам Тарда, в виде пирамиды, вышла чем-то вроде наклонной башни в Пизе и в конце концов ныне рухнет; печальнее же всего то, что под знаменем научного детерминизма ученые принялись дружно и с разных сторон подрывать и принижать человеческое «я», приводить его к нулю, отнимать у него энергию действия, уверенность в самом существовании определяющей к действию воли и объявлять это «я» несостоятельным перед лицом общества или государств и перед роковыми, управляющими тою или другою громадою законами. Тард сознает необходимость укрепить это «я», низводимое на одну степень с явлениями физической природы. Тард соглашается с детерминистами, что суть вопроса заключается в причинности, применяемой к действиям человека, но он полагает, что вопрос дурно поставлен. Причина действия не есть вольная воля личности, пустой пузырь без содержания, а сама личность с ее воспоминаниями с одной – и желаниями и надеждами с другой стороны. Спор не о том, есть ли у этого «я» вольная доля, т.е. может ли оно нехотя хотеть, но есть ли само это «я» нечто *реальное*, тождественно ли оно само с собою в различные моменты своего существования, в прошедшем, настоящем и будущем, «я», которое и вспоминает, и решает, в котором сплавляются всевозможные состояния души, не выделяемые из него в действительности и только искусственно из него вырезываемые, когда мы принимаем его анатомировать, «я» – непрерывное, которого начало в прошедшем и конец в будущем – для него неизвестны, но которое – пока существует, преобразуясь, – уверено, что оно то же самое, которое существовало и будет существовать до и после этих преобразований. «Тождество или постоянство лиц, – говорит Тард, – это личность, рассматриваемая как нечто длящееся, совокупность состояний сознания и полусознания (*subconscience*), внешнего и внутреннего чувств, влечений и похотей».

Тождественностью личности в разные моменты ее существования объясняется причинность действий, но не объясняется ответственность за эти действия, для вывода которой Тард прибегает к понятию общительности человека, основанной на однообразном вибрировании людей, сложившихся в общество, и на необходимо устанавливающейся заразной подражательности друг другу, вследствие которой все люди – солидарные частицы и органы высшего собирательного целого, у них есть общая коллективная душа, коллективное неделимое «я», налагающее на каждую особь свою печать. Только при установлении факта существования этой собирательной личности высшего порядка рождается возможность оценивать события внешние и с точки зрения личной, и с точки зрения общественной, вырабатывать понятия добра и зла, идею *долга*, в высшей степени социальную и даже, можно сказать, исключительно социальную, и установить ответственность. Собирательное «я» представляет завершение целого процесса объединения, интеграции, сплочения отдельных частиц в одно живое целое. Первообраз и корень такой интеграции представляет собою наш организм физический, упорядоченный состав тканей, клеток, органов, снабженных некоторым самочувствием и согласованных в служении одних другим, в поддержании себя взаимно и в питании, – так сказать, пожертвовавших собою, чтобы существовать только в целом. Не буду останавливаться на этом тезисе, блистательно развитом у Эспинаса (*Des colonies animales*, 1877 г.). Отмечу только, что, опираясь на идею Эспинаса, Тард пускает ядовитую стрелу в дарвинизм: «...неверно то, якобы борьба за жизнь, коренная вражда существ и их элементов составляли первое и основное начало вселенной. Она была и может быть только одною из таковых первооснов. Первая заключается в сочетании жизни рода, в солидарности частиц внутри всякого бытия, которое представляет воюющих только с внешней стороны». Что касается до порядка последовательности в этой серии различаемых степеней самосознания, то первую степень образует «я» *психофизическое*, конкретное, самое настоящее, и его миллионы ощущений без названия и без очертаний, переливающихся одно в другое, как тоны в музыке, бесконечное множество душевных состояний, проникающихся взаимно и себя окрашивающих, множество неизъяснимых и самим нам непонятных порывов, увлекающих нас и заставляющих совершать то, чего и в уме никогда не было. Затем другое «я», которое Бергсон называет наружным (*superficial*), есть то «я», которое мы прежде называли *психологическим*. Оно, так сказать, отчеканено для общежития, приспособлено к требованиям общежития, *социологическое*,

по теории Тарда, разумное или по крайней мере *резонирующее*. Оно слагается таким образом, что, относясь аналитически к явлениям жизни души, мы ее мысленно рассекаем на душевные состояния, раскладываем их в пространстве, давая им условные клички, и обращаем их в готовый материал для логических выводов. Совокупность этих искусственных препаратов, наложенных в сознании, образует наружную нашу личность, состоящую из данных сознания, уже до известной степени обезличенных, расположенных по известной ассоциации идей и упорядоченных в одно известное мирозерцание. Вследствие фиксирования в нашей памяти известных идей, чувств и ощущений, одинаковые внешние раздражения вызывают в нас одинаковые реакции, будут ли то сознательные или бессознательные, которые очень похожи на автоматизм, на простые рефлексы. Вторжение нашего «я», конкретного или психофизического, в ход жизни, в которой распорядителем сделалось второе «я», психологическое, разумное или по крайней мере резонирующее, становится реже и реже и случается только в минуты либо подъема над уровнем обыденного, либо бунта против общепринятого условного. Но, с другой стороны, общежитие только и сделалось возможным вследствие того, что второе «я», наружное, выдвинулось на первый план, что все люди стали обмениваться символами воображаемых вещей – словами, что они стали друг другу сочувствовать, обмениваясь знаками, изображающими настоящие чувствования, общепринятыми их выражениями. Всякое общество есть связь не между лицами как организмами, но между лицами как *личностями*, которые соприкасаются друг с другом только наружными сторонами, только поверхностями, носящими одинаковые отпечатки общей чеканки одним и тем же штемпелем – колена, города, нации, отечества. В далеком прошедшем отпечаток был сильнее, глубже, и существовала такая социальная солидарность частиц, о которой мы ныне едва можем составить себе надлежащее понятие, так как современный тип государства есть многомиллионный агломерат, в котором слиты и перемешаны экземпляры разных рас с унаследованными от предков чертами и разных общественных обстановок, которые их окружали; все мы, современники, в большей или меньшей степени – космополиты. Но надо брать общежитие в его первичных формах, в малых кружках, одушевленных тем, что Гумплович (*Der Rassenkampf*, 1883) называет *singenismus*, т.е. альтруистическое братское чувство только в пределах своего стада, своего кружка, вне коего – одни враги, одна ненависть и война. В те дальние времена человеческая личность не ценилась и не признавалась, а существовала только собирательная.

Зло сделал инородец, иноплеменник; виновато было и отвечало все колено, весь город – коллективно; их не судили, с ними только воевали. Настоящая личная ответственность и настоящая – не война, а кара обреталась только внутри малого кружка, в пределах той друг другу подражательности в верованиях и пожеланиях, которая связывала воедино малый кружок. Вследствие – не войны с внешними врагами, а сожительств и братства в одной среде человек приучился различать общие, согласованные удовольствия, приобретаемые не на счет чужих страданий, и общие страдания всей среды, любить и ненавидеть сообща по логике социальной, откликаться дружно на общее добро и зло, иметь общие и общественные верования и влечения. Споровка согласоваться в верованиях и желаниях ведет, с одной стороны, к тому, что верх берут желания согласованные и общие, превращающиеся вследствие этой общности в обязанности общественные (начало идеи добра); с другой же стороны, никакие желания не должны переходить за известные границы, за которыми они сталкивались бы с одинаково вескими и уважительными желаниями других лиц (начало идеи справедливости). Идеал преуспевающего общества, по мнению Тарда, это сильные схожие убеждения и слабые несхожие самолюбия, большие порывы на общее дело и малые стремления к личным, частным пользованиям. Представим себе среди такого общества особь, действующую вопреки всем коренным убеждениям общества и стремящуюся к удовлетворению своих разнузданных страстей в ущерб узаконенным наслаждениям других своих соотчичей. «*Il se desassimile et il s'aliéne*», – говорит Тард; он делается несхожим и отчуждается, он хуже врага, он бунтовщик, а может быть, и предатель. Во всяком случае он осквернил свое гнездо и терпим быть не может не только по утилитарным, а и по нравственным соображениям, по причине негодования, которое он возбуждает как свой человек: «Измите злого от вас самих» – таков мотив, повторяющийся бесконечное число раз во Второзаконии. Эта коллективная реакция поражает тою же коллективностью всю группу, в которой состоит осквернитель, его семью, и жену, и детей, и домочадцев. В сравнительно позднее время уже довольно долго эволюционировавшей уголовщины мерцает сознание, выраженное в XXIV, 16, Второзакония: «...да не умрут отцы за сыны и сынове да не умрут за отцы, кийждо за свой грех да умрет». Законодательство цивилизуется, но античные воззрения на общность наказания продолжают еще жить в простонародии. По свидетельству Ферри, еще недавно один простолюдин-итальянец заколол солдата потому только, что он был оскорблен также солдатом.

Мне кажется, что Тард правильно установил коренное различие между войною и наказанием. Война есть повальное истребление всего и всех (Второзаконие, III, 6, 7: «...и потребихомъ вся грады вкупе, и жены их, и чада, и вся скоты, и корысти градныя пленихомъ себе»). Казнь имеет иные задачи и цели, которые, впрочем, видоизменяются, эволюционируют. Сначала казнь бывает патриархальная, домашняя, по суду родоначальника или главы клана, над провинившимися родичами. Цель ее – очистить общество от мерзости, которая – так как преступник свой человек – есть общая всем и должна быть тем или иным образом смыта: покаянием ли, доблестными делами со стороны прощаемого преступника или отсечением его от общества, анафематствованием. Этот характер очищения сообщили наказанию вовсе не жрецы, и он – в связи с мировоззрениями первобытного общества, по которым все безусловно, безотносительно и вечно: вечен Бог, вечна душа у супостата, вечно государство, а вера в тождество лица и его воли доведена до веры в его бессмертие. Между тем общество развивается, появляются социальные агломераты, объединяющие малые родовые коленные группы. На первый план выдвигается царь – он же военачальник и судья. В юстицию вносятся военный дух, жестокие приемы, казни и пытки, чтобы выведать в преступлении настоящую истину. Целью наказания становится его примерность, острастка. С течением времени из национальных государств образуются громадные державы, происходят невообразимые до того скрещення пород, эпидемически распространяются космополитические, религиозные вероучения, совершается утрамбовка общества, под которою нельзя уже добраться до того, как вылепилось отдельное лицо, так перепутаны в нем черты атавистические, предрасполагающие его к известному действию, с чертами среды, в которой живя, лицо по непреодолимому влечению подражательно воспроизводит ее. В громадине современного государства человек – такая крошка, такая эфемера, что о вечности и его существовании, и его наказания нельзя и думать. Успехи антропологии и психиатрии обнаруживают с большею и большею ясностью, что во многих действиях субъекта проявлялось не самостоятельное «я» человека, а неразгаданные силы, нечто поднимающееся из бездонной и непрозрачной глубины его психофизического нутра; в нем действовали его болезни и уродства. Другое условие наказуемости – требование сходства лица по подражательности со средою, требование того, чтобы наказуемый был свой человек, – безмерно расплылось вследствие мировых международных отношений, охватывающих шар земной и делающих сингенизм исключением. Ныне всякий человек – свой, потому только,

что он – человек. В карательных мерах сквозит новая цель – исправление. Это направление доводимо было до крайностей, до отрицания несправимости в людях. Как бы то ни было, учение итальянских криминалистов, клонящееся к тому, чтобы расправляться с преступниками по обычаю войны и упраздняющее ответственность, а с нею и уголовное право, есть идея невозможная, не имеющая будущности и настолько несогласная с правами, что эти же криминалисты были принуждены в конце концов подписаться за полную отмену смертной казни. Таков очерк теории ответственности у Тарда. Следует ее подвергнуть перекрестной проверке в составляющем ее оборотную сторону учении о безответственности, т.е. о невменяемости и о невменении.

Пробный оселок по вопросу о безответственности заключается в том, что делать с человеком, который действовал, будучи не в своем уме, иными словами: как поступать с *сумасшедшим*? По Тарду, сумасшествие отчуждает человека от его «я». Новейшие исследования (Ribot, *Maladies de la personnalité*, 1884; Azam, *Hypnotisme, double personnalité*, 1887) доказывают, что большинство психологических, загадочных случаев сумасшествия сводятся к болезням самосознания, к развитию личности. К расколлическому замещению настоящего «я», умозакрывающего связно, с другим его двойником, отличным от первого по воспоминаниям, ощущениям и даже характеру и действующим также связно и целесообразно, но таким образом, что первое «я», когда очнется, логических операций второго не сознает и не признает. Изменение и замещение личности может быть внезапное. Но может быть и постепенное. По мере того, как личность нормальная и общительная заменяется экстравагантной, совершается и дезассимиляция, т.е. человек по отношению к обществу становится чужим.

Принцип поставлен верно, и правильно выведены из него Тардом два последствия: 1) энергический протест автора против предлагаемого итальянцами *manicomio criminale*, в котором бы содержались и потерявшие свое нормальное «я» сумасшедшие, и *mattoïdi* – прирожденные злодеи самого сквернейшего свойства; 2) но будучи решительным противником прямолинейной логики, допускающей либо полную вменяемость, либо таковую же невменяемость, Тард допускает частичную или ослабленную вменяемость, которую нельзя не допустить, когда сумасшествие приходит постепенно и нет точного момента во времени, когда второе «я», разумное, водворялось вместо него без борьбы или после упорной борьбы. Окончательному сумасшествию предшествуют большие смуты в сознании. Резкие

изменения в характере, гипертрофия сомнения, уныние, доходящее до отчаяния. Большие затруднения при анализе представляет *мономания*, умопомешательство на одном пункте, когда в одном лице вмещаются одновременно и не чередуясь две личности, – болезнь хуже общего умопомешательства, так как обыкновенно она неизлечима.

Необычайно трудно держать баланс в этих казуистических вопросах, идя, так сказать, по натянутому канату. Можно усомниться, всегда ли как следует хранил равновесие Тард, например, когда он устанавливал капитальное различие между случаем, когда сумасшествие водворялось в совершенно здоровом организме, или когда оно было только патологическим усилением (гипертрофией) известной прирожденной дурной склонности. Известный субъект был сух и груб, а потом стал жесток; был раздражителен, а сделался бешеным; был эгоистом, а сделался отчаянным себялюбцем. «Очевидно, – говорит Тард, – что когда сумасшествие сталкивает нас в пропасть по стороне, с которой мы уже были склонны к падению, то тогда отчуждение бывает не столь глубокое и не столь безответственное, как то, когда мы падаем с противоположной стороны». Едва ли это справедливо. Едва ли можно сугубо взыскивать с лица, которое сошло с рельсов нормального порядка и морали, потому что оно имело уже задатки зла в своей организации. Чем же виновато оно, что уже родилось с этими задатками, вследствие которых оно роковым образом сделалось потом из сухого жестоким, из раздражительного бешеным? Чем такое лицо хуже того, которое сошло с ума вследствие несчастного случая, удара или болезни, личность его видоизменившей?

Еще сомнительнее выводы Тарда, относящиеся к трудным и редким случаям *moral insanity*, помешательства только нравственного, атрофии одного только нравственного чувства человечности при полной ясности рассудка. По мнению Тарда, нравственное чувство выражается брезгливостью и невольным отвращением от действий нехороших, общевредных. Оно – род тормоза. Иногда в смутные времена все общество увлечено в вакханалию бесчинства, в пароксизм каннибализма (напр., период террора в Французской революции XVIII века). Общее увлечение сильнее тормоза, агнцы во время этой эпидемии становятся от внешнего толчка лютыми волками. Иногда толчок сообщается человеку изнутри, вследствие болезненного припадка, моментально поражающего мозг (падучая болезнь, истерия, *delirium tremens* от алкоголизма). Иногда все остается нормальным в психических отправлениях, а только без внешнего толчка тормоз

сломан, одни нравственные понятия разрушились. По данным медицины, такие случаи возможны. Иногда это и бывает стадия, предшествующая общему параличу, затем – слабоумию. Но бывает также, что человек умен, ловок, сообразителен, только отродясь не имел альтруистических чувств, не откликался сочувственно на чужие страдания, не различал их, как дальтонист не различает цветов, одним словом, был безправствен от самого рождения. У него есть, бесспорно, первое условие его ответственности: тождественность его «я» во все периоды своего бытия, но нет второго условия, нет сходства с другими людьми, нет органа гуманности, сострадания, он не человек, хотя по внешности имеет вид человека. Такие лица появлялись на исторических подмостках – вспомнить только XVI век и итальянский ренессанс. Даже и ныне появление их возможно в моменты разнузданности похотей, когда талант и ум берут верх над сердцем и характером. Такие люди отродясь антисоциальны, не схожи с другими; следовательно, можно бы сказать, что они безответственны, с чем, однако, Тард не может помириться, во-первых, потому что у них устойчивость самосознания диаметрально противоположна сумасшествию, во-вторых, потому что им присуща хотя бы малая толика нравственного чувства, так что и ответственность их может быть уменьшенная, но не нулевая. Такого прирожденного злодея нельзя, по мнению Тарда, ни лечить, ни исправлять, но нельзя его разить, как дикого зверя, к нам случайно забежавшего. Он все-таки, хотя наружно, член общества, за него нам стыдно, не только что страшно. Его надо исключить со всеми обрядами социального анафематствования, т.е. уголовного суда. Такой вывод может быть не совсем ладен логически, потому что если, например, кто слеп, то с него нельзя взыскивать за то, что он цветов не различает, но практически этот вывод удовлетворителен и совпадает с заключениями как свободовольцев, так и детерминистов, из которых последние рассуждают таким образом: этот человек не чувствует, что добро и что зло, но он умен и способен понять, что не следует делать зла, чтобы не подвергнуться наказанию. К нему прикрепляется уголовный противовес похотям – угроза наказания, затем само наказание применяется с той только целью, чтобы угроза не утратила своей действительности и внушительности.

В ближайшей связи с сумасшествием состоит *эпилепсия*, падачая болезнь, выражающаяся в беспокойстве перед припадком, в судорогах и потере сознания, сопровождаемая маниакальной идеей, галлюцинацией и непреодолимым затем порывом

к какому-либо насилию. Тард любил объяснять явления психические посредством социологических наблюдений (*la sociologie est le microscope solaire de la psychologie*). Он сравнивает эпилепсию со смутами, которые встречаются в жизни каждого народа. Сначала жгучая неясная потребность, сказывающаяся в раздражительном распространении верования или желания революционного свойства, затем судороги – междоусобная война, переходящая в маниакальное экстравагантное обожание идеи или лица (напр., недавний буланжизм), наконец, какая-нибудь внешняя война, разражающаяся без повода, чтобы дать какой-нибудь исход междоусобию.

Совершение преступления в пьяном виде не представляет значительных затруднений. Если преступление совершено в пьяном до бессознательности состоянии, то в преступнике действовало его другое «я», о котором он, протрезвившись, может не иметь никакого понятия. Важно то, был ли он случайно приведен в это состояние или вошел в него сознательно, зная, что, напившись, он способен бунить и делается опасным. Его ответственность похожа на гражданскую ответственность отца или хозяина, отвечающих за своих детей и слуг, причинивших кому-нибудь вред.

Гипноз близко подходит к сумасшествию. Он стоит в отчуждении себя и своего «я» либо по воле гипнотизирующего, либо по соглашению с ним при прекращении вообще функций умственной жизни. Посредством этого необыкновенного и странного состояния можно поверять все формы помешательства, самое состояние и даже функции нашего умствования в их наипростейших элементах. Гипноз есть прекращение сознания и усыпление его, но неполное, в котором субъект воспринимает только то, что делает и чем на него действует гипнотизер. Ничего другого он не ощущает, кроме подсказываемого и внушаемого ему гипнотизером. Гипнотизируемый мыслит и чувствует только то и решается только на то, что ему подсказано гипнотизером. Подсказывание делается выразительными жестами, символическими знаками, словами. Эти знаки пробуждают связанные с ним в уме гипнотизируемого понятия и представления по закону, над разработкой которого потрудились особенно английские психологи – *ассоциации представлений*. Бред продолжается еще и наяву, по пробуждении субъекта, который совершает тогда то, что ему было приказано совершить, когда он был в бреду. Субъект исполняет приказанное сознательно; он убежден, что поступил так по доброй воле, и не помнит, как возникла решимость. Он делает страшные усилия для измышления *post factum* мотива поступка

и изобретает ложные мотивы, но искренно считает их действительными, так как действие безмотивное немислимо и субъект должен сам себе эти мотивы разъяснить, чтобы быть с собою в порядке. Гипнотизированный – не автомат. Изучавшие гипнотизм Бинэ, Ферре и другие утверждают, что в действиях лица, находившегося в гипнотическом сне, проявляется определенная личность, отличная по склонностям и отвращениям от личности субъекта на его нормальном состоянии наяву. Гипнотизированный и не пробует уклоняться от ответственности за сделанное – он его хотел сделать. Суть дела только в том, что хотело дело сделать другое «я», сомнамбулическое; этим же другим руководила чужая воля гипнотизера, от которой гипнотизированный был в зависимости, а потому в том, что им сделано, не имеется первого условия ответственности, а именно тождественности личности субъекта. Но в том-то и весь спорный вопрос: какова эта зависимость – безусловная, рабская или неполная? Действует ли и во время гипноза нравственный тормоз, который не допустит субъекта (как утверждает эксперт Льежуа по делу Бомпар и Эйро, убивших Гүффе, 1890) совершить то, что подсказано гипнотизером, но что противно его нравственным началам, так что он скорее очнется, нежели исполнит подсказываемое?

Не вдаваясь в подробный разбор всего отдела о безответственности у Тарда, замечу, что он ставит любопытный вопрос об ответственности людей, нравственно возродившихся к добру, к свету, к истине. Тождество личности для них существует, и то дурное, что они совершили в прошедшем, сознается как еще более отвратительное и мерзкое в сравнении с тем, каким они его понимали до своего возрождения, а между тем казнить их было бы несправедливо, и тогда неминуемо ставится вопрос о помиловании. Весьма оригинально решается Тардом вопрос об ответственности великих и гениальных людей. Гениальный человек по своей натуре не подражатель, а творец; он стоит на границе с природой, законы которой он открывает, и рода человеческого, выделяющего бесчисленное множество подражателей гению. Гениальный человек похож на гипнотизера, подающего людям свои идеи, свою волю; он должен если не юридически, то нравственно отвечать за излишества и преступления той армии обезьян в образе человеческого, которой он командует. Так как Тард следует шаг за шагом по стезям итальянских антропологов-криминалистов и так как его теория является только систематическим опровержением или дополнением их учений, то и расположение предметов в его теории соответствует их системе, в которой эти предметы

располагаются таким образом: преступник, преступление, наказание и суд.

Существует ли особый тип преступника? Какова должна быть классификация преступников? Прежде всего преступник есть известное злокачественное, ядовитое и заразительное отложение общества, которое общество выделяет из себя, чтобы самому жить. Преступник есть в наивысшей степени социальный продукт, а юстиция есть функция общества *санитарная*.

Бывают физические болезни, например сахарная, когда организм выделяет из себя элементы, без которых ему жить нельзя, и вследствие того истощается. Нечто подобное тому бывает и в жизни социальной. Франция при Людовике XIV изгоняла протестантов, Французская революция во время террора истребляла аристократов, Испания преследовала мавров. Сам тип уголовный вследствие нерациональности преследований не один и тот же в разные века, напр., при Петре В., Екатерине II и теперь. Бывали эпохи, когда общества извергали из себя лучших людей своих, а худшие и наиболее испорченные были в почете и властвовали. Например, Италия со своими *principi* во время ренессанса (Tarde: "le crime a eu sa place et sa place d'honneur dans cette magnifique floraison de tous les arts").

Итак, преступление есть неустойчивое понятие – преступность меняется. Неустойчивы и *естественные* преступления по теории Гарофало. Нет никаких точно определенных признаков, которые могли бы служить для характеристики типа человека-преступника, отыскиваемого с таким трудом и так упорно школою. Преступник не есть запоздавший появлением дикарь, не есть также сумасшедший, не есть также скрытый эпилептик или по крайней мере человек, имеющий эпилептический темперамент. Есть, однако, некоторая доля правды в положении, которое Ломброзо отстаивает с такой настойчивостью. Многие преступники принадлежат к числу нервных натур, к числу темпераментов экстравагантных, склонных к излишествам, и эти излишества происходят и в особях, и в обществах периодически по известному ритму; они повторяются таким образом, что момент повторения можно предугадать и подметить. Опытный тюремщик сразу подметит, что арестант переживает недобрый день или час, когда с ним надо быть особенно настороже. При изучении преступных типов признаки физиологические и динамические важнее анатомических и статических. Преступник узнается не столько по глазу, сколько по взору, не столько по форме рта, сколько по улыбке, не столько по росту, сколько по походке, вообще по цельному выражению лица. Весьма оригинален взгляд Тарда на криминалистические

признаки изменения характера. Гарофало ввел понятие о так называемых естественных преступлениях, которые он приписывал предшествовавшему преступлению коренному недостатку чувств альтруистических, честности и человеколюбия. Гард делает обратный вывод и предполагает, что во многих случаях чудовищный эгоизм, адская гордыня преступника были не причиной, но естественным последствием преступления. Пред совершением преступления он колебался, боролся, но раз оно им совершено, он сознает, что между ним и обществом образовалась пропасть. То негодование, которое его ждет за преступление, он сам в себе ощущал; если он энергичен, то чрез преступление он в своей злости еще более утвердился, закалился, сделался еще более злее и опаснее, и это чувство погубило его еще больше, нежели само преступление. Он расплачивается с обществом во злобе своей, усиливаясь превзойти себя в злодеянии. Чем больше его злодеяние, тем меньше общего между ним и мелкими воришками и мошенниками, которые постепенно и незаметно, без сильного морального кризиса, дошли до своего падения. Он сложный продукт и своего злодеяния, и настоящего или ожидаемого воздействия на него общества за его преступление. Здесь является опять фактор преступности не антропологический, но социальный. Так как люди в обществе похожи на мягкую глину, из которой лепятся личности и характеры по образцу и подобию общества, то несомненно, что деление преступников должно быть делаемо по общественным группам, по классам, занятиям и кружковым различиям среды. Везде и всегда встречается объективное, неизменное деление – на преступления против личности (насилователи, в том числе и убийцы) и на преступления против собственности (воры), но тотчас же оба главные течения разветвляются на сельский люд с земледельческими занятиями и городской – с фабричными и меркантильными. В одном преобладает наследственность с подражанием-обычаем в формах скотских и грубых; в другом – влияние среды с подражанием-модой, со страстью к новизне и утонченной испорченностью. При дальнейших подразделениях и разветвлениях оказывается, что есть преступники, для которых преступление только добавочный источник существования, а главный – труд, и есть такие, которых главное и специальное занятие есть хищение. Одни действуют в одиночку, другие привыкли действовать организованными шайками. И в этих шайках есть громадные различия между бандитизмом, юначеством, казачеством, открытым бунтом элементов, не укладывающихся в рамки государственного порядка, щеголяющих тем, что оно – юначество, и между сбродом всякой всячины, городскими ворами,

соединяющимися для убийств, грабежей и самых утонченных хищений. С течением времени село и деревня становятся порядочнее, очищаются от бандитизма и даже конокрадства; зато всю сквернь всасывают в себя и поглощают города, в которых в наше время преступность прогрессирует, процветает и из которых она подражательно распространяется в широком районе на окрестности. К преступлениям против личности и против собственности присовокупляются по мере успехов цивилизации и непомерного роста больших центров населения – городов полные излишества. Преступность в городах делается утонченнее и сладострастнее и в таком виде растекается и проливается на деревни. Вместо деления преступников на случайных и привычных лучше бы делить преступность на сельскую и городскую и на первичную и прогрессивную, или утонченную. Таковы мысли, брошенные Тардом как жалоны для будущих исследователей, – мысли, которым нельзя отказать ни в основательности, ни в оригинальности.

Переходя от конкретного к абстрактному, от преступников к преступлению, изучаемому главным образом по данным статистики, Тард вполне одобряет мастерское, по его словам, деление факторов преступления на антропологические, физические и социальные, – деление заимствованное, по его мнению, у Тэна (*la race milieu et le moment*), но он находит, что социологические факторы едва намечены у итальянцев и далеко не по достоинству оценены, между тем как их необходимо уяснять из присущей человеку и составляющей основу его общежительности подражательности. Заразительность примера в самоубийствах, поджогах не подлежит сомнению. Приемы убийства и грабежа душением, с рассеканием трупа на части или распарыванием животов повторяются с замечательным однообразием. В 1875 г. парижанка Гросс брызнула своему неверному любовнику серной кислотой в лицо и была оправдана, после чего этот способ женской мести нашел бесчисленных последовательниц даже и вне Франции. В Италии в обычае *coltellata*, на Корсике – кровная месть. В pendant к французской серной кислоте в Неаполе доньше в обычае *freggio*, заключающееся в том, что влюбившийся в девушку, если она отказывается выйти за него замуж, рассекает ей бритвой щеку, вследствие чего девушки из боязни выходят иногда замуж за отъявленных негодяев. Подражательность бывает и при действиях массами. Подражательность бывает двоякая: обмен друг у друга не имевшихся у заимствующих верований, вкусов, стремлений и взаимное друг другом подстрекание к имеющемуся уже у всех убеждению или стремлению, т.е. не аккорд, а unison, причем действие

присущего всем единицам общего фактора было бы равносильно не сложению, а умножению или возведению его в степень, т.е. образованию из него страшной силы. В такой массе, хотя бы она состояла из разнороднейших и никогда не сочетавшихся элементов, происходит нечто вроде самозарождения действия; толпа превращается в одного собирательного зверя, бешено устремляющегося на добычу с неудержимой целесообразностью и увлекаемого бредом разрушения или смертоубийства. Всякая революция исполнена таких массовых разрядов импульсивности в массе, одушевленной одним чувством. Она мгновенно организуется и сразу, без сговора, получает готовых вожаков. Вот почему опасно засиживаться и мыслителю в своем малом кружке, в котором вырабатывается незаметно нечто похожее на действие массою, а именно *сектантство*. Общественная организация в ее зародышах представляет следующие две основные формы: семья и толпа, подражание старейшим или подражание коноводам-агитаторам; последнее особенно развито в больших городских центрах со смешанным населением. Эти взрывы, эти насилия толпой, вследствие которых люди в массе совершают иногда мерзости, на которые никто в одиночку не способен, составляют, однако, признак прогресса в цивилизации. Люди своекорыстны; они борются за существование, но так или иначе они спелись и согласовались, и препираются они не насильствуя друг друга; зато весь запас дикой энергии, проявлявшийся в личных междоусобиях, разряжается в редкие моменты всплеск собирательной энергии. Произведен род дренажа, вода из болота проведена трубами и каналами; коллективное проявление энергии облагорожено присущей действиям массы идеей общего добра. Величавое осуществление этого отвода, этой эвакуации бурных и диких порывов и страстей представляют войны, грандиозные, организованные смертоубийства, злодеяния, взаимные истребления, освещаемые ореолом подвига, патриотизма, почти возводимые в добродетель. Жестокость, ненависть и жадность, осуждаемые в индивидуальной форме, в отношениях особой друг к другу утилизированы целесообразно, смотря по морали известного исторического момента в образе милитаризма и международной войны. По словам Тарда, *la guerre est la plus haute et la plus complète expression du crime mutualisé*, т.е. война есть высшее выражение злодеяния, из первичной односторонней индивидуальной формы преобразившегося в форму двустороннюю, взаимнообоюдную.

Тард излагает подробно, приводя в виде иллюстрации множество примеров из истории, какими путями и в каких формах

совершается эволюция подражательности в пределах уголовного права в области преступности. Везде и всегда владыка-господин навязывал себя покоренным народам как образец для подражания и требовал, чтобы сии последние уподоблялись победителям, воспроизводили их тип. Таким образом, прививалось насильственно и хорошее, и дурное, распространяясь сверху вниз. Рассадниками идей и цветниками художеств были сначала аристократии. Ныне, в наш демократический век, эта роль досталась на долю столиц и вообще больших городских центров. Обирание проезжих, хищничество на больших дорогах было любимым промыслом средневековых феодалов; дворянство сильно пьянствовало; отравлением занимались с увлечением знатные особы; убийство по найму было долгое время весьма употребительно в политике правительств. Ныне зараза преступности распространяется главным образом из столиц. Тард не опасается особенно и не озабочен через меру этим лучеиспусканием преступности из городских центров. Правда, растут еще ныне города, но близко то время, когда последует отлив из них населения. Всякая аристократия тяжела только в фазисе своем прибывающем, восходящем; раз она перешла свой апогей и клонится книзу, она тотчас делается мягче, скромнее, безвреднее и полезнее. За ней остается гегемония искусства, вкуса, утонченной вежливости, чувства чести, всего того, что обозначается непереводимым словом *urbanitas*. Таковы были после своего падения Афины, Рим, нынешние итальянские города, многие немецкие и фламандские.

Всякая новая и цельная теория уголовного права задевает, подвергает пересмотру и видоизменяет крупные отделы общей части уголовного права. Из них в книге Тарда затронуты и разобраны три: в учении об умысле – понятие предумышления, теория покушения и целый отдел соучастия многих лиц в одном и том же преступлении.

Один из недавних посетителей С.-Петербурга во время пенитенциарного конгресса 1885 г., профессор неаполитанского университета *Бернардино Алимена*, написал обширную книгу *La premeditatione in rapporto alla psicologia e al diritto*, 1887. Сам он не позитивист и выбрал тему, которая была уже обрабатываема криминалистом-классиком *Гольцендорфом*, о том, что нерационально и ни с чем несообразно громадное значение, которое донныне придают в области одного только главного преступления против личности, а именно смертоубийства, факту обдуманного заранее намерения или *предумышления* (*praemeditatio*). Смотря по наличности или отсутствию этого факта, само преступление подразделяется на *murder*, *Mord*, *assasinat*

предумышленное и на качественно от него отличаемое простое meurtre, Todtschlag, mordslaughter. Это деление есть бессмысленный остаток из римского права, занесенный в европейские кодексы и повторяемый с робкой подражательностью, по рутине. Очевидная его несостоятельность доказывается прежде всего тем, что предумышленность не предполагает вовсе хладнокровия и не противопоставляется аффекту. И по внезапному побуждению может преступник резать человека хладнокровно, но смертоубийство возможно также и по вполне обдуманному намерению – в порыве сильной страсти, иногда неблагородной, а иногда и очень извинительной. Не степень обдуманности, а свойство побуждений, или целевых мотивов, составляет в смертоубийстве главное. Гольцендорф приводит три преобладающих мотива этого преступления: жадность, сладострастие, осложняемое половой похотью, и ненависть с мстью. Только в связи с первым из этих мотивов преступление становится особенно позорным, мерзким и опасным. Статистика обнаружила, что вообще смертоубийство из-за материальных выгод втрое чаще бывает предумышленное, нежели просто умышленное, между тем как в убийстве по ненависти или мести вдвое более непредумышленных убийств, нежели умышленных, а в случаях смертоубийства по половой похоти оба вида почти уравниваются. Курьезно то, что прикладывается предумышление только к убийству, но никто его не применяет к воровству, зажигательству или иным преступлениям. Общественное мнение в лице присяжных высказывается весьма решительно против такого порядка, предумышление обыкновенно отвергается, но отстаивают его цепко и крепко только юристы-техники. Предумышление как самостоятельный признак должно быть исключено, потому что оно – остаток осуждаемого ныне с полной основательностью приема – отвлекает от живого лица его действие и судит это действие, а не живое действующее лицо. Наказание должно быть рассчитываемо не по величине времени, протекшего между первоначальным замыслом и исполнением, а по целям преступника, по тому, какую страсть стремился он удовлетворить.

В своих заключениях относительно *покушения* и итальянские криминалисты, и Тард идут уже прямо против привычек, укоренившихся и в публике, и во взглядах на преступление присяжных заседателей. Итальянцы и Тард не признают никакого основания понижения наказания за преступление неудавшееся или даже за покушение, остановленное по зависимым от преступника обстоятельствам. Это отрицание смягчения наказания вполне с их стороны логично, так как они вообще исключают из уголовного

суда и наказания всякий элемент частного вреда и частного обвинения и судят преступника только за антисоциальные качества его личности по мере опасности, несомненно грозящей обществу от человека, уже вполне обнаружившего свои намерения и цели.

Всякому занимавшемуся уголовным правом известно, какую запутанную неудобоприменимую часть этого права составляют законы о наказуемости *соучастников* в преступлении. Преступление совершено, положим, сообща многими лицами. Они, может быть, даже и не сговаривались, а сгруппировались внезапно. Если они сговаривались, одни из них науськивали или только советовали, другие не отказали в доставлении средств или в обещании помощи на всякий случай, которая даже от них потребовалась. Иные помогали косвенно, может быть, не в самый момент действия, а раньше или позже. По старой, но глубоко укоренившийся рутине судить не живых людей, а отвлеченное дело, состоящее из отдельных проступков всех деятелей, эта увесистая масса взваливалась потом на каждого из деятелей поодиночке якобы как общая вина, между тем как у каждого была своя вина, совсем особая; между тем как, в сущности, и дела-то у них общего, может быть, не было. Правда, что наказуемость каждого сообразована с мерой его личного участия, но все-таки за общее дело, между тем как это общее дело выведено искусственно и каждый преследовал в нем свои особенные цели. Все представление о соучастии должно быть, в сущности, упразднено *quot delinquentes tot delicta*. Нет никакой надобности образовать из всех соучастников одну общую кучу. Все те результаты, которые достигаются ныне посредством учения о соучастии, могут быть прямее и лучше достигнуты по упразднении его. И ныне везде в других, кроме нашего, законодательствах отлетело понятие прикосновенности, вмещающее в себе укрывательство, попустительство, недонесение. Это самостоятельные проступки, которым должно быть отведено место в особой части кодекса. Подстрекатель не есть зачинщик или соучастник, а есть настоящий интеллектуальный виновник, совершивший преступление не собственными, правда, руками, а при посредстве других лиц, которыми он пользовался как орудиями своей воли. Физические виновники и теперь отвечают за деяние как за свою вину, и нет между ними разницы от того, действовали ли они порознь или сообща. Есть пособники, доставлявшие средства к преступлению, но не приобщавшиеся к цели, руководившей настоящими деятелями преступления. Их действия могут быть предусмотрены в особой части кодекса¹. Разбор учения о преступлении по книге

¹ Та же мысль развита в статье проф. Фойницкого в январской книжке «Юридического вестника» за 1891 г.

Тарда мною кончен, мне остается изложить его мысли и соображения о наказаниях и о суде над преступниками.

IV

Система наказаний. Виды на реформу суда

Разбирая итальянских криминалистов, я уже отметил, что они допускают правосудие как самозащиту, спокойную, хладнокровную, лишенную чувств негодования или мести и чуждающуюся всяких эмоций. Они бы предпочитали истреблять злодеев, но они мирятся по необходимости на том, чтобы иначе их удалять; что же касается до субъектов менее испорченных, не подходящих под элиминацию, то итальянцы мало заботятся об организации наказаний для этого рода людей и предпочитают, как то делает Ферри, провозглашать, что они не приписывают этим наказаниям никакой полезности ни по отношению к наказываемым, ни по отношению к обществу. Если бы эти наказания и не были исполняемы, то это обстоятельство бы не принесло ни прибывтка, ни убытка; оно не повлияло бы существенно на усиление преступности. Это учение вполне согласно с коренным основанием системы, по которой известный процент населения роковым образом обращается в преступников, причем настоящая причина их преступности не они, а их предки.

Так как Тард стоит не на антропологической, а на социологической точке зрения, то он прямо противоположного мнения – и доказывает, что ничем не заменима и страшно действительна для пресечения заразной преступности остратка, своевременно и в надлежащей мере употребленная. Бунт, революцию можно почти всегда подавить или отсрочить посредством немногих экзекуций. Энергическое преследование разбойничества искоренило его совсем в Риме в XVI в. при Сиксте V, во Франции в 1775 г., в Сицилии в 1877 г. Распустите немного дисциплину в войске – оно превратится в толпу хищников, в мародеров (наполеоновская армия в России в 1812 г.). Дайте поблажку городской полиции – нельзя будет ходить по вечерам по улицам. При продолжающейся где-нибудь анархии злодеяния плодятся неизменно. При энергическом образе действия всякое правительство справится со своими заговорщиками и даже с вольномыслителями. Правда, что после этого преследования умственная жизнь может пострадать и вместе с новшеством общество может потерять и творчество, сделаться национально бесплодным, омертветь, как омертвела Испания после того, как в два

столетия, начиная с половины XVI, погибло от инквизиции до 300 тысяч человек. Не только уголовные, но и гражданские законы влияют на численность так называемых произвольных поступков. Наполеонов кодекс установил начало: *le recherche de la paternité est interdite*. Статистически доказано, что в тех частях Германии, которые пользуются наполеоновским кодексом, число незаконнорожденных бывает вдвое или втрое меньше, нежели в других, значит, сам пыл любовной страсти умеряется вследствие простого рассудочного соображения, что нельзя будет судом заставить любовника, чтобы он расходовался на содержание ребенка.

Острастка социально полезна и необходима, что упускает из виду итальянская школа, а забывает она о том потому, что все свела в человеке и в обществе к чистейшему механизму; систематически и принципиально она исключила из юстиции всякое чувство и всякую красоту, превратила судью в хирурга, разрешающего дела без эмоции, потому что эмоция только мешала бы ему исполнять известную чисто научную задачу. Юстиция не была и никогда не будет столь безучастна к судьбе своего пациента – это противно ее общественному назначению и функции общества награждать добрых и карать злых (*échange des services, échange des préjudices*), канализировать и утилизировать чувства одобрения и чувства негодования – живые и могучие силы общественного организма. Фазисов эволюции юстиции бывает больше, чем их насчитывает Тард. В каждом деятельно участвует эта своего рода эмоция, постепенно усиливаясь и облагораживаясь. У своего источника наказание есть простейший рефлекс – отплата злом за зло, злом талиона за беспричинное преступление. Сделавшись из личной отмести коллективной, наказание вступило в фазис очищения, в период мистический. Сам ли преступник приносился в жертву богам, или он умиловлял их богатыми дарами, во всяком случае это богослужebное искупление совершаемо было по религиозному чувству, по высочайшей, к какой только способен человек, эмоции. Затем следовал новый, не намеченный Тардом фазис, ряд попыток ума нормировать мену и услуг, и взглядов и в качественном, и в количественном отношениях. Устанавливались цены и таксы на продукты и работы и композиции, за убийство, поранение, насилие или хищение, причем принимались в расчет знатность пострадавшего и знатность обидчика; вывод уравнения имел вид частной сделки. Затем сделан новый шаг вперед – слагается государство с большими потугами, сопровождаемыми насилием. Это громадное событие отличается условием солидарности всех частей объединяемой громады и соответствующих тому чувством

негодования против преступников, негодования уже безлично-го, уже сделавшегося общенародным, но на первых порах столь же безусловного, каким оно было, когда наказание имело характер очищения. Карающая власть снимает с себя религиозный наряд и облачается в мундир, действие ее становится прямо политическим, все относящим к государю, карающим прежде всего за нарушение государева мира, за оскорбление величества. Логические приемы в сущности те же, какими были прежде – уравнения зла деяния со злом наказания; убийства, воровства, кражи с известными лишениями, страданиями, но сам корень расчета изменился, такса на преступление безмерно повышена, основание расчета стало идеальнее. Преследуется не вредитель, а лихой человек и озорник. Он расплачивается не состоянием, а головой или членами тела, которое подвергается сечению, полосованию, искалечению, причем изумительной становится изобретательность изыскиваемых средств и орудий мучения. Власть свирепствовала, действовала не по праву карать, а по неоспариваемой никем обязанности карать и пользуясь услугами многочисленных более усердных, нежели разборчивых, исполнителей, от которых и не требовались чувство, убеждение, совесть.

Когда была исполнена задача централизации, когда материальный порядок был водворен, т.е. когда была установлена законность по государственному закону, тогда наступило смягчение нравов, быстрое уменьшение проявления диких страстей и вместе с тем ослабление наказаний, соответствующее превращению карания из долга государства в его право, из неограниченного в ограниченное. Произошло громадное, быстрое, заходящее даже за нормальные пределы понижение уголовной таксы. Система изменилась: она была террористическая – она превратилась в исправительную. Злоупотребления острасткой подорвали веру в действительность этой острастки. Ограничение права карать повело к тому, что на казнь государству выдаваемы были только субъекты, избалованные надлежащим образом в известном законопротивном деянии. Отменены предустановленные признаки преступности, при наличии которых судьи применяли наказание чисто механически, и осуждение возложено на совесть судей – мало способных вообще к выполнению этой именно задачи, потому что они вносят в эту работу весь формализм и все тонкости казуистики, к которой они приноровились в гражданском праве, и привыкли анализировать само деяние, отсеченное от личности действовавшего человека. Привожу меткие выражения Тарда (484):

«...когда закон оставил судей без компаса, без возможности ориентироваться, сказав им только: судите по совести, – то они стали заботиться только о том, чтобы искупить безграничным снисхождением свое полномочие, лишенное направление, вследствие чего этот полномочный суд сделался крайне слабым». Когда нашли, что правительственные судьи плохо действуют и передали суждение о вине присяжным заседателям, вышло карание еще слабее прежнего, потому что присяжные решают только по эмоциям; с одной стороны, негодование, с другой – жалость к имеющему быть наказанным, и последнее чувство во многих случаях берет решительно перевес. Благодушные присяжных вошло в пословицу, и необходимость заставляет ныне озаботиться усилением наказаний. По мнению Тарда, открывается в перспективе новый фазис наказания, юстиция не исправительная, а санитарная. Окончательная черта ее – усиление строгости. Как усилить строгость? Укрепив чувство негодования в судьях? Каков бы суд ни был, осуждение опорочивает подсудимого, оно есть выражение порицания, соединяющего всех честных людей в государстве в дружном их моральном и материальном противодействии преступлению – противодействию, которое становится плотиной, защищающей общество от преступников и их единомышленников, которых много. Оно, по словам Тарда, *сущенный утилитаризм всего человеческого рода, совокупность нажитых достоверностей*, сделавшихся автоматическими выводами из бесчисленных опытов над общевредным, сопровождаемых такими же опытами над общепользным, совокупность выработанных категорических императивов. В этом негодовании нет ничего предвзятого, страстного, излишнего. При усиливающемся понимании отношений и вследствие того при извинении многого весьма многие уголовные случаи будут разрешаемы оправдательными приговорами по чувству тоже не безотчетному, но логически обоснованному – состраданию к лицу, совершившему гадкое дело по нужде, по дурному питанию мозга, по скрытой эпилепсии; но какова бы ни была снисходительность, она не дойдет никогда до принципиального всеизвинения и всепрощения. «Видеть в преступнике, – говорит Тард, – только опасное существо, а не виновного человека, значит требовать, чтобы криминалисты, а вслед за ними и публика судили о преступлении и наказании только интеллектуально, отрешась от всякой эмоции и всякого порицания. Когда перестанут ненавидеть и порицать злодея, злодеяния расплодятся». Тард отвергает ледяной и бессердечный коллективизм без негодования и милосердия, которому приказывают работать,

как работает мясник, и которому запрещают энергически заклеить порицанием то, что подлежит отсечению и извержению. Тард усматривает в этой системе бессердечия итальянской школы остаток экономической теории, основанной на начале чистого эгоизма, которая внушила Дарвину его основную идею борьбы за существование. Нынешняя политическая экономия ищет других начал, кроме борьбы на жизнь и на смерть, и социология будет искать тоже иных, кроме права силы, кроме права кулачного. Общество не может не утилизировать негодования, возбуждаемого нравственным злом, как не может не утилизировать чувства сострадания, т.е. оно должно организовать и осуществить род государственного социализма в пользу падших людей, преступников.

Таким образом, вопреки итальянцам восстанавливаются в уголовном праве, хотя осуществляющем утилитарные цели, невыделимые из действия человеческого – каково бы оно ни было – элементы этические и эстетические: нравственного добра и красоты. При восстановлении уже существовавших и продолжающихся существовать начал *либерализма* и *гуманизма*, спрашивается, в чем будет заключаться характеристика грядущего, усматриваемого Тардом нового, четвертого периода, санитарного, после трех предыдущих: очищения, острстки и исправления? Каждый из трех завершившихся периодов имел своеобразную систему наказаний, соответствующую особенному воззрению на преступление. Первому свойственны были жертвоприношения, виры, окупы, анафемы; второму – колесование, отсечение головы и членов, кнутование и тому подобные кровавые экзекуции; третьему – ссылка и срочные лишения свободы. Оказывается, что все исчерпано, что ничего нельзя придумать нового, а есть кой-какие изменения уже существующего, которое можно дополнить и в некоторых частях усовершенствовать. Таким образом, в лице Тарда мы получаем постепенного и рационального реформатора, а не радикалиста-революционера. Идея его о реформах в смысле наказания сводится к нижеследующему.

Мы пережили религиозный век, наказание не содержит в себе ничего мистического. С другой стороны, общество наше из военного преобразуется в промышленное, наши современники имеют утонченные нравы и слабые, весьма чувствительные нервы; всякая мысль о телесных наказаниях и о смертной казни им невыносима и противна. В распоряжении законодателя оставались только два средства: ссылка и тюрьма, но ссылка, видимо, убывает и исчезает, и остается одна тюрьма. Если она сама по себе не в надлежащей степени внушительна – удлинните ее, доводите

до бессрочности. Если она неисправительна, постарайтесь делать ее более исправительной. Эта последняя цель достигается не одними механическими мерами, но педагогической и этической пропагандой, активной любовью, пронимающей в конце концов и заражающей даже закоренелых злодеев, – конечно, не всех, но многих. Государство не успеет исполнить свою задачу, если оно не озаботится подобрать подходящий персонал и преданных тюремному делу людей и если оно не заручится активнейшим содействием самого общества, организующихся в нем пространств и посвящающих себя тюремному делу добровольцев из частных лиц.

Это не ново. Каковы же другие предложения? Сумасшедших необходимо выделить и содержать их не в предлагаемых итальянской школой *маникомиях*, а в настоящих психиатрических клиниках, занимающих средину между больницей и тюрьмой, т.е. в приютах для лиц, находящихся в состоянии невменяемости, не способных по своей опасности к гражданскому обществу. Затем необходима еще другая сортировка. Следует из общей массы вынуть людей, случайно впавших в преступление, и даже рецидивистов еще не хронических, но только по слабости характера. Тард не был бы противен содержанию наказуемых в общих камерах с заключением одиночным только по ночам; он бы не требовал даже строгого и безусловного отделения мужчин и женщин при дневных работах. Но он сильно стоит за отделение горожан и сельчан и за устройство для сельских преступников специально-земледельческих работ, а не городских ремесленных, которые содействуют только столь пагубному ныне переходу выпускаемых из тюрем в большие городские центры, где они обыкновенно увеличивают только численность городских мазуриков и проституток. Для хронических рецидивистов меньшего калибра Тард предполагает устраивать особые отделения. Что касается до более тяжких, то XIX век усовершенствовал два средства: уголовную колонизацию (Австралия) и келейное заключение – сколок с монастырского. Бывали и попытки совокупления обеих мер, либо ссылка после келейного заключения, либо предназначая келейное заключение для мелких, а ссылку для крупных преступников. Одолело келейное заключение, ссылка ныне регрессирует. Нельзя создать колонию из одних преступников; коль скоро же в колонии имеется ядро свободного, не уголовного населения, то оно не может не противиться всячески дальнейшей эвакуации в колонию сквернейших заразных отложений метрополии. Наконец, для колонизации годились бы только одни ссыльные из крестьян. Наконец, ссылка не устрашительна.

Мало-мальски колония успеваает – уже разыгрывается воображение у попавших под суд преступников, и они порываются как бы попасть в эту ссылку. Келейное, одиночное заключение, которое осталось победителем, может быть сделано суррогатом смерти, почти одинаково с нею страшным. Если смертная казнь отменена, то необходимо оставить бессрочную тюрьму с келейным заключением на большее число лет. Для лиц, подающих хотя бы слабую надежду на исправление, одиночное заключение должно быть умеренное по времени, с известным периодом для испытания, при посещениях со стороны сердобольных членов тюремных патронатств. Тард советует вербовать в эти патронатства побольше небогатых людей, потому что богатые в тюрьмы обыкновенно не идут, а дожидаются, пока к ним не обратятся за помощью освобожденные, и участие их более денежное, нежели сердечное. Заключение может быть значительно сокращено заменой части его, по мере поведения арестанта, досрочным, условным отпуском на волю, который в связи с деятельностью приискивающих отпускаемым работу патронатств содействует обратному водворению в обществе наказанного человека на более благоприятных для него, нежели до совершения преступления, внешних условиях быта. Сначала в Бельгии, а потом в 1890 г. во Франции установлена для менее важных проступков система условных освобождений от наказания для впервые провинившихся осужденных, если они не попадутся вторично в течение известного числа лет. Об этом нововведении, которому посвящено было столько времени на пенитенциарном конгрессе 1890 г. в С.-Петербурге, нет еще ни слова в книге Тарда; оно пошло в ход, когда книга издавалась.

Из всех вопросов, возбуждаемых системой наказаний, выделяется у Тарда один, поставленный особо, вопрос, самый заезженный, может быть, и избитый – *о смертной казни*, затормозившийся в последнее время вследствие возврата европейского общества к милитаризму, к ожесточению в правах. Он стоит ныне, так сказать, на точке замерзания. Для нас в России вопрос этот имеет интерес, как говорят, чисто академический, т.е. лишенный практического значения. Он притом имеет у нас обратную, по сравнению с положением его в Европе, постановку. У нас смертная казнь есть и будет долгое время нормальным наказанием за главнейшие политические преступления; там вообще за политические преступления она отменена и оставлена лишь за общие, или, лучше сказать, за одно смертоубийство, между тем как с 1754 г., т.е. в течение полутора столетия, Россия по принципу обходится без смертной казни в обыкновенном порядке судопроизводства (т.е. не в военных судах) для обыкновенных преступлений,

и не предвидится возможности возврата к применению ее за эти преступления. Сам вопрос о смертной казни не есть вопрос логический, разрешаемый на основании убеждающих разум доводов, а только вопрос для чувства. Логически все доводы против смертной казни весьма бедны и неудовлетворительны. Говорят, что она неотменима, неделима, что делает рекламу убийцам и развивает подражательность в стекающихся наблюдать ее зрителях, что она драматизирует событие, которое надлежало бы покрыть забвением. Корень отвращения от этой казни иной – эмоциональный, чисто физиологический. Он заключается в ужасе, который внушает само воображаемое представление о качающемся в судорогах на виселице и о том, которому отрубает голову. Возмущает нас притом не сама воображаемая жестокая мука, а связанная с нею идея. Вид тысячи тел, изуродованных, покрывающих поле битвы, вид хирургических операций, самоубийц, даже представление о принимающем яд Сократе или о каком-римлянине, которому император предоставил избирать род смерти, не производят на нас подобного впечатления. Нас раздражает то, что смертная казнь подобна кнутованию, бичеванию, вообще телесным казням, что она – ненужное истязание и поругание тела человеческого, которого не выносят нервы людей в обществе, дошедшем до известной степени цивилизации, без предварительного убеждения достаточными резонами в том, что эти истязания неизбежны и необходимы.

Сильное лет тридцать тому назад движение в пользу смертной казни остановилось. В жизни остановка движения бывает почти всегда началом обратного движения, началом регресса. Если бы была неопровержимо установлена логическая необходимость лишать жизни ежегодно несколько десятков злодеев и если бы был изобретен способ убивать их мгновенно без страданий и без рассечения на части или уродования посредством сильнейших ядов или электричества, то неизбежно возникла бы мысль об элиминировании таким образом отчаянных злодеев, которых исправление невозможно, и мысль эту усвоило бы себе законодательство. Возможен ли возврат к суровости, к восстановлению смертной казни там, где она уже была законодательным порядком отменена? Тард полагает, что он возможен. Мы переживаем критический момент внезапного подъема милитаризма, смертная казнь – родная сестра войны. Если мы не только не возмущаемся, когда десятки людей гибнут разом в жестоких муках на поле битвы, но прославляем эту резню и несем охотно на алтарь отечества свои собственные жизни, то что в сравнении с тем несколько сотен наших собратьев, более похожих

на зверей, чем на людей, которых бы пришлось для общественной безопасности извести? Притом наша чувствительность во многих отношениях фальшивая, наше кровоотращение напускное и искусственное. Обыкновенно сочувствуют человеку, который мстит за свою опороченную честь револьвером, женщине, которая расправляется с покинувшим ее любовником серной кислотой, мужу, убивающему на месте неверную жену или сообщника ее, прелюбодея. В воскрешении и возрастании считавшейся отжившей смертной казни виноват, впрочем, не милитаризм. Причина глубже, Тард ее прямо указывает. Она – в господстве дарвинизма, в учении, которое возводит в закон природы борьбу за существование и внушает всякому существу слабейшему: умри и пропадай. Вся философия Тарда есть сплошной протест против дарвинизма; она – красноречивое исповедание веры в то, что возврат к языческому духу не будет длиться, что победит его другое мирозерцание, как бы его ни называли: гуманизм, социализм, в сущности, воспрянувший опять христианский дух в его чистейшей квинтэссенции. Этот социалистический дух общественности совершает медленно свою невидимую подземную работу. Когда он таким образом растянет на далекое расстояние свою ткань сходств и тождеств, идейных и эмоциональных подражаний, тогда и появится религия или философия, соединяющая людей в одном общем религиозном или даже нерелигиозном идеале. Это начинающееся широкое космополитическое братство одолеет в будущем и самую войну не по признанной человеческой солидарности материальных интересов, но по развитию и усилению симпатичных чувств вследствие делающегося все более и более крепким международного общения. Тард убежден в успешности этой невидимой работы. Она сопровождается двумя отрицательными признаками, которых, однако, не надобно пугаться: ослаблением догматических верований и недовольством жизнью или пессимизмом. Сумма верований и желаний у человека, можно сказать, одна и та же; но чем кто образованнее, тем у него большее количество идей, между которыми распределяется бюджет верований; он разменен на малые атомы – человек становится скептиком. С другой стороны, и бюджет желаний израсходован на бесчисленное множество потребностей, из коих ни одна не увлекает его страстно; он скучает и тяготится жизнью. Мы все заражены этой болезнью века. Тард превосходно объясняет, как при этих двух недугах, скептицизме и пессимизме, из них же вытекает то разрешение вопроса о смертной казни, которого добиваются аболиционисты. Эта страница (554) столь красноречива, что я привожу ее целиком: «Сделавшись скептиком и – что еще хуже – пессимистом, общество обязано дать

созреть красивому нравственному плоду, от этих настроений исходящему, а именно милосердию (*pitié*). Преступник не вправе его требовать – вот почему я и не утверждаю, чтобы общество обязано было давать ему жизнь по какому-то метафизическому праву. Оно делает это только по великодушию (*générosité, clémence*), вполне сознавая возвышенность своего мотива. Не надо ему внушать, что оно делает хороший расчет, когда следует влечению своего сердца. Оно рискует, но обязано нести последствия этого риска. Идеал утилитарянцев – бесстрашное общество, разящее людей без мести и прощения, – несбыточен. Как бы ни втолковывали бессердечие, общество будет продолжать прощать и мстить, но его месть будет не мужественная, и его прощение не будет доброе – то и другое будет несколько подловатое (*lâche*) и в его перемежающихся отместках, а еще более в амнистиях. Боязнь зла, почет злу, удивление злу – это все подлости, существующие спокон века. Нынешнему обществу подобает не родить, но развить менее опасное и более благородное чувство снисхождения к злу». Это снисхождение, даруя жизнь, должно, однако, обречь злодея на достойную его участь. Иными словами, необходимо одно из двух: либо оставить или даже расширить смертную казнь, смягчая ее до безболезненного и не уродующего тела лишения жизни, либо заменить ее тяжелой и трудовой жизнью, откровенным, а не приговорным и стыдящимся возвратом к телесным наказаниям, насколько их будет требовать тюремная дисциплина.

Итак, и в учении о преступлении, и в учении о наказании, побивая победоносно итальянских криминалистов, Гард не является вовсе новатором. Он одерживает эту победу старыми средствами, которыми уже пользовались криминалисты-классики. Совсем иное впечатление производит последний отдел его теории, посвященный суду и решению.

Здесь он круто поворачивает, переходит на сторону противников, соединяется с ними в энергическом порицании суда присяжных не по причине тех или других подробностей, но по самой коренной идее учреждения, и склоняется к передаче судейской функции совершенно иным лицам – не тем, которые заседали доньше за судейским столом или на скамье присяжных, но тем, которым надлежало бы предпочтительнее пред ними поручить исправление судейских обязанностей по духу нашего, науке поклоняющегося, времени.

Суд есть своего рода исследователь истины. Деятельность его направлена к тому, чтобы установить с наибольшим правдоподобием, как бы тому ни противились заинтересованные в деле стороны: *во-первых*, кто совершил предполагаемое в данном случае

преступление; *во-вторых*, какая в этом деле степень его вины и ответственности. Доказательства, посредством каких судья доходит до истины, суть общие логические основания убеждений в истине. Таким образом, вопрос о доказательстве не есть юридический вопрос, а логический, разрешаемый посредством знания и по методу и философии известной эпохи. История судебных доказательств есть история самой познавательной деятельности нашего ума. Главные характерные фазисы этой истории были следующие.

Был в судопроизводстве период мифический, мистический, соответствующий состоянию ума детского, отличающегося невозможностью додуматься до истины. Человек мнил себя окруженным богами, духами, верил им и сообщался с ними; для разрешения же неразрешимых по его познаниям споров прибегал к этим богам, к оракулу, к жребию, к ордалиям, гадал об истине посредством раскаленного железа, кипятка, поединка. Он вооружал спорщиков дубинами или мечами и заставлял их выходить на поле, биться. Кто побеждал, за тем была и правда Божия. Наступил затем фазис судопроизводства другой. Место суеверия занял рационализм сухой и грубый, насилование истины исторганием ее из лживых уст запирающегося обвиняемого, постоянное прибегание к особой экспертизе, в которой экспертом был заплочных дел мастер или палач. Слагалось между тем государство; оно искореняло лихих людей, оно возлагало за них ответственность на общины, оно делало повальные обыски о лихих людях, вызывало в Англии представителей общин *ad vere dicendum*, кто в данном преступлении виноват, таково начало английского *джюри* (*jurata*), к которому в Англии перешли прямо от ордалий. На материке Европы ход развития был иной. Вытащено римское право, юстиция перешла в руки ученых романистов, и суд был построен на весьма грубом, хотя и не лишенном некоторой логики основании, что осуждение недостоверно, пока сам подсудимый не признался, и что человек вообще правдолюбив; если же он запирается и лжет, то он это делает не без особого волевого усилия, так что посредством физического его развития можно уничтожить этот нравственный тормоз и добыть самую истину из уст, раскрываемых мукой. Ужасно было то, на что закрывали глаза, – что на мучение мог быть взят и совсем невинный человек, который был истязуем, мог взвести на себя всякие небылицы. Этот так называемый *инквизиционный* процесс просуществовал до половины XVIII в., до Беккарии (1764. *Dei delitti e delle pene*). Когда от него отсекали пытку, то юстиция явилась выхолощенной, беззубою. Законники-рутинисты по лишении их пытки не могли уже

справиться со своим делом посредством остальных своих доказательств; они не сумели даже выработать достоверность по совокупности улик, т.е. по мотивированному убеждению, как решают вопросы научные исследователи истины.

Тогда-то и настал новый период, объяснимый только подражательностью. Из Англии заимствован был сделавшийся модным институт джюри, дурно понятый и перенаряженный, и он с неимоверной быстротой распространился и обошел кругом весь шар земной. Распространение этого института совпадает с другими родственными ему явлениями современности, из одного с ним источника происходящими: с *souveraineté du peuple*, всеобщей подачею голосов, с либеральными и конституционными учреждениями, с романтизмом. Основание заимствования заключалось тоже в суеверии, хотя иного рода, в мистической вере в здравый смысл, одним чутьем, по слепому инстинкту открывающий сразу то, чего записные исследователи-законники не откроют по своей близорукости, и в абсолютную безошибочность общественного мнения толпы. Под влиянием увлечения институт разросся не в меру и облекся в уродливые формы. На родине, в Англии, он был только доказательством посредством вердикта присяжных и не употреблялся, когда подсудимый делал признание (*pleaded guilty*). На материке присяжные стали судьями факта, хотя бы признание существовало полной вины – следовательно, косвенно они и решители наказания. Вследствие принципиального возложения участи обвиняемого на их совесть, без требования от нее какого-либо отчета, они приобрели фактически власть помилования, во владение и пользование коим им помогли войти услужливые куртизаны, заискивающие у всяких власть имущих. Итальянские позитивисты издеваются над институтом (Гарофало называет его диким – *institution baroque du jury*). Тард присоединяется к этому осуждению, обвиняет присяжных в невежестве, непоследовательности, переменчивости убеждений, трусости, неспособности быть самостоятельными по отношению к общественному мнению. Выбор их совершается бессмысленным образом по жребию; все лица, которые поэнергичнее или помышленнее, отводятся сторонами; выбаллотировываются, таким образом, одни посредственности. Эта малая толика воды, зачерпнутой, так сказать, ладонью из воды морской, не выражает даже и общественного мнения, потому что она была изолирована искусственно и заморожена вкрадчивыми речами искусителей – обвинителей или защитников. «Никто из мошенников не боится присяжных, но никто из честных людей их не уважает. Недоверие к ним полное, конец их близится». Введение института было во время оно прогрессом,

его существование ныне равносильно застою. Нет учреждения коснее присяжных; никогда нельзя на них рассчитывать, когда для общества необходимо быть построже, подтянуть или приструнить – вот почему везде прибегают к так называемой *correctionalisation des délits*, к изъятию из их ведения менее тяжких преступлений. По мнению Тарда, сам институт обречен на сломку; весь вопрос в том, чем заместить присяжных.

На этот вопрос ответ готов у итальянцев, по мнению которых судьи нужны, собственно, только для разрешения вопроса, совершено ли известным лицом деяние, обнаруживающее опасность для общества со стороны его виновника. Затем наказания собственно и нет, а необходим только классификатор, который бы, зная антропологию и психологию, пощупал, измерил и наблюдал виновника, да отнес бы в один из предустановленных разрядов: прирожденных, профессиональных или случайных преступников, после чего виновный и нашел бы подобающее ему место в пенитенциарном зверинце. Ведь он и судится не за свое деяние, а только за свою *temibilità*. Но Тард не сошелся с итальянцами; он – настоящий криминалист, он судит лиц, которым вменяются их поступки, лиц ответственных. Он высказывается решительно против перехода членов по очереди из гражданских отделений суда в уголовные и наоборот; он полагает, что будущие уголовные судьи должны быть специалисты-алиенисты, изучавшие физиологию, психологию и социологию, напрактиковавшиеся изучать арестантов, посещая их в тюрьмах во время своего стажа или кандидатуры. Тард настаивает на пользе предлагаемого им и позаимствованного у Бентама способа голосования судей баллами о виновности, выражающими степень уверенности судей в виновности субъекта. Полной уверенности в виновности почти никогда не бывает, за исключением редких случаев полного признания, совпадающего с обстоятельствами дела; но как хирург решается на рискованную операцию не потому, чтобы он отрицал возможность лечения и без операции, но потому, что временно и колебаться было бы опасно, так и судья не может задерживать действия правосудия, хотя не все сомнения очистились, и подвергать риску общественную безопасность. Тард бы предложил, как на экзаменах, баллотирование баллами от 1 до 5, с достаточными для осуждения 3 в среднем выводе. Он бы желал – если бы первое предложение не было принято – чтобы суд мог, как в Риме, принести *non liquet* или, как в шотландском процессе, *not proven*, вместо *not guilty* – невиновен. Простые случаи будут решаться без экспертов; во всех делах с загадочным пунктом, с вопросами, требующими великого знания глубокой науки, судьям должны

помогать будущие заместители нынешнего джюри, ученые эксперты. Тард выражается довольно неопределенно, что он не желает превращения экспертов в судей, что заключение экспертов должно быть только высшим средством разъяснения (*moyen supérieur d'information mis à la disposition de la justice*); но, с другой стороны, он полагает, что заключение этого ученого jury будет чем-то вроде *законного* доказательства – значит, доказательства, обязательного для суда. Из этих слов я заключаю, что роль экспертов изменится, что из простых орудий наблюдения, которыми суд может по произволу пользоваться в трудных вопросах, выходящих за пределы судейского знания, комплект ученых специалистов явится окончательно решителем спорного и только науке доступного факта и что единогласное решение их будет нормою для судьи.

Таковы идеи Тарда о будущем судеустройстве, идеи более блестящие, нежели солидные; в них меньше последовательности, нежели у итальянских позитивистов, можно сказать, что они – мечты воображения. Устраним прежде всего неудачную попытку связать джюри с экспертизой и представить ученую экспертизу как преемника и заместителя джюри. Эти два предмета не сочетаются, не имеют ничего общего. Наши законы, давая и сторонам, и суду, как уголовному, так и гражданскому, черпать материалы для решения из сокровищницы науки, не признают, однако, экспертизы доказательством; она – только проверка доказательств. Судьям дано на волю уважать экспертизу или не уважать и, отклонив от себя эти результаты глубокого, может быть, знания, вопреки им постановлять решение. Надо признать, что можно бы всякую научную экспертизу (не только судебно-медицинскую) в обоих процессах, и гражданском, и уголовном, поставить иначе, организовать постоянные коллегии экспертов, определить их состав, потребовать, чтобы суд очертил в каждом данном случае пределы области, внутри которых, не будучи компетентным по недостаточности своего знания, он требует не заключения, а приговора экспертов. Единогласным и категорическим изречением экспертов законодательство могло бы сообщить значение непререкаемых доказательств, которыми судьи коронные обязанности были бы руководствоваться. Для присяжных такое отношение к экспертизе невозможно, так как законы ничем не ограничивают их при решении о виновности и даже о событии преступления, но само собой разумеется, что в своей заключительной речи председатель обязан был бы преподать взгляд законодателя на экспертизу как на вывод, сделанный знатоками дела и по закону пользующийся неопровержимым авторитетом. Не вхожу в разбор того,

наступит ли когда-либо такое преобразование, или даже того, желательно ли оно или нежелательно; я хотел только установить то положение, что преобразование может быть произведено без того, чтобы пришлось тронуть или уничтожить присяжных.

Итак, вопрос не в специалистах-техниках и не в месте, ими занимаемом. Они оказывают ныне услуги, а в будущем могут оказывать еще большие. Вопрос и не в судьях, как бы высоко ни подымать их образовательный ценз, хотя бы совсем воспретили брать их из составов гражданских отделений, хотя бы их заставили держать экзамены из тюрьмоведения, психологии и психиатрии. То будут второстепенные качества и квалификации, а главная функция судьи та же – он блюститель и истолкователь закона, на то поставленный, чтобы растягивать и выпрямлять этот закон дедуктивно и казуистически, а это становится возможным только тогда, когда самые явления жизни он будет рассматривать абстрактно, перенося эти явления в область бесцветных и лишенных живого, конкретного содержания законодательных предусмотрений, т.е. чистейших отвлеченностей. Тард думает, что судьи потому бывают такие формалисты и византийцы, что в школе зубрили римское право, которое потом применяли и в суде. Я утверждаю противное. Посадите на судейское кресло не романиста, а психолога или натуралиста, но заставьте его проделывать много лет судейскую работу, и в силу своих постоянных занятий он сделается казуистом и законником. Без законников не может быть суда. От правительства поставленный на то, чтобы судить, законник – будь он даже несменяемый – имеет неминуемо следующие – не скажу недостатки, но односторонности: прежде всего он отвлеченный человек, от мира сего отошедший и витающий в заоблачных абстракциях; во-вторых, так как он правительством поставлен судить, то во всех случаях, в которых государство находится по своим интересам в коллизии с интересами гражданского общества, с правами граждан, он не беспристрастный решитель и будет тянуть в сторону государства. Наконец, в третьих, не ждите от него надлежащего проявления чувств негодования и сострадания по отношению к подсудимому, которыми, по мнению не итальянцев, а Тарда, должен быть одушевлен суд, восстанавливающий господство правды и закона. Суд из техников-законников надлежало усилить введением в него народных элементов. Каким образом и в какой форме надлежало вводить эти элементы? В форме ли выборных или в форме присяжных? Только и были налицо эти две формы; но первая из них оказалась невозможной в обществе пока не модернизированном, имеющем еще старинные сословные перегородки и живо помнящем все неудачные опыты судебных

заседателей в судах по законодательству Екатерины II. Тогда и придумали ввести общегражданскую судебскую повинность, брать понятых из народа для решения вопросов, фактически относящихся к преступлению, как это практикуется уже с успехом в других западноевропейских государствах. Этот суд принес и продолжает доставлять громадной важности и ничем не заменимые удобства. Он сразу отсек и упразднил теорию законных доказательств, заставив судить только по убеждению совести. Когда людей, не умеющих плавать, бросят в глубокую воду, они будут барахтаться, пока не приносятся к тому, как держать себя на воде. Нечто подобное произошло с присяжными. Только суд присяжных и поддерживает устность судопроизводства. Возьмем гласный суд, как он практикуется в областях, где присяжных нет, а есть суды с двумя инстанциями; сила вещей восстанавливает на практике во второй инстанции безжизненное бумажное производство. Учреждение присяжных сделало из судебной функции живой общественный орган, свободно обсуждающий и наставительный, имеющий для общества воспитательное значение. Институт присяжных имеет много недостатков, больше, может быть, сколько их насчитано у Тарда, но известно, что всякое новое колесо скрипит; недостаток может быть и присущ институту не по самой его идее, а только по его форме. Есть бесчисленное множество изменений, посредством которых можно бы институт усовершенствовать. Одного нельзя только требовать от присяжных, а именно чтобы они свои решения мотивировали, но я сильно сомневаюсь, есть ли патентованное лекарство против плохих судебных решений. Дело и в коронном суде решается по общему впечатлению и по совести, а не механически. Мотивы подбираются и приделываются потом, они похожи на те объяснения *post factum*, к которым человек приходит задним умом, но которых, может быть, у него не было, когда он действовал. Составьте суд из техников двустепенный и суд присяжных – кому дать предпочтение? Я отвечаю по опыту – несомненно, присяжным. Нет вполне совершенных учреждений; институт присяжных имеет многие недостатки; несомненно, что в будущем найдены будут формы более целесообразные и лучшие, но это будущее весьма далекое, и то, что предлагают взамен присяжных, совсем неудовлетворительно. Часть сочинения Тарда, относящаяся к процессу, есть самая слабая, и его возражения против суда присяжных не пошатнули нисколько этого института, хотя вызывают на размышление по поводу его.

Кончаю разбор философии уголовного права Тарда. Эта книга и предшествовавшие ей труды итальянских антропологов-

криминалистов, которые она опровергает и на которые она представляет остроумные и своеобразные ответы, дает в совокупности некоторое понятие о том могучем брожении и движении, которые закипают в уголовном праве, пребывавшем многие годы в застое. Открываются новые горизонты, расшатываются основные положения, считавшиеся очевидными истинами. Может быть, не все то пройдет и сбудется, о чем мечтают храбрые радикальные реформаторы, но несомненно, что в не очень продолжительном времени вся область уголовного права и процесса явится в совсем отличном от настоящего и до неузнаваемости новом виде.

*(Публичные чтения в 1891 г.
в Педагогическом музее Соляного Горodka)*

О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством

(публичные лекции, читанные в зале
Императорского с.-петербургского университета
проф. Спасовичем)
(сентябрь и октябрь 1860 г.)

Публикуется по книге:
Спасович, В.Д. О теории судебно-уголовных доказательств
в связи с судоустройством и судопроизводством /
В.Д. Спасович. – СПб.:
Типография правительствующего сената, 1861. – 98 с.

Лекция первая (сентября 27 дня 1860 г.)

М.м.г.г! Предмет, о котором я буду иметь честь беседовать с вами, – теория доказательств в процессе уголовном. Приступаю к нему с сильным беспокойством и смущением, потому что вообще публичные беседы о законоведении у нас дело небывалое, совсем новое, а избранный мною предмет составляет притом одну из крайних специальностей в науке законоведения. Начну с того, что постараюсь объяснить, почему я считаю вопрос

о доказательствах достойным вашего внимания; потом определю в кратких словах задачу, которую я себе поставил и намерен выполнить.

Учреждением судебных следователей 8 июня текущего года законодательство русское вступило в области судопроизводства на путь преобразований, которые должны кончиться тем, что вся вторая часть XV т. свода законов выйдет из употребления и заменена будет уставами, совершенно противоположными ей по духу и направлению. Новые начала, составляющие сущность учреждения судебных следователей: предоставление следственной части судам, строгое отделение суда от администрации, – не могут уместиться в екатерининском учреждении о губерниях 1775 года, в екатерининской поныне существующей системе судоустройства. С поставлением судов в положение более самостоятельное должна неминуемо обнаружиться и несостоятельность тяжелой, неудобной теории доказательств времен Петра Великого. Единственно придется похоронить множество сложных форм и обрядов русского уголовного процесса, которые только и обуславливались петровскою теорией доказательств и екатерининским судоустройством. Так как мы стоим как раз на рубеже двух эпох, между отходящими старыми порядками, которых несостоятельность не подлежит ни малейшему сомнению, и еще не установившимся новым устройством, то нам всего удобнее сделать расчет с прошедшим, разобрать по частям и поверить все пружины настоящего механизма судебных властей, дабы определить, какие из выработанных исторически форм должны уцелеть, и какие должны измениться. Я убежден, что простой критический разбор свода законов в настоящее время мог бы быть несравненно полезнее ученых рассуждений об иностранных законодательствах, об устройстве судов, администрации и вообще формах юридического быта Великобритании, Франции или Германии. Критика научная закона положительного нисколько не противоречит уважению к этому закону в жизни практической и прочности общественного порядка.

Если мы в самом деле желаем стать на твердую почву закона и не зависеть в наших житейских отношениях от случая, от произвола, то мы должны стараться осмыслять закон положительный, подложить под этот закон логические основания, провести сквозь него разумные начала. Притом нам незачем и отстаивать непогрешимость и безошибочность нашего кодекса. Едва ли могли бы мы в настоящее время разложить это законодательство на составные его элементы, сказать точным образом, что в нем родимое, коренное и что наносное, что в нем московское и что иностранное,

что в нем неизменное и существенное и что переходное и случайное. Оно своеобразно в отрицательном только смысле, по отсутствию в нем определенности. Оно весьма далеко от совершенства и никак не может считаться святынею народного духа, народных преданий. Смирение — начало мудрости, говорит пословица. Мы так расположены к этому смирению и далеки от самоуверенности, что готовы и ныне заимствовать от иностранцев многие учреждения и порядки. Между нами и эпохою Петра Великого та только разница, что мы разборчивее, что мы не думаем, чтобы всякая заимствованная форма могла на нашей почве утвердиться, что мы требуем заимствования сознательного, а не бессознательного подражания. Итак, я буду заниматься преимущественно постановлениями свода законов с их догматической стороны. К истории и примерам из иностранных законодательств я буду прибегать только мимоходом, для объяснения того, что существует у нас. Я остановился на нашем уголовном судопроизводстве, в котором законодательная деятельность правительства готовит ныне значительные реформы. Теорию же доказательств я избрал потому, что она составляет центральный узел всей системы судопроизводства, душу всего уголовного процесса, начало движущее, образующее, статью процесса самую существенную, которая обуславливает и устройство судов, и все главные формы судопроизводства. Оставляю пока, на некоторое время, это положение без подкрепления его доказательствами. Оно будет доказано, надеюсь, всем тем, что я намерен сказать в моих лекциях. Перехожу прямо к делу.

Когда мы познаем известные явления, когда из созерцания связи и отношений между предметами мы приходим к известному убеждению, то мы называем те данные, которые породили в нас это убеждение, *доказательствами*. Всякое убеждение держится на доказательствах и прочно до тех только пор, пока его основания — доказательства не пошатнулись. Коль скоро есть малейшее сомнение на счет их устойчивости и прочности, то они сами должны быть проверены и доказаны. Этот процесс критической проверки оканчивается только тогда, когда, продолжая его, мы дойдем до таких простых положений, которые сами по себе очевидны и не требуют никаких доказательств, которые сами в себе носят характер неопровержимой достоверности. Доказательства *судебные* суть один из видов доказательств вообще. Доказательствами *судебными* называем мы основания *судейского* убеждения при решении спорного вопроса, подлежащего *судебному* разбирательству, убеждения, на котором основывается приговор суда. Суд, как

известно, бывает гражданский и уголовный. Доказательствами *уголовными* называются основания убеждения судьи о виновности или невинности подсудимого, заподозренного в известном преступлении, убеждения, которым обуславливается применение к подсудимому уголовного закона. Лицо юридическое – суд убеждается точно таким же образом, как и отдельный физический человек; он черпает свое познание из тех же источников, он употребляет те же приемы; он теми же путями стремится к раскрытию истины, как и всякое другое лицо, как натуралист, из опытов над веществом выводящий законы жизни, как философ, из глубины сознания извлекающий отвлеченные начала разума идеи. Он еще более походит на историка, который пытается восстановить со всею точностью свершившееся событие, давно минувшее и известное только по следам, которые оно оставило в мире внешнем. Разница между деятельностью судьи и деятельностью всякого иного изыскателя истины заключается не в цели действия – цель у них одна: раскрытие истины; и не в образе действий – образ их действий один: они действуют по логическим, необходимым, неизменным законам всякого человеческого мышления, разница только в результатах судебско-го убеждения, в вытекающих из него юридических последствиях. Ошибись естествоиспытатель – другие на основании опытов исправят его ошибку. Ошибись историк и заклеями он для потомства едким упреком или клеветой память великого человека – не велика беда. На такой приговор всегда допускается апелляция без определенного срока к потомству, к непрерывной, так сказать, ассизе грядущих поколений; найдутся ревнители истины, которые освободят от исторического осуждения несправедливо зачисленных в виновные. Но от приговора судебного непосредственно, прямо, зависят честь, свобода, имущество и даже жизнь подсудимого; за ошибку, за опрометчивость невинный может поплатиться слезами, страданиями, кровью. Судья не имеет возможности остановиться в своей деятельности на полдороге, не может сказать сторонам: дело не ясно, я не вполне убежден, откладываю мое решение до будущего времени. Стороны и общество гражданское требуют от него категорического ответа, требуют от него решительного «да» или «нет»; ему же труднее, чем кому-нибудь другому дать этот ответ, потому что истины он может добиться лишь от участников события, а эти участники, волнуемые страстью, заинтересованные в исходе дела, сознательно и бессознательно затемняют эту истину события, действуют на убеждение судьи, вовлекают его в заблуждение.

Если суд при разбирательстве дела действует по тем же логическим законам, по которым действует и всякий единичный человек, то вопрос о судебных доказательствах, собственно, не юридический. Он принадлежит к области логики и антропологии, он корнями своими упирается на почву философии; его следует прежде всего изучать в единичном человеке. Определив, как убеждается в истине единичный человек, мы соизмерим его познавательную деятельность с познавательной деятельностью суда, определяемой законами положительными, и решим, насколько последняя из них сообразна с существом природы человека и здравым человеческим смыслом.

Источников человеческого познания только два: *опыт* и *разум*, иными словами, прямое наблюдение познаваемого и умозаключение.

1) Рассмотрим первый из этих источников – опыт, наблюдение. Человек способен наблюдать и то, что происходит в его душе, посредством внутреннего самосознания, и то, что происходит вне его в мире внешнем, посредством чувств. Путем внутреннего самосознания (*évidence interne*) мы можем следить за каждым движением нашей мысли, за каждым волнением нашего чувства, за каждым толчком нашей воли с полной раздельностью, отчетливостью и такою уверенностью в истине познаваемого, которая исключает возможность сомневаться в действительности наблюдаемых явлений. Однако, хотя при этой работе психического анализа наблюдатель и наблюдаемое совпадают между собою, хотя между ними нет, так сказать, никаких промежутков, все-таки и здесь случаются ошибки. Как часто заблуждаемся мы на счет мотива наших действий; как часто мы воображаем, что мы только справедливы, а мы просто жестоки; как часто наше сознание долга сбивается на корысть, наша дружба на самолюбие или тщеславие; как часто оказывается, что наша любовь, чистая, беспредельная, пронизавшая все существо наше и долженствовавшая, по-видимому, наполнить всю нашу будущую жизнь, была просто мгновенного прихотью, преходящим волнением крови, отразившимся в игре воображения.

Еще менее доверия внушает второй вид эмпирического познания: *чувственный опыт*, потому что наше понимание не проникает в существо познаваемых предметов мира внешнего, а скользит только по их поверхности. Наши чувства отражают только внешние формы этих предметов; эти впечатления передаются мозгу, поверяются и усваиваются познанием. Как ни мгновенен этот процесс, а все-таки он сложен; при нем возможны ошибки, самообольщения, галлюцинации, так что собственно наблюдатель может быть вполне убежден только в том, что он получил

известное чувственное впечатление, но никогда не может быть совершенно уверен, вполне ли сообразно это впечатление с действительностью или нет. Впрочем, так как чувственный обман случается редко, так как свидетельство чувств оправдывается ежеминутно на деле, то мы привыкли верить ему безусловно, больше, нежели какому бы то ни было иному источнику познания, полагаться на него, действовать сообразно с ним и называть добытое этим путем убеждение *очевидностью* (*évidence*) по преимуществу.

Кроме этого деления опыта на внутреннее самосознание и чувственное ощущение, есть еще и другое деление. Этот источник может быть подразделен на а) *опыт непосредственный* самого изыскателя и б) *опыт посредственный*, или *предание*, иными словами, усвоение себе изыскателем убеждений других лиц, добытых одним из двух предыдущих способов, т.е. внутренним самосозерцанием или чувственным наблюдением. Объем явлений, наблюдаемых каждым из нас отдельно взятым, столь ограничен и мал, что наши знания были бы ничтожны, если бы мы не верили тому, что передают нам другие, если бы мы не черпали полными руками в этом богатом источнике предания. Вся история ничто иное, как предание. Преданию порою мы готовы давать предпочтение перед выводами нашего разума и перед свидетельством наших чувств. Предание еще в большей степени нуждается в критике, нежели чувственный непосредственный опыт, потому что истина, передаваемая преданием, искажается часто, проходя сквозь призму чужого убеждения, и окрашивается свойственным этой призме цветом. Передающий свои личные впечатления очевидец может или сам ошибиться и совершить это наблюдение неточно, или умышленно его изменить, выдумать, изукрасить. Шансы ошибки удваиваются, когда истина пройдет сквозь две такие среды, учетверяются, когда через четыре, и т.д.; наконец, из двадцатых уст слышится безобразный миф, уродливое сказание, в котором бесконечно малая доля правды исчезает почти совершенно в растворе обмана, выдумок и лжи.

2) Второй источник познания — *разум*. Огромное большинство наших познаний проистекает из этого источника. Ум наш действует в двояком направлении: а) путем анализа, логического *вывода* (*deductio*), переходя от общего к частному, ум наш из достоверно известного положения извлекает все необходимые, содержащиеся в нем последствия, из известной причины определяет все неизвестные еще ее результаты; б) путем синтеза, *наведения* (*inductio*), обобщения ум наш переходит от известной частности к неизвестному еще общему закону, от известных последствий к неизвестной еще вероятной их причине, угадывает факт, который нет

возможности проверить опытом непосредственным по связи его с другими фактами достоверными, которые только посредством этого предположения могут быть объяснены. Метод *аналитический* торжествует в математике, в науках отвлеченных, в законоведении, где нужно иногда по всему организму данного законодательства провести известное разумное начало и применить его ко всем случайностям жизни практической. *Наведение* преобладает в науках естественных, в истории. Ему мы одолжены самыми блистательными открытиями. Посредством него Ньютон по падению яблока открыл закон тяготения миров, Кювье создал палеонтологию, Нибур восстановил по отрывочным обломкам быт Древнего Рима. Все науки общественные и политические основаны на наведении, построены на гипотезе, превратившейся в непреложное убеждение о том, что общество своего рода организм. Вся философия истории держится на предположении бесконечной усовершенваемости рода человеческого, которое все-таки гипотеза, догадка, потому что из наблюдений, делаемых над прошедшим, относительно постепенного совершенствования рода человеческого, еще никак нельзя с математическою очевидностью доказать неминуемость прогресса в будущем.

Все исчисленные мною источники или пути познания вродены уму, суть различные виды одной и той же познавательной способности. Ни один из них не имеет пред другими преимуществ. У каждого человека и у каждого народа они в различной степени развиты. Иной одарен способностью необыкновенно тонкого анализа внутренних явлений души; другой отличается удивительным совершенством чувственных органов и восприимчивостью чувственных впечатлений; иной замечателен крепкою приверженностью к преданию; наконец, у иных сила соображения столь могущественна, что доходит до ясновидения, что по ничтожному признаку, никем не подмеченному, они способны угадать, восстановить целое, недоступное опыту явление. Так как уголовное судопроизводство занимается не явлениями внутри души следователя, но событиями, совершившимися в мире внешнем, то очевидно, что оно не употребляет способа *внутреннего самосозерцания*. Равным образом не употребителен в нем логический *анализ*, вывод частных, заключающихся в известном общем положении. Вся деятельность судьи главным образом направлена к тому, чтобы из частных следов, из последствий восстановить вероятную их причину. За устранением этих двух способов познания для уголовного судопроизводства остаются три остальные, а именно: 1) *чувственный опыт*, 2) *предание*, или восприятие чужих убеждений, и 3) *наведение*, или умственное проникание в исследуемый предмет

через указывающие на него обстоятельства. Под эти три статьи подходят всевозможные уголовные доказательства. Эти доказательства могут быть установлены в следующем порядке:

Первый способ познания – *чувственный опыт*, совмещает в себе: I. *личный осмотр* судьей следов преступления и II. дополнение этого осмотра: *суждение экспертов*, разбор и решение знатоками таких вопросов, которые требуют особых технических познаний.

Ко второму способу познания – *преданию* принадлежат: III. *собственное признание* обвиняемого; IV. *показания свидетелей*, подразделяющиеся на весьма разнообразные виды. К числу таких видов принадлежат: *оговор*, т.е. обвинение лицом, уличенным в преступлении, других его соучастников в том же преступлении; *повальный обыск* или свидетельство оковых жителей, соседей; *показание истца* и т.д.; V. *письменные документы*. Письменный документ содержит большею частью или собственное сознание обвиняемого, или свидетельское показание материализованное, отверженное, облеченное в форму, которая способна передавать на будущие времена без искажения результаты убеждения писавших; VI. *очистительная присяга подсудимого*.

Наконец третий способ познания – *наведение*, умственное проникание в предмет посредством указующих обстоятельств, заключает в себе: VII. многообразный и многочисленный класс всевозможных *улик*.

Я рассмотрел виды судебных доказательств. Каждое из них влияет на наше сознание, но влияет различно, имеет различную убеждающую силу. Иные доказательства сообщают нашему сознанию движение только колебательное, рождают только сомнение, предположение, догадку о существовании известного факта, но не исключают возможности доказанного противного. Такое состояние колебания нашего сознания, в котором оно, склоняясь в пользу одного предположения, готово и отрицать его, называется *подозрением*, а само предположение, обставленное породившими его данными, *вероятностью*. Вероятность эта допускает бесчисленное множество степеней, оттенков. Другие доказательства производят полную, решительную уверенность в действительности известного факта. Это состояние полной, сознательной уверенности есть *убеждение*, а убеждающее свойство свидетельствующих о нем данных есть *достоверность* факта. Вся задача судопроизводства и состоит в том, чтобы достигнуть этого результата, чтобы дойти до положительного или отрицательного убеждения в виновности подсудимого. Из несовершенств нашего наблюдательного снаряда, из недостаточности наших органов познавательных следует, что эта достоверность, которой человек добивается из всех

своих сил, не может быть безусловная, а только относительная. Нас обольщают не раз наши чувства; ум наш близорукий, ограниченный и помышлять о том не может, чтобы объять всю истину, совместить в себе необъятное, беспредельное. В науке мы обращаем большую часть времени на расчистку почвы от развалин опрокинутых теорий. Наша достоверность только гадательная. Наше искусство состоит только в том, чтобы из многих зол выбрать меньшее, из многих ошибочных путей, ведущих к открытию истины, избрать относительно вернейший, относительно меньше уклоняющийся от истины, представляющий меньше шансов заблуждениям. Каждый век, каждый народ в различные периоды своего возраста пытаются решить по-своему эту многотрудную задачу, давая по мере своих сил, по мере своего разума иной строй системе доказательств, выдвигая некоторые из них на первый план, оставляя другие в тени. Система судебных доказательств данной эпохи есть вернейший масштаб умственного развития народа в данный момент, признак его младенчества и немощи или его возмужалости и зрелости в деле исследования важнейшего вида правды, правды юридической. История судебных доказательств есть история народного ума. Обратимся же теперь к этой истории и поищем в ней ключ для уразумения настоящего, для объяснения ныне существующей в нашем законодательстве системы уголовных доказательств.

Нам тем легче сделать этот исторический очерк, что в небогатой русской юридической литературе многие специальные монографии посвящены вопросу о доказательствах. Я преимущественно буду ссылаться на последний из ученых трудов, на превосходное сочинение Г. Дмитриева «История судебных инстанций».

Общая черта всякого первобытного общества заключается в неспособности отвлекать, умозаключать, мыслить, путем критического мышления доходить до убеждения в достоверности какой-либо истины: отличительный, кроме того, признак древнеславянского родового быта есть совершенная неопределенность юридических отношений и слабость общественной связи. Мелким общинным союзам, образовавшимся из разросшихся и разветвившихся родов, недоставало внутреннего цемента. Они распадутся от внутренних распрей и усобиц; они держались только добровольным подчинением общине отдельных членов, но каждая личность пользовалась полной свободой выйти из подчинения общине, обособиться. При таком состоянии общества естественным способом решения споров являлась частная война, самоуправство; когда же стороны прибегали к суду общины, то этот суд имел

значение только третейского разбирательства, простого посредничества в судебной борьбе между двумя сторонами. Община относится к сторонам пассивно. Она не управляет ходом процесса, не вмешивается в судоговорение. Обычай не определял, которая сторона должна вести доказательство, не отдавал ни одной из сторон преимущества в этом отношении, да и представление каждой из сторон ее доказательств обуславливалось принятием их, согласием на них, неотклонением их противоположной стороной. Отсюда совершенная условность доказательств в древнерусском процессе. Ни одно из них не обладало полной убеждающей силой. Наконец, даже и по допущении стороной известного доказательства, когда оно оказывалось для этой стороны неблагоприятным, эта сторона могла, как увидим вскоре, отвергнуть его, прибегая к другому суду, к суду Божию, поединку, присяге, жребию. Этот посреднический, третейский характер суда сохранился и после пришествия варягов, в течение всего удельного периода. Княжеский наместник, волостель, посельский, тиун заботятся только о судебных продажах, пошлинах, доходах с суда. По выражению древних грамот, каждый из них *идет* за истцом или ответчиком, *своего прибытка смотрит*. Он не влияет на самый ход процесса; судебным разбирательством занимаются по старому обычаю *судные мужи, лучшие люди*, преобразившиеся в XVI веке в целовальников, в которых нельзя не видеть остатка древнего общинного вечевого суда.

Каким же образом, посредством каких приемов преступник изобличаем был в вине? (Само собою разумеется, что в то время не было еще особого уголовного судопроизводства и дела о преступлениях решались точно так же, как и всякие споры гражданские.)

Когда дело касалось события, которое было общеизвестно, которое случилось перед глазами самого суда, всего мира, то, вероятно, никаких доказательств и не требовалось. Тут была очевидность, исключавшая возможность всякого опровержения. Точно такое же убеждение производили, кажется, некоторые вещественные доказательства преступления, например раны, знаменья (статья Русской правды *о муже крове*). Найденное у кого-нибудь поличное рождало такое подозрение в татьбе в отношении к лицу, у которого это поличное было опознано, что оно не иначе могло очистить себя, как *сводом*, т.е. указанием на того, от кого оно его получило. Из дел уголовных весьма немногие совершаются публично; в весьма немногих вещественные следы уже прямо указывают на виновника, так что в большей части случаев достоверность вины и решение дела обуславливались собственным признанием обвиняемого. Признание было то же, что согласие ответчика удовлетворить иск, суррогатом судебного решения, самоосуждением

обвиняемого, превращающим спорное дело в бесспорное. Оно могло быть явное или подразумеваемое, последнее — в случае отказа ответчика от крестного целования или неявки его в суд. Но предположим, что это добровольное признание не последовало, что, заметим, должно было случаться несравненно чаще признания. Тогда надобно было прибегнуть к другим лицам, знающим предмет спора, к *послухам* — свидетелям. Каждая сторона ставила своих свидетелей. Здесь именно и обнаруживается огромная разница между тогдашним обществом и нынешним. Ныне государство само вызывает к ответу свидетелей, оно требует от них ответа как повинности; оно полагается на этот ответ; оно верит добросовестности и правдивости свидетелей, коль скоро нет особых причин предполагать, что они могут покривить душою. Но в то время преследование преступника было дело совершенно частное и суд к личности свидетелей не питал никакого доверия. Являясь по ссылке сторон, они считались участниками дела, людьми, принадлежащими к одной из двух борющихся партий, состоящими с одною из сторон в стачке, в заговоре. Сила их показаний зависела от сторон, против которых они были представляемы. При ссылке одной стороны на известные доказательства, например на послухов, судья обыкновенно спрашивал другую сторону, шлется ли она на этих же послухов, т.е. допускает ли их к свидетельству.

Наконец, и по допущении послухов к свидетельству от сторон зависело согласиться с их показаниями или опровергать эти показания. Это согласие могло быть дано до вызова свидетеля, т.е., ссылаясь на свидетеля, сторона могла прямо поставить исход дела в зависимость от показания этого свидетеля, обещать, что она подчинится тому, что окажется из слов свидетеля. Это называлось *ссылкою с виноватого*. Если обе стороны ссылались на одного и того же свидетеля, то это называлось *общеею ссылкой*. В обоих этих случаях показания свидетелей приобретают безусловную силу, но только потому, что стороны наперед отказались оспаривать их. Во всех остальных случаях сторона, даже и допустив послуха к свидетельству, могла уничтожить силу его показания, прибегая к средству последнему, крайнему, которое собственно судебным доказательством названо быть не может, а есть не что иное, как особенная форма суда — к суду Божию, поединку, полю. Большая часть исков приходила к этому исходу; большая часть спорщиков досуждалась до поля.

Везде, у всех народов, ордадь, или суд Божий, есть признак ребяческой немощи умственной. Не надеясь дойти до истины путем естественным мышления, человек ищет ее вне себя, в мире

внешнем, посредством гадания, заклинаний, вопрошания демонических сил природы, тех бесчисленных духов, которыми полны земля, и воздух, и все стихии. Чистые суды Божии — испытания водою и железом исчезают рано в России; народный обычай выбрал из судов Божиих ту именно ордадь, которая всего более соответствовала неугомонной удали, склонности к расправе кулаком, к самоуправству — поле. Судебный поединок был не что иное, как старинный, доисторический бой кулачный, возведенный в значение Божия приговора. Религиозную его сторону составляло *крестное целование*, которое совершали перед поединком оба польщика. К поединку прибегали обе стороны. Истец мог, минуя все другие доказательства, требовать поля — то же и ответчик. Ответчики говорят в одной правой грамоте 1510 года: «...ведомо то, господине, людям добрым, волостным, а на них ся не шлем, а дайте нам Божию правду, целовав крест животворящий, да лезем на поле биться». Но всего чаще бой происходил между одною стороною и послухами другой стороны или между послухами одной и другой стороны. Законодательство старалось только уравновесить шансы боя, дозволяя слабым, немощным, женщинам, попам ставить вместо себя наймитов. Поединок держался необыкновенно долго в законодательстве. Он исчезает после Иоанна Грозного, в самом конце XVI века; он был искоренен совокупным действием законодательной власти светской и церкви, которая не могла терпеть его равнодушно, потому что ей вообще противны были убийство, насилие, свирепый бой дубинами и ослопами, что из двух присягающих польщиков очевидно один был не прав и, следовательно, совершал клятвopеcтyпленне, и то часто не тот, который оставался побитым; наконец потому, что польщики прибегали часто к волшебству, чарованиям. Поединок выведен был наконец из употребления, а на место его поставлена просто присяга (крестное целование, вера), та же ордадь, но только в смягченном виде, основанная на убеждении, что Бог, которого имя призывал клянущийся, покарает лжеприсяжника. Вопрос о том, которая из сторон ближе к присяге, т.е. должна быть допущена к присяге преимущественно перед другою, решаем был посредством того же случая, в котором народ видел руку Божию, — метанием *жребия*. Такова была постепенность доказательств в древней форме процесса, которая до последних времен московского периода русской истории носила техническое название суда.

Между тем складывался постепенно новый порядок вещей, порядок государственный, которого средоточием являются цари московские. Этот порядок был прямым контрастом, обратной стороной первобытной славянской рассыпчатости,

необщительности. Он был отрицанием всякого личного произвола, взятием всех личностей в тиски крепкого государственного строя, безусловным подчинением их государственной власти. Между кровною мстью и окупами, с одной стороны, и Соборным уложением, которое считает преследование преступлений делом царским и земским, или Кошихиным, который говорит: «...а не будет в смертном деле челобитчика, а таким делам бывает истец сам Царь», – целая пропасть; это две крайние точки пройденного обществом пути. Этот переворот отразился в области судопроизводства в том, что для дел собственно уголовных, или так называемых *губных*, в которых государство считало себя непосредственно заинтересованным, возникла система судопроизводства чисто инквизиционная, которая в противоположность с прежним чисто обвинительным судом носит название *розыска, сыска*. В суде судья был пассивным посредником между сторонами: перед ним боролись две стороны до тех пор, пока одна из них не уступала или пока они не досудились до поля или до крестного целования. В сыске судья – непосредственный орган центральной власти, сам собственным своим начинанием добивается раскрытия истины материальной; он должен *выскать допряма*, он подвергает обвиняемого расспросу, он сводит обвиняемого на очные ставки с обвинителем, заставляет их уличать друг друга. Суд обращал внимание только на объективную сторону преступления, на материальное правонарушение. В розыске государство, поставив себе в обязанность водворение безопасности, порядка, правосудия, предупреждение преступлений в самом их зародыше – злой воле, озадачено преимущественно субъективной стороною преступления, отысканием и истреблением воров, разбойников, всяких ведомых лихих людей, т.е. злонамеренных, наклонных к злодеяниям, занимающихся преступлениями в виде ремесла. Но как отыскать лихих людей? Как их обнаружить? Верховная власть для достижения этой цели прибегла к двум средствам: к *повальному обыску* и к *пытке*. Повальный обыск есть свидетельство целой общины, мира. Его мы встречаем в средневековой Германии. Оно является и в Англии под названием *jurata*. Из него в этой стране и выросло знаменитое учреждение присяжных. Между большою или обвинительною *джюри* и нашим повальным обыском есть поразительные черты сходства, которые заслуживали бы самого тщательного изучения и разбора. Община существовала искони, но повальный обыск появляется поздно, а именно в момент, когда эта община превращается в административную, когда она пропитывается государственным элементом, когда центральная власть пытается обратить

ее в орган действия. Известно, что общины приобретают такое значение с Иоанна IV Грозного, с учреждения этим государем земского и губного управления посредством старост и целовальников. В начале XVII столетия община опять мертвеет, теряет большую часть предметов своего ведомства потому, что между нею и центральной властью образовался новый посредствующий сустав в организме государственном – воеводское управление, которое притянуло к себе, так сказать, все жизненные соки. Повальный обыск разделяет судьбу общины. Он появляется вместе с административною общиною; он и перестает пользоваться прежним доверием с заменою администрации общинной воеводским управлением. Повальный обыск есть повинность, которую государство в видах благоустройства возложило на общины: выдавать государству на казнь всех ведомых лихих людей, злодеев. Повальный обыск существенно отличается и от старинного послушества, и от нынешнего уголовного свидетельства под присягою; он был переходною ступенью от одного к другому.

Принятие свидетельского показания в полное доказательство даже и при запирательстве обвиняемого обусловливается возможностью поверить критически это свидетельское показание и отличить достоверное показание от недостоверного, иными словами, устранить от свидетельствования все те лица, которые имеют какой-нибудь, хотя отдаленный интерес в исходе дела, следовательно, в искажении истины, и положиться только на тех, которые по всему вероятно расположены сказать правду. Подобная проверка предполагает такую степень умственного развития, которой еще не достигли в то время ни судьи, ни законодатель. Отвлекать, мыслить, умозаключать они еще не умели. Они только верили очевидности или собственному признанию обвиняемого. Но община, где жил подсудимый, его соседи, люди одного с ним сословия, могли, однако же, знать об его характере, об образе его действий, о роде его занятий, о его поступках, получивших огласку, хороших или худых, хотя бы никто из них не был лично очевидцем этих поступков. Государство только и добивалось от них удостоверения, добрый ли человек обвиняемый или лихой. Против возможных ошибок оно старалось заручиться многочисленностью привлекаемых к обыску людей и страшными наказаниями, постигавшими их за утайку истины. Обыск шел на все четыре стороны версты по две, и по три, и по шести, и больше; допрашивалось сряду, а где по выбору, человек двадцать, пятьдесят, сто; запрещалось принимать показания от семей и заговоров, а за солгание или утайку ведомых лихих людей пятый или шестой из обыскных подвергался сечению кнутом.

Впрочем, как бы тщательно ни был производим обыск и как бы правдивы ни были показания обыскных, этому обыску чего-то недоставало. Обыск был голос народной молвы, молва же по своему существу неопределенна; она может только указать на неблагонамеренность человека, она может установить только общее подозрение, простую вероятность вины. Как бы ни было общество грубо и неразвито, все-таки чувство врожденной справедливости будет в нем вооружаться против казни по одному лишь подозрению; совесть будет протестовать против осуждения по одной лишь догадке. Надлежало дополнить этот пробел в достоверности вины. До полной достоверности недоставало собственного признания обвиняемого; надлежало добыть это признание во что бы то ни стало. Тогдашнее законодательство, неразборчивое в средствах и не умевшее никак доискаться истины, минуя собственное признание, для получения этого признания употребило телесные истязания – пытку. Облихованного поднимали на висок, секли кнутом, жарили угольями, рвали клещами до тех пор, пока он не сознавался в вине.

Весь этот розыскной процесс был весьма незатейлив и прост. Следствие начиналось поимкою кого-нибудь в разбое или с поличным, оговором или повальным обыском. Привели кого-нибудь с поличным – тотчас судья делал о нем повальный обыск, а назвали его при обыске лихим человеком – тотчас судья подвергал его пытке; повинился он с пытки – его и казнили; не повинился – его ввергали в тюрьму до смерти. Если он с пытки оговаривал других в соучастии (такой оговор назывался *язычною молвою*), то оговоренного ставили с очей на очи с языком и о поведении его делали повальный обыск. Если на обыске он был облихован, то и его пытали. Наконец, следствие могло быть начато прямо с обыска, производимого правительственным начинанием с полицейскою целью. От времени до времени губный староста или воевода, созвав уездных жителей, допрашивал, кто у них лихие люди, и если они указывали на кого-нибудь, даже не обвиняя его в известном преступлении, его брали тотчас и подвергали пытке. Вскоре этот порядок подвергся еще большему упрощению. Вскоре оказалось, что, несмотря на все угрозы закона, повальный обыск испортился, опошлел, перестал пользоваться доверием. Повинность эта исполнялась недобросовестно, стороны задабривали обыскных угощениями и подарками; государству недоставало средств карать обыскных за недобросовестность, которая сделалась обыденною. Дошло до того, что Посошков писал: «А что в проклятых повальных обысках то сам сатана сидит, а Божией правды ни следа нет; всех свидетелей пищут заочно, а и попы и дьяконы не видят тех

людей, на коих кто послался; на словах, не слыша, к обыскам руки прикладывают». Тогда законодательство отодвинуло обыск на второй план. Вместо того, чтобы начинать обыском и кончать пыткой, судья и начинал и кончал пыткой. Достаточно сравнить Судебники с Уложением Соборным, чтобы убедиться, какие успехи сделала пытка. Приведенного с поличным, оподозренного язычною молвою прямо уже пытаются, не делая повального обыска. Не сознавшегося с пытки не держат уже в тюрьме до смерти, а только до царского указа. Истцы и ответчики даже в делах гражданских шлются, по живописному выражению тогдашних челобитен, прямо «на кожу» противников, просят, чтобы велено было противную сторону «кровью пытать». Начавшись с дел губных (разбоя, душегубства, татьбы с поличным), розыск распространен был впоследствии на все те дела спорные, в которых государство имело какой-нибудь интерес; если не все, то по крайней мере некоторые розыскные средства: расспрос, очные ставки, обыск и даже пытка – употребляемы были в делах поместных и вотчинных, холопских, в делах об обмане, подлоге, насилии, по жалобам на судей в лихоимстве. Так как все отношения, даже частные, имеют связь с государством, то по мере того, как они пропитывались государственным характером, розыск стал применяться к ним и подкопал таким образом в самом основании старинную обвинительную форму *суда*.

Перехожу ко временам Петра Великого. Когда Петр Великий появился, старинный суд был уже настоящим анахронизмом. Его главное доказательство – присяга – вело в большей части случаев к клятвopреступлению; его тяжелые формальности и обряды были притоном для нескончаемых ябед. С другой стороны, розыск, предающий человека в жертву государственным целям, был грубым полицейским произволом. Нигде, ни в суде, ни в розыске, нельзя было найти правды. Общество томилось, страдало, но не могло доискаться корня зла. Водворить правду в суде – такова была великая задача, которую пытался разрешить Петр Великий, как ее пытается решить и настоящий век. Он и решил ее как мог, пересадив на русскую почву целую систему законных искусственных доказательств, которая должна была ограничить произвол судей и сделать судопроизводство справедливее. В Западной Европе он нашел процесс инквизиционный – один из тех боевых снарядов, посредством которых западный монархизм поборол феодальную анархию. На выработку этого процесса слагались целые века неутомимой работы. Тут есть и доля римского права времен дряхлеющей империи, и весьма многое из права канонического, и масса случайных средневековых наростов. Весь этот процесс направлен к тому, чтобы дойти

до полнейшего раскрытия истины материальной. Весь он основан на отвлеченной теории вероятностей, на вере в безошибочность объективных правил, выведенных разумом из долговременного опыта и основанных на глубоком знании свойств человеческого ума и сердца, на вере в возможность разрешить посредством их всевозможные случаи жизни практической. Отличительный характер этой системы заключается в том, что закон ничего решительно не предоставляет произволу судьи, но определяет а priori, какую силу должно иметь каждое доказательство, так что судье оставалось только механически взвешивать эти доказательства объективно, законом данною меркою и быть простым орудием и исполнителем закона, не принимая ничего на свою совесть. Если против подсудимого были налицо данные, которые закон считает несомненными признаками вины, то судья должен был присудить его к наказанию; если нет, то освободить. Притом инквизиционное судопроизводство должно было иметь в глазах Петра Великого одно весьма важное преимущество: оно допускало пытку, без которой тогдашняя Россия не могла обойтись. Из западноевропейских законодательств Петр обратился к немецкому, к практике судебной саксонской (*die Sächsischen Rechte*), о которой так часто упоминается в Воинском Уставе; в 1716 г. 30 марта издан был *Воинский Устав*, в который вошло *краткое изображение процессов, или судебных тяжб*. Этот кодекс, которого настоящий текст немецкий, но который для большинства судей был доступен только в своем местами лишенном смысла русском переводе, велено было применять и в судах обыкновенных гражданских. Он, с немногими исключениями, составляет основу ныне действующего законодательства. Существенные черты его системы доказательств заключались в следующем.

Петр старается ограничить пытку, поставить ее на задний план, допускает ее только при недостатке иных доказательств. Доказательствами считаются: 1) собственное добровольное признание; когда оно дано, то преступник без пытки прямо приговаривается к наказанию; 2) если преступник не сознался, то он может быть изобличен другим полным доказательством, имеющим безусловную силу, — свидетелями. Свидетелей должно быть по крайней мере два, они должны быть достоверные; немецкая наука помогла законодателю решить вопрос о том, какие свидетели должны считаться достоверными, устраняя от свидетельствования целые разряды лиц, которые или по своему характеру, или по прикосновенности к делу должны были считаться подозрительными. Свидетели эти существенно отличаются

и от древних послухов, и от повального обыска; от послухов тем, что, свидетельствуя, они отправляют государственную должность (*das Amt des Zeugen ein öffentliches Amt ist*, говорит Воинский Устав); от повального обыска тем, что они очевидцы и что воспрещено не очевидцу свидетельствовать по молве, по слуху; 3) за свидетелями следуют все полудоказательства и все улики, которые навлекают подозрение на обвиняемого. Тут опять уголовная немецкая криминалистика помогла законодателю формулировать в виде примеров главные виды улик; как бы много их ни было, все улики, в совокупности взятые, не могут составить полного доказательства, но они важны тем, что наличностью их обуславливалось употребление двух последних, самых крайних средств судебных: а) в делах гражданских – очистительной присяги; б) в делах уголовных – пытки (впрочем, в законодательстве петровском дела гражданские не отделены строго от уголовных и отношение присяги к пытке не совсем ясно). Пытка допускалась только при наличии следующих трех обстоятельств: а) когда самое преступление несомненно; б) когда против подсудимого есть сильные улики или полудоказательства и в) когда подсудимый не сознается в преступлении.

Вся эта искусная и в свое время весьма полезная система доказательств направлена к стеснению произвола судей, к ограничению злоупотребления пыткой, но именно потому она предполагает пытку; пытка ее главный нерв, без пытки она немыслима.

Между тем в Европе происходили события, которые сильно подкопали инквизиционный процесс, уголовную систему устрашения и веру в целесообразность пытки. Пылая святым негодованием к средневековым учреждениям, философия XVIII века высоко поднимала свое знамя, на котором написано было: личность. Семена европейской мысли западали и на русскую почву. Елизавета отменяет смертную казнь, Екатерина II пишет свой Наказ, наконец, Александр I указом 27 сентября 1801 г. отменяет совершенно и окончательно пытку. С отменой пытки вся система уголовных доказательств пошатнулась. После падения главного столба, поддерживавшего эту систему, остались только два другие, далеко не столь благонадежные: свидетельские показания и улики; собственное же признание, не вынуждаемое пыткой, сделалось редким исключением. Образовавшиеся от этой перемены пробелы в законодательстве были пополняемы, но без радикальных преобразований самой системы доказательств. Обзору этой системы доказательств в настоящем виде намерен я посвятить следующую, ближайшую нашу беседу.

Лекция вторая

(4 октября 1860 г.)

М.м.г.г! В прошедший раз, когда я имел честь беседовать с вами, я старался представить исторический ход развития системы доказательств в праве русском. Этот очерк был необходимым введением к главному предмету моих чтений, к предмету, которым я намерен заняться сегодня, а именно к теории доказательств по своду законов.

Теория доказательств по своду законов имеет одно великое достоинство: между судьей и подсудимым она ставит закон, так что подсудимый не зависит от произвола судьи, от его личного, безотчетного впечатления. Но прямо от закона. Закон говорит (ст. 304 ч. 2 XV т. св. зак.): «никто не может быть присужден к наказанию без точных доказательств или явных улик в преступлении». Закон сам определил эти доказательства для руководства судьям. Он их подразделяет на совершенные и несовершенные. Наличие совершенных доказательств равняется достоверности вины; наличие несовершенных навлекает только подозрение на подсудимого. На выработку этого великого начала зависимости подсудимого прямо от закона трудилось много веков и несколько цивилизаций. Оно – звено, связующее Россию с Европою. Вдали за нами осталась Азия, страна бессознательного бытия, страна безусловной зависимости человека от человека, с ее судом по прихоти личной, о котором нельзя сказать, справедлив ли он или несправедлив, потому что сущность его составляет отсутствие логических оснований в приговоре. Азиатское правосудие то же, что ветер, что волна, что стихийные силы, движущие веществом: движение есть, но из него не выходит ничего органического. Правда в этом суде – счастливая случайность. Лучше иметь дело в самом низшем из наших судилищ, нежели у умнейшего из восточных кади.

Теория доказательств по своду законов имеет один весьма важный недостаток: она не репрессивна. От нее ускользают искусные и опытные злодеи. Я не говорю здесь об исключениях – может быть, и у нас некоторые судьи, отступая от предписаний закона, присуждают к наказаниям по одним полудоказательствам или подозрениям. Я беру большинство наших судилищ и, предполагая, что они замещены людьми честными, законниками, строго соблюдающими все предписания свода, утверждаю, что при нынешней системе доказательств освобождение от наказания встречается гораздо чаще, нежели присуждение к наказанию. Законодательство, начиная с Петра Великого, до того заботилось о предотвращении

всяких ко вреду подсудимых промахов и ошибок судейских установлением разных более и более сложных форм и обрядов, до того старалось ограничить всякий произвол судей, что судьи не имеют ныне необходимой в круге их действия самостоятельности. «Лучше есть десять винных освободить, нежели одного невинного к смерти приговорить», сказано в Воинском Уставе 1716 года (ч. II гл. V § 9). Ту же мысль, но обще повторяет свод законов (311-я ст. II ч. XV т.), применяя ее ко всем вообще наказаниям. Так постановленный вопрос не допускает, конечно, отрицания. Конечно, лучше освободить 10 и 100 виновных, нежели осудить одного невинного, но если законодательство, нисколько не уменьшая гарантий судебных, которыми пользуется невинность, уменьшит только шансы безнаказанности настоящих злодеев, то нельзя не желать, чтобы оно изменило в этом направлении свою систему. Если теперь, положим, на каждый десяток обвиненных 2 освобождаются от наказания, потому что они невинны, 5 потому что хотя вина их несомненна, но нет против них законных доказательств, а 3 только приговариваются к наказанию, то нельзя не желать, чтобы законодательство таким образом устроило судопроизводство, чтобы 7 или 8 преступников были наказываемы, а 2 или 3 невинных освобождались по-прежнему от наказания. Ничто так не способствует к сохранению правосостояния, как неизбежность наказания, хотя бы самого умеренного. Она прямее или вернее ведет к цели, она лучше защищает общественный порядок, нежели жестокие казни.

Разберем теорию доказательств свода законов по частям. Она вся составлена из нескольких различных по времени происхождения, наложенных одна на другую систем. Начнем раскапывать эти напластования. Внизу, в пласту древнейшем, который можем назвать домосковским, мы найдем две окаменелости: *общую ссылку и очистительную присягу*.

Общая ссылка истца и ответчика на одного и того же свидетеля имеет то последствие (ст. 330), что сообщает полную, совершенную достоверность рассказу свидетеля, между тем как без общей ссылки для удостоверения факта необходимы два по крайней мере свидетельские показания. *Общая ссылка* есть очевидно учреждение частного права, занесенное неизвестно почему на почву уголовного права. Я понимаю, что в процессе гражданском, в котором *facta dant leges contrahentibus*, в котором должен быть дан сторонам самый широкий простор договариваться, соглашаться, взаимными соглашениями и уступками давать то или другое направление ходу дела, *общая ссылка* уместна и сообразна с целью правосудия. *Общий свидетель* есть нечто в роде присяжного третчика,

решающего окончательно известный спорный фактический вопрос и решающий его неопровержимо, потому что, положившись на его совесть, стороны тем самым отказались от права оспаривать его решение. Но в уголовном праве положение сторон иное. Настоящий истец не тот жалобщик, который известил правосудие о преступлении, а само государство, собственным своим начинанием преследующее преступника; государство же не может входить с ответчиком в какие бы то ни было соглашения относительно свидетелей: оно ищет полнейшего раскрытия правды материальной. То обстоятельство, что на свидетеля сослался ответчик, должно скорее заподозрить правдивость свидетеля, нежели усугубить силу его слов, ссылка же жалобщика на того же свидетеля есть обстоятельство случайное, которому бы не следовало давать никакого влияния на исход дела. Если и можно защищать применяемость общей ссылки в процессе уголовном, то только в отношении к тем немногим преступлениям уголовно-частным, в которых дозволено жалобщику мириться с ответчиком и прекращать дело посредством мировой.

Очистительная присяга есть старинная *рота, вефа, крестное целование*, значительно измененное в своем значении законодательством Петра Великого. Древнерусский обвинительный процесс знал только собственно гражданскую присягу, добровольную, договорную. При всеобщем недоверии, которому в XVII столетии подвергся этот процесс и в особенности главная его форма – присяга, она бы была, вероятно, совсем исключена из ряда доказательств, тем более что свободное, договорное начало имеет весьма мало простора в уголовном судопроизводстве, в котором истец – само государство. Но Петр Великий в своем Военском Уставе 1716 года подложил под присягу совершенно новое основание. Он усвоил себе взгляд Карпцова и других немецких криминалистов-практиков, которые употребляли ее в виде нравственной пытки в отношении к подсудимым, опозоренным такими данными, которые, однако, недостаточны для избличения их в вине. Присяга предлагаема была им как средство очиститься от подозрения.

Немецкие криминалисты выходили из того предположения, что преступник, поставленный в необходимость или сознаться в преступлении, или сделать ложную клятву и обречь себя тем на муку вечную, предпочтет первое второму, если в нем есть какая-нибудь боязнь Бога и Страшного суда. Но даже и в этом виде нельзя одобрить присяги подсудимого в смысле процессуального средства, так как она тогда только оказывается действительною, когда не употребляется, т.е. когда подсудимый откажется

от присяги. По законодательству Петра Великого отклонение подсудимым предложенной ему очистительной присяги было равносильно признанию в вине и влекло за собою наказание. Составители свода законов смягчили последствия отказа от присяги и тем умалили его значение до простой только улики. Отказавшийся от присяги оставляется только в подозрении, т.е. точно в таком же положении, в каком он был до отказа от присяги. Законодательство до того не доверяет этому средству, что говорит: «...если суд увидит, что подсудимый намерен учинить преступление клятвы, тогда дело предать воле Божией и положиться в том весьма на Бога, пока дело само собою объявится». (Воинск. Устав 1716 г., часть 3, глава V, § 10; св. зак. ст. 347, 2 ч. XV т.) Таким образом, употребление очистительной присяги представлено еще Петром дискрециональной власти судей, личному их благоусмотрению. Но личное благоусмотрение судьи вообще не в духе нашей практики, придерживающейся буквы закона. От этого очистительная присяга исчезла, она не употребляется. Можно положительно сказать, что хотя она и упоминается в своде законов, но в действительности она вышла из обычая, как суд по форме 1723 года, как множество других учреждений; по крайней мере мне так кажется. Я никогда не слышал о назначении нашими судами по какому бы то ни было делу уголовному присяги очистительной.

Второй слой узаконений в системе доказательств свода законов можно назвать *московским*. К нему принадлежат два полудоказательства: *оговор* и *повальный обыск*.

Оговор есть остаток старинной язычной молки – обвинение преступником других его соучастников в содеянном преступлении. Во времена былые оговор имел то последствие, что оговоренного ставили с очей на очи с языком и, если он не повинился, то его пытали. Ныне оговор упал в своем значении, но все-таки закон (336-я ст.) приписывает ему силу доказательства несовершеннолетнего, что явно противоречит 1-му пункту 334-й ст., по которому показание свидетеля, допрошенного не под присягою, не имеет вовсе силы доказательства, следовательно, по точному смыслу закона оно даже не улика.

Повальный обыск нынешний есть только тень того грозного обыска, на котором построен был старинный розыск губный и посредством которого правительство московское отделяло плевелы от пшеницы, ведомых лихих людей от добрых. Обойденный Петром Великим в Воинском Уставе обыск был восстановлен обычаем и практикою и доживает свой век в формах современного судопроизводства. Вперед пошли нравы, общество стало твердою ногою на юридическую почву. С развитием личности

укоренилось понятие, что благонамеренность или злонамеренность лица суть предметы сторонние для правосудия и что оно карает только за настоящее положительное нарушение закона. Повальный обыск есть допрос окольных жителей (ст. 258) на месте их жительства (ст. 261) по евангельской заповеди, т.е. под присягою (ст. 262), о происшествии, которое может быть известно всем им или многим из них, как то: о поведении подсудимого. Повальный обыск делится на *большой* и *малый*. На практике в делах уголовных употребляется один только малый обыск и то почти исключительно только для разузнания о поведении подсудимого. Большею частью по указанию самого подсудимого спрашивают человек 10 или 12 соседей или людей того же звания, того же околотка; а в городах, где при столплении разнородных элементов люди, живущие рядом, отделяющиеся друг от друга только стеною, часто не знают о своем существовании, берут человека четыре, пять, шесть. От свидетельских показаний обыск отличается тем, что подсудимый не имеет права отводить обыскных. Уже по самому существу своему показания обыскных могут иметь весьма малое влияние на установление достоверности преступления. Дурное поведение подсудимого есть только улика и то довольно слабая, довольно сомнительная, из которой опасно делать какой-либо вывод и то только о нравственной способности обвиняемого к совершению преступления, а не о действительности совершения этого преступления. Нельзя не сознаться, что англичане – мастера в искусстве устанавливать юридическую достоверность преступления. Если бы в английском процессе истец в числе других доводов сослался на свидетелей, могущих удостоверить о дурном поведении подсудимого, то судья английский не допустит подобные лица к свидетельствованию (за исключением тех случаев, когда гласность дурного поведения подсудимого или лица, участвовавшего в деле, входит в состав преступления). Закон чувствует шаткость повального обыска; вот почему он говорит (ст. 339), что обыск не есть доказательство совершенное, а принимается только в подкрепление других доказательств, а так как он не имеет ныне никакой особенной важности, то превратился в обряд, в формальность, которая исполняется следователем при окончании следствия на скорую руку, и на которую ни следователь, ни судья не обращают особого внимания.

Оставим в стороне общую ссылку и очистительную присягу, которые не употребляются, равно как и оговор и повальный обыск, которые не имеют доказательной силы. Все остальные доказательства в том виде, в каком они теперь существуют, водворены в нашем процессе Воинским Уставом Петра Великого. Распределим

их по трем источникам познания, которые суть: очевидность, предание и умозаключение.

А) *Очевидность*. На очевидности основаны два доказательства: *личный осмотр* и *суждения экспертов*.

1) *Личный осмотр* следователем или судьей видимых предметов, состоящих в связи с исследуемым преступлением, местности, где преступление совершено, тела человека убитого, отравленного, поврежденного, наконец всех так называемых вещественных доказательств, или служивших орудиями преступления, или испорченных, или добытых посредством преступления, одним словом того, что в обширном смысле называется *полным*. Результаты личного осмотра основаны на одном из самовернейших источников познания – опыте чувственном, который во многих случаях может быть многократно поверен. Но на практике 1) не во всех преступлениях возможно его применение, потому что есть многие преступления, не оставляющие после себя следов вещественных (*delicta facti transeuntis*), например обман словом, обман или мошенничество; 2) даже и в тех преступлениях, которые оставляют после себя следы вещественные (*delicta facti permanentis*), личный осмотр служит почти исключительно для раскрытия объективной лишь стороны преступления, того, что называется в процессуальном смысле *corpus delicti*, т.е. для установления достоверности факта преступления (что человек зарезан и притом зарезан другим, а не самоубийца, что женщина изнасилована, что взлом совершен). Но личный осмотр недостаточен для объяснения связи между фактом преступления и предполагаемым его виновником. Эта связь должна быть восстановлена посредством других источников: собственного признания, свидетельских показаний или цепи умозаключений, выводимых из улик.

2) *Суждения экспертов* суть только дополнение личного осмотра. Когда при исследовании факта преступления возникнут такие вопросы, которых решение требует особых технических познаний и опытности в науке, искусстве, ремесле, то суд уголовный по своей некомпетентности к решению этих вопросов прибегает к техникам, людям сведущим, требует от них мнения, заставляет присяжных ценщиков решить, какая стоимость похищенного предмета, заставляет учителей чистописания или секретарей решить, рукою ли подсудимого писан подложный акт, заставляет медиков решить, живым ли родился ребенок, которого труп отыскан, произошла ли смерть от раны и т.п. Эксперты не свидетели – они только поверщики сомнительного факта. Они не передают суду своих личных впечатлений, но сообщают свои мнения, основанные на строго логических соображениях. Наконец, между

тем как свидетели отвечают за правдивость своих показаний перед законом, эксперты отвечают за свое мнение только перед своею совестью, потому что правосудие, прибегая к авторитету искусства, тем самым обнаруживает свою некомпетентность решить известный вопрос, следовательно, оно некомпетентно также судить, правильно ли решен этот вопрос экспертами или нет. В случае сомнения насчет правильности суждения экспертов правосудие может прибегнуть к другим экспертам, более сведущим в том же деле.

В судилищах, судящих по внутреннему убеждению, отношение экспертов к судьям весьма просто: мнение экспертов для суда необязательно, суд его принимает, когда оно ему кажется убедительным. В нашем процессе не дается убеждению судьи простора, а решение технических вопросов, в особенности по части медицины, принадлежит целой системе представителей науки. От неопределенности отношений между теми и другими рождаются иногда забавные столкновения. Разбор подробный подобных столкновений слишком далеко отклонил бы меня от главной цели моей беседы. Перехожу ко второму источнику познания – преданию.

Б) *Предание*. К нему относятся три вида доказательств: письменные документы, собственное признание и свидетели.

О документах скажу лишь несколько слов. По содержанию своему документ подходит всегда под один из остальных разрядов доказательств. Он может быть рассматриваем или как доказательство вещественное (например, поддельный акт, поддельная ассигнация), или как признание подсудимого; например, переписка, захваченная у прелюбодея, с женщиною, с которою он состоял в любовной связи, или как свидетельское показание. По большей же части документ есть только улика, из которой посредством умозаключения можно прийти к догадке о виновности подсудимого. С другой стороны, все доказательства, за исключением приобщаемого обыкновенно к делу, хранимого при нем и пересылаемого вместе с ним поличного, доходят до сведения судьи в нашем письменном процессе не иначе, как через посредство писем, облеченные в форму следственных или судебных протоколов. Таким образом, поверке всякого доказательства должна предшествовать проверка того акта, той бумаги, в который скопированы, так сказать, эти доказательства. Но закон не дает никаких положительных правил для проверки и критической оценки силы актов, протоколов, документов, предоставляя их практике судебной.

В большей части случаев и письменные документы, равно как личный осмотр и суждения экспертов, не дают достаточных элементов для решения вопроса, кто виноват. Остаются еще два доказательства, самые существенные, два главнейшие устоя,

на которых держится вся система доказательств: собственное признание и показания свидетелей.

Собственное признание. Средневековые юристы называли его *drobatio liquidissima, reginaprobatum*. Они говорили: достовернейший из свидетелей – это сам сознающийся виновным (*ortimus testis confitens reus*). Оно превращает дело спорное в бесспорное. В английском процессе, когда подсудимый повинился (*pleab ed guilty*), то не нужен и вердикт присяжных – судья без них применяет уголовный закон. Взгляд средневековых немецких юристов на признание совпадал разительным образом с практикою судебною московскою. И в Германии, и в Москве судья имел вернейший способ добиться признания – пытку. Эта старинная основа отчасти и до сих пор удержалась в своде законов, в котором сказано (ст. 316): «...собственное признание подсудимого есть лучшее доказательство всего света».

Сомнения, родившиеся насчет целесообразности пытки, колебали безусловную веру и в признание, хотя бы оно было сделано не по принуждению. По уничтожении пытки центр тяжести в системе доказательств перешел с собственного признания, которое стало гораздо реже, на свидетелей. Явилась надобность обусловить собственное признание такими признаками, при наличии коих оно могло бы считаться полным доказательством вины. Таких условий три (ст. 317):

а) оно должно быть учинено добровольно, без истязаний, угроз, побоев; б) оно должно быть согласно с обстоятельствами действия, с объективною стороною преступления, так что по одному только признанию без всяких других данных подсудимый не может быть присужден к наказанию (он мог оклеветать сам себя напрасно по заблуждению или умышленно по какому-либо мотиву); в) оно должно быть судебное, а не внесудебное (внесудебное составляет только полудоказательство, если оно удостоверено свидетелями, заслуживающими вероятия). Под судом разумеется здесь и суд, и производящая следствие полиция.

Само собою разумеется, что признание, совмещающее в себе все эти условия, – явление редкое, что сколько-нибудь опытный злодей начнет с полного заперательства и запирается будет до конца. Даже и повинившийся при предварительном полицейском розыске может отозвать это признание при следствии формальном. Практика наша, развившаяся в направлении, благоприятном для подсудимых, не считает предварительного розыска полицейского действием судебным; следовательно, протокол признания, даже и подписанный подсудимым у пристава исполнительных дел, не будет иметь силы доказательной, когда

подсудимый отречется от него перед приставом следственных дел, когда он отзовется, что подписал его не читая или что к подписанию его он был принужден угрозами или насилием.

3) Остаются *свидетели* – очевидцы происшествия, которых убеждение суд себе усваивает и на основании его решит дело. Весь московский период прошел, не выдвинув на первый план доказательства посредством свидетелей. Законодательство предчувствовало, что в некоторых случаях оно могло бы и обойтись без признания подсудимого, положиться на чужую совесть, на совесть добрых сторонних людей (повальный обыск), но оно никак не могло прийти к разграничению сторонних людей от участников, достоверных людей от недостоверных и подозрительных. Тут были необходимы общие теоретические начала науки, правила, выведенные из философского исследования сердца человеческого, вероятных мотивов действий человека, источников его познания, одним словом, такие данные, которые законодательству московскому были совершенно чужды. Заслуга Петра Великого состоит именно в том, что он перенес в русское законодательство главные результаты учения немецких криминалистов о свидетелях, определил требуемые от свидетельских показаний условия, вооружил эти показания силою полного доказательства, равносильного признанию подсудимого, и таким образом открыл возможность в будущем отменения пытки, потому что на место признания, если бы оно не последовало, могли бы быть поставлены свидетельские показания.

Ясные удобопонятные определения Воинского Устава 1716 г. усвоены были русскою судебною практикою, которая стала применять их с буквальною точностью, не входя в их внутренний смысл, в их основания и причины. Практика была очевидно не способна развить, усовершенствовать, дополнить учение о свидетелях. Оно осталось до последних почти подробностей то же, как при Петре Великом. Главные черты его заключаются в следующем.

Сила свидетельских показаний обуславливается тремя обстоятельствами: а) свидетели должны быть люди, достойные доверия; б) показания их должны быть торжественные, присяжные; и в) этих показаний должно быть по крайней мере два. Рассмотрим каждое из этих условий.

Первое условие – личные качества свидетелей. Ст. 213 (2 ч. XV т.) говорит: «Всякое лицо как мужского, так и женского пола может быть допрошено как свидетель, когда оно имеет здравые физические чувства и рассудок и когда нет причины предполагать, что показание его будет неверно». Определение прекрасное, но вся трудность в его применении. В странах, где более развита судебная

практика, где процветает наука, законодатель мог бы этим определением и ограничиться, возложив его применение на судей, на их опытность и навык. Практика и определила, какие свидетели достойны вероятия, какие совсем неспособны являться в качестве свидетелей; она бы пришла, наконец, к тому результату, что между вполне способными и совершенно неспособными к свидетельствованию есть целый огромный промежуточный класс людей не то способных, не то неспособных, а подозрительных (*verdächtige Zeugen, презрительные* – как их называет Воинский Устав), которых личные свойства или близкие отношения к предмету спора хотя и возбуждают сомнение, но не исключают, однако, возможности правдивого, беспристрастного с их стороны сказания. Судья должен бы был только с двойною осторожностью критически взвесить их речи, но если содержание этих речей до малейших подробностей согласно с обстоятельствами дела и если при том нет причины предполагать, чтобы свидетель не хотел показать истину, то судья должен бы дать этому показанию веру. Но критическая оценка сомнительного доказательства и принятие или непринятие не принадлежат судье по нашей системе, в которой сам закон все предвидел, все предопределил. Немецкая теория доказательств именно потому и вводилась Петром Великим, что на судей того времени нельзя было полагаться. Петр Великий всех сомнительных свидетелей зачислил в неспособные и тем, конечно, предотвратил множество будущих промахов и ошибок; но вместе с тем он ослабил действие правосудия, лишив его большей половины сильнейших орудий к открытию истины.

Неспособность имеет по своду законов весьма многочисленные оттенки:

1-й класс – безусловно неспособные к свидетельствованию по какому бы то ни было делу. Сюда причислены по недостатку физических чувств и рассудка: безумные и сумасшедшие, глухонемые, малолетние, не достигшие 15 лет.

Глухонемые поставлены наряду с безумными и сумасшедшими. Орган зрения едва ли еще не важнее органа слуха. Глухонемой телодвижениями, жестами может передать совершенно вразумительно то событие, которого он был очевидцем, а если он надлежащим образом воспитан, то может даже письменно изложить свои впечатления. В Германии был недавно случай, что глухонемая девочка, на которую никто не обращал внимания, бывшая свидетельницей того, как жена зарезала мужа и закопала его кости, указанием на место, где зарыты были эти кости, изобличила виновную в мужеубийстве. Если допускаются к свидетельствованию слепые о том, что они слышали, то надобно бы допускать и глухонемых

к свидетельствованию о том, что они видели. Одно вытекает логически из другого: слепой глухого стоит.

Устранение детей от свидетельства может быть основано или на том, что наблюдательные способности дитяти слишком слабы, или на том, что дитя не сознает всей важности присяги. Но что касается до наблюдательной способности, то она приобретаетя детьми весьма рано. Восьмилетнее или девятилетнее дитя может часто с такою обстоятельностью рассказать событие, как взрослый человек, а тринадцатилетний или четырнадцатилетний отрок даже не дитя и не только может передать обстоятельно внешнюю обстановку события, но большею частью очень хорошо понимает и отношения действующих лиц между собой, и внутренние побудительные причины их действий. Кто был во Франции и присутствовал при столь частых процессах о *attentats à lapudeur*, знает, что присяжные, не усомнясь, приговаривают к наказанию за насильственный разврат или растление по простому бесприсяжному рассказу малютки, бывшей даже и не свидетелем, а прямо предметом преступления. Отвергать показание дитяти в подобных случаях и не давать ему никакой силы значит почти то же, что отказаться от наказывания растлителей и насильщиков детей, не достигших 15 лет. Что касается до возражения, что дитя не сознает всей важности присяги, то опять можно положительно сказать, что оно приходит к этому сознанию гораздо ранее узаконенного срока. Далеко до этого срока оно уже знает, что на небе Бог, что душа бессмертна, что ложь — грех, что Бог карает грешников и награждает добрых. Чего же еще желать? Тут все элементы религиозно-нравственного закона. Значительное большинство взрослых в массе народа не знает ничего больше, кроме этих основных данных, а перед взрослыми дитя имеет еще то преимущество, что оно еще непорочно, что оно еще не научилось в школе жизни хитрить и лицемерить, и предавать свою совесть, и запыряться упорно, не краснея, несмотря ни на какие улики. Заимствую у Беста пример из английской практики (W.M. Best's. Grundzuge des Englishen Beweisrechts в переводе Marquardsen'a, Heidelberg, 1851). Перед судом присяжных стоит девятилетний мальчик и озирается боязливо. Судья ободряет его ласковым словом, заставляет его сказать «Отче наш»; потом спрашивает его: а знает ли мой малый, куда идут те люди, которые лгут? Мальчик отвечает с трепетом: во огонь адский. Тогда судья немедленно привел мальчика к присяге и на его показании присяжные основали свой вердикт.

Кроме безумных и детей, в числе безусловно неспособных к свидетельствованию поставлены иностранцы, которых поведение неизвестно, т.е., вероятно, те, о которых по кратковременности

их пребывания в России нельзя сделать повального обыска, и преступники, которые, быв избличены в тяжких преступлениях, считаются недостойными доверия по своему характеру: смертоубийцы, разбойники, воры, люди, портившие тайно межевые знаки, люди, учинившие прежде в суде лживую присягу или склонившие других к лжесвидетельству, вообще все лишенные чести или прав состояния или публично наказанные на площади рукою палача; кроме того, люди, изгнанные из государства. Заметим, что это определение не имеет практического значения, так как в законе уголовном нет даже и наказания, которое бы состояло в изгнании за границу; его можно объяснить только тем, что оно как было введено Воинским Уставом, так и осталось без всякого изменения, но и без всякого применения на практике.

Как смотреть на это устранение злодеев от свидетельствования? Может быть, оно одна из составных частей наказания, видимый признак непризнания со стороны государства личности, которая запятнала себя позорным поступком? Но если оно наказание, то оно должно бы быть личное, т.е. оно бы должно было поражать именно преступника, между тем на деле оно – наказание не для преступника, а для третьих лиц, для публики, для государства, у которых ускользает из рук одно из средств избличения нарушителей их прав в преступлении. Меня, положим, ограбили при двух бывших арестантах, которые судились и наказаны за воровство, а потом выпущены из рабочего дома или арестантских рот. Чем же я виноват? А между тем на мне отражаются последствия их вины, я лишаюсь возможности доказать факт грабежа, потому что мои свидетели не могут быть допущены к свидетельствованию. Правосудие не может быть достаточно относительно средств своих, оно даже в душе злодея должно искать элементов достоверности. Злодей может испраться; в душе разбойника и вора таится чувство достоинства человеческого, которое ни у кого не может совершенно погаснуть. Смертоубийство из мести, из зависти, из страстной любви или в порыве гнева не исключает присутствия в душе преступника некоторого благородства. Вот почему в 1857 году законом постановлено в Англии, что никто по причине понесенного им какого бы то ни было наказания от свидетельствования устранен быть не может.

Наконец, к разряду безусловно неспособных отнесены тяжкие грешники, в которых очевиден недостаток религиозного чувства; законодательство же считает это чувство главным ручательством правдивости показания; отлученные от церкви и проклятые, явные прелюбодеи, не бывшие никогда у Святого Причастия.

2-й класс *неспособных* можно назвать *относительно неспособными к свидетельствованию по известному делу*. Сюда можно включить неочевидцев происшествия, знающих о нем только по слуху, людей, подкупленных к свидетельствованию, лиц, прикосновенных делу, лиц, находящихся с подсудимым в родстве, или свойстве, или дружбе, или имевших с ним когда-нибудь вражду, хотя бы они потом и помирились (ст. 216). Этим словам можно давать по произволу множество различных толкований..

И так *родство* до бесконечности, *свойство* без означения степеней, но только близкое, а о близости судит судья или следователь по произволу. Не могут быть свидетелями ни в каком случае дети против родителей, ни жены против мужей. Но родители от свидетельствования против детей никаким образом устранены быть не могут. Родительское слово хотя бы одного только родителя значит то же, что два свидетельские показания, и составляет полное доказательство вины, каковы бы ни были личные свойства родителя. Устраняя жен от свидетельствования против мужей, закон ничего не говорит о свидетельствовании мужей против жен, следовательно, оно допускается на общем основании. Как объяснить это неравенство между мужем и женою, равных по достоинству и различных только по способностям?

Перейдем к *прикосновенности*. В этом отношении наказ судебным следователям 8 июня 1860 года сделал важную и обильную последствиями перемену, предписав в 93-й статье своей следователям допрашивать под присягою в качестве свидетелей лица, распорядившиеся поимкой или задержанием преступника или тому содействовавшие. Но наказ есть закон новый, еще не вошедший в силу и действие, еще не применяемый в настоящую минуту властями, производящими следствие, которые, придерживаясь прежнего учения, руководствуются совершенно иными понятиями о прикосновенности к делу. Собственно прикосновенными к делу следовало бы считать только те лица, которые непосредственно заинтересованы в исходе дела, которым осуждение подсудимого может доставить непосредственно какую-нибудь прибыль или которые при освобождении подсудимого могут чего-нибудь опасаться. Следовательно, в прикосновенные можно бы зачислить: а) обвиняемых в известном преступлении по делу об этом преступлении, потому что, сваливая вину на других, они могут надеяться избежать наказания; б) доносчиков, которые, делая доносы, подвергаются ответственности в случае недоказания этих доносов; в) наконец, истцов, жалобщиков, отыскивающих вознаграждения за причиненный им посредством преступления вред. Ни в каком случае не следовало бы считать прикосновенными к делу лица, просто только

извещающие правосудие о совершившемся преступлении. Большая часть дел уголовных начинается просто таким извещением, а не доносом и не жалобой. Возьмем пример из обыкновенной жизни. А поймал вора, когда сей последний, проникнув в его квартиру, пытался его обокрасть, но ничего еще похитить не успел. А и представляет этого вора в полицию и делает объявление о случившемся. В этом случае не истец; он ничего не ищет, ему вор не причинил никакого материального ущерба; он просто только извечник, исполняющий обязанность, возлагаемую на него 36-й статьею 2 ч. XV т. св. зак., в которой сказано, что всякий должен доводить до сведения начальства об известных ему преступлениях, тем и отличается донос от извета, что по смыслу той же 36 статьи извет не подвергает извещающего обязанности доказывать преступление, ни ответственности в случае, если оно не будет доказано.

Наша практика смотрит на дело иначе. В ней продолжали жить и живут донныне предания старинного обвинительного процесса, совершенно несогласные с преобладающим в судопроизводстве уголовном со времени Петра Великого розыскным началом, по которому истец в делах уголовных – само государство. Практика наша считает стороною и истца, поискивающего вознаграждение за ущерб, и доносчика, и извечника, и даже просто людей, содействовавших поимкам преступника, хотя бы они были совершенно посторонние. Этот взгляд на прикосновенность, утвердившийся в низших инстанциях, вошел даже и в самый свод законов. По ст. 216 (2-я ч. XV т.) только наместнику кавказскому разрешено, в виде исключения, по указу 4 февраля 1883 года допускать к свидетельствованию в Закавказском крае посторонних поимщиков в делах о грабеже и разбое, когда они не суть в то же время истцами, понесшими от преступления убыток. *L'exception confirme la règle*, говорят французы. Что в Закавказском крае дозволено в виде исключения, то в остальных частях империи не дозволено, запрещено. Итак, два полицейские, положим, поймали человека, который совершал поджог; его привели в полицию, он заперся; его освобождают потому, что поимщики не свидетели, а кроме показаний поимщиков, нет против него других доказательств. Случается видеть на практике другие еще более замечательные примеры. Дворник поймал на дворе дома вора с похищенным на чердаке этого же дома бельем. Вор пробовал вырваться, но на крик дворника сбежались жильцы дома в числе семи человек. Они помогли связать вора. Поличное оказалось похищенным у одного из живущих в доме, но не участвовавшего в поимке. Судьи оставляют вора только в подозрении, потому что поимщики не свидетели, а только улики. Мне могут возразить: никто не должен свидетельствовать,

кто может быть привлечен к ответственности по поводу дела, по которому от него требуется показание. Поимщики могли задерживать неосновательно подсудимого, могут быть им обжалованы. Легко отвечать возражателям: будьте последовательны вашему началу до самого конца. Вы доказываете, что никто не может быть свидетелем, кто может быть привлечен к ответственности по тому же делу. В таком случае вычеркните свидетелей в законах из ряда доказательств. Я утверждаю, что в таком случае никто не должен быть приводим к присяге и допрашиваем как свидетель, потому что по поводу того же дела он может быть привлечен к ответственности стороною, против которой было направлено его показание, как лжесвидетель, а в законе есть наказания за лживую присягу. Законодатель не только верит в возможность лжесвидетельства, но постоянно озабочен предупреждением преступления клятвы. Стеснение понятия прикосновенности в наказе судебным следователям 8 июня 1860 года есть явление, которому нельзя не радоваться. Оно знаменует несомненный успех в нашем уголовном судопроизводстве.

Наконец, *приязнь* или *неприязнь* – это такие упругие понятия, которые растягивает до крайних пределов наша практика. Относительно этих понятий я думаю, что постановления свода законов менее определительны, нежели постановления Воинского Устава 1716 г., из которого заимствованы эти понятия. Воинский Устав не допускал к свидетельствованию только лица, состоящие или состоявшие во вражде с которым-нибудь из тяжущихся. Свод законов идет дальше: причиною отвода он считает не только вражду, но и дружбу, но не с обеими тяжущимися сторонами, а только с подсудимым (2-й п. 216-й ст.). Практика, идя еще далее свода, устраняет от свидетельства не только друзей и недругов подсудимого, но и друзей и недругов истцевых. Но что такое дружба? Какими признаками ее определить? Между простым знакомством и тою крепкою связью, которая основывается на единстве интересов и понятий, на взаимной любви и уважении, есть бесчисленное множество оттенков, которые уловить ни законодатель, ни судья не в силах. Живут иногда два лица в одном доме, даже общим хозяйством встречаются ежедневно, а между тем сердцами они далеки друг от друга. Наши следователи и судьи дружбою считают даже простое знакомство, хлебосольство, бывание друг у друга в гостях.

Легче, кажется, определить, что такое вражда; это – положительное столкновение двух лиц между собою; но сколько же и она допускает произвольных толкований, если под нее станем подводить всякие малейшие ссоры, и то не только в настоящем, но и в давно минувшем прошедшем. Наша практика не требует часто даже и доказательства положительной ссоры;

она вражду предполагает даже там, где был только какой-нибудь повод ко вражде, хотя бы обиженный ничем не обнаружил желания требовать удовлетворения за обиду. Есть на свете субъекты, которые ни с кем не могут ужиться, которые и родных надуют, и знакомых проведут, и так опротивеют всем, что сколько у них знакомых, столько и врагов. Я полагаю, что в уголовном отношении положение одного из подобных субъектов самое лучшее. Посредством драгоценного для него понятия о вражде он ускользает от заслуженного наказания. Он всех свидетелей отведет и сам докажет, что Петра он обманул, с Иваном когда-то поругался, с Алексеем имел ябеднический иск и т.д. Говорят, что одно лицо поймано было в каком-то законопротивном поступке в присутствии двух других лиц; пойманный, недолго думая, засучил рукава и дал одному и другому очевидцам пощечину, потом сказал: извините, господа, я должен был это сделать, теперь вы не свидетели. Он был вдвойне прав. Оба очевидца сделались неспособны к свидетельствованию и как недруги его, и как прикосновенные к делу. Положим, они не начали иска о пощечинах, но все-таки они могли бы начать этот иск и имеют причину враждовать, претендовать к обидчику. Если же они начали иск, то этот иск о пощечине, возникший по поводу другого дела, по судебному обычаю соединения в одно дело десяти разнородных происшествий соединяется с тем другим делом и производится с ним вместе; истцы превращаются в прикосновенных к главному делу, кроме того, иск есть уже явное доказательство их вражды.

3-й класс неспособных к свидетельствованию можно назвать неспособными при наличии других более достоверных свидетелей. К числу их отнесены: крепостные подсудимых люди, и получающие от них пропитание, и находящиеся у них в услужении. Касательно вольноотпущенных, которых показания могут быть тоже пристрастны по делам бывших их господ, то постановления о сем закона находятся между собою в некотором противоречии. В 216-й ст. 2-й ч. XV т. безусловно устранены вольноотпущенные против прежних своих помещиков и детей их, а в 222-й статье сказано, что они допускаются только при недостатке других свидетелей. О помещиках сказано (222-я ст.), что они не устраняются от свидетельства по делам о воровстве, грабеже или убийстве, учиненных их крепостными людьми. Так как здесь упомянуты только три эти преступления, то можно было бы предполагать, что по всем остальным делам помещики не свидетели против своих крепостных. Практика, однако, сколько мне известно, не держится подобного толкования, которое было бы буквально точно, но вместе с тем не вполне основательно.

Наконец, последний, 4-й класс *неспособных* – это *неспособные к свидетельствованию в некоторых только местностях*, в губерниях, где евреям дозволено иметь постоянное местопребывание, они допускаются к свидетельствованию и против христиан, но в местах, где им не дозволено иметь местопребывание, они к свидетельствованию против христиан не допускаются и только свидетельствуют по делам своих единоверцев. Итак, предположим, что здесь, в С.-Петербурге, где евреям не дозволено иметь постоянное местопребывание, но где весьма недавно дозволено им открыть синагогу, где многие из них живут; то занимаясь промыслами и торговлею, то учась в учебных заведениях, нашелся какой-нибудь фанатик, который насильственно ворвался в синагогу во время богослужения, учинил помешательство этому богослужению и поругание их святынь. Будь сто евреев очевидцами происшествия, но сам преступник запрется перед судом, то его освободят, потому что евреи не свидетели.

Я рассмотрел первое главное условие доказательной силы свидетельского удостоверения: личную способность; перейдем к двум другим условиям. *Второе условие – свидетельские показания должны быть присяжные.* Нельзя не сознаться, что обряд присяги сильно действует на умы большинства людей и что эта религиозная гарантия вместе с гражданской, состоящею в наказаниях за лжеприсягу, склоняет многих к правдивости. Существенно в присяге призвание имени Бога, а не внешний ее обряд. Чем присяга проще, тем она доступнее всякому. Она и должна быть такова, чтобы ее мог произнести, не нарушая своих убеждений, и христианин, и еврей, и магометанин, и даже язычник. Мне кажется, что вполне достаточна присяга, принимаемая английскими и французскими судьями. В Англии она отбирается в следующих словах. Судья говорит: «Вы должны присягнуть, что скажете правду, всю правду, одну только правду, да поможет вам Бог!». Свидетель отвечает: «Присягаю». Эта формула тем более достаточна, что присяга все-таки признак достоверности весьма неверный, неточный; у иного человека обещание – золото, а одно слово лучше десяти клятв. Другому, сколько он ни клянись, а верить не хочется, потому что он лжец и человек продажный. Достоверность кроется не в присяге, а в личном характере свидетеля и в содержании показания, т.е. в согласии его со всеми обстоятельствами дела. Законодательство иначе смотрит на этот предмет. Оно ставит достоверность показания в прямой зависимости от присяги. По 334-й статье «бесприсяжные показания не имеют вовсе силы доказательства».

Так как присяжное показание есть главный, а иногда и единственный путь установить достоверность преступления, то из сего

следует, что для успешного действия правосудия необходимо, чтобы все те, которые способны свидетельствовать под присягою, были допрошены под присягою, так что если следователь или суд низшей инстанции упустил это сделать, высшему суду надлежало бы пополнить это опущение, допросив под присягою того же свидетеля. Так и делается во всех иностранных судопроизводствах. Следственный судья французский (*juge construction*) допрашивает свидетелей без присяги; те же свидетели под присягою повторяют свои показания перед судом. У нас хотя закон решительно умалчивает об этом предмете, но установившийся в практике обычай воспрещал свидетельствовать под присягою тому, кто раз уже при следствии без присяги был допрошен. Этот обычай, не основанный ни на одной статье закона, проистекал от излишнего опасения клятвopеcтyплeния. Если бы в последующем допросе свидетеля открылись противоречия в словах свидетеля с прежним бесприсяжным его показанием, то он подвергся бы ответственности за разноречие в показаниях. Практика и предполагала, что вторичное показание не могло быть свободно, потому что допрашиваемый, если он солгал при предварительном допросе, побоится высказать истину и повторить прежнюю ложь. Этот обычай ставил исход дела в прямой зависимости от следователя, т.е. от производящей следствие полиции. Он просуществовал до последних времен, а именно до наказа судебным следователям 8 июня сего года, в котором (ст. 102 и 103) дано следователям право спрашивать под присягою лица, которые были уже допрошены без присяги и передопрашивать лица, уже спрошенные под присягою. Эти постановления наказа следователям составляют второе важное нововведение в системе доказательств.

Третье условие доказательной силы свидетельского удостоверения – *число свидетелей*. Один свидетель достаточен, когда он отец или мать подсудимого и чинит показание против детей или когда на свидетеля общею ссылкой сослались и истец, и ответчик. Во всех остальных случаях для установления полной достоверности известного факта необходимы по крайней мере два свидетельские показания. *Testis unus testis nullus*, говорит каноническое право. Из канонического права это определение перешло в законодательства светские, из Германии оно заимствовано Россией. Законодательство предполагает, что один свидетель мог солгать, мог исказить истину из пристрастия к одной из сторон, но если два свидетельские показания согласны, то они поверяются взаимно и дополняются. Знать, что оба свидетеля, делавшие одновременно наблюдения, говорят правду, потому что

их показания совпадают между собою, следовательно, согласны с наблюдаемым событием (ст. 329).

Из этого общего правила свод законов делает, однако, исключение. Есть лица, которым по причине их личных качеств законодатель меньше верит и потому удваивает число показаний, необходимых для составления полного доказательства. Такие лица магометане в Закавказье и киргизы в Сибири (ст. 219 и 220). Когда по общему закону достаточно свидетельства двух человек, из магометан или киргизов должно быть не меньше четырех. Здесь видна попытка регламентировать то, что не подлежит регламентации, взвешивать невесомое и чувственным образом определять сверхчувственное. Религия христианская несравненно выше ислама, но отсюда еще не следует, чтобы всякий христианин был честнее и нравственнее всякого магометанина. Кроме того, заметим, что это законоположение чисто местное и что правоспособность магометан зависит не только от религиозных условий, но и от географических. В Закавказье магометанину верят вдвое менее, нежели христианину, но когда он переехал Кавказский хребет и вступил в пределы России европейской, то там суд верит ему столько же, сколько всякому христианину.

Таковы условия достоверности свидетельских показаний. Упростив работу судьи до простого арифметического счета, законодатель не мог, однако, не предвидеть, что иногда судья может быть поставлен в затруднение, когда свидетели взаимно себе противоречат, так что согласить их нет никакой возможности. Очевидно, одни из них правы, другие лгут. Как прийти в этом случае к положительному результату? Очевидно, судья должен употребить в дело свою критическую способность и оценить и характер каждого свидетеля, и согласие или несогласие его показания с обстоятельствами дела, после чего он должен более вероятно принять, а менее вероятно отвергнуть (ст. 332). Но закон не оставляет этого судье и сам дает наставление, на каком основании судья должен решить сомнение в случае разноречия свидетелей. Основание это состоит в признаках чисто наружных. Оно содержится в статье 333: «...при равной степени достоверности законных свидетелей и в случае их противоречия давать преимущество мужчине пред женщиною, знатному пред незнатным, ученому пред неученым, духовному пред светским».

В) Мне остается сказать несколько слов о 3-м и последнем *источнике* познания судейского: *умозаключении*. Сюда относятся всевозможные так называемые *улики*, т.е. все те многообразнейшие, многочисленнейшие, не подчиняющиеся никакой классификации обстоятельства, состоящие в связи с совершенным

преступлением, которые прямо указывают на известное лицо как на вероятного преступника, из которых логически следует вывод, что это он, а не кто-либо другой виноват. Они лучи света, проясняющие для судьи темный вопрос о вине. Они ложатся на известном лице подозрением; чем их больше, тем подозрение сильнее; чем менее может отклонить их от себя подсудимый, тем вероятнее становится подозрение; наконец, эта вероятность превращается в полную достоверность, когда подсудимый не имеет никакой возможности оправдаться. Подсудимый был, положим, во вражде с убитым, он грозил, что убьет его; подсудимого видели близ места совершения убийства и вскоре после совершения с окровавленным ножом, на нем самом нашли кровавые пятна; в его кармане, наконец, отыскан бумажник, принадлежавший убитому: все эти обстоятельства только улики, но совокупность их может составлять основание, столь же прочное для присуждения виновного к наказанию, как и собственное признание или свидетельские показания.

Но допущение улик в ряд доказательств требует со стороны судьи особой силы соображения. Под словом *улики* свод законов вообще понимает все несовершенные доказательства, которым для полной силы их чего-нибудь недостает. Таким образом, и повальный обыск, не одобренный подсудимого, – улика, и оговор – улика, и присяжное показание одного только свидетеля – улика, и собственное внесудебное признание подсудимого и поличное – улики (ст. 343). Улики, сами по себе взятые, сколько бы их ни было, не могут составить совершенного доказательства (ст. 241); они навлекают только подозрение по статье 341. Я знаю, что практика отступает от этого правила, я знаю, что судьи наши приговаривают иногда к наказанию, когда с одним каким-нибудь несовершенным доказательством соединяется множество улик, но они действуют в этом случае не на основании постановлений закона.

Я кончил, милостивые государи. Я разобрал весь механизм нашей системы доказательств. Когда строят дом, то ставят обыкновенно леса, втыкают столбы, соединяют их перекладинами, и эти внешние сооружения остаются до тех пор, пока не выстроено здание. Петровская система доказательств может быть превосходно уподоблена этим лесам. Ее нужно было поставить, нужно было дать судьям механические средства и пособия, которые бы им содействовали к более правильному творению суда и расправы. Полтора года прошло с тех пор, обстоятельства переменились, здание подвинулось вперед, стены выведены и держатся сами своею собственною устойчивостью и держаться будут даже и по снятии лесов, по разобрании искусственных внешних

подпорок. Суд сделался возможен на более рациональных основаниях. Какие могут быть эти основания – это постараюсь я изъяснить в будущей моей беседе.

Лекция третья

(октября 11 дня 1860 г.)

М.м.г.г.! В прошедшей моей беседе я старался доказать, что система судебных доказательств по Воинскому Уставу 1716 г. и своду законов значительно устарела. Самая важная, самая существенная часть этой системы – пытка – унесена течением времени, влиянием философских идей XVIII столетия; иные части потеряли почти всякую практическую применимость (присяга); иные хотя и действуют еще, но не достигают своей цели (повальный обыск). Правосудие продолжает устрашать, но не столько строгостью окончательного приговора, сколько медленностью производства, продолжительностью следственного ареста и другими ограничениями и невыгодами, которым подвергается лицо за свое нахождение под судом. Эти несовершенства всего виднее на практике: стоит взять несколько процессов русских и иностранных, разобрать и сличить их между собою. Я намерен разобрать три такие процесса, два русские и один иностранный.

Первый случай не выходит из ряда обыкновенных. Нельзя сказать, чтобы недостатки нашей теории доказательств высказывались в нем весьма рельефно, но они заметны при более внимательном изучении. Этот пример врезался мне в память потому, что я его изучал не по бумажным протоколам, а по живым лицам. Событие происходило в С.-Петербурге в январе 1849 года.

У инженер-полковника Ильмана, имевшего свой дом на углу Екатерингофского проспекта и Средней Подъяческой, были в услужении крепостной лакей Захаров и кухарка Николаева, беременная по 7 месяцу. Вечером 10 января Ильмана не было дома, лакей отправился часов в 8 в трактир и оставался там до 10 часов; в квартире оставалась одна кухарка. В этот промежуток времени между уходом Захарова и его возвращением совершенно неизвестными людьми ужасное преступление. Злодеи проникли в квартиру Ильмана, обобрали ее дочиста, похитив вещей на сумму 2700 р. с., и скрылись. Кухарка найдена была мертвою, без ран, но со связанными руками и ногами и с двумя затянутыми на шею и на рту полотенцами. На полу валялся топор, посредством которого совершен злом бюро Ильмана и других хранилищ, из которых похищены были разные вещи.

Подозрение пало на знакомых лакея Захарова, поседавших его в квартире Ильмана, игравших с ним в карты и зазывавших его в трактир: петербургского мещанина перекрещенца из евреев Александра Шмелькина (22 лет) и отставленного от службы лейтенанта Льва Творогова (23 л.). По словам Захарова, еще в начале января Шмелькин, быв у него однажды в отсутствие барина, просил его будто бы из любопытства осмотреть квартиру полковника Ильмана. В самый день убийства Захаров провел весь вечер до 10 часов в трактире с Шмелькиным за игрою в домино; тут же в этот трактир явился и Творогов, одетый в овчинном тулупе, и был у игравших некоторое время на виду, но потом неизвестно куда удалился. Творогов жил на одной квартире с человеком старше его летами, уже запятнавшим свою репутацию, который был судим за подлоги и мошенничество и сидел в тюрьме за лживые перед судом показания, — отставным штабс-капитаном Левашевым (33 лет). Ни Творогов, ни Левашев не имели никаких средств содержания приличных, честных, законных и были в самом критическом положении. День спустя после убийства кухарки Николаевой, 12 января, Творогов со своим знакомым придворным истопником Копыловым отправились в Кронштадт. Копылов возвратился в С.-Петербург, но Творогов остался в Кронштадте и был там задержан полициею. По обыску в вещах, которые он привез с собою, найдено множество предметов, принадлежавших Ильману, которые Творогов продавал матросам, мещанам, торговцам. Большая часть похищенного была безвозвратно растрачена, Ильману возвращено всего на 200 р. с. Некоторые из его вещей отысканы у истопника Копылова. Следы преступления были горячие; подозрение — почти граничащее с достоверностью, в том, что правосудие держит в руках своих шайку злодеев, виновных в похищении со взломом и оружием, сопровождаемом насилием и убийством, т.е., иными словами, просто в разбое. С первого же допроса один из преступников, Творогов, повинился, признался и раскрыл все подробности преступления.

Он рассказал, что кража у Ильмана совершена была по заговору. В заговоре участвовали четыре лица: он, Творогов, Левашев, Шмелькин да рядовой гарнизонного батальона Осипов, с коим Левашев познакомился во время бытности своей в тюрьме. Заговор имел предметом только похищение; он, Творогов, ни за что не соглашался на убиение кухарки и ставил условием своего соучастия оставление ее при жизни. По предварительному соглашению между заговорщиками, Шмелькин вызвал лакея Захарова в трактир и забавлял его игрою в домино до 10 часов. В это время он,

Творогов, зашедши в трактир и удостоверившись, что Захаров не помешает, повел Левашева и Осипова в квартиру Ильмана. Осипов вооружен был топором. Кухарка отперла дверь; тогда Осипов бросился на нее, повалил ее наземь, придавил ей грудь коленом и, держа ее за горло, не допускал ей кричать. Между тем Творогов с Левашевым разломали бюро, обшарили шкафы и комоды и вынесли все, что можно было вынести на скорую руку. В квартиру Ильмана он, Творогов, и Левашев не возвращались, а просто отправились по парадной лестнице к себе на квартиру. Когда они уходили, кухарка была еще жива. Показание Творогова как нельзя лучше выясняет все обстоятельства дела. Творогов не отступил от него до самого конца. Он один только из подсудимых обнаружил признаки глубокого и, как кажется, неподдельного раскаяния. Но это раскаяние не могло спасти его. По Высочайше подтвержденному мнению Государственного Совета он приговорен за разбой к лишению всех прав состояния и ссылке в каторжную работу в крепостях на 8 лет. Приговор этот не был исполнен, потому что Творогов сошел с ума. А прочие преступники? Они упорно держались системы полного и безусловного отрицания. Из них Осипов умер скоропостижно в тюрьме во время следствия. Из остальных ни у Левашева, ни у Шмелькина не найдено, правда, вещей ильмановских; они имели все время, всю возможность скрыть эти вещи и обезопасить себя с этой стороны. Что касается до Левашева, то его сожителство и тесные связи с Твороговым, его пребывание с Твороговым вместе с минуты совершения разбоя до отъезда Творогова в Кронштадт и показание Копылова, что Творогов в присутствии Левашева забирал с собою в Кронштадт узел с ильмановскими вещами, – все эти обстоятельства обнаруживают самым положительным образом, что он знал о совершившемся преступлении. Его характер крепкого закала, его натура страстная, его прежняя судимость, наконец, его возраст более зрелый, нежели возраст Творогова и Шмелькина, заставляють предполагать в нем зачинщика злодеяния, душу заговора. Это подозрение становилось еще сильнее в глазах всех тех, которые изучали его показания не по бумагам, а были свидетелями того, как он упрямо, сухо, неуклонно отнекивался при самых сильных со стороны Творогова обвинениях, не задавая себе труда опровергать эти обвинения какими бы то ни было доказательствами. До полной нравственной уверенности в его вине недоставало только одного: каких-нибудь положительных следов его руки в разбое, признаков его положительного, физического соучастия в преступлении, бытности его на месте совершения и во время совершения преступления. Его обвинял один только признак, но признак

недостаточный – оговор Творогова. Заметим, что оговор Творогова уже потому достоин уважения, что совпадал со всеми обстоятельствами дела и что Творогов, обвиняя Левашева, несколько не поправлял своей участи и не имел в привлечении Левашева к ответственности никакого непосредственного интереса. Если бы в суде заседали присяжные, то очень может быть, что уже этот оговор, который Левашев не задал себе труда опровергнуть, был бы достаточен для утвердительного вердикта. Едва ли бы, однако, довольствовался одним оговором Творогова суд без присяжных. Можно только предполагать, что в суде открытом, публичном, устном и улики Творогова против Левашева были бы сильнее и больше бы их появилось в сравнении с теми, которые записаны в протоколах, и Левашев бы не посмел так сухо отнекиваться, зная, что голословное заpiresательство произведет само по себе весьма невыгодное для него впечатление в присутствующих.

Но, вероятно, даже и суд без присяжных, только не стесненный искусственною системою доказательств, признал бы Шмелькина виновным в сообщничестве с Твороговым или по крайней мере в пособничестве, если не к убийству Николаевой (это убийство вообще дело темное; трудно решить, кто наложил на нее руку, было ли оно условлено между заговорщиками или нет), то по крайней мере в краже со взломом и с насилием, т.е. в разбое. Шмелькин был вхож к Захарову, он любопытствовал осмотреть квартиру Ильмана, он забавляется игрою в домино в трактире с Захаровым, и тут же подходит к ним Творогов; дворник дома, где жили Творогов и Левашев, под присягою удостоверил, что Шмелькин приходил в эту квартиру в 10 часов, следовательно, тотчас после совершения убийства, и ушел отсюда в 11 часов, следовательно, по всей вероятности, делился со злодеями свежеею добычею; наконец, Шмелькин в этой бытности у Творогова и Левашева заперся и упорно ее отрицал, но не мог никак доказать своего *alibi*.

Вероятно, Шмелькина приговорил бы к наказанию суд, более доверяющий взаимной связи неопроверженных улик. Но по своду законов улики сами по себе не составляют совершенного доказательства, а хотя статья 308 (2-я ч. XV т.) и говорит, что несколько несовершенных доказательств могут составить совершенное доказательство, когда они исключают возможность недоумевать о вине подсудимого, но наши суды редко решаются применять эту статью, потому что они не могут взять произнесение обвинительного приговора на свою ответственность; суды наши и прибегли к тому *mezzo termine*, столь употребительному в нашем процессе, к той мере, которая составляет нечто среднее между осуждением подсудимого и его оправданием: Левашев

и Шмелькин по предмету участия в разбое оставлены в подозрении. Оставление подсудимого в подозрении (*absolutio ab instantia*) – выдумка канонистов, заимствованная Россией из Германии, есть явный признак несостоятельности законной теории доказательств. Оно совмещает в себе все неудобства присуждения к наказанию виновного и безнаказанности виновного. Мы думаем, что подозрению в приговоре решительном судебном не место. Несовершенное, половинное убеждение в вине – это *contradictio in adjecto*. Убеждение должно быть цельное и полное, положительное или отрицательное. До той минуты подсудимый должен быть предполагаем невинным, пока он не будет положительно изобличен в преступлении. Оставление в подозрении не лишает, правда, подсудимого ни жизни, ни свободы личной, ни имущества, но оно влечет за собою весьма чувствительные ограничения в правах гражданских, главное – пятнает его честь, подвергает его на всю будущность бремени тяжкого обвинения. Одно из двух: или суд вполне убежден в вине подсудимого, но отпускает его по неимению законных доказательств; в таком случае это – послабление, потачка. Или суд не вполне убежден в вине подсудимого, но в таком случае как же может он подвергать подсудимого какому бы то ни было страданию, злу, положим, даже и не наказанию, но какому бы то ни было ограничению в правах.

Остается сказать несколько слов о Копылове. Копылов положительно доказал, что вечер 10 января провел у знакомых, следовательно, к разбою он причастен не был, но навлек на себя подозрение в укрывательстве краденого поездкою своею с Твороговым в Кронштадт, найденным у него поличным и разноречиями относительно способа приобретения этого поличного (раз он утверждает, что Творогов подарил ему эти вещи, другой раз – что Творогов ему их продал). Надворный суд и уголовная палата оставили Копылова в подозрении; Правительствующий Сенат приговорил его к заключению на один год в рабочем доме.

Другой пример я извлекаю из августовской книжки Журнала Министерства юстиции за текущий год – это дело о поджоге фабрики иностранца Мейера. Оно состоит в следующем.

Некто австриец Мейер (33 лет) завел в Москве булавочную и карандашную фабрику. Он содержал у себя на квартире шведа Трея в качестве мастера и ганноверца Бекмана в качестве приказчика. 5 июля 1848 г. Трей и Бекман, являсь сначала к жандармскому окружному генералу, а потом к московскому обер-полицеймейстеру, объявили, что Мейер намерен поджечь того же числа свою фабрику. Последнее из этих объявлений сделано было в 6 часов вечера. Поджог должен был последовать ночью; времени

было довольно. По непонятной причине полиция не предприняла своевременно никаких мер к предупреждению преступления, не уведомила даже пожарную команду об ожидаемом пожаре. Полиция пришла в действие только почти в самую минуту совершения преступления. Пристав Басманной части Лисицын, квартальный поручик и полицейские нижние чины прибыли к двухэтажному деревянному дому, занимаемому Мейером, после 12 часов ночи. Дом был заперт, и в окнах темно. Под двумя окошками верхнего этажа тянулся навес от подъезда, так что из них можно было вылезти на этот навес. Вскоре после прибытия полиции чрез одно из этих окошек вылезли Трей и Бекман. Потом минуты чрез две блеснула внутри комнат струя огня, пламя распространилось весьма быстро по всем жилым комнатам. В то же время выбита была изнутри рама другого окошка, устроенного над навесом, и чрез это окошко выскочил на навес сам фабрикант Мейер, одетый в халат, подпоясанный шелковым платком, приколотым золотой булавкой, с шляпою на голове и различными бумагами и деньгами (до 100 р. с.) в кармане. Пламя действовало с такою силою, что не только дом, в котором была фабрика Мейера, но и два соседние строения сгорели. Погоревшие, кроме Мейера, понесли убытку до 21 700 р. с.

Такова внешняя обстановка преступления. Не остается ни малейшего сомнения, что пожар произошел от умышленного поджога, совершенного внутри квартиры Мейера. Пожар, предсказанный Треем и Бекманом, случился как раз в указанное ими время и распространился с такою быстротою, что не мог быть остановлен никакими усилиями пожарной команды. Притом никто из бывших внутри квартиры людей не сделал ни малейшей попытки к его потушению.

Поджог мог быть совершен только лицами, находившимися в квартире Мейера; но в верхнем этаже ночью с 5 на 6 число июля никого не было, кроме Мейера, Бекмана и Трея, следовательно, только между ними и можно искать виновного. Они все трое не могут быть заподозрены в том, что действовали по взаимному между собою соглашению. Это предположение уничтожается донесением со стороны Бекмана и Трея полиции о замышляемом преступлении, и донесением весьма своевременным, когда могли быть предприняты все меры к предупреждению преступления. Обвинять их в том, что они не воспрепятствовали Мейеру совершить поджог, нет никакой причины, во-первых, потому, что никто по закону не обязан противодействовать преступлению, подвергая самого себя опасности, а они могли подвергнуться опасности, противодействуя Мейеру – человеку чрезвычайно,

как из дела видно, решительному и дерзкому; во-вторых, потому что, дав знать заблаговременно полиции о поджоге, они могли полагаться на то, что полиция уже держит наготове все средства к потушению пожара; в-третьих, потому что, остановив поджог, они могли основательно бояться, что лишат сами себя возможности доказать донос, следовательно подвергнутся страшной ответственности, грозящей доносчикам, не доказавшим свой донос.

За устранением предположения, что Трей и Бекман действовали с Мейером заодно, следует предположить, что поджог совершен или Мейером, или Бекманом с Треем.

Мейер старался взвалить на Бекмана и Трея подозрение в поджоге, но его обвинение невероятно. Оно сомнительно уже потому, что исходит от человека, который, будучи сам обвиняем в преступлении, должен был стараться сложить вину на других, чтобы самому выпутаться. Притом извет Мейера на Бекмана и Трея сделан не с первого разу, а только при третьем допросе (при первых двух допросах Мейер обвинял в поджоге своих фабричных работников, но никто из этих работников не ночевал в верхнем этаже ночью с 5 на 6 июля). Притом Мейеру не удалось указать ни на одну правдоподобную причину, которая бы могла склонить Бекмана и Трея к поджогу. То он отзывался, что Бекман и Трей действовали по чувству мести за худое с ними обращение, то он говорил, что они действовали с целью освободиться от зависимости по контракту, заключенному с ним, Мейером, или с тем, чтобы похитить во время пожара его, Мейера, платье, серебряные ложки и бриллианты. Из дела, правда, видно, что Мейер – человек вспыльчивого характера, что раз на ярмарке Ирбитской он расшиб Бекману лоб кинutoю в него тарелкою, а Трею бросил раз в лицо несколько пачек карандашей, но оба эти происшествия случились задолго до пожара; перед самым же пожаром Бекман и Трей находились с Мейером в самых лучших отношениях. Трей намерен был на днях жениться. Мейер помог ему сосватать невесту, дарил его деньгами, образом, мебелью и платьем. Бекман незадолго до пожара приехал в Москву по приглашению Мейера, который уплатил за него его путевые издержки. Трей в самом деле был обязан заключенным с Мейером контрактом, но в деле нет ни малейших указаний на то, чтобы Трей считал для себя этот контракт тягостным и принимал какие-либо меры к его прекращению. Наконец, Бекман и Трей отозвались о платье, что оно им подарено 5 июля самим Мейером, сказавшим будто бы: «...оно должно же сгореть при пожаре». Несколько мейеровских серебряных ложек найдено у Трея, но Трей их не скрывал и объяснил, что они переданы ему

Мейером перед пожаром на сохранение. Притом трудно предположить, чтобы Трей решился на зажигательство из-за нескольких серебряных ложек. Что же касается до бриллиантовых вещей, то были ли у Мейера такие вещи ценою, как Мейер утверждает, в 3725 р., не только не доказано, но даже весьма сомнительно. Мейер не мог поставить ни одного свидетеля, который бы видел у него эти бриллианты, не мог объяснить ни от кого, ни где и когда он их приобрел. Итак, остается только одна догадка, что поджог совершил сам Мейер. Эта догадка превращается в полную и неопровержимую достоверность, если сообразим все подробности, которыми сопровождался вспыхнувший у Мейера пожар со всеми данными, заимствованными из жизни Мейера предыдущей.

Мейер – человек деловой и предприимчивый. Он родился в Вене, воспитывался в С.-Петербурге, жил некоторое время в Казани и в 1834 году завел в Москве цигарную фабрику. Потом он изобрел новое средство истребления гадов и насекомых и занимался применением этого изобретения в германских государствах и в Англии, где он предлагал продать свой секрет за 30 000 фунтов стерлингов, но не нашел охотников на покупку. В 1844 году Мейер вернулся в Казань, где завел табачную лавку, а в 1847 году переехал в Москву, где и решился завести значительную булавочную и карандашную фабрику на 90 работников. Не получив на то разрешения от полиции, он привел свой завод в действие и начал продажу изделий.

Мейер – человек небезукоризненный в юридическом отношении. Он судился четыре раза и был дважды наказан арестом за нанесение побоев, а раз подвергнут взысканию за принуждение своих работников работать в праздничные дни.

Мейер имел существенный интерес в том, чтобы имущество его сгорело. В мае 1848 г. он застраховал свою фабрику и иные свои движимости в страховом обществе «Саламандра» в 9800 р. с. Контора общества, положившись на объявление Мейера, никого не послала для осмотра и оценки вещей. По самым тщательным исследованиям видно, что стоимость фабричного заведения и движимостей Мейера была гораздо ниже этой суммы. Между тем дела Мейера шли весьма плохо, полиция не давала разрешения на производство работ фабричных и ежеминутно могла закрыть фабрику; изделия не раскупались. Мейер задолжал разным лицам до 5000 р. с., следовательно, получение по полису денег за фабрику и движимости от страхового общества гораздо вернее могло его обеспечивать, нежели явно убыточное продолжение работ или продажа фабрики.

В предшествовавшем пожару поведении Мейера заметен целый и весьма последовательный ряд действий приготовительных к беспрепятственному совершению поджога с возможно

меньшею для него, Мейера, потерю. За десять дней до пожара он отправил жену свою на дачу, отказал от дома жившему у него учителю музыки Славику, удалил накануне пожара (4 июля) крестьянского мальчика Бориса, спавшего у него в передней; приостановился с покупкою материалов для фабрики, овса для лошадей своих и дров и выставил в своей комнате двойное окно, обращенное на навес.

Способ, употребленный, по словам Бекмана и Трея, Мейером для поджога, очень хорошо объясняет быстрое распространение пламени по квартире. Извещая обер-полицмейстера о преднамереваемом поджоге, Бекман донес, что Мейер, имеющий уже купленное дней за пять ведро спирта, велел ему, Бекману, купить такое же другое. Сверх спирта Мейер приказал Трею принести в его, Мейера, комнату бочонок, содержащий до 10 фунтов олеину, да кроме того имел в своей комнате запас фосфоровых спичек. Мейер наполнил спиртом два таза и несколько плевальниц и, намочив стопу бумаги в спирте, расположил листы по ящикам в шкафах, комоде, бюро и буфете, после чего зажег спирт.

Наконец, Мейер схвачен полицией во время пожара не в таком вовсе виде, как человек заснувший и врасплох пробужденный пожаром, но как человек, приготовившийся к событию, в подпоясанном халате, с платком, проколотым булавкою, в сапогах и шляпе на голове.

Весь акт поджога совершился почти на глазах полиции. Как на ладони развертывалась неразрывная цепь улик. Как же решено дело? В деле Мейера есть две стороны: уголовная и частная. Рассмотрим сначала уголовную.

Суды обыкновенно редко приговаривают к наказанию, когда нет налицо собственного признания или присяжных свидетелей; Мейер же заперся в преступлении да обвинил и сделал прикосновенными к делу Бекмана и Трея. Но суды редко вдаются в оценку вопроса, какое из нескольких обвинений основательнее. Кто-нибудь из обвиняющихся взаимно виноват, но кто? Того взять на свою совесть суды не решились. Они остановились на полумере, а именно оставили в подозрении и Мейера, и Бекмана с Треем, первого по предмету поджога, двух последних по предмету сообщничества с ним в поджоге. Они не могли не предвидеть, что подозрение может пасть на невинных, но они, с другой стороны, могли быть вполне уверены, что ни в каком случае виновный от него не уйдет. Так решили надворный суд и уголовная палата. Дело поступило в Сенат.

6-й департамент Правительствующего Сената оставил Мейера в подозрении в поджоге, не освобождая от подозрения Бекмана и Трея, но изменил только существо этого подозрения, а именно заподозрил их только в попусении совершиться поджогу.

С этим решением не согласился обер-прокурор и в мастерски составленном предложении требовал совершенного освобождения Бекмана и Трея и присуждения Мейера к наказанию.

Общее собрание московских департаментов Сената освободило совсем Бекмана и Трея, но нашло, что хотя Мейер навлекает на себя сильное подозрение в поджоге, однако в деле нет законных доказательств, которые бы исключали возможность недоумевать о вине его, потому что свидетелями поджога были только Бекман и Трей, они же и доносчики, следовательно, их показания юридической силы не имеют никакой.

Частная сторона дела состоит в том вознаграждении, которое должны получить погоревшие от пожара. Кто должен дать это вознаграждение? Эта обязанность, в случае изобличения Мейера в поджоге, падала бы на него, а при несостоятельности его – на не предупредившую поджога полицию. Так как Мейер оставлен был всеми судами только в подозрении, то об ответственности его за убытки от пожара не могло быть и речи. Оставалась полиция. Уголовная палата и 6-й департамент Сената полагали отрешить пристава Лисицына от должности и подвергнуть его взысканию убытков в пользу погоревших. Но Лисицын, сознавая, что был предвведен от обер-полицмейстера о поджоге заблаговременно, оправдался тем, что был стеснен в своих распоряжениях ожиданием лица, которое обер-полицмейстер должен был командировать для совместного с ним, приставом, действия; это же лицо (унтер-офицер Крылов) прибыло к нему только в 11 часов. Общее собрание департаментов Правительствующего Сената, вероятно уважив это объяснение, не сделало о Лисицыне постановления; напротив того, оно постановило не возлагать даже на московского военного генерал-губернатора обязанности принятия мер к обеспечению убытков от пожара, потому что погоревшим в подобных случаях назначаются пособия, назначение же этих пособий зависит от непосредственного усмотрения и ходатайства военного генерал-губернатора.

Третье дело, которое я намерен разобрать, принадлежит к практике судебной немецкой. Оно помещено у *Noellner'a* в его *Criminal-psychologische Denkwürdigkeiten* 1858 года.

Я нарочно выбрал процесс, предшествовавший 1848 году, в котором во многих государствах германских введен суд с присяжными в тяжчайших преступлениях и суд исправительный на манер французского без всяких законных доказательств – в менее тяжких преступлениях. Действие происходит в великом герцогстве Гессен-Дармштадтском. Судопроизводство инквизиционное, медленное, письменное, с искусственной теорией доказательств, но следователи и судьи довольно распорядительны,

а юстиция энергична и репрессивна. Предмет процесса – уголовный обман, или, по-нашему, воровство-мошенничество.

В городе Франкфурте-на-Майне имеется правительственная классная лотерея, которой выигрыши весьма значительны и которой билеты расходятся в значительном количестве по западной Германии. Для облегчения сбыта билетов в низших, беднейших слоях народонаселения, каждый номер делится на половинки, четверти и осьмушки, пускаемые порознь в обращение. Для раздачи билетов франкфуртская лотерея имеет везде своих коллекторов и агентов. К числу таких агентов в в. г. Гёссенском принадлежали евреи Лёб, или Лейба, Г. и сын его Фейст. На этих-то евреев мельник З. принес жалобу следующего содержания. Они убедили его взять половину лотерейного номера 18019. Этот номер выиграл 18 апреля 18.. года 50 000 гульденов. Через два дня после тиража Лёб и Фейст пришли к нему, З. В ту самую минуту, когда у него сын, опасно заболевший, боролся со смертью в судорогах агонии. Они сказали ему: «Ты выиграл 100 гульденов, вот твои деньги, отдай нам твой билет». З. не хотел было давать, но сын у него умирал, ему было не до лотереи, он отдал свой билет и взял 100 гульденов, евреи удалились. Неделю спустя З. узнал, что он выиграл не 100 гульденов, а половину 50 000, следовательно, 25 000 гульденов. Доказательств у него не было никаких, кроме цифры 18019, написанной на клочке бумаги им же самим З., как он говорил, тотчас после приобретения билета.

Несмотря на голословность обвинения, суд потребовал к ответу евреев Г. Они показали, что продали мельнику З. часть билета, но не за № 18019, а за № 14225, который действительно выиграл несколько сот гульденов. Половинку билета 18019 старый Г. подарил двум своим дочкам, поставил на их счастье. В доказательство Г. сослался на трех свидетелей, которые под присягою удостоверили, что за день до тиража они видели у Г. этот билет и что он им его предлагал. Таким образом евреи Г., по-видимому, очистили себя самыми положительными доводами, совершенными, законными доказательствами своей невинности. Если бы дело производилось в другой стране, то нельзя почти сомневаться в том, что следователь бы на этом и остановился, что суд решил бы: евреев Г. от суда оставить свободными или к суду не привлекать; да вероятно, что Г. завели бы иск против мельника З. о клевете или, что хуже, о лживом доносе и что З. был бы присужден к наказанию. Известно же, что наказания за лживый донос все почти законодательства очень строги. Так, напр., по 1206 ст. уложения виновный в лживом доносе подвергается тюремному заключению, смирительному дому, арестантским ротам или даже ссылке в Сибирь на поселение.

Но гессенский следователь не довольствовался ответом евреев. По своему образу жизни, характеру, занятиям, семья Г. была ужасно подозрительная. Лёб и Фейст, как пиявицы, высасывали деньги у крестьян. Они были известны как люди не совсем чистые. Началось продолжительное, сложное, запутанное следствие, которое привело к следующим результатам.

Путем медленного и утомительно подробного розыска обнаружено, что мельник З. не мог иметь ни одной частицы № 14225. Из этого номера две только восьмушки получал Лёб для раздачи и продал их не З., а совершенно иным лицам. Одна из этих восьмушек уступлена была Лёбом именно одному из трех свидетелей, которые удостоверили о принадлежности Лёбу части №18019. Это обстоятельство было лучом света для следователя. Родилось подозрение о лжесвидетельстве со стороны свидетелей Лёба. Двое из них оказались должниками Лёба, людьми от него зависевшими, которых он подстрекнул к тому, чтобы они удостоверили, что видели в его руках № 18019 до тиража. Сбитые с толку ловким допрашиванием следователя, они впали в такие разноречия, что должны были наконец сознаться в ложных под присягою показаниях. Третьим свидетелем была слабоумная старушка, которую Лёб ввел умышленно в обман. Добыв билет от мельника З., он ей показывал этот билет, уверяя, будто бы тиража еще не было, будто бы тираж только будет, и для того, чтобы она лучше затвердила в своей памяти этот номер, он ей написал на стене цифру 18019. Таким образом, доводы Лёба и Фейста обратились в сильнейшие против них улики, к которым присоединился еще целый ряд других. Они вынули выигрыш не сами лично, а через подставленное постороннее лицо. Они никому не поведали о выигрыше, держали его в тайне. Наконец, из расспроса дочерей Г. обнаружилось, что старый Лёб Г. вдвоем с младшим своим сыном Мозесом спрятали где-то полученные деньги. От Лёба нельзя было ничего добиться. «Убейте меня, зарежьте меня, повесьте меня – я ничего не скажу», – таков был постоянный его ответ. Нужно было отыскать спрятанные деньги; единственная надежда к достижению этой цели основывалась на приведении Мозеса к признанию, Мозес и был арестован.

Мозес, 21 года, был вообще дрянной парень. Служа солдатом, подвергался часто штрафам; между Г. он был семейный урод, менее даровит и хитер, более простаковат и глуп, нежели его отец и брат. О физическом принуждении его к признанию нельзя было и думать – оно не допускалось по закону. Но следователь мог надеяться своим психическим влиянием подействовать на эту грубую натуру и склонить ее к признанию, тем более что Мозес мог быть наказан только как соучастник в укрывательстве

мошеннически приобретенного, следовательно, мог быть подвергнут только легкому наказанию. Мозес запирался долго, наконец сознался в том, как велика была сумма, которую он спрятал с отцом и где он ее спрятал; одного только он не выдал: места, где спрятаны были деньги. Чтобы избежать дальнейших допросов, он прикинулся помешанным; притворившись сумасшедшим, он метался и кричал и отказался наконец от пищи и питья. Четырнадцать дней он выстрадал таким образом и заморил себя голодом, не доверяя своим нравственным силам. На него не действовали делаемые ему пред смертью увещания. Он признавался в безнравственности поступка, но не указал места, где спрятаны были деньги. Вероятно, к самоубийству склонил его отец; некоторое время они могли сообщаться с собою, потому что камеры, в которых они содержались, были в недалеком расстоянии. Они и перекликались громкими криками на еврейском диалекте.

Следователь сообщил Лёбу о смерти сына. У старика глаза заблестали от радости. Теперь он один был обладателем тайны и знал, что эту тайну не исторгнут у него никакие в мире силы.

Несмотря на упорное запирательство Лёба и Фейста Г., они признаны изобличенными в мошенничестве и приговорены к многолетнему заключению в пухтгаузе. Имущество их обращено в пользу мельника З. Одного только не могло добиться правосудие: открытия, где спрятаны деньги, да и то бы вероятно было обнаружено, если бы подсудимые были люди менее крепкого закала, а между тем тут не было ни собственного признания подсудимых, ни показаний свидетелей; тут был только ряд улик, которые вместе взятые не оставляли ни малейшего сомнения насчет вины.

Оставим в стороне существующую у нас систему доказательств. Я не думаю, чтобы эта система могла иметь многих защитников. Ее недостатки слишком осязательны и очевидны даже в сравнении с ее прототипом, судопроизводством немецким, из которого она заимствована. Она утвердилась на нашей почве и не сделала почти ни шагу со времен Петра Великого. Перед нами становится задача несравненно труднейшая и важнейшая: определить, возможна ли при наших общественных отношениях иная система доказательств. Возможен ли у нас суд на иных основаниях? Какая теория достоверности и по началам философии считается лучшею и удобоприменима на практике при данных условиях настроения общественных нравов?

Постараемся если не решить эти вопросы, то по крайней мере обозначить условия, от которых зависит их решение.

Почти у всех народов материковых Западной Европы возник процесс уголовный инквизиционный с искусственной теорией

законных доказательств, которая составляет его самую существенную принадлежность, его душу, его основание, его спинной мозг, если можно так выразиться. Этот инквизиционный процесс достиг полного своего развития в XVII и XVIII столетиях, причем обнаружилось его односторонность, его недостатки. В общественном мнении явилась мысль о необходимости преобразования судопроизводства уголовного в направлении, благоприятнейшем для личности, о введении в процесс, основанный единственно на начале государственной пользы, идеи личности и элементов обвинительных. Когда опыт докажет недостатки известного учреждения и ослабит к нему доверие, тогда уму представляется следующая дилемма: или это учреждение несостоятельно по ошибочности коренной его идеи, и тогда надобно обречь его на сломку, вырвать его с корнями из почвы общественной, или основная его идея верна, а несостоятельны только те формы, в которые оно облеклось в своем осуществлении, и тогда вся задача состоит только в замене обветшалых форм сохраняемого учреждения новыми. Эта дилемма должна была представиться и относительно инквизиционного процесса и необходимой его принадлежности – теории законных доказательств. Установились два мнения в науке, между которыми спор еще не кончен до сих пор. Одно из них отстаивало коренную идею теории законных доказательств на том основании, что установление юридической достоверности факта преступления – дело разума, а этот разум действует по одинаковым у всех людей логическим законам мышления, которые могут быть подмечены посредством наблюдения, приведены в систему и обращены приказом законодателя в норму, обязательную для судей, потому что они, собственно, суть не что иное, как внушение здравого человеческого смысла, а этот здравый смысл есть единственный пробирный камень правильности приговора. Прежняя инквизиционная теория законных доказательств не потому не хороша, что она теория, но потому, что она разошлась со здравым человеческим смыслом и употребляет средства, не одобряемые опытом. Другое мнение отвергает возможность всякой какой бы то ни было теории доказательств и не допускает другого основания юридической достоверности, кроме индивидуального, личного нравственного убеждения, рождающегося в сознании судьи при созерцании всех обстоятельств дела по целостному впечатлению, которое производит совокупность этих обстоятельств. Оно утверждает, что законодатель не в силах определить условия, при которых рождается это убеждение, оно не подчиняется никаким правилам, оно – плод врожденного человеку нравственного чутья,

инстинкта, такта, посредством которого оно отличает правду от неправды.

Этот вопрос о возможности или невозможности теории законных доказательств усложнился еще тем, что его перепутали с другим вопросом, совершенно отдельным, о суде присяжных и о превосходстве суда с присяжными перед судом из лиц по назначению от правительства. Приверженцы суда по совести и личному убеждению рассуждали таким образом: страшно вручать судьям-техникам суд безотчетный по нравственному убеждению, делать их распорядителями жизни, чести, свободы, имущества частных лиц. Органом такого суда могут быть только присяжные представители общественной совести. Приверженцы суда присяжных стали доказывать необходимость суда по внутреннему убеждению; это был один из сильнейших доводов их против судов, комплектуемых администрацией, а все консерватисты, отстаивающие старый инквизиционный порядок с его рутинною, с устарелою судебною организацией, столпились под знаменем теории законных доказательств.

Франция первая отвергла радикально систему законных доказательств, ввела у себя суд по одному безотчетному нравственному убеждению и вывела из этого начала все, даже самые крайние его последствия. Эта реформа была делом учредительного собрания и совершена сентябрьским законом 1791 года. Вот каким образом докладчик проекта этого закона Дюпор защищал его перед собранием:

«Законные доказательства – метод сам по себе нелепый, опасный для обвиняемого, опасный для общества. 1. Он сам по себе нелеп потому, что смешно определять наперед законом факт еще неизвестный, который может видоизменяться до бесконечности. Всякий факт содержит сам в себе свои особенные, ему только свойственные доказательства, а истины всей нельзя заключить в формулы. 2. Этот метод опасен для общества потому, что если вы установите законные доказательства, если вы, например, скажете, что нельзя никого присудить к наказанию, как по удостоверению двух свидетелей-очевидцев или тому подобному, вы тем самым дадите патент на безнаказанность злодеям, верную точку опоры в их преступных расчетах. 3. Этот метод опасен для подсудимого, потому что, если вы постановите, что можно осудить кого-нибудь по двум свидетельским показаниям, не входя в разбор нравственной достоверности этих свидетелей, вы совершите хладнокровно отвратительнейшую и жесточайшую несправедливость; вы играть будете самым легкомысленным образом жизнью и честью людей. При такой системе судья будет заботиться

не о том, подлинно ли случился известный факт, но только о том, доказан ли он формально».

В каждой камере совещаний присяжных во Франции висит начертанный крупными буквами наказ присяжным, в котором между прочим сказано: *La loi ne dit point aux jurès vous tiendrez pour vrai tout fait, attestè par tel ou tel nombre de témoins. Elle ne leur dit par non plus: vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve, qui ne sera par formée de tel procès verbal, de telles pièces, de tant de temoins, de tant d'indices: elle ne leur fait, que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: avez vous une intime conviction?* По этой *intime conviction* решаются дела не только в ассизах присяжными, но даже и в судах, комплектуемых судьями от правительства. Французы и не понимают в настоящее время возможности иного метода, кроме ничем не ограниченного безотчетного индивидуального убеждения.

Гораздо дольше держалась система законных доказательств в Германии. С 1813 по 1848 г. продолжались толки и споры научные о преимуществах и недостатках этого или другого метода. Эти споры отразились и в законодательстве в постепенном преобразовании внутри инквизиционного процесса системы законных доказательств, в исключении всего того, что отзывалось средневековым варварством, во введении в эту систему субъективных элементов, в пересоздании ее по частям и подложении под нее более рациональных оснований. Возник целый ряд эклектических попыток согласить теорию законных доказательств с началом внутреннего нравственного убеждения. Несмотря на эти поправки, несмотря на все усилия практики и науки, теория законных доказательств не могла устоять против напора идей, вызвавших события 1848 года. Ее главный недостаток был тот, что она была неразрывно связана со старинным канцелярским судопроизводством и с бюрократической организацией судов; условия времени требовали устности, гласности, учреждения присяжных, форма для преобразований была готовая – французская. Даже вполне убежденные в необходимости теории законных доказательств, например Миттермейер, и противники французского суда по совести не в силах были защитить теорию законных доказательств и решились лучше пристать к *intime conviction* с присяжными, нежели держаться теории законных доказательств со старинным механизмом судов.

Настал год 1848, и в большей части государств германских введен процесс уголовный по образцу французскому. Теория законных доказательств держится только в Австрии да в некоторых мелких немецких державах. Французская система одолела; она ныне преобладает на материке Западной Европы.

Итак, новейшая история текущего столетия свидетельствует, по-видимому, в пользу суда по одному лишь индивидуальному убеждению, в пользу достоверности по французскому методу *de la preuve morale*. Несмотря на видимое торжество этого метода, я считаю его односторонним, а потому неправильным; я не намерен переломить копые за теорию законных доказательств и постараюсь доказать, что эта теория не стесняет нисколько совести судей и не противоречит нисколько суду по нравственному убеждению, что она одна из гарантий судебных самых существенных, самых необходимых и для подсудимого и для общества.

Начну с того, что отделию вопрос о законных доказательствах от вопроса о присяжных. Эти два вопроса имеют весьма мало общего. Суд по одному нравственному убеждению возможен и в судилищах, замещаемых учеными судьями по назначению от правительства (*tribunaux de la police correctionnelle*). С другой стороны, и в суде присяжных возможна весьма подробная, обстоятельная и последовательная теория доказательств, служащая точкою опоры и руководителем для присяжных, чему свидетелем общеизвестный процесс английский, прототип всех на свете судов с присяжными, которому старались подражать французы в своем *jury*, не вполне постигая смысл английского учреждения.

Как только мы устраним спор о присяжных, то вопрос о теории доказательств станет весьма для нас прост и несложен. Чего мы требуем от судьи? Истины. А что такое истина? Это верное отражение действительности в сознании человеческом; это – совершеннейшее по возможности тождество наших представлений о предмете с предметом, каков он есть в действительности. Но если истина не что иное, как отношение между действительностью и сознанием, если она, так сказать, фотографический снимок с природы, добытый посредством оптического стекла нашей совести, то очевидно, что она столько же зависит от действительности, от природы, сколько и от познающего субъекта, иными словами, что в ней две стороны: одна объективная, не зависящая от познающего лица, а другая субъективная, зависящая от свойств лица познающего, от его индивидуального ума, который может заблуждаться и судить опрометчиво и поспешно, от его воли, которая способна исказить умышленно действительность и представить ее в превратном виде. Обе эти стороны должны быть уважены в правильном методе познания. Теория достоверности должна дать приличное место и одному, и другому элементу.

Рассмотрим сначала субъективный элемент в достоверности. Она – дело совести, личного сознания, убеждения, а это убеждение

возгорается в нас мгновенно, вселяется в нас внезапно. Процесс ее возникновения есть и останется навсегда такою же тайною, как сама жизнь, как вдохновение, как всякая сила в природе. С явлениями жизни мы постоянно имеем дело, мы их исследуем, изучаем, но сам жизненный принцип, одушевляющий всякий организм, останется для нас навеки загадкою. Располагать им мы никогда не будем в состоянии. Нашей науки станет на то, чтобы узнать, из каких частей составлен известный организм; мы его можем разложить химически или анатомически на его составные атомы, но попробуйте со всеми средствами создать, сотворить хотя бы самомалейшую, самопростейшую былинку. Вы изучили, положим, Данте и Гомера, Шекспира и Гёте, вы превосходно знаете конструкцию их созданий и особенности их творческих приемов; попробуйте по всем правилам эстетики написать поэму, которая бы сравнялась с их творениями по красоте. Если в вас нет того Прометеева огня, который горел в каждом из них, то ваше произведение будет столь же мало с ними однородно, как неоднородны автомат или восковая фигура с живым человеком. Столь же безумна, столь же невозможна будет всякая попытка законодательная определить наперед механически теорию доказательств с исключением из нее субъективного элемента, личного убеждения судьи. Когда законодатель говорит судье: ты должен считать себя убежденным, если подсудимый признался в вине, если против него есть столько-то свидетелей или такие-то улики, то эта искусственная, юридическая достоверность столь же мало походит на настоящую достоверность, как кукла или истукан – на настоящее лицо. Бесконечно разнообразны те стихии, из которых слагается достоверность; бесконечно различны те приметы, посредством которых ум внедряется в действительность, бесконечно различны впечатления, производимые ими на душу человека, и пути, по которым ум может дойти к известному результату. Представим себе суд. Перед судом два свидетеля показали, что были очевидцами убийства. Все судьи убедились и приговорили к наказанию подсудимого. Не думайте, чтобы основания их убеждения были одинаковы: один судья убедился, потому что первый свидетель весьма честный человек; другой судья потому, что второй свидетель передал весьма подробно все обстоятельства события; третий судья потому, что показания обоих очевидцев совершенно между собою согласны; четвертый судья потому, что показания их совершенно согласны с характером обвиняемого. Всего же более остерегайтесь вывести какое-нибудь общее и безусловное правило насчет убедительной силы двух свидетельских показаний; ни одного доказательства не найдете такого, о котором можно было бы сказать,

что оно производит полное убеждение или только сомнение, что оно делает известный факт вероятным или достоверным; вы не разграничите никак вероятности от достоверности вашими инструкциями. Определение убеждающей силы каждого доказательства – дело просто невозможное, потому что один убеждается скорее, другой труднее: следует предоставить это дело совести судей.

Но достоверность имеет и объективную сторону. Действительность существует сама по себе, независимо от судейского убеждения. Она – всеобщее достояние всех мыслящих людей, и всякий может поверить, такова ли она в самом деле, каково ее отражение в совести судьи. На выводе судьи основывается приговор судебный, а этот приговор есть закон безусловно обязательный для всех по данному делу, всякий закон должен быть разумен, а он разумен только тогда, когда есть возможность ежеминутно оценить и взвесить критически те основания, на которых он построен; когда я, другой, третий, десятый, когда весь народ, когда общественное мнение, вникая в существо дела и восстанавливая в своем сознании ту цепь умозаключений, посредством коей судья установит достоверность вины или невинности подсудимого, может сказать: мы бы точно так же судили, если бы были на месте судьи. В противном случае, если от судьи вы не будете требовать убеждения разумного, критического, если не будете требовать, чтобы он указал на основания выведенной им достоверности, если вы безусловно положитесь на его инстинкт, на его такт, на его чутье, на его вдохновение, то спрашивается, каким же образом вы отличите его убеждение от его предубеждения, правду от неправды в его приговоре? Вы уничтожили всякие ограничения его произвола, вы сделали его полным распорядителем жизни, чести, имущества подсудимых; да будь он самый безукоризненный человек, все-таки опасно быть вполне преданным на его милость или немилость, и окажется, что вы сделали шаг назад в цивилизации, что вы от органического неустройства возвратились к неорганическому хаосу, что вы разрезали ножом гордиев узел правосудия и от избытка форм искали убежища в отсутствии всяких форм, в суде восточного кади, в суде шемакином.

Субъективный метод суда по безотчетному инстинкту просто невозможен в розыском процессе, где судья в то же время и розыщик *ex officio* всякого преступления, потому что как розыщик он предполагает по самомалейшим следам преступление даже там, где его нет, и, предубедившись, он склоннее наказать, нежели освободить обвиняемого в видах государственной пользы. Этот метод просто невозможен в государстве, где магистратура не отделена от администрации, где судья есть в то же время лицо,

сменяемое и поощряемое по усмотрению. Он весьма опасен даже и там, где магистратура неотрешима, безукоризненна и пользуется всеобщим уважением, потому что по своему положению в обществе и по своему ремеслу судья-техник теряет мало-помалу способность быть живым органом общественной совести. Он человек известного кружка; угол его зрения может быть иной, нежели угол зрения народа. Строгий жрец правосудия, живущий вдали от житейских треволнений, взыскательный к самому себе, он становится взыскательным и к другим. От постоянного соприкосновения с преступниками в нем притупляются чувства сострадания к падшему человеку. Он может по совести считать свой приговор правосудным, а между тем народ, общество могут сказать, что этот приговор просто жесток. Субъективный метод суда по инстинкту не хорош даже и там, где комплект суда пополняется народными элементами, где в суде заседают присяжные. Что он не хорош даже с присяжными, в том, я думаю, со мною согласятся весьма многие из тех, которые бывали в судах ассизных французских, которые следили за ходом замечательнейших французских процессов. Перенесемся мысленно в суд французский. Вот они, понятие, двенадцать мужей из народа, призванные жребием для решения судьбы человека. Закон им говорит: не верьте уму, верьте только вашему чувству, вашему юридическому инстинкту. Президент, прокурор, адвокаты знают очень хорошо, что больше выиграешь чувством, нежели логикою, что надобно присяжных расшевелить, расчувствовать. Они и действуют в этом направлении. Каждый из них играет известную принятую на себя роль, в исходе дела они видят торжество своего красноречия, а дело – это тема для красноречия. Сама физиогномия подсудимого, его положение в обществе, его убеждения религиозные и политические, его связи, его хорошая или дурная репутация, его богатство или бедность – все это улики, все это орудия, посредством которых прокурор или адвокат стараются расположить в пользу подсудимого присяжных или предубедить их против подсудимого, чтобы сбить их с толку, чтобы сделать их пристрастными.

Вина подсудимого яснее дня, он совершил, положим, убийство самосознательно, умышленно; но адвокат с таким увлекательным красноречием представил благородство склонивших его к убийству мотивов, что присяжные на вопрос о факте убийства отвечают: нет, и целью субъективную, которая все-таки догадка, оправдываются самые преступные средства.

Вина подсудимого весьма сомнительна, но обвиненный пользуется дурною репутацией, его жизнь прошедшая черною тенью ложится на сознании присяжных. Не будь этой тени, они никогда

не решились бы сказать «да», но они говорят «да», и подсудимый подвергается наказанию. Если большинство приговоров присяжных во Франции справедливо, то это только свидетельствует об относительно высокой образованности в массе народа, но нисколько о совершенстве суда по одному лишь инстинкту без всякой теории доказательств.

In medio Veritas. Единственный верный путь – это путь, срединный между двумя крайностями. Достоверность уголовная должна совместить оба элемента, и субъективный и объективный, и дать им приличное назначение. Суд должен совершаться по совести и нравственному общечеловеческому убеждению; никогда не следует ставить судью в необходимость приговаривать подсудимого к наказанию даже и при наличии собственного признания или двух свидетельских показаний, но во избежание ошибок и пристрастия законодатель должен поставить на вид судьям известную теорию доказательств для наставления и руководства. Эта теория по существу своему может быть только отрицательная, т.е. нисколько не похожа на то, что мы привыкли считать теорией доказательств, т.е. на теорию доказательств, выработанную инквизиционным процессом. Она не должна учить судью, чем он должен убеждаться; она указывает только судье, чем он не должен предубеждаться. Она не определяет, какую силу имеет каждое доказательство; она только подвергает предварительной сортировке все данные, которые могут быть собраны следствием, исключает из ряда их обманчивые и шаткие, на которых опасно вообще строить какие бы то ни было выводы, но затем, устранив все сомнительные основания, предоставляет судье из остальных источников сделать по совести заключение о вине или невинности подсудимого, причем она может потребовать и отчета в том, какими путями он пришел к этому убеждению. Возможность такой теории всего яснее окажется из примера. Такой пример представляет нам английский процесс. В этой классической стране самостоятельности, в этом имеющем всемирно-историческое значение судопроизводстве в течение веков сложилась весьма подробная теория законных доказательств; эта теория не менее поразительна, как и само учреждение присяжных, которому она служит необходимым дополнением. Выработанию этой *law of evidence*, конечно, содействовала и законодательная власть, но главные ее источники – законоведы и практика, следовательно, долговременный опыт и наука. Правительственный судья-техник, управляющий ходом судебного разбирательства, придерживается самым точным образом этой теории доказательств. Он не допустит никого свидетельствовать без присяги; он не допустит обвинителю

сослаться на свидетелей, долженствующих показать что-либо о факте, который не состоит в прямой связи с делом, например о дурном поведении подсудимого; не допустит сослаться даже на прежнюю судимость обвиняемого (о прежней судимости суд забирает справки по произнесении присяжными вердикта, когда это обстоятельство требуется для установления меры наказания, усиливающейся в случае повторения преступления). Судья английский от состязającychся сторон требует всегда *the best evidence*, лучшей очевидности, т.е. что при совместничестве нескольких источников, относящихся к одному и тому же факту, он предпочтет более достоверный, а устранил менее достоверный; он изберет первоначальный, а устранил производный; когда есть свидетели-очевидцы, он не допустит свидетелей по слуху; он потребует личных объяснений от экспертов, не довольствуясь их письменными суждениями; когда свидетель жив, он заставит его явиться лично и учинить показание в присутствии противной стороны, которая может подвергнуть свидетельствующего так называемому *cross-examination*, или перекрестному допросу, т.е. тут же уличить его во лжи посредством задаваемых ему вопросов в несообразностях и противоречиях. По заключении судебного разбирательства судья в краткой заключительной речи делает сжатый обзор всех элементов следствия, указывает на главные спорные пункты, на все обстоятельства, могущие усилить или ослабить веру в показания известного свидетеля, предостерегает их насчет обманчивых улик, потом предлагает им вопросы; но оценка доказательств и относительной их силы возложена прямо на присяжных, на их благоразумие и совесть. Вердикт рассматривается преимущественно как дело холодного, беспристрастного рассудка. Судья, живой орган теории законных доказательств, не допустит следствию и судебного разбирательства выйти из границ спокойного анализа события. Адвокаты обеих сторон, сообразуясь с этим направлением процесса, стараются говорить как можно проще, как можно яснее без всяких патетических выходов и брать верх умом, а не страстью. Такова в главных чертах английская теория доказательств.

Она превосходна для Англии, но для материковых государств она не годится. Заимствования готовых форм и перенесение их с одной почвы на другую оказываются всегда безуспешными, потому что скопировать форму можно, но дух, содержание учреждения не передаются от народа народу, а они-то и составляют главное. Если английская теория достоверности может иметь для нас какое-нибудь значение, то только как доказательство, что теория законных доказательств нисколько не противоречит суду по убеждению, и как указание, в каком духе и направлении должна

быть развита наша собственная теория доказательств, чтобы дійти до тех же, как и судопроизводство английское, результатов. У нас процесс инквизиционный. Процесс инквизиционный страдает совершенным отсутствием субъективных элементов. Теория его законных доказательств исключительна и одностороння. Не уничтожить ее следует, а исправить, не отрешиться от нее, кидаясь в другую крайность, но пополнить ее тем, чего ей недостает. Нормальное развитие совершается скачками, предшествующее должно быть взято за точку отправления. По моему убеждению, не отменяя инквизиционной теории законных доказательств, можно бы преобразовать ее до корня сообразно требованиям современности несколькими переходными мерами, проведенными со строгою последовательностью, а именно допущением к свидетельствованию весьма многих разрядов лиц, которые ныне под разными предлогами устраняются от свидетельствования под присягою, а в особенности допущением доказательства посредством улики, с обязанием судей мотивировать самым точным образом свои приговоры, т.е. давать каждый раз в приговоре отчет, почему они считают то или другое обстоятельство уликою. Первая из этих мер – распространение свидетельского показания – уже содержится отчасти в наказе судебным следователям 8 июня сего года. Что касается до второй меры, т.е. до развития доказательства посредством улики и отведения ему места в системе доказательств гораздо значительнее против того, какое оно ныне занимает, позвольте мне, милостивые государи, войти в некоторые соображения и объяснения о значении доказательства посредством улики вообще и о том влиянии, которое оно, будучи усилено и развито, должно оказать на другие доказательства. *Улики* (Anzeigen, presumptions, circumstantial evidence, или обстоятельное доказательство, как говорят англичане) иногда называются доказательством *искусственным*, но совершенно напрасно. Они, с одной стороны, столь же естественны, с другой – столь же искусственны, как чувственная очевидность или как предание. Улики столь же, как и все другие, доказательственны, потому что познания, приобретаемые путем мышления, столь же тверды и верны, а иногда и вернее, нежели познания, доставляемые чувствами, так что чем развитее и образованнее человек, тем больше он полагается на этот источник познания. Улики искусственны столько же, сколько, например, предание, если под словом «искусственность» будем разуметь такое отношение факта к достоверности, при котором связь их совершается посредством индивидуального мышления судящего лица, в котором между фактом и достоверностью стоит индивидуальное мышление как

посредствующий член. И преданию мы не верим слепо, мы тогда только усваиваем показания свидетелей, когда найдем, что эти свидетели заслуживают доверия, да и при самом даже личном, непосредственном опыте это критикующее субъективное мышление играет важную роль: оно поверяет чувственные впечатления, так что только тем из них мы верим, которые не противоречат естественному ходу событий.

Доказательство посредством улик – это сам разум, который, возмужав и окрепнув, предъявляет права свои и говорит: дайте мне место приличное, дайте мне непосредственное участие при устройении человеческих отношений. Когда он был юн и не развит, человек шел ощупью, вникал в неизвестное суеверным вопрошанием воли богов, гаданием, чарами, ордалью, поединком. Потом труд мышления взял на себя законодатель; он предусмотрел, устроил, предопределил все доказательства и предписал правила, которых судья должен был механически держаться. Теперь стало ясно, что приговор суда – дело судейского мышления, а для мышления не годятся механические приемы, что место судейское должен занять судья – разумный человек, путем свободного мышления доходящий до решения спорного вопроса и дающий отчет в том, как он дошел до своих заключений. Дайте ему возможность проговаривать к наказанию на основании улик.

Улики входят в состав системы доказательств розыскного процесса, но стоят там на заднем плане. Их назначением было при имеющемся несомненном преступлении направить подозрение на вероятного виновника этого преступления, остальное затем доканчивала пытка. Когда пытка была отменена, законодательства должны были усилить значение улик, дабы пополнить образовавшийся от уничтожения пытки пробел в системе, но они очевидно боялись доказательства посредством улик, стараются его ограничивать, держать его, так сказать, на привязи, на цепях. Начался ряд попыток, клонящихся к тому, чтобы объективировать всевозможные улики, описать их и определить законодательным путем *a priori*, а из сочетания этих улик с другими несовершенными доказательствами или даже из суммы множества улик образовать полное доказательство. Законодательства и стали перечислять, что уликою должно считаться, когда преступника видели *in loco delicti*, когда он бежал, когда у него найдено поличное, когда он смущался и лгал. Вскоре оказалось, что подобный метод то же, что работа Данаид, потому что бесконечно разнообразны и неисчислимы те обстоятельства, из коих ум может догадываться об известном явлении. Земля и воздух, каждый видимый предмет, следы стоп преступника на размокшей земле, трава и камень, весь

мир минеральный, растительный и животный – все это надо бы ввести в кодекс судопроизводственный. По необходимости перечни улик превратились в простые примеры, даваемые судьям, даваемые для объяснения и наставления, что они должны понимать под словом «улика», даваемые с тем, чтобы судьи наподобие описанных руководствовались и другими, навлекающими подозрение обстоятельствами.

Отказавшись от перечня улик, который бы мог упростить деятельность судьи до простой механической работы, законодательства старались другими путями нормировать улики, требовать известного их числа (2, 3, 4 улики) для составления полного доказательства. Напрасный труд. Нет возможности определить *a priori* убедительную силу какого бы то ни было доказательства. Убеждение никогда в нас не составляется по арифметическому расчету, оно возникает не посредством сложения улик и образования из них известной суммы, но по впечатлению, производимому совокупностью всех обстоятельств дела, в связи между собою взятых. Пока от совокупного действия всех обстоятельств дела не образовалось в душе внутреннее нравственное убеждение в вине подсудимого, будь улик 10, 12, они будут казаться изолированными; но лишь только в душе составилось убеждение, то тотчас эти изолированные улики вяжутся сами собою в одну неразрывную цепь, проникаются взаимно, сплетаются гармонически в такую сеть, которая обхватывает со всех сторон преступника. Таким образом, с какой стороны ни брать регламентацию улик в качественном или количественном отношении, она является делом невозможным и ни к чему не ведущим. Надобно действовать решительно и смело, надобно дать совершенную свободу уликам, надобно расковать этот род доказательств.

Доказательство посредством улик вносит в теперешнюю систему доказательств элемент, которого ему недоставало – элемент личного убеждения. Но эта новая вставка не умещается в старинной системе законных доказательств, имеет коррозивное свойство. Она должна подействовать на инквизиционную систему законных доказательств как сильно разъедающее вещество, в котором должна в известное время распуститься вся инквизиционная теория доказательств в том виде, в каком она теперь существует. Одним словом, доказательство посредством улик удовлетворяет и требованиям настоящего, и требованиям будущего. Она единственный возможный выход без крутого насильственного перерыва из теории доказательств инквизиционного процесса, которая не выдерживает критики, и теории доказательств отрицательной будущих времен, которой образование

совершится не путем законодательной регламентации, а путем науки в практики. Таков окончательный результат к которому нас привели исследования над нашею системою. Прежде чем заключу настоящую беседу, за продолжительность которой прошу у вас, милостивые государи, извинения, позвольте мне предупредить некоторые возражения, которые могут быть сделаны против правильности моего вывода.

Мне могут возразить: доказательства посредством улик не новость, да это вещь старая, употребляемая и теперь на деле, известная нашей практике. Мне могут представить примеры приговоров, присуждающих к наказанию преступника по совокупности улик. На это возражение могу сказать следующее: нет ни одной статьи в своде законов, которая бы прямо допускала доказательство посредством улик, напротив того, из буквального смысла многих постановлений свода законов, а главное из духа свода следует совершенно противное. Если же, несмотря на то, бывали примеры, впрочем, редкие наказаний на основании одних только улик, то эти примеры показывают только, в какой степени доказательство посредством улик необходимо для пополнения системы доказательств свода. Большею частью подобные приговоры попадают только в практике Правительствующего Сената. Низшие суды слишком боятся брать на себя ответственность за решение, выходящее из обыкновенной колеи. Откровенно признаюсь, что если бы я служил в Правительствующем Сенате, то старался бы всеми, как говорят, правдами и неправдами, посредством всевозможных натяжек доказать, что доказательство посредством улик допускается и одобряется сводом законов, но это положение не может быть доказано иначе как посредством натяжек. Закон прямо говорит (ст. 341, 2 ч., XV т.): «...улики сами по себе не составляют совершенного доказательства».

Мне могут сделать еще другое возражение. Мне могут сказать: потратив столько времени на разбор свода законов и доказав, что ни одна часть системы доказательств свода не выдерживает критики, что вся эта система сама собою распадается, вы хотите обновить ее и поддержать, усиливая значение доказательства посредством улик. Едва ли доказательство посредством улик принесет те плоды, которые вы надеетесь от него получить. Едва ли введение его в процесс не останется одною из тех бумажных реформ, которыми потешаться могут разве дети, а не люди серьезные.

На это возражение мой ответ будет весьма простой: конечно, введение доказательства посредством улик останется одною лишь бумажною реформою, если мы будем брать его отдельно от других обуславливающих его обстоятельств; если мы будем наивно

думать, что достаточно обнародовать это нововведение указом, не касаясь ни состава наших судов, ни образа их действий, и, декретировав это нововведение, все остальное, чего мы от него ожидаем, предоставить естественному ходу событий. Можно положительно сказать, что действительность доказательства посредством улик, на которое мы возлагаем столько надежд, сама, в свою очередь, зависит от множества иных коренных преобразований в судоустройстве и судопроизводстве. Доказательство посредством улик есть орудие обоюдоострое, которое опасно было бы вручать нашим теперешним судам, которым невозможно снабжать эти суды при теперешнем канцелярском делопроизводстве. Вопрос о преобразовании системы доказательств лишен сам по себе всякого смысла, если мы его не вставим в рамки другого, несравненно сложнейшего и значительнейшего вопроса о преобразовании всего уголовного процесса в полном его объеме, в органической совокупности всех его форм и положений. В чем, по моему убеждению, может состоять это преобразование в настоящую эпоху, это постараюсь я изложить в будущей и последней моей с вами, милостивые государи, беседе.

Лекция четвертая (октября 18 дня 1860 г.)

М.м.г.г! В предшествующей моей с вами беседе я пришел к тому заключению, что для преобразования нашей современной системы доказательств, очевидно не удовлетворяющей требованиям охранения общественного порядка, необходимо выдвинуть вперед доказательство посредством улик, предоставив судьям право приговаривать к наказанию по их совокупности. При этом я старался доказать, что всякие попытки к законодательному определению доказательства из улик в качественном или количественном отношении перечнем обстоятельств, могущих служить уликами или указанием числа улик, необходимого для составления полного доказательства, никуда не ведут и должны быть оставлены по явной их несостоятельности; что ограничение улик в смысле доказательства может быть только отрицательное, т.е. что законодатель, и не пробуя исчислить всевозможные улики, на коих судье дозволено строить свое предположение о вине преступника, может только воспретить ему основывать свои догадки на известных обстоятельствах, которые по опыту признаны неверными, шаткими, ошибочными.

Предположим, что доказательство посредством улик введено законодательным путем на самом широком основании с тем только условием, чтобы судья, приговаривая к наказанию по совокупности улик, мотивировал всякий раз свой приговор, объясняя, почему, по его мнению, совокупность улик исключает возможность оправдания. Эта мера предназначена, очевидно, к тому, чтобы усилить действие уголовного правосудия, удвоить уголовную репрессию, подчинить действию уголовного закона множество преступлений, которые ныне ненаказуемы по недостаткам нынешней системы доказательств. Спрашивается: будет ли применение этой меры по силам нашим теперешним судилищам? Наша судебная практика, боящаяся ответственности, решится ли на употребление доказательства посредством улик?

С другой стороны, не станет ли она злоупотреблять в некоторых случаях доказательством посредством улик, предубеждаясь на основании самых неверных, самых ошибочных данных, образуя из них посредством натяжек доказательства, основывая убеждение на догадках, которые тем более возможны, что наш процесс розыскной, что он секретный и что в нем нет должного равновесия между средствами защиты подсудимого и давлением тяготеющего на нем обвинения? Как обойти эти две опасности? Как заставить суды наши употреблять доказательство посредством улик? Эти вопросы можно выразить иными словами в следующей форме: при каком механизме судебных властей доказательство посредством улик, не подвергая опасности невинных подсудимых, может всего сильнее содействовать к юридическому изобличению настоящих преступников?

Мы бы ошиблись, мы были бы не правы, если бы стали утверждать, что наука имеет готовый рецепт на решение этой задачи. Решение ее – дело законодательной мудрости и государственной проницательности, которая не руководствуется одними только теоретическими началами, но сообразуется постоянно с условиями времени, места, с особенностями всякого общественного организма. Роль науки весьма ограничена в подобных практических вопросах. Наука для человека есть тот задний ум, которым он крепок почти всегда не в пору. Наука может быть полезна только отрицательно, может содействовать политике только своими советами, своими критическими замечаниями, почерпнутыми из долговременного опыта, своими предостережениями насчет ошибочности того или другого пути, указанием тех мелей и подводных камней, о которые разбивались корабли. Она тот компас и лот, которые полезны только тогда, когда они в руках у умеющего ими владеть шкипера. И в других государствах вводим

было доказательство посредством улик; известно, какие оно принесло результаты. И другие судопроизводства построены были на том же, как и русское, розыском начале. Есть в процессе такие формы и обряды, которых действие испытано, к какому бы они обществу ни применялись, которые постоянно бьют, так сказать, в известном направлении и везде сопровождаются известными неминуемыми последствиями: в России и Англии, во Франции и Америке. Оставив в стороне наше положительное законодательство, перейдем в область чистой, отвлеченной теории и посмотрим, какой обстановки требует система доказательств, в которой главное место занимает доказательство посредством улик.

В античном мире человек был цельнее, нежели ныне. Всякий гражданин был человек государственный; всякий гражданин по мере надобности бывал законодателем и судьей, полководцем, администратором и оратором. В противоположность с античным миром наши современные общества построены на начале деления труда, специализирования занятий. В круг деятельности общественной вошла промышленность со своими разветвлениями, бывшая уделом рабов и неграждан в Древнем мире. Каждый человек посвятил себя одному какому-нибудь делу; он сделался ловчее и искуснее в этом деле, хотя и вместе с тем несравненно одностороннее и ограниченнее во всех остальных. Смешно нападать на эту односторонность; она – факт естественный; она – необходимость физиологическая всякого органического развития. Чем развитее организм и многочисленнее его отправление, тем разнообразнее и раздельнее становятся его органы, так что для каждой функции общественной вырабатывается особая система этих органов. Смешно восставать против начала деления труда; можно восставать только против его исключительного преобладания в устройстве общественном, когда оно будет доведено до того, что в разветвившихся, обособившихся членах ослабнет сознание о принадлежности их к одному телу; когда купец, ремесленник, чиновник, ученый, священник, артист забудут, что они в то же время граждане одного и того же государства. Как бы то ни было, деление труда – факт самый рельефный в обществе современном, а где это начало проведено последовательно, там знание законов составляет особую специальность, там заправление делами государства на основании законов становится уделом особого, специального класса чиновников, там технически образованное чиновничество является цементом, связующим в одну целость разнородные части общественного организма. В государстве такого рода по закону деления труда правление разветвляется на две совершенно отдельные отрасли: применение

закона и охранение закона, иными словами, администрацию и суд. Доказывать необходимость отделения одной ветви от другой, невмешательства органов одной в дела другой, независимости одной от другой – значит тратить время понапрасну: это очевидно, это элементарно. Назначение суда – охранять закон наказыванием его нарушителей; нарушителями могут быть и частные лица, и применители закона, равно управляемые, как и управляющие. Во что же обратится святость закона, когда о злоупотреблении и превышении власти должностным лицом будут судить подобные же ему лица, имеющие с ним общие сословные интересы, когда управы на администрацию можно будет искать только в этой же администрации? Смешение администрации и суда неудобно даже и тогда, когда государство ограничило судей, предписав им руководствоваться механическою теориею доказательств. Но оно станет в высшей степени опасно, когда судьям развязаны будут руки и дана будет власть приговаривать к наказанию по совокупности улик. Мы бы вернулись к временам патриархальным, к управлению по личному усмотрению управителей, а не по закону.

Суд должен быть независим от администрации потому, что он должен блюсти каждого, а следовательно, и органы той же администрации в границах их права. Суд должен быть независим от администрации потому, что только тогда он может выполнить свое назначение, а назначение его состоит в том, чтобы удерживать все элементы общественные в устойчивом равновесии, предупреждать всякие насильственные между ними столкновения, быть опорой для слабых, угнетаемых, преследуемых; чтобы, стоя превыше всех партий, служить регулятором народной жизни, народного развития. Как достигнуть этого результата? Как обеспечить независимость судов? Очевидно, поставив судей в такое положение, в котором им бы нечего было бояться, ни ожидать ни от влияния отдельных личностей, ни от администрации. Во всех современных монархических государствах, в которых государь считается средоточием всякой власти и источником всякого суда, в котором суды действуют только по сообщаемому им от государя полномочию, единственное средство поставить судей в такое положение, в котором бы они могли посредничать в случае подобных столкновений между органами правительства и обществом, заключается в том, чтобы сделать их отрешимыми только по суду. Отрешимость судей от должности, не иначе как по приговору судебному за преступление, делающее судимого недостойным звания судейского, есть самое меньшее, чего можно желать. Она – мера, ставящая судью отчасти, а не вполне вне влияния администрации. Как ни мала эта гарантия, на нее можно все-таки

положиться, потому что торговать совестью из-за каких-либо видов может только низкий человек, а таких немного; а уступить из боязни может и добрый, но слабый, а таково всегда большинство.

Тот же самый закон деления занятий специализирования функций, на котором основана необходимость разграничения суда или магистратуры от администрации, требует внутри самой магистратуры, внутри всякого суда полного отделения розыска от решения дела приговором. Слияние этих двух функций оставляет неизлечимую болезнь, органический недостаток канцелярского розыскного судопроизводства. Никто не может быть в одно и то же время и стороною, и судьей. Судья не должен быть представителем хотя бы самых почтенных интересов, даже и интересов общественных. В обществе есть нечто важнее и святее самой пользы общественной, а именно сама правда. Требования личности заслуживают уважения, потому что личность и есть то неподвижное солнце, вокруг которого вращается весь сонм юридических учреждений. Как же может судья держать в своих руках весы правосудия, когда он в то же время исправляет должность взыскателя и мстителя за нарушения общественного порядка?

В старинном инквизиционном процессе были еще коррективы, которые исправляли это зло и служили щитом подсудимому от пристрастия судейского: отделение следствия от суда с предоставлением следствия властям полицейским и механическая теория доказательств. Опыт доказал, что оба эти коррективы никуда не годятся, что следствие должен производить сам суд, потому что он не может зависеть от полиции, смотреть глазами и слышать ушами полиции; а в механическую теорию доказательств вводится чрезвычайно упругое, гибкое доказательство посредством улик. Положение подсудимого становится в десять раз хуже, если в суд не будут введены начала обвинительные. Элементы эти у законодателя под рукою: они заключаются отчасти в инициативе частной, отчасти в учреждении, которое находится в большей или меньшей степени развития во всех материковых западноевропейских государствах, устроенных монархически, – в учреждении прокуроров, фискалов, стряпчих, *Staatsanwaltschaft ministère public*.

Должность прокурорская там, где она существует, может иметь двойное назначение: или этот прокурор есть страж закона, орган государственной инквизиции, глаз правительства, надзирающий за правильностью решений судов: или он истец по делам государства и общества. В первом случае он стоит над судом как надзорщик, во втором он стоит под судом как сторона; одним и другим в одно и то же время он быть не может. Пора, мне кажется, убедиться,

что другого и лучшего стража закона не может быть как судья, что только судья может быть представителем и органом закона. Обставьте выбор судьи самыми строгими условиями, потребуйте от него, чтобы он судил открыто, явно, гласно, но не ставьте его под влияние прокурорской власти, потому что ему придется не раз посредничать между частными и должностными лицами. Если для надзора за судами поставлены будут особые надзорщики, то кто же в свою очередь надзирать будет за этими надзорщиками. Возникнут три-четыре взаимно одна другую контролирующие инстанции и окажется, что дела двигаться не могут от избытка надзирания. Прокурор должен быть только истцом. Должность его обличительная. Задача его – вчинание и производство уголовных исков. Иерархический уступенный уряд обличительный мог бы иметь свою вершину в министре юстиции и опускаться в подчинении ему до самых низших единоличных судов, судящих маловажные проступки, где по незначительности дел и по невозможности держать для них особых прокуроров должность обличительную могли бы исправлять субалтерн-офицеры полиции.

С передачею уголовного иска прокурорам я не думаю, что бы явилась надобность стеснить и ограничить частную инициативу. Напротив того, я думаю, что эту частную инициативу следовало бы всячески усиливать и по возможности расширять, во-первых, потому, что в уголовном праве есть целый ряд преступлений, которые я бы назвал уголовно-частными, которые, стоя на пограничии права частного и уголовного, не иначе вчинаются как по жалобе обиженного лица; во-вторых, потому, что и в преступлениях против общества прокурору следовало бы являться лишь при недостатке частного обвинителя, несколько же не монополизировать в свою пользу право на иск общественный. Не надобно представлять себе общество как нечто отдельное от человека. Оно – обратная сторона человеческой личности. Это тот же человек, но только рассматриваемый с иной точки зрения. Общество живет в груди всякого гражданина, держится патриотизмом, постоянным, превратившимся в обычай, жертвованием в его пользу сил и способностей человеческих, болеет болью граждан; всякий удар, против него направленный, поражает меня, другого, третьего и каждого из нас. Когда волнуемый благородным гневом при виде торжествующего порока и беззакония гражданин решится, жертвуя своим временем и средствами, звать его на суд общественный, то следует ли говорить ему: не беспокойся, не твое дело, занимайся твоим промыслом, твоею торговлею, твоими книгами; предоставь заботу о злодеях органам администрации, которых опытность

и усердие известны? В обществе всегда бывают минуты невзгоды, требующие усиленного, напряженного действия всех сил общества – и материальных, и нравственных. Тогда и окажется, что лавочник занят только своею конторою, помещик земледелием, артист своими картинами, и каждый из них полагает, что он много сделал, когда дал свой грош государству. Да если бы они и хотели ему помочь, то не были бы в состоянии, потому что они отвыкли жить жизнью общественной. Притом можно положительно сказать, что есть такие преступления, глубоко коренящиеся в нравах, с которыми трудно управиться самому правительству посредством своих органов, для борьбы с которыми оно могло бы делать воззвания ко всем живым нравственным силам в организме; в борьбе с которыми оно могло бы не раз найти себе союзников в инициативе частной. Возьмем для примера лихоимство, взяточничество, казнокрадство. Бесстыдно выползают на Божий свет эти пороки; одного со ста виновных сказнит правосудие; немного их тревожит и обличительная литература; на обвинение их судебное не решится частный честный человек, потому что это обвинение не может совершиться иначе, как посредством доноса, приносимого правительству, никто же не поверит благородству мотивов обличителя-доносчика. Допустите в этих преступлениях *actionem popularem* совместно с официальным обвинением. Кто знает, может быть, и явятся отважные бойцы, которые начнут бой с этими чудовищами на судебной арене, когда всему свету будет известно, что они действуют совершенно бескорыстно.

Теперь допустим, что наши предположения оправдались, что из суда выделился иск уголовный и предоставлен частью частным лицам, частью лицами прокурорского звания. Если мы допустим прокурорскую обличительную должность, то должны непременно допустить и другое учреждение, без которого и суд не будет суд, а западня, куда вовлекаемый подсудимый обречен на неизбежное почти осуждение, а именно судебную защиту подсудимого посредством адвокатов. Без адвокатов нет никакого равновесия между обвинением и защитою; не одинаковы шансы состязания между прокурором, снабженным могущественными средствами розыска, и подсудимым, который изолирован в обществе уже по самому падающему на него подозрению, который часто лишен свободы, которому неизвестен ход производимого об нем следствия, который большею частью не знает и закона и, когда виноват, не умеет привести для смягчения уголовной ответственности уменьшающих его вину обстоятельств. Дайте ему возможность защищаться, как он может и как он хочет: самому или посредством друзей и знакомых, сведущих в законе; при

недостатке таких друзей и знакомых позвольте ему обратиться к записным адвокатам; а когда он беден, из сострадания к беспомощному снабдите его даровым защитником *ex officio*, это такая же повинность адвокатского звания, как повинность священника схоронить нищего или повинность лекаря дать пособие умирающему, хотя бы этот умирающий не мог ему дать ни копейки. Вопрос об адвокатуре давно решен в общественном мнении, и незачем о нем распространяться; притом этот вопрос относится гораздо более к области гражданского, нежели к области уголовного судопроизводства. Только процесс гражданский, в котором решаются столкновения в правах имущественных зажиточнейших классов общества, может дать средства к существованию особому сословию судебных ходатаев. Труды адвокатуры в процессе уголовном – это большею частью даровая лепта, платимая адвокатами в пользу страждущего человечества, потому что значительное большинство подсудимых исходит из низших и беднейших слоев общества. С появлением адвокатуры сам собою решается самый трудный в настоящем розыском судопроизводстве вопрос, на который это судопроизводство не умело дать ответа: откуда брать людей на укомплектование судов техниками и для замещения прокурорских должностей? Адвокатура и будет школой, пробирным камнем дарований и характеров, рассадником магистратуры, хранителем науки юридической, которая тогда только может принести для законодательства плоды, когда органами ее перестанут быть подьячие, когда применителями и толкователями закона станут испытанные в диалектике юридической бойцы. Путем адвокатуры направятся те жизненные силы, которые растрачиваются даром; туда устремится та молодежь, которая ныне, получив юридическое образование, должна теряться в канцеляриях. Им грозит та только опасность, чтобы, находясь под дисциплинарною властью суда, при котором они состоят, они не превратились в чиновников этого суда. От этой опасности одно спасение: дайте адвокатуре крепкую сословную организацию; снабдите сословие сильною властью дисциплинарного надзора и извержения из среды своего всякого сочлена, замеченного в деле не то противозаконном, а просто нечестном, властью притом заступничества за всякого члена, несправедливо притесняемого судом. Внутри сословия адвокат бы почувствовал свое достоинство и научился бы ценить свое призвание как свободное искусство.

Вообразим, что и эти предположения наши оправдались, что и иск, и защита выделились и отошли от суда, что процесс превратился в настоящую судебную драму в трех действующих лицах. Тогда нам представится к разрешению вопрос самый важный,

самый капитальный, центральный узел во всей системе судоустройства: из каких элементов должны быть составлены эти суды? Будут ли они пополняться одними только правительственными или одними только народными элементами, или надобно слить и смешать в известной степени эти разнородные стихии? Для упрощения этого вопроса допустим без дальнейших доказательств, некоторые начала, которые ныне приняты и испробованы долговременным опытом у всех народов западноевропейских, что нет надобности увеличивать до бесконечности число судебных инстанций, что достаточно иметь три степени суда, которых бы юрисдикция определялась относительною тяжестью преступлений и наказаний, и только две по каждому делу инстанции с особым кассационным судом, поставленным над всеми судилищами, учреждением скорее политическим, нежели судебным, верховным стражем форм законных и толкователем духа закона. Предположим, кроме того, что число и важность гарантий в пользу состязующихся сторон должны быть пропорциональны относительной тяжести преступления и полагаемого за это преступление наказания. На основании последнего из этих правил нет надобности устраивать нижнюю ступень суда коллегиально. Пример английских *justices of the peace* и прусских *Einzelrichter*’ов доказывает, что можно единоличного судью снабдить довольно обширною юрисдикцией, властью приговаривать к штрафам, аресту, тюрьме на несколько месяцев. Для подсудимого достаточно будет, когда за ним останется право апелляции на несправедливый приговор. У нас в особенности форма коллегиальная так мало привилась, несмотря на все усилия законодательства, что едва ли в ком-нибудь ее отмена в нижней степени суда возбудит серьезные опасения насчет правильности судебных решений. Напротив того, единоличный состав скорее способен возбудить к себе доверие в подсудном народонаселении, потому что та ответственность, которая разлагалась до сих пор на весь комплект коллегиального суда и потому дробилась и превращалась почти в фикцию, теперь всею тяжестью будет лежать на плечах одного только лица.

Эти единичные нижние судьи не могут быть по выбору от сословий; они должны быть непременно по назначению от правительства. Судья нижний должен быть техник, превосходно знающий закон; толпа же, сословие – плохой оценщик технических способностей и образованности юридической; они судят хорошо и верно только о честности, о добродетели, о характере человека. Притом суду единоличного нижнего судьи подчинены будут все сословия, следовательно, ни одному сословию, порознь взятому,

нельзя предоставить права на сие избрание, потому что в противном случае правосудие будет или дворянское, или мещанское, или крестьянское, а оно не должно быть ни первым, ни вторым, ни третьим, оно должно быть в полном смысле слова государственное. Разумеется само собою, что этот нижний судья не должен быть ни в каком случае рассматриваем как административный чиновник, что он должен быть бессменен, что он должен бы быть взимает не из-за канцелярских столов, а из среды адвокатского сословия и что для поощрения порядочных адвокатов вступать в должность судейскую судьям следовало бы дать содержание, по крайней мере равное тем доходам, какие получает хороший адвокат. Им не жаль дать высокий оклад, один судья подобный больше сделает, нежели две коллегии и несколько канцелярий. С учреждением единоличных нижних судов отошла бы от высших судилищ та страшная масса дел ничтожных, маловажных, которая, вскипая в нижних инстанциях подобно пене, подымается и восходит на рассмотрение самых высших судилищ в государстве. Отделите эту массу неважных дел, и на долю высших судилищ придется только тяжкие злодеяния, а таких злодеяний весьма немного. По недостатку дел пришлось бы закрыть многие теперешние судилища, соединить суды городские с уездными, подчинить одному судилищу несколько уездов. Деления судебные страны могут и не совпадать с административными. Положим, что вся страна разделена на довольно значительные округа, что в каждом округе установлен один суд окружной, что несколько округов соединены в одну великую область, над которою поставлен областной суд, род судебного сената, на приговоры которого нет уже апелляции. Мне кажется, что этих двух ступеней в лестнице судебной совершенно достаточно для суждения и решения дел о всевозможных тяжких преступлениях. Какой же должен быть состав окружного суда? Нам представляются на выбор три системы: или этот суд будет состоять из одних судей по назначению от правительства, или он будет построен по форме суда присяжных, или он, содержа в себе правительственное начало, будет вместе с тем пополняться и выборными элементами (о комплектовании его одним выборным началом не может быть и речи по таким же причинам, по каким выборному началу не по силам замещение нижних единоличных судов).

Первая из этих систем, система замещения судов одними только техниками по назначению от правительства, основана на начале деления труда. Она рассматривает правосудие как дело одного только ума и составляет одно из крайних применений закона экономически верного, но антисоциального в своей

односторонности специализирования занятий до бесконечности. Попробуйте основать общество на одном лишь этом начале и вы придете непременно к механическому его построению, в котором специализированы будут по занятиям не только умственные, но и нравственные способности человека; в котором религиозное благочестие найдете у одних священников, патриотизм у одних чиновников, вкус у одних артистов, любознательность у одних ученых, правосудие у одних судей, одного только не найдете в этом обществе – человека; гармония сил его и способностей душевных исчезнет, разбитая, разрушенная. Правосудие – дело столько же ума, сколько и совести, и даже, может быть, больше совести, нежели ума, а совесть не у одного только судьи. Пойду дальше, я утверждаю, что судья по своему положению не может быть хорошим представителем совести народной. Он применитель закона к жизни, он может и знать превосходно закон, но жизнь от него ускользает. За своим кодексом, в своей присутственной палате он забывает, что жизнь эта струится вечно новыми волнами, что нарождаются новые отношения, что возникают новые явления, не подходящие под старые юридические формы. Он говорит: мне что за дело до этих перемен, а между тем он потерял живое созерцание действительности. И так, по моему убеждению, первая система ни в каком виде не заслуживает одобрения.

Перейдем ко второй системе, к форме суда с присяжными. Я знаю, что рискую прослыть обскурантом, отсталым человеком, но истина мне всего дороже, и потому я признаюсь откровенно, что, во-первых, я не считаю учреждения присяжных единственным типом и идеалом хорошего судопроизводства; во-вторых, что я не вполне убежден в возможности введения повсюду учреждения присяжных, водворения его в каком бы то ни было законодательстве, потому что не везде есть материал, из которого отливаются это учреждение. Я знаю только две формы этого учреждения, в которых оно могло бы быть усвоено: французскую и английскую. Что касается до формы французской, то она далеко не удовлетворительна и даже нежелательна. Ее недостатки заключаются в том, что списки присяжных составляет бюрократическая администрация; что присяжные поставлены над законом без всякой теории доказательств, судят, казнят и милуют по вдохновению, по инстинкту. Все это учреждение основано на чуждом нашему быту понятии о непосредственном участии всех сословий в законодательстве и администрации посредством всеобщей поголовной подачи голосов в суде посредством присяжных. Если, несмотря на свои недостатки, учреждение присяжных держится во Франции и усвоено Германии, то это только свидетельствует о высокой

образованности, распространенной в массах обоих этих народов в истории человечества народов, и только. Что касается до формы присяжных английской, то она насквозь пропитана аристократическим началом, которого именно и недостает в цивилизации русской. Оно выросло из борьбы всех сословий под предводительством знати с деспотической властью королей англо-нормандских, оно к участию в суде присяжных требует только те верхние, состоятельные слои народа, которые, с одной стороны, самостоятельны в отношении к правительству и ничего от него не ожидают, с другой – по своей зажиточности всего более заинтересованы в сохранении законного порядка и могут составлять надежный оплот страстям народным, буйству черни. Учреждение присяжных предполагает в средних классах, которыми оно пополняется, зрелую опытность в суждении о делах общественных, а в случае надобности – и решимость взять на свою душу, на свою совесть осуждение обвиняемого в злодеянии преступника. Без этих данных нельзя серьезно думать об учреждении присяжных. Где народ до того нравственно прост, что значительное большинство его и не разумеет преступности большинства преступлений; где он до того не привык судить и мыслить, что законодатель не полагается еще на личное убеждение не только в массе народа, но и в своих судьях-техниках, где народ до того политически прост, что, соболезнуя казнимым, смотря на них как на несчастных, считает суд страшилищем, от коего следует бежать; где безотчетный страх в отношении к начальству заступает место уважения к закону, а сам закон уважается не как форма известной нравственной идеи, а как начальственный приказ – там введение учреждения присяжных является делом просто невозможным, так что об нем не может быть и речи.

Остается третья и последняя система – суд с выборными. Она несравненно лучше двух предыдущих, потому что не представляет введения чего-нибудь нового, а только дальнейшее развитие уже существующего. По моему глубокому убеждению, она в состоянии, при хорошем устройстве, доставить почти все те же выгоды, каких бы можно было ожидать в иных странах от суда с присяжными. В чем упрекают выборное начало в теперешних наших судах? В том, что выборные судьи – люди необразованные, что они не знают закона, что они совершенно зависят от секретаря, который приводит к делу приличные статьи закона и наставляет судей, как они должны судить, или от председателя, в отношении к которому они считают себя подчиненными по службе. Эти упреки совершенно справедливые, но если бы кто на основании их хотел исключить из судов выборное начало и замещать суды только

лицами по назначению от правительства, то ему можно было бы заметить, что и приказное начало не совсем соответствовало своему назначению, что и оно не дошло до возможности решать на рациональных основаниях сомнения, встречающиеся в жизни практической. В этом отношении мы весьма недалеко ушли от времен Алексея Михайловича и от приказов московских. И выборное, и приказное начало не достигают своей цели при нынешнем судоустройстве. Для устранения недостатков нынешнего судоустройства следовало бы, по моему мнению, изменить: 1) условия, требуемые от выбираемых; 2) условия, требуемые от техников по назначению от правительства, и 3) постановить и тех, и других в совершенно ином, нежели теперь, между собою отношении.

1. Условия от выбираемых. Отделим посредством ценза массу народонаселения черную, рабочую, трудовую, для которой каждый день и час дорог, от людей высшего слоя, которых не разорит вконец оторвание их на некоторое время от их промыслов и занятий. Из этого высшего, зажиточнейшего слоя исключим мысленно всех тех, которые не получили образования, и оставим только тех, которые воспитывались в высших или средних учебных заведениях или подвергались в этих заведениях испытанию. В остатке мы получим весьма немногочисленный, но отборный класс людей, совмещающих в себе два условия: состоятельность и образованность, цвет общества, людей в настоящем смысле слова *лучших*. Это и будет та среда, из которой могут быть почерпаемы выборные.

Затем сделаем эту службу по выборам безусловно обязательною, с исключением возможности избранному от нее уклоняться. Повинность служебную несут издавна низшие состояния. Не понятно, почему должно быть избавляемо от него высшее, то именно, которого содействие было бы всего полезнее для государства. Оно, как пользующееся высшими привилегиями и преимуществами, должно бы и обязанности нести самые большие. Повинность службы судебной могла бы быть столь же обязательна и могла бы быть обеспечена точно такими же принудительными мерами, как повинность уплаты податей, военной службы, явки в суд в качестве свидетеля. Кроме денег, государство может иногда требовать от граждан пожертвований в силах умственных и нравственных на благо общественное, при системе же *voluntarism'a*, или добровольного служения, сословия будут всегда иметь плохих представителей, а суды плохих заседателей. Если эта повинность слишком тяжела, то можно бы облегчить ее, разлагая ее равномернее на тех, которые ей подчинены. Если, например, трехлетний срок службы слишком продолжителен, то можно бы его изменить в годичный.

Если она разорительна для выбираемого, то позвольте сословие назначать в пользу выбираемого содержание, сообразное с его нуждами и обстоятельствами. И теперь многие дворянские собрания убедились, что лучше иметь оплачиваемого хорошего предводителя, нежели бесплатного, дарового, но посредственного. Назначение содержания – дело чисто сословия, не имеющее, по нашему мнению, никакого отношения к администрации.

2. Условия от техников по назначению от правительства. Мне кажется, что таких техников потребовалось бы весьма немного, что на каждый суд окружной достаточно бы иметь одного председателя – человека деятельного, юридически образованного и приобретшего сноровку в практике адвокатской. Его бы следовало подчинить самой строгой ответственности и в вознаграждение за жизнь хлопотливую, трудовую дать ему великолепное содержание.

3. Оба элемента, и правительственный, и выборный, должны быть поставлены в совершенно иное, нежели теперь, отношение. Функции их должны быть разграничены, и каждому должна быть предоставлена та деятельность, к которой он преимущественно способен. Мне кажется, что нет причины подражать при разделении функций учреждению присяжных, предоставлять выборным суждение о факте, а председателю – суждение о применении закона. Вообще отделение вопроса фактического от вопроса юридического, установившееся эмпирически в английском процессе, не имеет совершенно прочного теоретического основания. Нашим выборным следовало бы предоставить суждение и о факте преступления, и о применении закона, но насупротив их следовало бы поставить председателя, совмещающего в себе функции теперешнего секретаря и теперешнего прокурора, т.е. указателя и толкователя законов, органа теории законных доказательств, не участвующего непосредственно в решении дела подачею голоса, но вооруженного правом протеста и переноса дела в высшую инстанцию. Для объяснения этой мысли перенесем мысленно в предполагаемый суд.

Секретарь читает прокурорский акт обвинения, потом наступает судоговорение, которого ходом управляет председатель, допрашивающий подсудимого, экспертов, свидетелей; потом произносит речь свою прокурор, потом адвокат защищает подсудимого, потом при закрытых дверях председатель представляет выборным в кратком очерке все доказательства в пользу и во вред подсудимого, толкует им, при наличности каких данных законодатель допускает присуждение обвиняемого к наказанию и какой закон положен за преступление.

Выборные решают по большинству голосов. Тогда председатель или соглашается с решением, или объявляет свой протест и переносит дело в высшую инстанцию.

Такова, по моему мнению, организация, которую можно было бы дать судам второй степени сообразно с требованиями современными. Третью степень судов образовали бы великие областные судебные сенаты, пополняющиеся по назначению от правительства исключительно знаменитостями магистратуры, лицами, которые сделались общеизвестны трудами, талантами, характером в звании судей или прокуроров и оказавшими огромные заслуги.

Само собою разумеется, что уголовные следствия должны бы быть производимы судебными, а не полицейскими властями, что судопроизводство должно бы быть по возможности устное, а не письменное и гласное. Гласность для суда то же, что воздух для дыхания. Обществу не столь важно, чтобы всякий приговор был справедлив, как то, чтобы все были убеждены в справедливости произносимых приговоров, а этого убеждения нельзя никакими силами внушить общественному мнению при закрытых дверях судебных палат.

Наконец, надлежало бы подумать о преобразовании закона уголовного. Не хорошо, когда число статей кодекса слишком велико и обременительно для памяти и когда притом в основании обширности кодекса лежит та мысль, чтобы установлением закона на отдельные случаи освободить судей от необходимости подводить то или другое действие под родовое понятие какого-нибудь преступления. Когда в суды введен будет элемент индивидуального мышления, тогда постановление закона на каждый отдельный случай превратится из пособия в препятствие.

Таковы предположения, которые я осмелился представить вам, милостивые государи, насчет возможности преобразования нашего судопроизводства, которое потребует введения доказательства посредством улики. Я знаю очень хорошо, что в этих предположениях весьма много неполного, ошибочного, непрактического, фантастического. Я оправдываюсь только тем, что несравненно легче разрушать, нежели созидать, критиковать существующее, нежели проектировать новое. Осмелюсь вам сознаться, что я жду возражений, что я бы радовался самой едкой критике. Она бы была очевидным доказательством того, что мои мысли обратили на себя чье-либо внимание, что они заслужили право на серьезное с чьей-либо стороны опровержение. Критика, опровержение – суть величайшие почести, какие могут быть оказаны мыслящему человеку.

О вызове свидетелей к судебному следствию в обыкновенных судах

(ст. 575, 576, 878 и 879 устава уголовного судопроизводства)
Доклад 21 апреля 1883 г.

*Публикуется по книге:
Спасович, В.Д. Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. /
В.Д. Спасович. – СПб. : Книж. магазин братьев Рьмович,
1889–1902. – Т. 3 : Статьи, диссертации, лекции
юридического содержания. – 1890. – С. 337–357.*

Уголовное отделение юридического общества при С.-Петербургском университете наталкивалось на этот вопрос в 1882 году в двух докладах. И.Я. Фойницкий указывал на необходимость расширить права обвиняемых на вызов свидетелей при реформе следствия. Н.А. Неклюдов предлагал три самые желательные в настоящее время реформы: по составлению протоколов судебных заседаний, по постановке вопросов присяжным заседателями, по вызову свидетелей. – Остановимся на последнем из этих предложений. Начинают говорить все чаще и чаще, что права защиты ныне умалены, что судебная реформа стеснена и сужена; спрашивается, в чем корень зла? Отвечают на этот вопрос обычно таким образом: зло не в законе, который достаточно широк, но только в нашей практике, которая оказалась стоящей далеко не на высоте идей закона и которая этот закон сузила, скомкала и исказила своим толкованием. – Сам вопрос очень прост. Судоговорение есть

состязание вооруженных одинаковыми правами сторон. Обвинительный акт составлен, и список свидетелей обвинения готов; необходимо предоставить и защите вызвать всех тех, чьи показания она считает для оправдания подсудимого или для облегчения его участи необходимыми. – Что в английском судопроизводстве существует полная свобода, предоставляемая защите, звать в суд кого угодно в свидетели – это вполне понятно, так как английское судопроизводство самое либеральное и всегда старалось обставить защиту всевозможными гарантиями. Но та же свобода, то же право вызова присяжи и законодательствам материка Западной Европы. – По французскому Code d'inst. crim. art. 321 après l'audition des témoins produits par le procureur général et par la partie civile, l'accusé fera entendre ceux, don't il aura notifié la liste, sur les faits mentionnés dans l'acte de l'accusation, soit pour attester qu'il est homme d'honneur, de probité et d'une conduite irréprochable. – Les citations faites à la réuête des accusés seront a leur frais, ainsi êue les salaries des témoins cités s'ils en reuèient, но в той же статье прибавлено, что из лиц, указанных защитой как свидетелей, прокурор может вызвать некоторых сам, если он сочтет те показания пригодными для раскрытия истины.

В австрийской Strafprozessordnung 23 мая 1873 г. в § 222 постановлено, что если обвинитель, гражданский истец или обвиняемый пожелают вызвать свидетеля или эксперта, который не вызывается по обвинительному акту или по определению о предании суду, то они должны заявить о том председателю и указать на обстоятельства, о которых они намерены допрашивать свидетеля: unter Angabe der Thatsachen und Punkte, worüber der Vorzuladende vernommen werden soll. – Если бы председатель не согласился вызвать этих лиц, то он вносит вопрос о вызове их в распорядительное заседание суда. Отказ суда не лишает сторону права возобновить свое требование в судебном заседании: § 225. Glaubte der Vorsitzende dass einem auf Grund des § 222 gestellten Antrage nicht stattzugeben sei entscheiden hierüber die Rathskammer. Gegen diese Entscheidung findet kein Rechtsmittel statt, jedoch kann der Antrag in der Hauptverhandlung erneuert werden.

По германской Strafprozessordnung 1877 г., действующей в империи с 1879 г., обвиняемый (§ 218) может просить председателя вызвать свидетеля по указанным обстоятельствам, о которых он должен быть спрошен: unter Angabe der Thatsachen, über welche der Beweis erhoben werden soll. – По § 219 если председатель откажет в вызове, то обвиняемый может вызвать их сам, на свой счет, со внесением предварительно в кассу денег на вознаграждение свидетелей за их издержки. – Вызывать на свой счет обвиняемый может

и не обращаясь предварительно к председателю. О допустимости или недопустимости предлагаемых вопросов решает не председатель, а только суд (241. Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet in allen Fällen das Gericht). – Вызывая свидетелей на свой счет через судебного пристава, обвиняемый вносит в кассу суда предназначенные для них суточные и путевые деньги. Если обнаружится, что показание свидетеля было полезно для дела, то суд может отнести издержки вызова на счет казны (§ 912). Наконец, обвиняемый имеет право привести с собою в суд свидетелей без вызова их через судебного пристава (§ 221). – Таким образом, германский процесс не стесняется вовсе мизерными соображениями о том, как бы не затруднить присяжных выслушиванием ненужных свидетелей или как бы присяжным не сказано было что-нибудь лишнее. На первом плане стоит только главная забота о всестороннейшем раскрытии истины, причем вполне признано безусловное право защиты самой судить, без проверки о том властей, кто ей нужен для оправдания или смягчения части подсудимого.

Те же идеи преобладали и были руководящими при составлении судебных уставов. – Обвиняемым предоставлено безусловное право вызывать на счет казны всех свидетелей, спрошенных при предварительном следствии (ст. 574 у. угол. с.), и ограниченное право вызывать новых свидетелей, еще не спрошенных. Ограничения вызова состоят в предварительной проверке требования о вызове не одним председателем, но целым составом суда коллегиально относительно *основательности* причин к вызову и *важности* обстоятельств, подлежащих разъяснению (ст. 575), после чего суд может отказать в вызове. – Но этот отказ решает только о том, что свидетели не могут быть вызваны за счет казны. Затем подсудимому предоставляется по его вольной воле либо вызвать свидетелей, несмотря на отказ, на свой собственный счет, либо привести их с собою в суд (ст. 576). Если участвующее в деле лицо в течение одной *недели* со дня объявления ему об отказе в вызове заявит, что оно принимает вызов на свой собственный счет, то *делается* распоряжение о вызове свидетелей на счет просителя или *предоставляется* ему пригласить их от себя в суд по добровольному с ними соглашению (форма глагола безличная в ст. 576: «*делается*», «*предоставляется*» – обозначает, что это действие может быть совершено либо судом, либо одним только председателем). Итак, вызову свидетелей на счет казны должны предшествовать: 1) заявление, о чем будут спрашивать свидетеля, необходимое для того, чтобы поставить противную сторону в известность о новом доказательстве и дать ей возможность приготовить

соответствующие контрдоказательства; 2) поверка судом того: а) имеет ли показание существенное или несущественное значение по делу (важность обстоятельства), и потому б) следует ли произвести вызов на счет казны для полноты дела (основательность причин вызова). – При вторичном требовании о вызове уже не на счет казны, но просителя вызов этот разрешается по 576-й ст. без всякого обсуждения судом заявляемого вызывающим содержания того, о чем свидетеля будут спрашивать; следовательно, вызов должен последовать даже и в случае состоявшегося уже признания судом, что имеющее быть разъясняемым спросом свидетеля обстоятельство и несущественное, и даже постороннее делу. – Второй поверки судом содержания показания нет и не может быть. Вызов свидетеля на счет просителя является обрядом чисто формальным, который совершается безразлично, либо председателем, либо судом, если вызова требует сторона. Этим вызовом на счет вызывающей стороны нисколько не предрешается вопрос о том, будут ли спрошены свидетели о тех именно обстоятельствах, для удостоверения коих вызывающая их сторона вызывает их на суд. Если это обстоятельства к делу не относящиеся, то вопросы о них предложены не будут, потому что предложить их не допустит председатель, который по 621-й ст. обязан устранять из дела все, что не имеет к нему прямого отношения. Таковы коренные начала; посмотрим, какому они подверглись сокращению и видоизменению в кассационном решении уголовного департамента Сената по известному делу Веры Засулич, судимой за покушение на жизнь генерала Трепова (решение № 34, состоявшееся 20 мая 1878 г.).

Большое место в деле Веры Засулич, на которое резонно и нерезонно, правильно или неправильно указывало общественное мнение, или, лучше сказать, мнение, недовольное решением по этому делу как на причину несправедливого вердикта присяжных заседателей, было то, что допущено было будто бы разбирательство обстоятельства, к делу не относящегося, и что в действительности будто бы произведено на суде судебное следствие не о Вере Засулич, стрелявшей в генерала Трепова, а о генерале Трепове, как будто бы судимом за телесное наказание, которому он подверг политического арестанта Боголюбова. Недовольные решением утверждали, что исследование, при каких обстоятельствах был высечен розгами Боголюбов, не входило вовсе в область дела Засулич и не должно было быть допущено председателем. Мог ли быть исправлен этот промах? В кассационном порядке исправить его нельзя, кассационная инстанция не компетентна даже и решить, допущен ли председателем какой-либо промах; она не вправе поверять, что входило в данном случае и что не входило в область исследования

суда по данному делу; это вопросы по существу дела. Весьма сильный государственный интерес заставлял, однако, желать отмены решения, состоявшегося по делу. Разбиравшие вопрос об отмене этого решения сошли с почвы, какую представляет статья 611, толкующая об обстоятельствах, к делу не относящихся, и нашли более удобным остановиться на статье 575, чисто формальной, о вызове свидетелей. Чтобы связать крепко-накрепко обе эти статьи, они построили такого рода рассуждения. Суд, которому заявлено требование о вызове свидетелей, рассматривает это требование и относительно важности обстоятельств, имеющих быть разъясненными показанием, т.е. относительно существенности показания и относительно того, относятся ли эти показания к делу, т.е. могут ли они объяснить какую-нибудь сторону дела, а именно либо осуществление во внешности умысла, либо свойство мотивов преступления. Если суд уже признал раз показания не относящимися к делу, то подсудимый уже не вправе вызывать или приводить в суд этих свидетелей, следовательно, разрешать подсудимому вызывать их не может своею властью и сам председатель. По мнению сената, допущение противного значило бы то же, что и неисполнение на деле требования 611-й ст. об устранении из дела не относящихся до него обстоятельств, потому что раньше, чем председатель остановит по 611-й ст. свидетеля, сей последний уже успеет наговорить много вещей лишних, запутывающих дело, уже успеет произвести на присяжных известное ложное впечатление; если же председатель и остановит свидетеля вовремя и не допустит его говорить о не относящемся к делу, то самое наложение на свидетеля молчания может располагать против обвинения присяжных, весьма чутко относящихся к правам подсудимого и к его защите. Нельзя допустить также злоупотребление обрядом присяги и брать со свидетеля присягу, зная почти наверное, что он вскоре затем не будет допущен до дачи показания, так как он вызван свидетельствовать об обстоятельствах, к делу не относящихся, которые не подлежат разбирательству.

Эти соображения не могут не вызывать возражений и подлежат оспариванию. Если учреждение присяжных заседателей такая недотрога, что лишнее слово, сказанное перед ними в суде, уже способно склонить в противную сторону весы правосудия, то его бы не следовало и сохранять в среде, для которой оно, очевидно, непригодно. Злоупотребление присягою заключается вовсе не в том, что присягнувший свидетель будет удален без выслушания его показания, а в том, что форма присяги, установленная в законе, слишком сложна и тяжела. Все признают, что она требует упрощения. Явка свидетелей на счет подсудимого

казны не обременяет. Если бы они и не были на суде выслушаны, то явка их принесет, однако, свою долю пользы уже в том отношении, что, так сказать, при дневном освещении, в публичном заседании суда всплывет наружу и будет разобран вопрос о допустимости их к даче ответов по известным, будто бы не относящимся к делу обстоятельствам; вопрос, который разрешается иногда поспешно и легко в ущерб истине при иной обстановке, в закрытом распорядительном заседании, задолго до судебного разбирательства, без выслушания заинтересованных сторон. Допущением вызова всяких свидетелей на счет подсудимого предупреждена была бы часто встречаемая ныне возможность для суда под видом не относящегося к делу устранить из дела обстоятельство и относящееся к делу, и весьма существенное, но считаемое судом по субъективному взгляду и чувству неважным и несущественным. В большинстве случаев свидетели, таким образом устраняемые, были бы на суде выслушаны и принесли бы свою долю пользы для более полного и всестороннего раскрытия истины.

Дело Веры Засулич хотя и было судимо как обыкновенное преступление, но в сущности, по свойству мотивов, руководивших деянием подсудимой, оно было в полном смысле слова преступление политическое. В подобного рода делах государственные соображения влияют на суд, хотя бы этот суд, действуя в качестве кассационной инстанции, рассматривал не само дело по существу, но какой-нибудь из самых отвлеченных юридических вопросов. Можно доказать, что и без всякого подобного рода осложнения юридической стороны дела политикой по одним, так сказать, канцелярским мотивам, ради сокращения и упрощения делопроизводства, ради уменьшения количества своей работы, правительствующий сенат в уголовном кассационном департаменте произвел, вопреки прямому смыслу закона, такое преобразование законом установленных правил для вызова свидетелей во вторую инстанцию по делам, производящимся без участия присяжных заседателей, которое подчиняет участвующие в деле стороны, по вызову не спрошенных по какой-либо причине в первой инстанции свидетелей, безусловно, вне всякого контроля стоящему произволу второй инстанции. Неудобства этой бесконтрольности, этого произвола усиливаются еще для царства Польского и для Закавказского края и делаются вдвойне тяжелы, потому что в этих странах нет суда с присяжными и все вообще уголовные дела проходят обыкновенно через две инстанции.

По 878-й статье устава уголов. судопр. в апелляционной инстанции наблюдаются вообще правила, для первой инстанции установленные, с изъятиями и дополнениями, в последующих статьях

изложенными. Одно из таких либо изъятий, либо дополнений содержится в статье 879, по которой свидетели вызываются в палату лишь тогда, когда: 1) либо палата признает это необходимым, либо 2) стороны о том просят и к удовлетворению их просьбы не встречается препятствий. Смысл закона весьма прост и ясен. Палата может, *во-первых*, потребовать вызова новых свидетелей сама; *во-вторых*, она обязана удовлетворить и просьбы сторон о вызове, насколько возможно, к правилам о вызове свидетелей в первую инстанцию (так как 879-я ст. может быть рассматриваема только как дополнение к 878), т.е. она должна сначала обсудить по 575 ст. основательность изложенных в апелляции причин к вызову и важность обстоятельств, подлежащих разъяснению через спрос свидетелей. Затем, если бы палата по 575-й ст. отказала в вызове, а стороны ее просили по 576-й ст. о вызове на свой счет, то должна допустить просящей стороне этот вызов на ее счет или разрешить привод стороною этих свидетелей в суд. Во всяком случае, даже если и последовал отказ в вызове на счет вызывающей стороны, палата обязана по смыслу 879-й ст. мотивировать этот отказ не тем, что она считает показания этих свидетелей несущественными или не относящимися к делу, но только тем, что есть препятствия к вызову, которые и должны быть указаны в отказе; наприм., что свидетель находится в дальнем отсутствии или за границей и т.п. – Все гарантии, предоставляемые сторонам статьею 879 во второй ее части, разрушены самим уголовным кассационным департаментом. – Сенат, правда, признал в 1874 г. № 516, по делу Крутикова, что отказ палаты в вызове должен быть мотивирован, но он оставил без разрешения вопрос, может ли этот отказ быть мотивирован несущественностью ожидаемого от свидетеля показания. В том же году № 611, по делу крестьянки Ивановой, сенат признал, что если показание допрошенного в первой инстанции свидетеля не внесено по своему содержанию в протокол, то этот свидетель должен быть вызван по требованию о том сторон и передпрошен. Но затем целым рядом кассационных решений сенат закрепил противное прямому смыслу закона начало, что вызов свидетелей не обязателен для судебной палаты, рассматривающей дело в качестве апелляционной инстанции (1869 г. № 607 дело Девлатбегова, 1870 г. № 672 д. Гориновича и др.), что этот вызов предоставлен вполне и безусловно усмотрению палаты, хотя бы к вызову этих свидетелей или приводу их стороною в суд не имелось никаких решительно препятствий. – Таким образом, можно сказать, что вторая часть ст. 879 отшиблена, что она действием искажившей ее кассационной практики выведена из употребления

и отменена по всем апелляционным делам и во всех местностях, даже и в таких, где апелляционные инстанции присуждают подсудимых к тягчайшим наказаниям, например к каторжным работам. Приведем пример из практики: 23 января 1882 г. в уголовном кассационном департаменте разбиралось дело Тифлисской судебной палаты о двух татарирах-пастухах: Ибрагиме Вали-оглы и Рустеме Шихи-оглы, судимых за ограбление грузин-огородников в Саганлуке на дороге к Тифлису. – И татары-пастухи, и грузины-огородники, живя в одном и том же селе Саганлуке, знают одни других. – Грузины, когда они были ограблены, подали заявление о происшествии в полицию, причем они обвинили не пастухов Ибрагима и Рустема, а других лиц, именно неизвестных им по названиям пастухов, служащих по найму у богатого грузина Мирзоева и охраняющих его стада, пасущиеся близ Саганлука. При предварительном следствии ограбленные указали как на грабителей уже не на пастухов Мирзоева, а на своих односельчан Ибрагима и Рустема. – При судебном следствии у Ибрагима и Рустема не было хорошего защитника, и оно вовсе не коснулось обстоятельства о противоречии между первоначальным заявлением грузин о грабителях – пастухах Мирзоева и между десять дней потом снятыми с них показаниями об Ибрагиме и Рустеме. – Некоторые из ограбленных не явились вовсе в заседание окружного суда, решавшее дело о грабеже. В своей апелляции подсудимые просили о вызове на их счет всех потерпевших от преступления лиц для выслушания их объяснения по вопросу, который не был им предложен в окружном суде: почему они показывали на неизвестных им пастухов Мирзоева как на грабителей, прежде чем обвинили подсудимых в том же преступлении? Палата отказала в вызове. Подсудимые жаловались сенату на нарушение 879-й статьи. Сенат жалобы не уважил, придерживаясь практики, которую мы позволяем себе назвать противозаконной. – Этот пример в связи с соображениями, которые мы ему предпослали, свидетельствует о том, что наша практика даже в лице самых видных, сведущих и опытных своих представителей не всегда стоит на высоте понятий, положенных в основание судебных уставов, и что весьма полезный труд совершил бы тот исследователь, который бы, проследив статья за статьею устав уголовного производства, отметил бы последовательно, до какой степени закон был сужен и изменен к худшему действием самой судебной практики без всякого вмешательства законодательной власти.

Прежде чем была подготовлена к печати настоящая заметка, заимствованная из моего доклада от 16 октября минувшего 1882 г. уголовному отделению юридического общества при С.-Петербургском университете, появилась критика на мой доклад

в ноябрьской книжке журнала гражданского права за 1882 г., написанная одним из уважаемых членов юридического общества К.Д. Анцифоровым. Почтенный рецензент, расходясь со мною во взглядах по вопросу о вызове свидетелей по требованию подсудимого в первую инстанцию суда на судебное следствие, становится на противоположную точку зрения и защищает нижеследующие положения:

1) что мои предложения по вопросу о вызове возвращаются более во власти желаемого, нежели в области действительно существующего, т.е. что я защищаю не действующий закон, а закон только *подразумеваемый*;

2) что мои ссылки на иностранные законодательства не идут к делу, потому что австрийский и германский уголовно-судопроизводственные уставы созданы после нашего, для которого они не могли служить источником и образцом; что английский уголовный процесс далек от условий быта, похожих на наши русские; наконец, что в момент составления нашего устава французский Code d'instruction criminale 1808 г. уже не пользовался неотразимым обаянием и не считался типом космополитического процесса. Наш устав был, напротив того, первым примером направления противного пересаживанию целиком французских институтов на чужую почву, первым построением уголовного процесса не из одних отвлеченных начал, а создаваемого на национальной исторической почве и считающегося со всеми условиями быта своего народа;

3) что существо нашего процесса, в противоположность французскому, заключается в том, что он более розыскной, менее обвинительный, что в нем судебное следствие не имеет самостоятельности, свойственной процессу обвинительному, что основанием его служит предварительное следствие, что дополнение дела данными, не бывшими в виду при следствии, допустимо в наименьшей степени;

4) что основная идея нашего процесса, как понимает рецензент, есть *идея об ограничении прав подсудимого*, а вовсе не идея о равноправности сторон, а потому вызов свидетелей, не спрошенных при предварительном следствии, по требованию сторон допустим у нас вовсе не на основании начала равноправности сторон, а по практическому расчету, дабы устранить сомнения в одностороннем направлении дела. Посему, когда подсудимый требует вызова свидетеля, не спрошенного при предварительном следствии, то суд по этому требованию обязан войти очень глубоко в самое существо дела и оценить *причину* неспроса свидетеля при следствии (потому ли, что его показание к делу не относится, или что следователь отказался его вызвать без основания к такому отказу) и *важность* имеющих быть разъясненными спросом свидетеля обстоятельств. Очевидно, что обстоятельства, к делу

не относящиеся, не могут быть признаны имеющими какую-либо важность. Определением суда о вызове или невызове разрешается по закону и вызов или невызов свидетеля в суд;

5) что мое толкование 576-й ст. уст. угол. суд. уничтожает весь смысл *основного* закона об ограничении прав подсудимого и что «по характеру самой идеи, лежащей в основании учения законодателя, закон (о вызове свидетелей) не допускает иного, кроме *ограничительного* толкования».

Такова, как мне кажется, совокупность доводов в направленной против моего доклада аргументации моего уважаемого рецензента. Заявляю, что я не согласен с ним безусловно, от начала до конца, и что я оспариваю все его положения от первого до последнего.

Напрасно полагает г. рецензент, что я ссылаясь на иностранные законодательства как на источники нашего устава. Цель моя заключалась только в том, чтобы на основании западноевропейских уголовных судопроизводств доказать, что ничем не ограничиваемый вызов свидетелей защитой на ее счет не заключает в себе ничего странного, не есть требование чрезмерное, напротив того, что он вообще практикуется в западноевропейских законодательствах, а как наше уголовное судопроизводство по уставу 20 ноября 1864 г., несомненно, принадлежит к той же семье и есть европейское, то не будь в нем какого-нибудь процессуального учреждения, присущего вообще европейским уставам, причину такого отрицательного явления надлежало бы отыскать и указать. Во всяком случае эта причина не может заключаться ни в *национально-исторических* особенностях нашего прошлого, ни в *официальном* отношении составителей нашего устава к типу космополитического законодательства, представляемому будто бы французским уставом. Ход нашего уголовного законодательства был такой, что Петр Великий навязал нам архирозынской немецкий уголовный процесс, при упразднении которого, затеянном в первой половине царствования Александра II, если бы пришлось возвращаться к старине, то надлежало бы разве воскрешать древних губных старост и целовальников, которых русский народ окончательно забыл, вследствие чего неизбежная необходимость заставила при неимении собственного национального материала для создания процессуального устава заимствовать весь этот материал извне, и притом не из средневековых источников, как то сделал в свое время Петр Великий, но из современных, значительно усовершенствованных по сравнению со средневековыми и проникнутых началом обвинительным, состязательным, противоположным розыскному. Прошло уже время копирования чужих образцов; наш устав не был списан ни с одного из них, но он усвоил себе

главные и коренные идеи нашего века, господствующие в области уголовного судопроизводства. Если при этой выстройке составители нашего устава отступали весьма значительно от основных начал и характерных черт французского устава, то это обстоятельство не служит вовсе к подкреплению положений рецензента. Наш устав сочинен в духе гораздо более либеральном, нежели французский, он больше заботится о личности подсудимого, он отличается меньшим стеснением свободы подсудимого. – Сравнительно большая, чем во французском уставе, мягкость и гуманность нашего устава объясняются очень легко сопоставлением годов, в которые последовали издания обоих уставов 1808 и 1864. Мне трудно понять, из каких оснований выводит рецензент свое на воздухе висящее положение, будто бы наш гуманный устав 1864 г. построен на «коренной идее ограничения прав подсудимого». – Мне кажется, что сама эта коренная идея выставлена вперед г. рецензентом вследствие некоторого недоразумения, которое постараюсь обнаружить и затем устранить. – Я не отрицаю нисколько, что весь уголовный процесс есть не что иное, как компромисс между двумя противоположными интересами: государства, стремящегося к раскрытию преступления, и частного лица, оправдывающего себя и защищающегося от применения к нему уголовного закона. Уголовный процесс немислим без допущения стеснений и ограничений свободы действий подозреваемого в преступлении лица, без принятия со стороны государства мер, чтобы это лицо не бежало и не скрывало следов преступления. Но эти вытекающие из необходимости стеснения свободы частного лица в уголовном процессе никогда не выдавались за осуществление коренной идеи законодателя об ограничении по возможности прав подсудимого. Я допускаю, что в первоначальном состоянии общества могло не существовать никаких прав у подсудимого по защите, т.е. что лицом, которое считали виновным, распоряжались по усмотрению, не допуская его до объяснения и без посредства суда. Но раз установлены наказания по закону и предшествующий ему суд, то на первый план выдвинулось и руководящим началом стало право подсудимого на защиту, т.е. на доказание своей невиновности. Это право признают и провозглашают даже те уставы, которые практически отрицают, с другой стороны, всякую свободу действий подсудимого. Когда в строго розыском процессе XVI или XVII веков подсудимого вздергивали на дыбу или прожигали огнем, то и в этот момент пытки, по коренной идее уставов того времени, подсудимый пользовался правом на защиту, так как, отстаивая правду и превозмогая боль, он мог не признаваться в преступлении

даже и в муках: по коренной идее этих уставов права его на защиту были и в этот момент достаточно ограждены. Законодатель часто стесняет свободу защиты практически, но никогда не заявлял и не признавался, что он ее стесняет. Если бы ему пришлось заявить категорически, что цель закона заключается в ограничении прав защиты, то такое заявление равнялось бы признанию с его стороны, что подсудимый не допускается до полной и настоящей защиты. Оно было бы столь же нелогично, как нелогично было бы наставление судье в наказе: а ты суди несправедливо. Все современные улучшения в либеральном направлении в области уголовного процесса заключаются только в том, что коренная идея суда, выражающаяся в формуле уравнивания сторон и равноправности их в борьбе перед судом, остается неприкосновенной и в том же виде, в каком она явилась по изобретению суда, т.е. в самом начале цивилизации, но многие несовместимые с этой идеей равенства и ограничивающие пользование подсудимым свободой и средствами защиты мероприятия вышли из употребления и упразднены как не соответствующие состоянию прав и степени развития народа.

Опровергнув главный довод К.Д. Анцифорова, заключающийся в свойственном, по его мнению, нашему судопроизводству коренном начале ограничения прав подсудимого на защиту, начале, которое я вправе назвать «подразумеваемым», потому что в законе оно нигде не записано, и которое, по моему глубокому убеждению, противно и духу нашего устава, и мотивам к нему, опубликованным в издании государственной канцелярии, я возвращаюсь к началу нашего спора в пределах 576-й ст. уст. уг. суд. Подсудимому уже объявлено по 575-й ст., что суд отказал ему в вызове свидетелей, находя, что и причина их вызова неосновательна, и обстоятельства, о которых они имели бы быть спрошены, не важны. По объявлении подсудимому этого постановленного судом мотивированного отказа по статье 576 этому же подсудимому, несмотря на отказ, разрешается либо вызвать на свой счет забракованных и удаленных свидетелей, либо привести их с собою в суд. К.Д. Анцифоров утверждает, что забракованные судом по 575-й ст. свидетели уже не могут быть вызываемы, и отрицает таким образом 576-ю статью. Я эту статью отстаиваю. Да обсудят сами читатели, кто из нас стоит на почве подразумеваемого, а кто на почве положительного и действительно существующего закона. – Мне кажется, что я верен закону, как был ему верен и С.-Петербургский окружной суд, в своей двенадцатилетней практике вплоть до воследования кассационного решения 1878 г. за № 34.

Кончая мое возражение, позволю себе несколько заключительных слов общих и уже совсем безличных. Вникая критически

в смысл закона, возникшего в одну эпоху, нельзя ему приписывать идей, свойственных только следовавшим за этой эпохой иным временам и порядкам. Когда писались судебные уставы, никаких помышлений не было о том, чтобы созидать их не иначе, как из национального исторического материала. По части уголовного судопроизводства существовало построение старое, крайне обветшалое и народному духу вполне чуждое, притом вполне иностранное, пересаженное Петром Великим на нашу почву. Предстояло эту ветошь заменить чем-нибудь более справедливым и более жизнеспособным. За неимением своей собственной глины лепили из иностранной, но не копируя, а пригоняя работу к условиям современного быта русского народа. Новое создание вошло в жизнь, понравилось и усвоено народом, который к нему весьма скоро привык, в исходе второго десятка лет со времени введения реформы оно является как бы своим собственным, как бы национальным. – Но и старое не пропадает вдруг, потому что дух, дышавший в старых учреждениях, продолжает жить и действовать даже и после того, как старые учреждения упразднены. – Даже и после того, как старые учреждения похоронены, продолжают обращаться идеи, в сущности принадлежащие иному порядку вещей, о том, что центр тяжести уголовного процесса не в судебном, а в предварительном следствии, что главная идея процесса, а следовательно, и цель его – в ограничении прав подсудимого, о том, что все гарантии, предоставляемые лицу подсудимого, следует толковать только ограничительно, а никак не распространительно. Нет ничего естественнее такого воздействия на новые учреждения выработанных десятилетиями, а иногда целыми веками привычек мышления и действия. Само явление весьма понятно и удобообъяснимо, но оно вызывает людей, иначе относящихся к уставу, на самую энергическую борьбу.

Оказывается, что общественная наша жизнь похожа на почву болотистую и тряскую. Какое бы великолепное здание ни было возведено, оно уходит в эту почву понемногу и незаметным образом; оно засасывается почвой, пока в своем процессе понижения оно своим фундаментом не дойдет до совершенно твердого грунта. Сравнивая судебные уставы, какими они были в моментах их обнародования 20 ноября 1864 г., с теперешним их видом и состоянием, нельзя не признать, что они во многом изменились к лучшему, но что и жизнь взяла свое и не осуществила многих идеалов. Процесс засасывания их условиями нашей жизни еще продолжается. Будем надеяться, что он, однако, кончится и что, если не во всех подробностях, то по крайней мере в главных основах обнаружится их незыблемая прочность.

**ГРАЖДАНСКОЕ
ПРАВО
И АВТОРСКОЕ ПРАВО**

Об акционерных обществах

(сообщение в заседании административного отделения
Юридического общества
при С.-Петербургском университете)
(13 апреля 1885 г.)

Публикуется по книге:

*Спасович, В.Д. Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. /
В.Д. Спасович. – СПб. : Книж. магазин братьев Рымович, 1889–1902. –
Т. 3 : Статьи, диссертации, лекции юридического содержания. –
1890. – С. 403–449.*

Общие соображения

I

Считаю нужным прежде всего объяснить, почему я вношу в административное отделение сообщение по предмету, который как будто подлежит ведению одних цивилистов, да и между цивилистами касается преимущественно только тех, которые занимаются специально торговым правом. Акционерное дело в своем теперешнем цивилистическом наряде похоже на того мальчика в обтянутых штанах и узкой курточке, который растет не по дням, а по часам и у которого носимое им платье разъехалось по всем швам и рвется по всем складкам. – Никто не станет отрицать близкую связь этого нового вида торговых товариществ с новейшими государственными учреждениями. – Наш век есть век громадных объединений, сплачивания колоссальных по величине государств. Организующими началами в таких больших социальных единицах являются либо почин правительств, либо

самодеятельность единиц, соединяющихся для совместного действия в колоссальные кооперативные союзы. Эти союзы единиц конкурируют друг с другом и борются, но ежеминутно сходятся также и сливаются в еще большие и еще более обезличенные массы. Их деятельностью осуществляются цели экономические, идеи культурные; были примеры университетов, музеев, академий на акциях, возможно на акциях сооружение церквей, даже завоевание новых стран и, может быть, основание в складчину государств. – При достигшем известной высоты экономическом развитии страны существованием этих экономических коопераций и умножением их обуславливается сама организация известной части или отрасли народного или государственного хозяйства (напр., кредита, страхового дела, железнодорожной сети). С другой стороны, несомненно, что развитие этой акционерной растительности совершается крайне быстро и беспорядочно; малейший недосмотр, всякое послабление, всякое непринятие своевременных мер, предупреждающих зло, административных и в особенности законодательных, которые, мимоходом будь сказано, почти всегда запаздывают, как карабинеры в известной оперетке (*Et par un malheureux hazard nous arrivons toujours trop tard*), имеют последствиями погромы, крахи, разорение многих тысяч людей, пропажу многомиллионных капиталов. Однако если после катастрофы оглянешься назад, то во многих случаях окажется, что люди и миллионы погибли, а само то дело пережило кризис и что оно только при условии этой спекулятивной горячки и создано. – Угадывая, где им искать помощников и сотрудников, правительства шли навстречу акционерному учредительству, основывали сами привилегированные акционерные корпорации, привинчивали к своему собственному механизму эти искусственные щупальца, заимствованные от действующей в складчину самодеятельности частной (напр., знаменитая Ост-Индская компания в Англии в 1613 г., наша Росс.-америк. компания 1799 г., гарантированные железнодорожные общества и мн. др.). Потом правительства стали ограничиваться только выдачей концессий и утверждением акционерных уставов, наконец выработав общие акционерные законы, они решились предоставить частным лицам, соединившись, сочинять совершенно свободно и совершать затем нотариальным порядком или при участии суда какие угодно, лишь бы общему акционерному закону непротивные, уставы. Роль акционерных обществ в современном народном хозяйстве столь велика, что по всем классам предприятий, осуществляемых в складчину, и совершенно различных по целям и задачам, которые они преследуют, выработались отдельные,

своеобразные нормы, особые системы полицейских правил, определяющих их отношения к обществу и государству и самый ход и порядок их отправлений. С этой стороны акционерное дело входит, конечно, в область государственного права, но оно подведомственно, так сказать, этому государственному праву еще и с другой стороны, на которую прошу обратить внимание, а именно со стороны внутренней организации акционерных обществ.

II

И в области биологии, и в области социологии содержание жизни неизмеримо богатое, а формы организации весьма бедные, так что чрезвычайно трудно приискать для постепенно осложняющегося содержания соответственную ему и вполне подходящую форму. Между государством и обществом, начиная с больших общественных групп и до единиц, происходят постоянный обмен и взаимное заимствование форм. Государство укладывалось сначала по типу семьи и рода (патриарх. государство), потом по типу чисто гражданского института собственности (феодалное г.), пока путем подражаний классическим формам мелких городских общин древности оно не доработалось до форм современных, построенных в большей или меньшей степени на началах представительства и парламентаризма. Наоборот, акционерная организация есть прямой сколок с государственного устройства, живьем перенесенный в цивилистическую область и возведенный в институт гражданского права. Притом она есть перенесение в область гражданского права не исторического государства в таком виде, в каком оно сложилось веками, но *ходячих теорий государства* в их последних и новейших изданиях. Согласившись вести одно общее экономическое дело сообща и в складчину, кооператоры старались устроить управление этим делом по тому образцу и идеалу, который носился перед их умственными глазами и который касался управления целым гражданским обществом вообще и в самых больших размерах. – Первые акционерные компании (начиная с Генуэзского *banco di San Giorgio* 1407 г.) были чисто аристократические, или, лучше сказать, олигархические, из немногих соединившихся богачей; таковы были старинные компании итальянские, голландские, а английские даже и донныне сохранили многие черты этого характера. Ныне акционерные компании сильно демократизировались и сами, в свою очередь, содействуют в весьма значительной степени быстрой демократизации гражданского общества, крошению и растиранию в мелкий порошок всего гранитного, твердого, индивидуального,

образованию из песчинок больших комьев мокрого песка, страшно быстрому, почти мгновенному обмену веществу. – Мелькнула кому-нибудь счастливая золотоносная идея, ее схватили на лету сообразительные учредители; они берутся за дело, часто вовсе и не задаваясь мыслью об окончательном успехе предприятия, они озабочены только тем, чтобы, взяв дело в руки, спустить его по возможности скорее и уйти, взяв с него немалую толику за фасон. В компании окна и двери открыты настежь, входят ежеминутно новые люди и уходят, никто долго не засиживается. – Декоративная часть великолепна и привлекательна, есть шумное вече со своими все решающими плебисцитами, есть ответственное министерство с президентом, иногда особый сенат в виде совета или наблюдательного комитета. – Между тем на деле эта блистательная обстановка почти всегда не более как марево, оптический обман, условная ложь. Условием жизни для настоящих политических созданий служит борьба направлений, состязание между организованными ввиду борьбы партиями. Есть государства, которые хромают, потому что настоящих политических партий в них еще нет, например современная Италия. – Заведите эту борьбу партий в правлениях, советах и общих собраниях акционерных обществ и увидите, что акционерные компании, в которых утвердилась эта рознь, непременно развалятся. Вспомним, какую судьбу имели у нас четыре железнодорожных устава 1874 г., составленные по неудачной идее бывшего министра путей сообщения графа А.П. Бобринского, в которых систематически и с предвзятым намерением даваемы были средства в руки оппозиционному меньшинству, чтобы оно могло тормозить всякое действие и всякое постановление большинства (у Привислянской, Уральской, Оренбургской и Фастовской ж. д.). В трех из этих обществ не устроилось никакой борьбы, но они не пошли от того ни хуже, ни успешнее, а в одном (Привис.) борьба завязалась из личных мотивов между двумя личными врагами и едва не навредила предприятию. При выборных и представительных учреждениях наружная гладь и тишина крайне обманчивы; они могут существовать десятки лет при полной несостоятельности, затем случаются крахи, порою раздаются крики: караул! грабят! Правительство то и делает, что запускает руки во внутренние дела компаний. Ввиду учащающихся подобных случаев публика и исправляющие большею частью роль флюгеров, вертящихся по ветру, газеты выражают то мнение, что если бы посадить в каждое правление общества, где обнаруживаются признаки заводящейся моли, по товарищу прокурора, а в большие компании и по два, то дело тотчас пошло бы на лад и оно бы поправилось. Все почти наши

газеты стоят за то, что следовало бы установить строгие наказания за подтасовку общих собраний акционеров, за передачу настоящими акционерами их акций подставным акционерам ради образования искусственного большинства голосов в общих собраниях и что после того злоупотребления, по-видимому, прекратятся, хотя с чисто гражданской точки зрения трудно понять, почему бы субъект имущественного права должен был стесняться в своем не причиняющем другим лицам вреда пользовании и распоряжении своим правом. Этот суровый взгляд, клонящийся к употреблению уголовной остротки, разделяют не только газеты, но и государственные люди. Первоначальный законопроект устава российских железных дорог так называемой *Барановской* комиссии (бывшей под председательством графа Э.Т. Баранова) в редакции 1 декабря 1881 г. предлагал в ст. 89 наказание штрафом от 500 до 1000 рублей и арестом до 3 месяцев передатчиков акций и подставных акционеров и штрафом от 1000 до 3000 р. и тюрьмою от 3 месяцев до 1 года с лишением права участвовать в акционерных собраниях виновных в подтасовке собрания, когда оно было нужно для постановления решения, явно убыточного для акционерного общества или для казны. Это уголовное требование есть необходимое логическое заключение, выводимое из предпосылки *равенства*, равноправности акционеров как акционеров отдельно и независимо от капитала, которым они располагают; эти же начала, в свою очередь, суть понятия, заимствованные из государственного права, и применение их к акционерному делу основано на уподоблении во всем акционерного общества государству. Такие же политические идеи мелькают и в сочинениях специалистов, занимающихся предметом научно. *И. Тарасов* в «*Учении об акционерных компаниях*» (Киев, 1879, диссерт. на степень доктора права) утверждает, что «принципиально, исходя из понятия о равенстве всех членов акционерной компании, все акционеры должны бы пользоваться равным числом голосов, ибо трудно и даже невозможно определить экономическое значение того капитала, который помещен ими в акцию: нередко одна акция – все состояние бедняка, между тем как сотни акций ничто для крупного капиталиста» (стр. 54). Одно из сильнейших выражений этой ярко публицистической идеи нахожу я в одной из речей нашего уважаемого сочлена *А.Ф. Кони*, произнесенной им на общем съезде, созванном в 1881 году Барановской комиссией (стенографический отчет 1882 г., стр. 92 и 94). Смысл этой речи, которую приведу в сокращении, таков: «...надо различать *владение* акциями и *количество* акций; одно владение дает уже право на управление делами общества. Каждая акция дает начало двоякому праву:

праву на участие в собраниях и праву на доход. Она есть *правомочие* и ценность, приносящая доход; последнее право ничем не ограничивается, размер его вполне зависит от количества акций. Первое право ограничено, как пределом, таковыми же правами других лиц, которые ни в каком случае не должны быть превращаемы в фиктивные. Капитал и интерес не тождественные понятия, капиталу подобает львиная часть дивиденда сообразно массе акций, но относительно участия в делах должна быть допущена самодеятельность совокупных сил малых владельцев, без чего капитал подавит все, что не менее заинтересовано, но менее сильно в денежном смысле. Пора покончить с самовластием централизованного капитала, перед которым все остальное – привески или балласт, существующие по желанию и для желаний капитала; пора покончить с безличными общими собраниями бесправных людей, играющих пустую комедию под руководством одного или нескольких крупных акционеров. Пора заставить капитал самолично и действовать, не нося лицемерного прозвища общества, которое для него только ширма».

Этот красивый лирический отрывок имеет один только крупный недостаток, одну явную фальшь. В нем совершенно упущено из виду несходство положения акционера в обществе и гражданина в государстве. Богат гражданин или беден, знатен он или не знатен, во всяком случае он принадлежит государству почти со всем своим имуществом, так сказать, душой и телом. Он погружен в государство, он от государства зависит и во всей своей обстановке, и во всех заимствуемых извне средствах и условиях существования. Отношение его к государству постоянное, оно должно быть сердечное, эта сердечность для него обязательна и нравственно, и юридически. Я утверждаю, что патриотизм для гражданина во многих случаях обязателен и выражается во множестве уголовных постановлений, которыми усиливаются наказания за образ действия в свою личную пользу и ко вреду общественного, народного или государственного блага. – Акционерное общество, напротив того, масса рыхлая, неплотная, без цемента, из мокрого песка, песчинки которого слипаются от промежуточной между ними влаги, от одного имущественного личного и очень редко от общего культурного интереса. – Я не спору, что и во славу и процветание фирмы можно вложить свою душу, но обыкновенно таким образом относятся к делу немногие, и то настоящие рабочие по делу, а не простые вкладчики. В силу коренных условий организации акционерного общества вкладчик-акционер сегодня вошел в общество, а завтра из него вышел; не то существенно, последний ли он грош свой или

не последний вложил в предприятие, но только то, что лишь этим одним грошом он отвечает и ни чем больше, что, кроме этого гроша, он ни нравственно, ни юридически за происходящее в обществе не несет никакой ответственности. Политическая расчетливость только и может возникнуть на необходимой подкладке – *равнобременности* обязанностями; она – эквивалент за несомое равноправным гражданином бремя. Этой подкладки нет в акционерном предприятии, а существует только известный имущественный *риск*, который имеет в общежитии свое нормальное мерило, а именно величину вкладываемого в дело и подвергаемого риску капитала. Как часто бы ни было провозглашаемо начало равноправия акционеров, едва ли можно их заинтересовать в деле по альтруистическому мотиву общего блага, едва ли можно их приохотить к посещению общих собраний предоставлением им большего числа голосов при малом капитале. – Весьма громко говорить и столь же решительно действовать будут только те, которые при маленьком капитале постараются добыть побольше дохода, получить львиную долю в добыче, что совершенно возможно и неизбежно будет делаться открыто, явно и наизакононейшим в мире способом. Есть доходные места членом правления, членом совета, есть также средство и возможность сбыть свои акции перед каждым крупным разговором в обществе по выгодной возвышенной цене. Напирая на подтасовку собраний, упускают из виду шантаж. Крупные уголовные меры против заправил акционерного дела не поправят зла, а только доставят средства отдельным акционерам совершать другое злоупотребление: промышленять так называемым в речи А.Ф. Кони своим правомочием посредством пользования формальным равенством голосов всех членом собрания, независимым от числа акций. – Сам взгляд на право голоса в акционерном обществе должен бы, на мой взгляд, значительно измениться. – В обществе происходит громадное накопление оборотных капиталов, является настоятельная потребность доходно помещать застаивающиеся капиталы. Акционерные компании суть ныне самая распространенная, самая популярная форма утилизации этих втуне лежащих капиталов. Вносят в общества капиталы не из любви к делу, а в ожидании наибольшего дохода. Большинство вкладчиков-акционеров так-таки и не будут делом интересоваться, не будут ходить в собрания, разве само дело пошатнется. Право голоса ценно и важно для большинства вкладчиков только как гарантия на всякий случай, как возможность заглянуть в дело в интересный, критический момент и сообразно тому на него повлиять. – Затягивание акционерных

обществ в уголовные корсеты столь же мало поможет делу, как пересадка концертантов в известной басне Крылова «Квартет». Общие собрания будут всегда безжизненны и вялы, пока дело идет ладно и правильно, пока оно хорошо процентируется. Эти собрания будут вскипать, когда дело пошатнулось или когда оно в опасности. Парламентская форма управления лишь изредка будет оказывать свои услуги как гарантия, как клапан безопасности. – Призрачность выборного начала и пустота парламентских форм непоправимы никакими мерами, они присущи организации в ее настоящем виде самого института, они не отделимы от существеннейших признаков института, от мгновенно быстрого обращения акций у публики и от ограничения ответственности акционеров одними вкладами.

Мы находимся ныне, в конце XIX века, в полном процессе демократизации общества и даже на скате его по наклонной плоскости к социализму. Мы идем по пути к исчезновению, если не навсегда, то на долгое время, личности, к ослабеванию личного почина. Были хозяева-патроны, были полные товарищества из немногих лиц, были коммандитные товарищества, теперь начинают решительно преобладать одни большие акционерные компании, исчезают рыбки, и на море промышленности плавают только большие киты. – Приведу меткие слова Золя в *Germinal*' (VII, I): *c'était le glas des petites industries personnelles, la disparition prochaine des patrons, mangés un par un par l'ogre sans cesse affamé du capital, dans le flot montant des grandes compagnies.* – Хорошо ли это направление, или оно дурно – это большой вопрос со многими весьма условными решениями. Во всяком случае акционерный дух не только царит в промышленности, но он оказывает свое, несомненно, тлетворное влияние и на само государство. Ссылаюсь в этом отношении на Гнейста, на многократно выраженную им опасность, какую оказывают даже в столь солидном обществе, каким является английское, акционерные воззрения на общественные и политические отношения, взгляды на государство как на громадную акционерную компанию, в которой никто не несет ответственности и обязанностей, а всякий ищет случая к наживе и осуществляет только свое право на дивиденд, то есть на изыскание средств для наименее бедного существования. – Я полагаю, что ввиду зол, сопряженных с акционерным делом, можно бы даже поставить серьезный вопрос о допустимости в жизни и законодательстве этой формы кооперации, составляющей помесь от скрещения гражданского права с государственным. – Я лично убежден, что даже при теперешнем хаотическом, не выработанном еще состоянии института

польза, которую он приносит, перевешивает всякие злые его последствия и недостатки. Всякий институт должен быть оцениваем и судим по особнным, ему специально свойственным законам его существования и развития. – Возня с новым своеобразным институтом часто неуспешна, потому что законы его устройства еще неизведанны, не открыты и что прилагается к его оценке неподходящая мерка цивилистическая или публицистическая, между тем как ни та, ни другая к нему не идут. Ни в науке, ни в искусстве, ни в политике, ни в законе нельзя из одной области отношений переносить в другую задачи, условия, методы и приемы, исключительно свойственные одной, устраивать чисто имущественные отношения, основанные на собранном в складчину капитале на началах публичного права. Позволю себе привести слова Лор. Штейна (*Vermaltungslehre*, I B., 3 Th., S. 137: *Keine gessellschaftliche Frage kann durch die Actienvereine gelöst werden. Es lebt in den gessellschaftlichen Vereinen ein absolut anderes Princip, als in den Aktienvereinen*). – На каких же началах должны быть устраиваемы акционерные общества? Позвольте мне ограничиться указанием на то, что такой вопрос есть, что он остается открытым, но зачем его предрешать? Я не Колумб и не решусь пускаться в море на открытие этой Америки. – Моя задача ныне гораздо скромнее и проще, она чисто репортерская. Общественное движение новейших времен породило явление еще не определившееся, не сложившееся, может быть даже, по природе его уродливое, с которым не условились еще, как поступать. Мы его только наблюдаем, пробуем и ошупываем. Два новейших образца этого явления имеются в виду, один – это русский законопроект, над которым умные люди поработали, другой – это закон иностранный, весьма недавний, изданный в соседнем к нам и передовом в культурном отношении государстве. Я постараюсь их разобрать, сравнить, а потом указать на те черты, которые в обоих источниках, по обстоятельствам настоящего времени, кажутся мне наиболее достойными заимствования и подражания.

III

Манифест Императора Александра 1 января 1807 г., даровавший российскому торговому сословию новые выгоды, отличия и преимущества, впервые определил в русском законодательстве понятие акционерной компании, отвечающей лишь своим складочным капиталом. Затем 6 декабря 1836 г. при Императоре Николае Высочайше утверждено прошедшее через государственный совет положение о компаниях на акциях (II. Собр. 3 № 39,763),

составляющее ныне 2 отд. 7 главы 3 раздела об обязательствах по договорам в I ч. X т. св. зак. гр. (статьи 2139–2198). Когда это положение, выдаваемое ныне за еще и теперь действующее, было пересматриваемо в видах реформы в начале семидесятых годов, то оказалось, что оно почти неживое, до того оно состарилось в течение своего полувекового существования. – Из 59 статей *положения* оказывается по объяснительной записке 1874 г. к новому законопроекту, что 6 совершенно лишние, так как они – повторения общих гражданских законов; 25 совсем не применяются по изменившимся отношениям и воззрениям на предмет и только 28 применяются, да и то с пояснениями, дополнениями и изменениями. С положением произошло то же, что происходит с развалиною в жарком климате при сильной растительности: она вся покрывается как бы лесом своеобразнейших растений. Положение заслонено теми бесчисленными уставами акционерных обществ, которые составляют, по словам Тарасова (с. 181), *сплошное отступление* от общего закона. По Высочайше утвержденному положению Комитета министерств 27 ноября 1859 г. поручено было министру финансов составить новый законопроект. Этот проект уже во второй исправленной редакции подвергнут был новому пересмотру в конце 1871 г. в комиссии из 16 лиц под председательством А.И. Бутовского (Тернер, Кобеко, Ермолов, Цимзен, Шумахер и др.), после чего в своей новой третьей переделке он был разослан разным учреждениям и лицам. В октябре 1837 г. комиссия приступила к составлению еще новой (четвертой) редакции законопроекта в 198 статьях, который я буду называть проектом 1874 г. и который не получил затем дальнейшего движения.

Первый крупный вопрос, на который натолкнулась комиссия, был вопрос об изменении самого порядка учреждения акционерных обществ, о введении *актового* или *явочного* порядка учреждения вместо *концессионного* или *законодательного*. На этом вопросе я не буду долго останавливаться; он разрешен жизнью и опытом у всех почти народов Западной Европы (Великобритания 1867 г., Германия 1870, Франция 1871). Компании на акциях сообщает характер *юридического лица* не правительственное ее утверждение, но всем желающим должно бы быть предоставлено право при известных условиях и с соблюдением известных формальностей вложить свои капиталы в создаваемое ими анонимное общество, как разрешается им составлять, не требуя особого разрешения, товарищества полные или на вере. – Существуют два необходимых регулятора деятельности акционерных обществ: 1) ясный, точный и обстоятельный *общий закон*, который определяет, например, как то делается в проекте, что эти общества требуются

только для больших предприятий с известным минимумом капитала (100 000 р. по § 1), какова должна быть минимальная стоимость акции (100 р. по § 65), что общество должно быть в самом деле анонимное, а не именоваться по имени акционеров или учредителей (§ 2), что оно должно иметь членов с правом голоса не менее *семи*, в противном же случае оно превращается по ответственности за свои долги в полное товарищество (§ 7) и т.д. Такие правила могут быть общие и специальные для некоторого только рода компаний (напр., страховых, банковских и т. под.), которых я не коснусь, так как я ограничиваюсь только общими чертами. – 2) *Явка*, облечение соглашения кооператоров в нотариальную форму, причем правительственное учреждение, управляющее нотариальную функцию, не должно входить в содержание соглашения, но вникает только в то, чтобы в этом содержании не было ничего противозаконного (§ 49). Актовый или явочный порядок предполагается ко введению даже по отношению к таким компаниям, которые Тарасов называет *акционерными корпорациями* и которые учреждаются при содействии либо правительств, либо городских или земских обществ или имеют монопольный характер и немислимы без согласия на образование их правительства. Разница между этими обществами и всякими другими та, что на учреждение привилегированных или имеющих монопольный характер обществ требуется предварительное испрошение учредителями особой концессии, которая вносится потом целиком в учредительский акт и устав (§ 14) в виде изъятия, которое трудно одобрить, потому что оно лишено достаточного логического основания, банки и кредитные учреждения, даже частные и непривилегированные, допускаются только за особым на каждый случай разрешением министра финансов (§ 14). При министерстве финансов предполагалось завести особый *явочный отдел*, ведущий *главную книгу акционерных обществ в России*, в которую вносились бы все уставы компаний, и *архив*, в котором помещались бы все годовые отчеты компаний. Явочный отдел взимал бы пошлину (20 к. с 1000 р. с объявленного капитала общества) при записании устава в акционерную книгу, выдавал бы всякого рода копии и справки. С момента занесения устава в акционерную книгу компания становится юридическим лицом, субъектом прав и обязательств (§ 42). Прежде чем наступит этот момент, должны быть совершены некоторые действия, обряды и операции, имеющие конечной целью, так сказать, рождение этого юридического лица. На этой подготовке я и должен теперь остановиться.

IV

Общества еще нет, имеются только учредители, которые составили: 1) *учредительский акт* с обозначением, кто с чем входит в предприятие, кто какую часть акций возьмет, какое количество акций должно быть обязательно предложено для взятия публике по подписке (не менее половины всего числа акций) (§ 10 и 11); и 2) *проект устава*. В числе учредителей могут быть и лица, предлагающие будущему обществу и не денежные вклады (напр., изобретение, строения, земельный участок и т.п.). Все неденежные вклады и все условия вознаграждения учредителей за понесенные ими по устройству дела *работы* должны быть включены в условия подписки с обозначением, оплачены ли будут они деньгами из будущего складочного капитала, или из прибылей, или известным числом акций (§ 18–22). В проекте устава должен быть определен сам срок окончательного осуществления предприятия (§ 80). Затем учредители, не требуя ничего на то разрешения, делают публикации об открываемой ими подписке на акции. Акции предлагаются не по условной, а по нарицательной цене их (§ 28) со взносом по ним не менее 10 % при самой подписке (§ 27) в известные кредитные установления (§ 29); учредители обязаны произвести такие взносы наравне с другими подписчиками. Срок полной оплаты акций не может быть более 3-летнего со дня занесения устава в главную акционерную книгу под страхом потери, в противном случае участвующими в предприятии лицами права ограниченной вкладами ответственности (§ 55 и 56). Не позже 7 дней со дня закрытия подписки учредители публикуют о ее результатах, о разверстке акций между подписчиками и о созыве общего собрания подписчиков (§ 30). В общем собрании председательствует лицо, выбранное подписчиками из их среды. Учредители и владельцы неденежных вкладов участвуют в решении только общих вопросов о их правах и вознаграждении (§ 36). Если подписка не покрыла всего количества акций или если учредители и владельцы неденежных вкладов не поладили в общем собрании с подписчиками, то общество считается несостоявшимся и вклады возвращаются (§ 38). Если согласие последовало, то выбирается правление (§ 34), которое хлопочет о внесении устава в главную акционерную книгу (§ 42). Иногда проект устава, забракованный явочным отделом по незаконности его, исправляется в новом общем собрании или правлением, если оно к тому общим собранием уполномочено (§ 32). Когда устав внесен в книгу, то общество признается существующим и явочный отдел снабжает правление свидетельством на получение из кредитных установлений денег, собранных по подписке (§ 53). Весь этот явочный порядок имеет

одно очевидное и громадное преимущество: при нем становится возможной система правительственной *политики* по акционерному делу. Каждый новый устав есть только частный договор, который может быть по суду разрушен, а не новый специальный закон, имеющий первенство перед общим, хотя бы в его особенностях вмещались явные уклонения от всей системы акционерного законодательства. При существовании явочного порядка не мог бы возникнуть даже и вопрос, на обсуждение которого употреблено столько заседаний в Барановской комиссии и созванном ею съезде, о возможности ломки гуртом или по частям или о неприкосновенности существующих акционерных железнодорожных уставов, причем спор вертелся только около того, что по порядку возникновения, по содержанию и значению акционерного устава он есть не только законодательный акт, но и договор об известном предприятии между получившими концессию учредителями, а равно заместившим их обществом с одной и правительством с другой стороны. При явочном порядке уставу может предшествовать концессия, если само предприятие полуправительственное. Концессия есть имущественное право, которого никто не может быть лишаем, разве посредством экспроприации *pro bono publico* за вознаграждение. Сам устав есть не что иное, как договор, крепкий, коль скоро он был законен по тому времени, когда состоялся, и неразрушимый от обратного действия вновь издаваемых законов. Он должен быть додерживаем, разве бы по государственным соображениям *salus publica* потребовала в каком-либо экстренном случае его рассечения и отмены.

V

Не стану распространяться о капитале акционерного общества. Так как оно отвечает перед кредиторами только этим складочным капиталом, прямо расходуемым на предприятие, то особенные заботы прилагаются к тому, чтобы складочный капитал не был вынимаем из дела. Обществу запрещено (§ 8) покупать свои собственные акции для последующего затем их погашения и принимать в залог свои собственные акции. Дивиденд выдается лишь из чистой прибыли (§ 104), погашение акций бывает только в обществах, учрежденных на срок, и только из чистой прибыли (§ 97), наконец, только по нарицательной цене, а не по биржевой цене акций. Эти положения правильны с логической и формальной стороны, но в действительности оказывается, что операции умозаключения подвергаются здесь только одни слова, а не дело. Складочный капитал уходит на предприятие, он может быть весь израсходован, существует только само доходное

предприятие с принадлежащим ему разным имуществом, которое и гарантирует кредиторов, между тем как нарицательный складочный капитал сделался мифом. Дивиденду нет предела, он может быть и 100 на 100. Если вместо раздачи всего дивиденда акционеры отдают половину чистой прибыли в дивиденд, а половину обратят на погашение, то результат для кредиторов будет в обоих случаях одинаков, да и для акционеров он тоже одинаков, за исключением разве того, если условлено, что акционеры с погашенными акциями должны совсем уходить из дела и вся прибыль должна затем делиться между остающимися. Против сей последней системы можно спорить, как и против заманивания в предприятие не по соображениям о его доходности, а по расчету на премии и случайный выигрыш. – Скупка своих акций должна бы быть запрещена не как истощение обществом его средств, которые не истощаются, если на операцию обращена только часть чистой прибыли, вместо того, чтобы быть розданною в дивиденд, но потому, что нельзя допустить биржевого спекулирования акциями; нельзя допустить, чтобы правление и немногие лица, посвященные им в тайны дела, пользовались неведением о доходности предприятия других акционеров ко вреду сих последних. – Взято крепко в руки, положим упавшее или пошатнувшееся предприятие; публика не знает, что оно поправимо и что оно поправляется; начинается скупка правлением втихомолку упавших акций по низкой цене, чтобы, уничтожив их, дать оставшимся в деле акционерам сильно увеличенный дивиденд. Тут есть все признаки легкого фокусничества, все признаки присвоения чужого имущества и мошенничества. Можно бы спорить вообще против всякого погашения акций даже по срочному предприятию и такому, в котором по истечении срока не останется имущества для дележа. Что касается до ссуды под залог своих акций, то она вообще рискованна, потому что общественным залогом, обеспечивающим состоятельность предприятия, будет служить часть того же самого предприятия, изображаемого заложенными акциями. Очень полезно постановление, что сама концессия на предприятие не подлежит вознаграждению в смысле неденежного вклада (§ 79). Общество может выпускать облигации только после собрания всего складочного капитала и в размере не свыше его половины (§ 87).

Акционерное общество перестает существовать за истечением срока, на который оно было учреждено, если оно было срочное, и, кроме того, еще в следующих трех случаях: 1) когда в 3 года со дня внесения устава в главную акционерную книгу складочный капитал не был сполна собран; 2) когда оно не привело в действие

предприятие в указанный уставом срок и 3) когда оно приостановило платежи (§ 109). Ликвидация производится по постановлению общего собрания акционеров или по определению суда, по требованию кредиторов или акционеров (§ 123). Общество может быть объявлено несостоятельным; тогда оно устраняется от заведования своими делами и вместо ликвидационной комиссии действует уже конкурсное управление.

VI

Перехожу к самой существенной и самой характерной части проекта, к внутренней организации его управления, к настоящему или фиктивному народоправству, которому отдается в заведование известная масса. – Я не сомневаюсь, что дух постановлений проекта был бы значительно отличный, если бы проект сочинялся теперь, после дел Струсберга с Моск. комм. банком, Скопинского банка и многих иных крушений и после впадения большинства железнодорожных акционерных предприятий в несостоятельность, от которой они спасаются только вмешательством в их дела правительства, кредитами на покрытие эксплуатационных дефицитов и правительственной гарантией. – В 1874 г. еще царило большее спокойствие и большее доверие; составители проекта явили себя людьми консервативными, противниками крупных мер. Отсутствие строгой дедуктивной последовательности и двойственность перекрещивающихся воззрений – цивилистических и публицистических – заметны в проекте, но они неизбежны по природе самого института. Я должен присовокупить, что цивилистические воззрения преобладают. Редакторы несколько не скрывают, что они поклонники капитализма. Никто из них не смутился бы от слов А.Ф. Кони: «...пусть капитал самолично и действует, не нося лицемерно прозвища общества». Они бы отвечали: капитал здесь и действует, но он складочный, следствием чего и является общество, но общество из одних капиталистов, а не из отвлеченных людей. – Рассуждения объяснительной записки к проекту (стр. 46–50) могут быть сведены к следующему. Люди с большими средствами чуждались бы ассоциации, угрожающей им постоянной зависимостью от большинства менее затратившего в дело. Правда, что новейшие русские акционерные уставы клонятся к ограничению наибольшего числа голосов доступного одному, хотя бы наиболее крупному акционеру. Направление это может продолжаться; при явочном порядке нельзя и помешать включению соединяющимися в одно общество кооператорами в устав какого угодно правила о голосовании, например и такого, что всякий акционер имеет только один голос – не более, что

притом безразлично, имеет ли он одну акцию или тысячи их, но этих ограничений нельзя превращать в норму, притом еще сомнительно, ограждают ли они интересы мелких участников. Уравнение крупных участников с мелкими явно несправедливо и имеет неизбежным последствием обычай передавать акции подставным акционерам, то есть создавать искусственным образом преступление вследствие неестественности усваиваемого законом общего начала. Один только французский закон преследует уголовно передачу акций подставным лицам. Всего проще было бы определить, что акционер имеет столько голосов, сколько акций.

Таковы взгляды составителей проекта. Кажущиеся отступления в проекте от начала пропорциональности капиталу числа голосов объясняются желанием составителей провести то начало, что акционерное общество состоит действительно из нескольких лиц, а не из одного лица с привесками, не имеющими значения. В общем собрании участвуют владельцы акций, хотя бы и заложенных (§ 128). По крайней мере одним голосом обладает тот, кто имеет $1/100$ часть складочного капитала, или если складочный капитал более 500 000 р., кто имеет акций на 5000 рублей (§ 131). Самый крупный акционер не может иметь более половины голосов в собрании (§ 136). Передавать по доверенности голоса можно только акционеру (§ 134). Опекун является без доверенности по акциям опекаемого (§ 135). По акциям торгового дома может являться один только представитель (§ 136). Мелкие акционеры могут голосовать в складчину (§ 137). Очевидными и неизбежными признаками вторжения начал государственного права в область частных имущественных отношений служат два учреждения: а) вече, то есть общее собрание акционеров, которое изображает собою все общество, хотя бы многие из его членов отсутствовали, причем не явившиеся считаются заранее подчинившимися постановлениям собрания; и б) решение спорных вопросов не по общему всех согласию, но посредством рассечения их численному перевесу преобладающего мнения, по большинству голосов. – Испытанный и вошедший в пословицу абсентеизм акционеров в общих собраниях при полном отсутствии всякой возможности сгонять их, приводить, понуждать к явке в общие собрания повел к узаконению вторых общих собраний, созываемых в короткий срок после несостоявшихся за неявкою узаконенного числа акционеров первых собраний и действительных, как бы мало ни было число явившихся (§ 146). Начало капитализма торжествует в постановлении проекта, по которому действительность собрания определяется не числом явившихся лиц, а представляемую ими

частью акционерного капитала (половина его для решения вопросов об изменении устава, изменения нормы складочного капитала, выпуска новых акций и облигаций и пятая часть по другим вопросам) (§ 145). По первого рода вопросам необходимо большинство в $\frac{3}{4}$ голосов, по второго рода вопросам простое большинство (§ 148). Меньшинству, превосходящему $\frac{1}{10}$ складочного капитала, предоставлено право созыва чрезвычайного общего собрания (§ 143). Правление обязано вносить в ближайшее общее собрание предложения, поддерживаемые акционерами – владельцами не менее $\frac{1}{40}$ части складочного капитала. По началу, свойственному государственному праву, постановление собрания обязательно для неявившихся и для голосовавших против положения (§ 148). Хотя не постановлено, что голосование должно быть тайное, но по духу проекта следует, что в случаях сомнительных и по личным вопросам баллотирование бывает тайное. Фикция согласия на постановление отсутствующих и невозможность в большинстве случаев поверить, кто именно подавал голоса за противозаконное постановление, упраздняют возможность привлечения к ответственности за постановления членов собрания. Вменения нет, а закон ограждается только тем, что всякое противозаконное постановление *ipso jure* недействительно (§ 150).

VII

Наименее оригинальна часть проекта, посвященная органам управления, выборным по началу представительства. Обязательна *ревизионная комиссия*, вперед избираемая общим собранием для будущего годового отчета (§ 152). Факультативен *совет* или наблюдательный *комитет* (§ 183). Где он существует, там можно обходиться без ревизионной комиссии, потому что на совет или комитет может быть возложено ревизование (§ 159). Где есть совет или наблюдательный комитет, там можно обойтись даже и без коллегиального правления, предоставить управление делами одной особе, избранному общим собранием *директору-распорядителю*, заменяющему правление (§ 161). Наименьшее число членов в правлении трое (§ 160). Член правления может быть до срока своего служения отставлен общим собранием (§ 167). Полная свобода предоставлена всякому уставу в избрании способа замещения должности председателя правления: он избирается или членами правления из их среды, или общим собранием акционеров, или советом.

Неизбежным последствием водворения начал государственных в акционерном институте является довольно разветвленная сеть уголовных постановлений, сводящихся главным образом к одному типу: не оправдавшемуся доверию, злоупотреблению

полномочиями со стороны органов управления. – Интересна ответственность членов правления и совета за приведение в исполнение незаконных постановлений общих собраний акционеров. Ответственность за убытки от такого постановления падает и на общество, но управители подлежат, однако, за то, что они исполнили постановление, штрафу до 1000 рублей (§ 19). Преступления уполномоченных и представителей общества делятся на два класса по субъективному признаку – настроению воли виновных – на: 1) нарушения правил устава и общего акционерного закона без особой преступной цели и 2) на таковые же нарушения, совершаемые из корыстных или иных личных видов. Для первого класса преступлений установлены денежные штрафы от 400 до 1000 р. (§ 189, 192). Для второго полагаются наказания как за мошенничество, присвоение или растрату чужого движимого имущества. Члены совета, наблюдательного комитета или ревизионной комиссии, заведомо допустившие членов правления совершить преступление из корыстных или личных видов, наказываются с ними наравне (§ 196). Интересно, что за составление заведомо неверных отчетов, счетов, баланса и предположений об исчислении дивиденда виновные наказываются не по 362-й ст. улож. о нак., как за так называемый служебный подлог, а просто как за мошенничество (§ 194), что мне кажется вполне правильным. Сообщением ложных сведений в балансе, отчете или докладе они вовлекли общее собрание, представляющее собою все общество, в невыгодную сделку, выразившуюся в форме обязательно для общества постановления общего собрания.

Таково в главных основаниях содержание законопроекта, которого характеристику можно бы сделать в следующих чертах.

Упорядочение уже существующего без крутых перемен и ломки; введение одного крупного преобразования, уже испытанного за границей: актового порядка образования акционерных обществ вместо законодательного; последовательное осуществление вполне логичного начала пропорциональности капиталу участия акционеров в управлении делами общества; несколько умных уголовных законоположений. Еще и ныне было бы желательно введение в жизнь этого проекта. Хотя и предположено было распространить действие нового положения на существующие уже акционерные общества, но только в том, что иначе и не определено их уставами, которые должны оставаться в полной силе. Если бы какое-либо общество задумало изменить свой устав и применить правила нового положения, то ему предоставляется это сделать.

Теперь от этого законопроекта я должен перейти к германскому закону 18 июля 1884 г., причем с первого раза нас поразит

большая сложность правоотношений, большая тонкость технической обработки предмета, хотя по содержанию закон представляется чем-то весьма далеким от совершенства и во многих отношениях весьма даже не желательно, чтобы он послужил нам за образец.

VIII

До 1870 г. прусское законодательство следовало той системе, которой придерживается еще и ныне современное русское: торговые акционерные общества входили в торговое право, а постановления о не торговых – в Landrecht (2 ч., 6 титул). 11 июня 1870 г. издан новый акционерный для всей Германии закон, по которому всякое, хотя бы и не торговое, акционерное предприятие рассматривается как торговое общество, вследствие чего все постановления об акционерных обществах помещены исключительно в Reichs Handels Gesetzbuch (изданный еще как Bundes Gesetz 5 июня 1869 г.). – Главная задача закона 1870 г. состояла в замене законодательного порядка образования акционерных обществ актовым. Закон 1870 г. был сколочен наскоро и в многих отношениях содействовал развитию страшной учредительской горячки, ознаменовавшейся сначала бешеными спекуляциями, а потом ужасными крахами. По словам *Лёвенфельда* (Berlin, 1884. Entwurf des neuen Aktiengesetzes), следствия этой печальной эпохи уже сглаживались к 1879 г., превосходная судебная практика создала известный сносный *modus vivendi* при существовавшем законе. – Вновь изданный закон полон, однако, воспоминаний о горьком опыте и мер предосторожности против спекуляций, доходящих до мошенничества. Особенности предшествовавшего закону хода законодательства объясняется то, что новый закон вмещает в себе два отдельных положения во многих статьях тождественные: а) *Kommanditgesellschaften auf Aktien* (§ 173–206) и б) *Aktiengesellschaften* (§ 207–249). Так как новый закон входит в торговый кодекс империи, то и нумерация статей его сообразуется с нумерацией торгового кодекса (для удобства отдельные статьи кодекса заменены рядами новых статей закона с тем же числом, но с приставленными к ним буквами; таким образом, всех статей в законе не 77, а 147). В торговом кодексе 1-й титул 1-й книги (§ 85–149) посвящен товариществу полному, 1-й отдел 2-го титула (§ 150–172) товариществу на вере или коммандитному простому, 2-й отдел 2-го тит. (§ 173–206) особенному виду товарищества на вере, а именно коммандитному на акциях, и только 3-й титул (§ 207–249) акционерным компаниям. – В сущности, между коммандитным обществом на акциях и акционерным

разница невелика: она заключается только в том, что в коммандите вместо выборного правления во главе предприятия стоят полные товарищи или один полный товарищ, управляющий обществом при участии общего собрания вкладчиков, и, безусловно, обязательного во всем акционерном германском деле по закону 1884 г. наблюдательного совета. – Для нас часть закона об акционерных коммандитных обществах мало интересна, *во-первых*, потому что и товарищество на вере прививается к нам с трудом, а знаем мы почти исключительно либо товарищество полное, и то большею частью патриархальное, из братьев или родичей, или уже демократизированные совсем безличные массы – акционерные компании по участкам; *во-вторых*, потому что в нашем законе нет даже переходной формы от простого товарищества на вере к акционерной компании: акционерного товарищества на вере. Итак, обойдя акционерные коммандитные общества, я займусь только простым типом чисто акционерных обществ.

Германский акционерный закон отличается твердо и обстоятельно поставленным началом, что акционерное общество есть настоящее *юридическое лицо*, не ограничиваемое, не стесняемое, равноправное в имущественной области со всеми лицами физическими. – Не могут даже и возникать вопросы, с которыми постоянно возится наша судебная практика: имеет ли право правление общества обязываться за общество векселями. Правление вступает от имени общества во всякие обязательства, поскольку оно в том не ограничено уставом общества (статутом), но и это ограничение для третьих лиц необязательно, так что во всяком случае третье лицо может договариваться со всяким правлением как с неограниченным уполномоченным общества (§ 230–231). Нет также и стеснения, заключающегося в том, что общество тогда только способно приобретать недвижимое имущество, когда то ему предоставлено его уставом. По § 213 всякое акционерное общество имеет право приобретать недвижимую собственность и вещные права в чужом недвижимом имуществе. В учреждении явочного отдела при министерстве финансов по русскому законопроекту сквозит начало государственной централизации. – Никакого центрального органа для явок не может быть в Германии, еще делящейся на особые государства, но акционерные общества прикреплены к учреждению более распространенному, чем у нас, и повсеместному, между тем как оно у нас только спорадическое, а именно к торговому суду. – Образованию общества предшествует нотариальный или судебный *акционерный договор* или *статут* (209 а), являемый в торговом суде, в районе которого общество имеет местопребывание (§ 210),

равно как и во всех торговых судах округов, в которых общество устраивает свои особые отделения (§ 210). Этот торговый суд и есть *forum competentens* для дел, возникающих по искам со стороны третьих лиц против общества. Все постановления общих собраний акционеров обязательно вносятся в этот же суд. С момента явки статута начинается существование общества (§ 211). Таким образом, условия возникновения общества упрощены и облегчены до последней возможности. И обрядностей мало, и родиться может общество почти мгновенно, кроме того, имеет место еще одно капитальное облегчение: необязательность подписки на акции. Соберутся учредители в числе не менее *пяти* (§ 209) и сочинят договор. Если они разберут все акции, то не нужна подписка (§ 209 д). Если не разберут, то учредители открывают подписку, которая может быть и частная, без публикации в газетах, с обозначением лишь на подписном листе проекта устава, имен учредителей и срока, до которого, если подписка не покроет акций, то эта подписка будет считаться недействительной (§ 209 а). Взносы от подписчиков учредители принимают сами, посредничество кредитного учреждения по этой операции не обязательно. – С малыми исключениями наименьшая нарицательная стоимость акций 1000 марок (§ 207 а), следовательно, она весьма высокая. Если имела место подписка, торговый суд созывает общее собрание учредителей и подписчиков и председательствует в нем, руководя прениями для постановления акционерного договора (для действительности постановления необходимо присутствие в собрании не менее четвертой части всех подписчиков, представляющих собою не менее $\frac{1}{4}$ складочного капитала) (§ 209 а). В договоре могут участвовать и учредители с неденежными взносами, которых стоимость, а равно и количество причитающихся им за эти взносы акций определяются в проекте акционерного договора, равно как и совокупность всех предварительных учредительских расходов (§ 209 b). *Gesamtaufwand, welcher als Entschädigung oder Belohnung für die Gründung gewährt wird*). Ходатайствуя о внесении договора (статута) в акционерный реестр торгового суда, участники дела должны удостоверить, что уже произведены взносы по акциям, покрывающие по крайней мере $\frac{1}{4}$ основного капитала (§ 210). По занесении в реестр акционерный договор, он же устав, публикуется торговым судом в газетах.

Если сопоставить генезис акционерного общества по русскому проекту 1874 г. и по германскому закону 1884 г., условия и обстановку рождаемого юридического лица, то нельзя не признать, что наш проект строже относится к учредителям, нежели

германский, что он требует большей чистоплотности в этой стране, что он устанавливает больший приток гласности в самую лабораторию, где происходит это стряпанье, что он ставит самое зачатие общества под контроль публики и государства. Часть акционерного капитала под ключом на хранении у третьих лиц, обязательна подписка с публикацией ее, устав обсуждается в общем собрании подписчиков, которые могут настоять на изменениях в проекте устава, могут оспаривать вознаграждение учредителей за предварительные работы, да и вообще вознаграждение полагается не за само учредительство, а только за произведенные работы не *Belohnung für die Gründung*, не сбор сливок с молока за само изобретение акционерного предприятия. – В Германии на всем периоде от зачатия до родов акционерного общества лежит покров глубокой тайны, акции разбираются без подписки, даже и при подписке нет серьезной поверки отношений учредителей к подписчикам. Какие же меры приняты для отвращения разных вымыслов и надувательств, заигрывания на легковерии подписчиков, падких на всякие обещания и ищущих только, куда бы деньги свои поместить?

Х*

Эти меры существуют, хитро придуманные и довольно сложные. Система этих гарантий тесно связана с устройством исполнительной власти общества. У нас управление бывает большей частью однокамерное (правление), в Германии обязательно двухкамерное из *Vorstand'a* (правления) и *Aufsichtsrath'a* (совета), и притом такое, в котором центр тяжести в совете и на нем лежит главная ответственность (§ 209). (*Jede Aktiengesellschaft muss ausser dem Vorstande einen Aufsichtsrath haben*). Совет всему делу голова, и общество, можно сказать, рождается этой головой вперед. Совет может состоять из трех или более лиц, назначается порядком, о котором я потом скажу, на первый год его существования, а потом выбираемых общими собраниями на сроки, не превышающие 5 лет (§ 19). Чрезвычайно важно постановление (§ 224), что в члены совета могут быть избираемы и не акционеры. Что касается до правления, то оно может состоять (§ 227) либо из одного лица, либо из нескольких (из акционеров или из посторонних). Порядок их определения зависит от устава, так что возможен способ комплектования правления советом. – Как только составились первые – совет и правление, они должны: а) получить от учредителей подкрепленное доказательствами объявление о неденежных взносах и о произведенных расходах на предприятие (§ 209 g), б) поверить весь ход учредительства (*den Vergang*

* Нумерация оглавления приводится в авторском варианте.

der Gründung prüfen), а также с) удостовериться о произведенных взносах на акции и о передаче этих взносов правлению (§ 209 h). За верность сведений, сообщенных совету и правлению, учредители отвечают перед обществом *солитарно* (число подписчиков, взносы на акции, неденежные вклады). Ответственность за убытки от недостаточной первой поверки предприятия при его основании ложится также и на членов совета и правления, насколько будет доказано, что они не приложили к этой поверке радения, какое подobaet *порядочному деловому человеку* (die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns, (§ 213 с). Представление о внесении устава в акционерный реестр подписывается всеми учредителями, членами совета и правления, к нему прилагаются все письменные доказательства (§ 210). Ответственность учредителей и поверщиков за предшествующие существованию общества события погашается 5-летней давностью со дня занесения устава в акционерный реестр торгового суда (§ 213 с).

Меня, вероятно, спросят, как мог появиться совет и как могло за ним образоваться правление еще до образования общества, и даже до созыва общего собрания подписчиков, на усмотрение которого должен быть поднесен протокол совета и правления о поверке всего хода учредительства (§ 210 а). Здесь обнаруживается во всей его наготе закрываемое самим законодателем, недосказывающим, кто назначает членов первого совета, так что ответить на этот вопрос можно только выводом по умозаключению из нескольких статей закона (§ 209 f и 175 e). Если все акции разобраны учредителями, то они и назначают совет, а вместе с советом и правление, после чего их создания – совет и правление оказывают им приятельскую услугу подписанием протокола о поверке хода учредительства. – Если была подписка на акции, то до формального, торговым судом созываемого и им руководимого общего собрания будущих акционеров учредители с подписчиками сходятся частным образом в предварительное собрание, которое назначает первогодовые совет и правление. Понятно, что под видом выборов или назначения происходит или может происходить наряд подставных и *наемных ответчиков*, подобных тем подставным редакторам газет по правилам цензуры, чтобы отсиживать наказания по суду. Учредители назначают удобных им поверщиков, поверщики лицедействуют в качестве ответственных на пять лет от основания общества экспертов, вложивших на этот срок свои шеи в петли ответственности только имущественной, если будет доказано, что они согрешили по неведению и легкомыслию, и уголовной, если будет доказано, что, действуя по стачке с учредителями, они заведомо фальшиво удостоверили стоимость

неденежных вкладов, список подписчиков или сбор взносов. – Положим, что вскоре после своего основания предприятие пошатнулось даже и по совсем непредвиденным обстоятельствам. Тогда для залезших в петлю ответственности лиц начинается каторжный период существования, полный писем с угрозами, шантажа, вымогательства. Самое звание таких запрашиваемых по кумовству экспертов подозрительно, порядочные люди побоятся компрометировать себя, найдутся добровольцы из той, по выражению Лёвенфельда (29), области, *wo man weder Ehre, noch Vermögen zu verlieren hat*. Учредители предлагают публике свой товар, понятно, что они неохотно объявят об изъяне и подделке и в этом товаре, и, тем не менее, должны отвечать за скрытые пороки в предлагаемом, но закон требует еще и экспертов, которые бы удостоверили перед публикою, что изъяна и фальши нет. – Поверка весьма возможна в формально созванном общем собрании подписчиков через желающих в ней участвовать или через избранную комиссию. Очень возможно и отнесение обязанности проверки на государство, возложение ее, например, на торговый суд: то будут настоящие гарантии, с одной стороны – личный интерес людей, желающих участвовать в предприятии, с другой – порядочность органов правительства, действующих по долгу службы, интеллигентных и беспристрастных. Вместо того предложены *Strohmänner*, может быть, самые достоверные лжеэксперты, которые только на год выбраны, но в один момент проверки учредительства способны настолько испортить дело, что его и не поправишь до конца существования общества. – Понятно, что их следует казнить за стачку с плутующими учредителями, но гораздо менее понятна возлагаемая на них обязанность радеть о деле, как подобает *порядочному деловому человеку*. – Обнародованные мотивы закона 1884 г. гласят, что составители закона перенесли только в деловую коммерческую область римское понятие *uli bonus paterfamilias*, но затруднение в том, что мера предусмотрительности порядочного домохозяина легко определима: он старается о том, чтобы имеемое хранить и поддерживать, чтобы оно не растрачивалось и даром не пропадало, он должен относиться к своему добру консервативно. Но гораздо труднее определить нормальную деятельность специалиста, делового негоцианта. Делец всегда игрок, заскакивающий в будущее и учитывающий его и зачастую ошибающийся, следовательно, могущий ежеминутно поплатиться не за то, что он не радел о доверенных ему интересах, а просто за то, что он был неудачник. В первоначальной редакции законопроекта возлагалась на ответчиков даже обязанность доказать, что они были

sorgfältige Geschäftsmänner, то есть обязательно ставилось предположение, что если были убытки, то они произошли от нерадения поверщиков. Это требование устранено, но только потому, что ответчики не могут не возражать, что они действовали рачительно, и что во всяком случае ответчики доказывают свои возражения. Неверное коренное основание ведет всегда к уродливым последствиям. К числу их я отношу постановление, по которому в 3 года по образованию общества оно может постановить в общем собрании акционеров о сложении с учредителей и поверщиков их пятилетней ответственности за их действия, предшествующие образованию общества (§ 213 д), значит, случайному составу любого общего собрания предоставлено [право] отменять гарантию, установленную в видах государственных, для ограждения публики вообще от дутых предприятий. – Весьма курьезно постановление (§ 213 б), направленное к удержанию солидных торговых домов и банковских контор от участия в биржевом успехе обращения акций предприятий, в прочности которых они не убеждены: кто до внесения устава в акционерный ресурс или в течение двух лет со дня его внесения сделает публикацию, клонящуюся к введению акций в обращение, тот отвечает перед обществом солидарно с учредителями и поверщиками за неверность или неполноту заявлений, сделанных учредителями об основаниях предприятия, если он знал об этой неверности или если он не отнесся к предприятию с радением, подобающим порядочному деловому человеку.

XI

Перехожу к материальной стороне предприятия, ко взносам на акции и основному складочному капиталу. Акционер отвечает только своим взносом (§ 207), но раз он подписался, то он уже обязан полной оплатой акций (§ 219) и процентами по просроченным взносам, а также пенею, если она установлена за просрочку во взносе (§ 184 а). С него, как с должника, могут быть взысканы все эти платежи судебным порядком, что вполне возможно, так как все временные свидетельства на неоплаченные акции бывают только именные (§ 215 с). – Но общество может предпочесть иной способ пополнения своего складочного капитала. Вместо взыскания по суду с неплательщиков оно может прибегнуть по отношению к ним к так называемому *выморочению* неоплаченных акций. Делаются вызовы неисправных плательщиков посредством публикаций, и затем составляются публикуемые также постановления о том, что неплательщики лишаются в пользу общества и своих акций, и своих взносов. Вместо

сделавшихся недействительными временных свидетельств изготовляются новые со включением просроченных платежей, с этими свидетельствами правление общества обращается к бывшим владельцам просроченного свидетельства в обратном порядке очереди перехода к ним этих свидетельств. Им поочередно предлагается, как то делается с бланконадписателями на векселях, взять на себя свидетельства с уплатою лишь просроченного платежа. Общество может взыскивать с них долг, или, если в течение 4 недель со дня обращения к ним они не заплатили по свидетельству, обойти их как несостоятельных к платежу и обратиться к их предшественникам. Каждый предшественник освобождается от ответственности, если прошло два года с тех пор, как он передал свидетельство. Если нельзя ничего взыскать с предшественников по свидетельствам, правление общества может эти свидетельства продать на бирже или с аукциона (§ 184, 184 a, 184 b). Этими постановлениями устраняется укоренившийся и многими акционерными уставами освященный обычай взыскивать обязательно лишь первые 40 % взноса по акциям, а от остальных освобождать неплательщиков. Вся эта часть прекрасно разработана в законе 1884 года. – Нельзя вполне одобрить постановлений того же закона о *складочном* капитале. – Хотя этот капитал значится и в уставе, и на акциях, и в торговых книгах общества, но он всегда заведомая фикция, условная ложь, факт не настоящий, а прошедший. Были деньги, но они израсходованы; ими создано предприятие, каждый акционер есть совладелец в дробной части этого предприятия, настоящая надпись акции должна бы быть та, что акция есть десятитысячная или стотысячная и тому подобная часть предприятия, а следовательно, что она есть и основание для получения такой же части чистого дохода. – Если бы на акции не были написаны ее фиктивная стоимость и цифра уже несуществующего складочного капитала, то ажиотажи были бы обрезаны крылья. Пай на стотысячную часть неопределенного дохода не дает основания, ни точек для сравнения, не дает разыгрываться воображению; искать акции и покупать их будут только лица, узнавшие настоящую доходность предприятия. Участники дела будут люди, знающие дело, а не толпа, спекулирующая только на то, как бы с номинальной стоимости акции получить наиболее высокий дивиденд. Спекуляции подрезаны были бы крылья, акции либо совсем не обращались бы на бирже, либо не были бы столь ходки, как теперь, но и предприятия перестали бы быстро возникать точно грибы после дождя. Биение пульса промышленности было бы несравненно тише. – Если при настоящем состоянии промышленности нельзя обходиться без

обозначения номинальной стоимости процентных бумаг ради биржевой их котировки, то было бы, может быть, желательно, чтобы номинальная стоимость акций, хотя и фиктивная, была, возможно, ближе к правде, чтобы акции не выпускались в обращение ни ниже, ни выше своей нарицательной стоимости, а может быть даже, чтобы происходила от времени до времени (через каких-нибудь 4 или 5 лет) обязательная переоценка предприятия по его доходности настоящей и ожидаемой в ближайшем будущем, а также обязательное повышение или понижение цифры акционерного капитала и номинальной стоимости акции. При этой проверке могли бы списываться с актива в преувеличенной цене показанные неденежные взносы при учреждении общества, из года в год переходящие из отчета в отчет, из баланса в баланс. – Германский закон 1884 г. допускает уже при самом первоначальном выпуске акций фиктивную их оценку, но только с оплатой их свыше нарицательной их цены, то есть с большим, нежели на них написано, взносом, что поощряет игру на повышение в цене этих акций (§ 209 а), но закон 1884 г. запрещает выпускать акции по пониженному против их нарицательной стоимости курсу даже при последующих за первоначальным выпусках, делаемых для увеличения складочного капитала (§ 215 а). Я согласен, что нельзя при основании общества выпускать акции ниже *пары*, содействовать тем иллюзии, создавать заведомо дутую цифру большого складочного капитала, между тем как он гораздо меньше. Но если предприятие идет блистательно, то почему бы не разрешить выпуска новых акций по цене, близкой к биржевой, обогащая тем кассу общества вместо обогащения только отдельных акционеров, которым предоставляется преимущество перед посторонними при приобретении акций новых выпусков? Если предприятие упало и акции котируются ниже их нарицательной цены, напр. по 50 за 100, между тем как само предприятие поправимо, если бы усилить его денежные средства, то почему бы не разрешить новый выпуск акций с оплатой их 50 руб. вместо 100, которых никто не дает ввиду случившегося упадка предприятия. – Закон германский не заключает в себе никаких принципиальных запрещений погашения и уменьшения складочного капитала, он подчиняет эти операции общим правилам о разделе акционерного имущества между акционерами и допускает их на основании публикаций по истечении годового срока от последней публикации, если не последовало протеста со стороны кредиторов общества (§ 243, 245 и 248). Не в видах противодействия сокращению складочного капитала, а просто для противодействия ажиотажу, игре правления общества акциями того же общества закон (§ 215 а) запрещает безусловно

обществу торговать своими временными свидетельствами на акции или принимать таковые в залог и допускает покупку и прием в заклад своих собственных оплаченных акций не за счет самого общества, а только по комиссии от третьих лиц. – Сверх расходуемого безвозвратного основного складочного капитала обязательно для общества по закону образование запасного (§ 239 b, 186 b, 186 c) на покрытие потерь в будущем, с каковою целью обязательно откладывается $\frac{1}{20}$ часть чистой годовой прибыли, пока она не составит по крайней мере $\frac{1}{10}$ части складочного капитала. – В запасной капитал обращается также излишек против номинальной стоимости акций, если они выпускаются выше *пару*.

XII

Парламентская система в акционерном деле по закону 18 июля 1884 г. состоит из трех органов: совета, правления и общего собрания. И совет, и правление являются представителями и исполнителями воли общих собраний акционеров. Все члены их могут быть сменяемы по постановлениям общих собраний акционеров до срока служения, на который они избраны (§ 191, 227). Настоящий представитель общества перед третьими лицами есть правление, оно дает доверенности уполномоченным не иначе как с согласия на то совета, с чем, однако, не обязаны справляться третьи лица (§ 234). Роль совета наблюдательная (§ 225): он, подобно правлению, может созывать общие собрания. Как совет, так и правление под страхом солидарной пятилетней всех своих членов ответственности за произошедшие убытки обязаны прилагать к делам общества *die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns* (§ 241, 226). Они не отвечают лично перед третьими лицами за принятые ими как органами общества обязательства общества (§ 241). В случае открывшихся в правлении вакансий совет может командировать для заседания в правление своих членов, которые в продолжении этого времени перестают участвовать в деятельности совета (§ 225 a). Правление заведует торговыми книгами общества, составляет в пределах первого полугодия по истечении отчетного года годовой отчет с балансом и счет прибылей и убытков и представляет их общему собранию с заключением совета (§ 239). Общее собрание может поверять отчет посредством особых ревизоров (§ 239 a).

В пределах устава общие собрания акционеров пользуются по отношению к своим членам и к совету и правлению законодательной властью. Я уже указывал на общий всему акционерному институту во всех странах недостаток, недейтельность, сонливость и призрачность этих общих собраний. – Я уже указывал,

что для оживления общих собраний наша акционерная практика спустилась к демократическому уравниванию голосов всех акционеров независимо от числа владеемых акций. Германский закон следует противоположному началу. Конечно, он не запрещает помещать в уставе постановления о наибольшем числе голосов, какое могут иметь крупные акционеры, но общее правило принято такое, что, если не установлено тому противное в уставе, акционер имеет сколько акций, столько же и голосов (§ 221, 190). В собрании можно участвовать лично и через поверенного не из акционеров. Нет предельного минимума числа членов, при котором общее собрание объявляется несостоявшимся. Злоупотребления со стороны подавляющего своим перевесом большинства закон 1884 г. противодействует, вооружая меньшинство серьезными гарантиями, которые способны если не обуздать, то озадачить слишком бесцеремонно относящихся к делу его руководителей. Эти гарантии заключаются в следующих правах, предоставляемых меньшинству.

1) Меньшинство, представляющее $\frac{1}{20}$ часть складочного капитала, вправе настоять на созыве чрезвычайного общего собрания; оно вправе также требовать, чтобы делаемое им предложение было внесено в ближайшее общее собрание, какое состоится. – Если бы правление общества не удовлетворило какого-нибудь из этих требований, оппозиционное меньшинство может осуществить свое право, получив разрешение торгового суда на созыв чрезвычайного общего собрания или на постановку предложения в ближайшем собрании (§ 237).

2) Всякий акционер независимо от числа голосов, которыми он располагает, вправе искать в суде о признании недействительности всякого противозаконного или противозаконного постановления общего собрания акционеров (§ 222, 190 a, 190 b). Это весьма существенное право, колеблющее кредит общества в публике, обставлено весьма крупными условиями, ограничивающими истцов и останавливающими тех из них, которые бы затевали иски по-пустому: А) Оспаривать постановление может только акционер, который сам участвовал в общем собрании и либо тогда же занес свой протест против постановления в протокол того заседания, либо доказал, что собрание не было надлежащим порядком созвано или что предмет постановления не значился в публикации о созыве общего собрания. В) Иск должен быть предъявлен в месячный срок со дня, когда состоялось постановление. С) Истец обязан депонировать в суде свои акции на все время процесса и по требованию противной стороны представить в обеспечение залог, соответствующий,

по усмотрению суда количеству убытков, которые общество может понести от предъявления иска. Жалоба подсудна *Ландгерихту* (соответствующему нашему окружному суду). Правление публикует о предъявленном иске, все отдельные иски соединяются в одно дело, все истцы отвечают солидарно за убытки от процесса.

3) Акционеры, представляющие $\frac{1}{10}$ складочного капитала, имеют право исходатайствовать в Ландгерихте назначение особых ревизоров для проверки обстоятельств либо по учредительству, либо по операциям за последние два года в ходу предприятия, либо по ликвидации, если они докажут, что общее собрание отказало им в подобной проверке и если представят суду обстоятельства, указывающие на вероятность (*glaubhaft mahen*) недобросовестности или грубого нарушения закона или устава. Домогающиеся ревизии должны представить свои акции, доказав, что они владели ими за 6 месяцев до заседания общего собрания, отказавшего им в ревизии. Они должны, если того потребует правление, дать обозначение в убытках от ревизии. Суд решает дело по выслушивании совета, правления или ликвидаторов. Доклад ревизоров обязательно вносится в ближайшее общее собрание (§ 222 а).

4) Наконец, акционеры, представляющие $\frac{1}{5}$ часть складочного капитала, вправе искать именем всего общества с учредителей или с управления общества (совета и правления), или с ликвидаторов убытки от их действия при учреждении общества или по их операциям. Постановление о предъявлении иска может состояться в общем собрании по простому большинству голосов. Поверенных для предъявления иска назначает правление, но нет опасности, что они будут ненадежны, так как общее собрание во всякое время вправе изменить комплект обеих камер своего представительства. Если предложение о предъявлении иска отклонено общим собранием, то меньшинство, изображающее $\frac{1}{5}$ капитала, может в 3-месячный срок со дня отказа просить торговый суд о разрешении ему начать иск от имени общества, причем может представить на усмотрение и разрешение суда лиц, избираемых ими в поверенные. Со своей стороны совет и правление вправе искать признания недействительным постановления общего собрания, по которому имеет быть возбужден иск (§ 223).

XIII

Не буду останавливаться на подробностях прекращения ликвидации акционерного общества. Прекращается существование

общества в трех случаях: 1) когда истек срок, на который оно учреждено; 2) когда большинством голосов, изображающим три четверти капитала, общее собрание сделало постановление о его закрытии и 3) когда оно объявлено несостоятельным.

Остается еще рассмотреть уголовную часть закона. Она прежде всего служит укреплением ответственности учредителей, ликвидаторов, совета и правления перед обществом за их вредные для общества действия и подходит под два типа преступлений по уголовному кодексу: *Untreue* и *falsche Beurkundung*. Есть в уголовном германском кодексе § 266, посвященный *Untreue* – нарушению доверия опекунами, поверенными, кураторами и иными лицами, имевшими на своем попечении чужие интересы или чужое имущество. Преступление это наказуемо тюрьмою, возможным по усмотрению суда лишением гражданского почета (*Ehrenrechtes*), а если имеются в виду корыстные цели, то и денежной пеней до 3000 марок. Эта наказуемость еще усилена по закону 18 июля 1884 г. (§ 249) для руководителей акционерного предприятия. Субъективный признак корыстных целей выпущен, требуется только намерение с предвидением вредных последствий (*absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft handeln*). Наказания заключаются в тюремном заключении и в штрафе до 20 000 марок с возможным лишением гражданского почета. Очень понятно, что ввиду этой статьи совет и правление должны уклоняться от самовольных именем общества пожертвований на церковь, на общепользные, благотворительные цели, на само государство в случае войны или общенародных бедствий, если они не заручились соответствующим постановлением общего собрания. – То же наказание постигает руководителей общества за всякие заведомо лживые сообщения, удостоверения и доклады (*wissentlich falsche Angaben*) (§ 249 а, 249 b). Более слабое наказание тюрьмою до трех месяцев и штрафом до 5000 марок или одним штрафом полагается для руководителей, которые оставляют общество более нежели на 3 месяца без наблюдательного совета или будут продолжать предприятие, зная о его несостоятельности и не ходатайствуя об учреждении конкурса (§ 249 а). – Установлены весьма строгие наказания (тюремное заключение до 1 года и штраф до 1000 марок и возможное лишение гражданского почета) для посторонних лиц – неакционеров, виновных либо а) в заманивании публики к принятию участия в акционерном предприятии, либо б) в обманах с целью влиять на курс акций, либо с) в подлогах по изготовлению свидетельств, удостоверяющих депонирование акций, с целью доставить кому-либо не принадлежащие ему голоса в собрании (§ 249 d). Одинаковому в последнем случае наказанию подвергается

и тот, кто заведомо воспользовался при голосовании таким фальшивым свидетельством.

Весьма любопытную, но далеко не удовлетворительную часть уголовных постановлений закона 1884 г. составляют (§ 249 e и 249 f) преследующие не подставных акционеров, но лиц, промышленяющих своими или чужими голосами в общих собраниях акционеров. С принятием начала: сколько акций, столько и голосов, – устраняются всякие разговоры о подставных акционерах, о противозаконности раздачи акционером в разные руки своих акций. Эти действия ненаказуемы даже в обществах, которые по своим уставам установили предельный максимум голосов для крупных акционеров. Закон старается только противодействовать голосованию чужими акциями без согласия на то их владельца и *суды* акций на *прокат* за деньги для голосования в общих собраниях. – Запрещено лицам, у которых чужие акции находятся в залоге, орудовать этими акциями в общих собраниях без разрешения от собственника (штраф от 10 до 30 марок за акцию, но не свыше 1000 марок). И ссужающий свои акции за деньги для голосования, и ссужаемый подвергаются также вышеуказанному наказанию. – Запрещено также под страхом наказания тюрьмою до года или пенею до 3000 марок голосование хотя и по собственным акциям, но с подкупом, то есть в известном, условленном смысле из-за доставленной или обещанной выгоды. Голосование своими акциями по подкупу есть курьезнейший, хитро придуманный, едва ли бывающий в действительности и едва ли могущий быть доказанным случай, с которым по сему и не надо было считаться. Допустим, что чаще случается и может быть даже запрещен под страхом наказания наем своих акций за деньги фальшивому акционеру, устанавливающему фальшивое голосование в собрании ко вреду и нарушению прав настоящих акционеров, но если стать на эту точку зрения, то надлежало бы преследовать и так называемые *Reportgeschäfte*, покупку капиталистом акций на срок с условием эти же акции продать обратно по миновании общего собрания. – Подобные сделки мгновенно и легчайшим образом устраиваются маклерами на бирже: *Reportgeschäft* гораздо проще найма акций и применим к большим акционерным предприятиям, которых акции не сосредоточены в немногих известных руках, но рассеяны по множеству неизвестных рук. – Запрещая одно, следовало запретить и другое. Не берусь судить, возможно ли применение одновременно обеих этих мер при слабой связи между участниками в предприятии и при коренных недостатках современной организации самого института.

Заключая мой разбор нового германского акционерного закона 18 июля 1884 г., замечу, что и по своей системе, и по содержанию едва ли бы был он пригоден для заимствования. В нем есть, однако, превосходные частности, заслуживающие серьезнейшего внимания: уравнение акционерных обществ с физическими лицами в имущественных правах, порядок взыскания с подписчиков полной оплаты акций, ограждение интересов меньшинства членов общества правами меньшинства на ревизию и предъявление исков об убытках, наконец, некоторые уголовные постановления. – Мне лично нравится уголовный запрет акционерам, кроме дивиденда извлекать из акций посторонний доход, промышляя голосованием по акциям и получая за это голосование особый барыш ко вреду акционерного дела и других участников по предприятию. Я только не вполне убежден в возможности определить довольно точно и обстоятельно состав этого преступления.

Вопрос о так называемой литературной собственности

Публикуется по книге:

Спасович, В.Д. Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. / В.Д. Спасович. – СПб. : Книж. магазин братьев Рьмович, 1889–1902. – Т. 3 : Статьи, диссертации, лекции юридического содержания. – 1890. – С. 359–392.

I

Написать разумную, талантливую книгу весьма трудно, *перепечатать* ее – чрезвычайно легко! Предположим, что отменен закон, ограждающий права сочинителей; нескольких дней достаточно, чтобы ее перепечатать. Не успеет разойтись тысяча-другая экземпляров, не успеет издатель переслать книгу из места, где она отпечатана, в концы государства, не успеет произведение огласиться посредством газетных статей, как уже нагрянут смышленные спекулянты и начнут угощать публику тем же товаром, но по более сходной цене, доведенной почти до стоимости типографского производства: бумаги, набора да брошюровки. На первых порах публика будет как будто бы в барыше: книги ей обойдутся не в пример дешевле, в особенности те лакомые произведения, которые в малом объеме вмещают бездну мысли, творчества или блещут красотою формы, жемчужины науки или граненые алмазы поэзии, иными словами, книги – показатели эпохи. Легко предвидеть, однако, коренные и весьма некрасивые перемены, которые бы внес подобный литературный коммунизм в условия литературного производства. Производство, конечно, не прекратится, может быть, даже станет печататься больше 2000 названий книг,

которые выходят теперь в пределах России ежегодно. Меньше всего изменятся газеты и журналы. По правде сказать, газеты меньше всего нуждаются в защите от перепечаток, газета не боится конкуренции, если она в состоянии хотя бы 24 часами раньше других печатать свежие новости и дельные статьи. Малая доля журнальных работ как ныне, так и потом удаивалась бы быть перепечатанною особыми изданиями.

Но литература перестала бы быть доходным занятием, могущим обеспечить тех, которые ей себя всецело посвящают, несравненно менее доходным, нежели всякие другие профессии, требующие усиленного умственного труда. Свобода перепечатывать не отразилась бы, может быть, несколько на весьма специальных трудах и исследованиях, доставляющих малую прибыль и расходящихся медленно по ограниченности круга читателей, мало нашлось бы охотников рисковать деньгами на перепечатку. Литературный талант, прежде чем созреть, требует громадной подготовки, период полной зрелости и сильного творчества большею частью короток; чем сильнее талант, тем менее он при отсутствии авторского права будет извлекать для себя личной пользы из своих трудов, приносящих иногда большую выгоду для общества. Чем сочинение богаче мыслями, чем оно совершеннее по форме, чем больше души автор вложил в книгу, тем вероятнее, что это сочинение перепечатают нарасхват, так что автору перепадет только кое-что на первых порах, пока на рынке будет произведение, оттиснутое начальным изданием без конкурентов. Еще печальнее участь новаторов, идущих против течения века, прокладывающих новые пути: их сочинения не расходятся сразу и требуют многих лет, чтобы проникнуть в публику. Литература – звание столь заманчивое, что продолжали бы появляться сильные таланты, великие поэты, не рассчитывающие на материальное вознаграждение, созидающие по внутреннему влечению своей природы и работающие только для славы, для потомства, но разумеется, что их станет меньше и что слагать песнопения будут только те, которым обеспечен хлеб насущный и которые занимаются искусством как *ars liberalis* – в античном смысле этого слова, которых труд даровой, безмездный. Возделывателями литературы были бы с тех пор либо чернорабочие, литературные пролетарии, думающие только о том, как бы потратить, угодить вкусу публики, и получающие [за] свою работу от хозяев-издателей по денно или поштучно, либо чистые любители; пропал бы и ступевался между этими крайностями третий связующий их член – литератор, пером добывший, кроме славы, независимость, досуг и достойное положение в обществе. Исчезновение этой группы

подействовало бы тотчас на качество произведений. Та часть литературного производства, которая посвящена популяризации знания, проведению его в массы, не будет выходить из рук чернорабочих. Отвечая насущной потребности общества, эти работы не могут продолжаться, но сделаются топорнее и грубее, без красоты и таланта. Я очень сомневаюсь, возможно ли появление таких даже элементарных книжек, как выходящие ежегодно несколькими изданиями «Детский мир» и «Хрестоматия» Ушинского (14 изданий по 20 тыс., итого 280 000) или его же «Родное слово» (21 издание по 50 тыс., итого с лишком миллион). С другой стороны, образовалась бы особая высокая литература с аристократическим оттенком, литература знатная, барская, чрезмерно утонченная даже в обществе, которого строй весьма демократический. Как прокладывал бы себе человек с задатками гениальности, но, подобно большинству аполлоновых избранников, небогатый, голодный? Литература его не прокормит, слава не оденет, печальная необходимость заставит его продать свое перо в услугу партиям, втереться в дружбу к меценатам, искать казенных синекур. «Не могу себе представить, – говорит Маколей, – системы, которая бы прямее вела к тому, чтобы обратить умы, предназначенные от природы служить украшением человечества, в скандал и заразу для общества». Писатели действительно великие бегают от цепей, хотя бы золотых, и берегут ревниво свободу, а с нею право сказать не стесняясь то, что у них лежит на душе. Меценатство, возведенное из редкой и счастливой случайности в условие процветания литературы, вернуло бы русскую литературу в допушкинский период; известно, какую важную статью в жизни и деятельности Пушкина был денежный вопрос, высокая цена его произведений на книжном рынке. Литература только тогда имеет прочное основание, когда может обходиться без особенного покровительства, так что нет причины скорбеть вместе с Шиллером, что *keines Medicäers Güte lächelte der deutschen Kunst*. Если нельзя признать меценатство явлением нормальным, то тем менее можно остановиться на социалистической утопии народных наград из государственного бюджета за дельные и полезные сочинения. Легко понять, в каком осадном положении нашлось бы то ведомство, собрание или академия, которому бы довелось раздавать такие награды, сколько бы было оскорбленных самолюбий, торгашества, переценивания каждым своего товара и несправедливых оценок (известно, как мало вообще удовлетворительны академические присуждения премий). Остается затем только одно средство, самое естественное, правильное и разумное: предоставить автору брать свою

мзду по мелочам от публики или авансом от издателей. Публика оценит издание, она раскупит все то, что придется ей по ее нуждам и вкусу, сбытом произведения осуществится и взнос вознаграждения за труд автору; нужно только, чтобы это вознаграждение дошло по назначению, чтобы оно не было предвосхищено людьми, нимало над сочинением не трудившимися. Эта цель и достигается авторской монополией, предоставлением сочинителю исключительного права на размножение его книги посредством печати и сродных с нею средств механического ее воспроизведения. Авторское право не стоит казне ни копейки, вознаграждает и обеспечивает талант самым достойным образом, потому что деньги текут к сочинителю за известностью как последствие этой известности, т.е. признанного обществом достоинства его труда. Обществу оригинальные книги будут обходиться несколько дороже, и не всегда оно будет получать в достаточном количестве те книги, на которые существует большой запрос, но эта невягода возмещается с избытком тем, что поднимется и займет подобающее ему место одна из самоважнейших функций жизни общественной. Наконец, авторское право не мешает несколько и скорому обращению идей. Всякое литературное произведение есть выражение словом известных идей; если отделить мысленно идеи от формы выражения, то нельзя не признать их, по выражению Прудона, безусловно антивенального (неторгового) характера; раз потеряла новая идея обнаружением свою девственность, она тотчас же делается достоянием общественным, всякий может ее заимствовать, развивать, осуществлять, лишь бы он употребил на эту переработку новый самостоятельный умственный труд. Не подлежит присвоению и механическому воспроизведению только форма, в которую воплотились идеи писателя. Это при полном коммунизме идей ограждение авторским правом одной только формы будет навсегда органическим препятствием тому, чтобы творчество в области печатного слова вознаграждалось по заслугам. Популяризатор чужих идей всегда будет получать больше изобретателя, и тот, кто красиво пишет, больше того, кто думает гениально. В этом отношении неопровержимы доводы Кэри (1 письмо о лит. собств.), что Бэкон и Декарт, что Лейбниц и Вольт и все колоссы знания, все герои науки, все открыватели мировых законов гораздо меньше извлекали материальных выгод из своих открытий, нежели весьма второстепенные их представители. Такова уже судьба гениев; всегда Америкы Веспуччи умеют устраивать свои дела гораздо лучше и практичнее, нежели Колумбы. Но так как гении в роде человеческого составляют исключение, для исключений закон

не писан – закон имеет всегда в виду среднего человека, закон о вознаграждении литературных талантов – средние дарования; и так как средствами из литературного оборота могут быть вознаграждаемы не творчество вообще, но главным образом литературные заслуги, то при таких условиях нельзя приискать средства обеспечения писательского труда лучше авторской монополии на издательство сочинений. Эта монополия до того справедлива, до того естественна, что она прежде явилась в форме обычая и потом уже была освящена законом писаным, так что контрафакция считалась уже в сознании общественным делом, постыдным и безнравственным, прежде чем она запрещена была и сделалась действием незаконным. Юридические зачатки авторского права были весьма скромные; оно является в виде личной привилегии, жалуемой по просьбе автора государем срочно или бессрочно и не выходящей, конечно, за пределы государственной территории (*une grâce fondée en justice*, по выражению французского *arrêt du Conseil du Roy*, 30 авг. 1777 г.), точь-в-точь теперешние привилегии на изобретения, которые имеют с авторским правом один общий корень: *ne alieni colligant fructus laborum et vigiliarum suarum*, т.е. автора, как сказано в первой известной авторской привилегии, данной Венецианской республикой 1491 г. магистру Петру Равенскому на книгу «Фешикс». Во всех отношениях в защите умственного труда и творчества опередила материк Европы Великобритания. Парламентский акт 1623 г. (21 James, 3 sec. 6), исторгнутый у Якова I, отменяя множество феодальных привилегий и монополий, предоставил королю [право] давать срочные привилегии изобретателям на исключительное пользование этими изобретениями, т.е. постановил тот закон, под охраною которого Аркрайт и Уатт составили себе громадные состояния и умерли в почете, между тем как на материке и доныне творчество в промышленности ограждено весьма слабо и права изобретателей составляют часть законодательства самую неразвитую. Великобритания прежде всех других государств отменила [в] 1694 г. предварительную цензуру, она же первая отвергла систему патентов и провозгласила законом 1709 г. (8 Anne, c. 19), что автор, как автор, без всякого патента защищен срочно от внутренней контрафакции в пределах Англии *for the encouragement of learned man to compose and write useful books*. Это же начало вписано в конституцию Северо-Американских штатов 17 сентября 1787 г. (art. 1 c. 8, § 8) и со времен Великой французской революции в гражданские кодексы всех европейских законодательств (французский закон 7 января 1791 г., прусский *Landrecht* 1794 г., § 996 и мн. др.) и, перейдя за государственные

порог, вступило посредством трактатов в область международных интересов и отношений. Если взять один только XIX век, то по фактам этих истекающих трех четвертей столетия можно бы судить, что вопрос о правах авторских развивается быстро в смысле все большего и большего расширения этих прав в колоссальных размерах во времени и пространстве. Сопоставим только следующие данные. Великобритания, положившая законом 1709 г. авторскому соурйght 14 лет, удвоила этот срок в 1801 г. (41 G. III 107) и утроила его в 1842 г. (5 и 6 Uict. с. 45), доведя его до 42 лет от обнародования первого издания или до 7 после смерти автора. По постановлению сейма Германского союза 9 ноября 1837 г. положено 10 лет, по постановлению того же сейма 19 июня 1845 г. – 30 лет со дня смерти автора; во Франции по закону 10 июня 1793 г. авторское право длится 10 лет, по закону 5 февраля июля 1866 г. – 50 лет со дня смерти автора. Поднят вопрос о превращении авторского права из срочного в бессрочное, и видимое движение в этом направлении заметно в итальянском законе 25 июня 1865 г., по которому до 40 лет по смерти автора наследники имеют монополию издания, а в последующие затем 40 лет хотя издавать может, кто хочет, но они получают 5% с чистой прибыли со всякого издания, делаемого посторонним лицом. Нет счета трактатам, которыми государства предоставляют у себя подданным контрагента такую же защиту его авторских прав, какой пользуются его подданные.

Фактов этих достаточно; если движение будет продолжаться в том же направлении и с тою же силою, то в XX столетии оно дойдет наконец до своих Геркулесовых столбов, то есть до признания, что авторское право вечно по времени и всемирно по пространству; что от моей, например, книги, если она не обветшает до того, что никто ее и читать не станет, будут в течение многих веков наживаться, если возмогут только, мои потомки и что моя книга не может быть перепечатана даже на Сандвичевых островах, хотя я не буду иметь физической возможности снабжать все рынки и пользоваться сбытом книги на другом полушарии. Но и противников авторского права бездна; они надеются, что авторское право, описав параболу, перешло за кульминационный пункт движения и склоняется книзу; что законодательства, раздвигая его чрезмерно, так сказать, пересолили дело и что желательнее, чтобы указаны были этому праву надлежащие границы. Разрешение вопроса о том, кто прав, в этом случае зависит от правильного переложения экономического факта, которого нехитрую подкладку постигает каждый, на юридический язык, от дачи приличного юридического ответа на сознанный обществом

потребность обеспечить труд сочинителей. Если за авторами признано право, исключаяющее всех, кроме автора, пользоваться известным образом выгодами от его произведения, то это право какого рода, вида и порядка? От места в системе права и от классификации зависит и то, будет ли оно длиннее или короче, будет ли оно только слегка или сильнее влиять на ход торговли произведениями печати, а следовательно, и на просвещение народа посредством печати. Все теории авторского права основаны на различиях в его классификации. Теорий этих много, укажу главнейшие.

II

Частные права отдельных лиц бывают *личные* или *имущественные*. Если вникать в суть отношения автора к книге еще не проданной, но изданной, то это отношение имеет в высшей степени личный характер, исключаяющий, безусловно, всякую мысль об издании в свете сочинений помимо воли автора, совершенно независимо от денежной выгоды, которая могла бы быть извлечена, отношение, совершенно отличное от власти над вещами, которые принадлежат мне в собственность. Хотя бы рукопись была подарена, хотя бы она имела форму писем к знакомым, естественно, чтобы, пока автор жив, никто не смел бы без его согласия пустить в ход все, что им написано, за исключением деловой его переписки, в публику. Того требует честь автора, его репутация, которая бы, несомненно, страдала, если бы печатались чьи-либо неотделанные наброски, мнения и взгляды прошлых лет, от которых автор, может быть, уже отрешился, литературные грешки и шалости, все то, что сорвалось с языка или с пера, но с чем неприятно показаться перед публикой. Если бы авторское право имело только этот корень, то оно не переживало бы самого автора, потому что все права чисто личные погасают с исчезновением самого лица. Я упрекаю все современные законодательства в том, что они недостаточно оттеняют, недостаточно различают то, что составляло *литературный труд* автора, и то, что, не составляя никакого литературного труда, может иметь интерес и значение как черта из жизни автора, как материал для его биографии. По моему мнению, второго рода данные должны бы с минуты смерти автора делаться достоянием общественным, совершенно годным с юридической точки зрения к напечатанию без чьего бы [то] ни было соизволения. Запрещение издавать эти материалы, имеющие значение не сами по себе, но потому, что с ними связано воспоминание

об историческом лице, стесняет права истории, мешает ее работам, а потому вредит вообще, не принося никому существенной пользы. Можно себе представить, какими терниями усеян был бы путь издателей всякого периодического «Архива», «Старины» – от оставления богатой почвы под паром на какие-нибудь полвека, от образования искусственных залежей, которые по большей части так и пропадут, потому что слава, известность немногих из нас переживет два-три поколения, но в эти два-три поколения окончательно исчезнут все живые предания, которыми дополнились бы письменные данные. Но в общей массе произведений литературного творчества ничтожную долю составляют сочинения живых авторов, которых эти последние издать не желают, и даже сочинения, подготовленные к изданию, но не изданные за смертью авторов. Громадное большинство – это труды уже опубликованные и сделавшиеся по содержанию своему общеизвестными. Исключительное право автора перепечатывать их есть право чисто *имущественное*, но какое? Есть два предмета, к которым по римским, еще унаследованным нашею цивилистической юриспруденцией понятиям сводится вся необозримая сложность имущественных гражданских отношений: *вещи* и *обязательства*. Право авторское есть право исключительное, устранившее всех, кто бы то ни был, от пользования книгой известным образом; права на вещи запечатлены вообще тем же характером безусловного и исключительного господства. Точка соприкосновения была отыскана, и через эту точку авторское право совершило свой въезд в область прав вещных, украсило себя блистательным и многообещающим титулом «*права литературной собственности*». Перед последователями этой теории носилось представление о том, что независимо от рукописи, уступленной издателю, и независимо от печатных экземпляров, распродаваемых в полную собственность публике, есть какой-то невещественный предмет – сочинение, воображаемое мысленно, как фонд неисчерпаемого издательского дохода, статья столь же прибыльная, как мыза или сад, как капитал, помещенный в процентных бумагах, идеальный предмет, которого никто, кроме автора, не смеет издательски эксплуатировать. Успех этого смелого отождествления авторского права с собственностью и с самым крепким видом собственности – поземельною был весьма велик, в особенности у французских литераторов и публицистов. Успех этой, крайне заманчивой с буржуазной точки зрения, теории литературной собственности зависел от того, что она не только выделяла писателя из необозримой сплошной массы людей, живущих своим трудом, в которой

литератор с артистом занимали первые места, и переводила их, правда, нижними чинами, в Eldorado денежной знати, сопоставляла их с капиталистами и помещиками, но вместе с тем она устраняла всякую возможность попрекать их тем, что они монополисты.

На знамени XVIII века была крупными буквами написана свобода труда, признано безусловное осуждение всяких цехов, всяких откупов, всяких торговых и промысловых привилегий, беспредельная конкуренция возведена в главный закон, в единственный почти регулятор жизни экономической, и только для противодействия искусственному возвышению цен на необходимые предметы сговорившимися продавцами допущено правительству вступаться в дело полицейски посредством такс как средства понижения цен для пользы общественной. Странным образом среди этого всеобщего крушения оков, связывавших свободу мены и труда, выдвигалось и крепло авторское право; из своего кокона – личной привилегии оно вылетело бабочкой – общим безличным законом. Сущность права заключается все-таки в том, что в течение известного периода автор искусственным образом господствует на рынке и продает свой товар не по вольной, а по любой цене, не боясь таксы и преследуя уголовно конкурентов. Рыночная монополия ненавистна, отсюда вытекает попытка представить писателя в виде пионера, который, расчистив чащу народных науки и искусства, выстроил дом, образовал поместье и вкушает от плодов возделанной им земли, не опасаясь быть прогнанным. «Я предпочел бы получить подаяние, нежели привилегию, – сказал Жюль Симон на конгрессе литературной собственности, брюссельском, [в] 1858 г. – я могу воспользоваться подаянием, но привилегией не могу никогда». Как только употреблено было невпопад неподходящее слово: *propriété littéraire*, то тотчас же потом, по логической консеквенции, оно потащило за собой и бесчисленные более и более рогатые последствия. Явился знаменитый афоризм Альфонса Карра: *gue la propriété littéraire soit enfin une propriété*. К довершению полноты прав владельческих недоставало немногого: превратить владение временное, хотя и долгосрочное, в вечное и потомственное. За эту работу взялась комиссия под председательством Валевского, учрежденная декретом Наполеона III 23 декабря 1861 г. Эта комиссия и заготовила законопроект в том духе, чтобы права сочинителей и артистов «имели пределом одну только долговечность самих их произведений», иными словами, чтобы они были вековечные, с тем чтобы первые 50 лет от смерти автора никто не мог печатать сочинений,

кроме наследников автора, а после 50 лет чтобы всякий издатель, предпринимая любое издание, очищал его взносом 5 % с продажной цены каждого экземпляра в пользу тех же наследников автора, иными словами, чтобы публика на вечные времена обложена была косвенным налогом в 5 % в пользу потомков или приобретателей прав авторов. Шумная агитация сочинителей в пользу этого проекта во имя цивилизации, во имя эмансипации мысли человеческой кончилась пустяками, продлением прав авторских с 30 на 50 лет по закону 14/26 июля 1866 г., но без всякой вековечности. Здравый смысл восторжествовал, и проект, и комиссия давно забыты, вопрос, по-видимому, уложен и схоронен; надгробным памятником ему служит одна из последних брошюр Прудона (*Des majorats littéraires*, 1862), в которой он предостерегал, что с новым законом заведется в области мысли сначала порядок феодальный; общий фонд знаний, идей, представлений будет предоставлен в частную собственность, закрепощен; того, что написали предшественники, не смей воспроизводить, не смей повторять и даже подражать или входи в соглашения и плати на каждом шагу мыто в пользу даже не самих авторов, а непричастного [к] их заслугам потомства или скупающих право авторской собственности издателей-спекулянтов. Мысль, вследствие ее инфляции, перестанет действовать, творчество иссякнет и окажется, что незаметно очутились мы в Египте, в стране непробудного застоя, воспроизводящей в течение тысячелетий в одной и той же форме неизменный ряд одних и тех же идей, типов, мотивов. Но если немисливо выдавать авторское право за вид прав вечных, то еще невозможнее считать его правом, основанным на каком-то небывалом обязательстве. Издатель книги не заключает при продаже никакого договора о непечатавании с покупщиками, а тем более с теми, до кого дойдет книга в дальнейшем своем обращении. Не может быть также и подразумеваем договор, будто бы безмолвно состоявшийся между автором и публикою, бледное воспоминание особенно излюбленных XVIII веком договоров общественных, с которыми покончило или старается покончить наше время, потому что они – фикция, а всякая юридическая фикция есть грубая заплата, прикрывающая прореху в юридической системе, явное доказательство несостоятельности объяснить происхождение учреждения. Итак, право авторское в теперешней системе гражданского права есть статья самая неудобная, не вмещающаяся в рамки делений, статья особая, которую неизвестно, куда приурочить. Оно – право имущественное, но с личным оттенком; оно не вытекает из обязательства, но и не вещное. Ученый комментатор Баварского

закона 28 июня 1865 г. Мандри (*Das Urheberrecht an litterarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst*, 1867) называет его абсолютным, как права вещные, но лишенные вещественной подкладки. Называть его правом литературной собственности нельзя, не злоупотребляя словом «собственность». Оно, несомненно, монополия, ложащаяся податью, по словам Маколея, на одно из невиннейших и чистейших наслаждений человека. Бывший тюбингенский профессор, а потом австрийский министр Шефле сочинил по поводу авторского права целую теорию экономических, естественных и искусственных монополий или господств над рынком сбыта (*Nationalökonomische Theorie der ausschliessenden Absatz Verhältnisse*. Tübingen, 1867), начиная с поземельной ренты, адвокатской и нотариальной клиентели, промысловых привилегий и концессий, полицейски умеряемых и сдерживаемых таксами и тарифами, и кончая авторским правом, патентами на изобретения, фабричными и торговыми фирмами и исключительным правом этих фирм на штампы и марки. Число этих экономических ценностей, отчуждаемых и неотчуждаемых, растет, увеличивается и напрашивается, чтобы ему отвели особое место в гражданском праве, наряду с правами вещными и правами по обязательствам. Англичане никогда на свое *copyright* не смотрели иначе как на монополию; немецкие цивилисты почти без исключения рассматривают авторское право (*Urheberrecht*) как особое гражданское право, которое следует определять и развивать не наподобие собственности, но в пределах цели, ради которой оно установлено, т.е. ввиду невозможности иным способом дать соответствующую премию знанию, писательскому труду, таланту. Этим трезвым взглядом на авторское право проникнут новый закон Северогерманского союза, а теперь имперский, 11 июня 1870 г., о правах авторов. Если мы изучим содержание этого закона в коренных его положениях и главные идеи книг Шефле, то мы познакомимся с самым прогрессивным по нашему времени законодательством и с самым радикальным поныне сочинением по этому вопросу. Постараюсь представить в сжатом виде результаты этой двойной работы.

III

Германия выработала, так сказать, в складчину свой новый закон. Почин ему был дан обращением издателей к саксонскому правительству, которое в свою очередь обратилось к бирже немецких книгопродавцов в Лейпциге с предложением изложить, чего они хотят. Созван был съезд, выбран комитет из экспертов, который выработал (1855) основные начала нового

законодательства, а разработка поручена трем немецким юристам: Гейдеману, Гиншиусу и фон Рёнке. Их проект в 1857 г. был внесен саксонским правительством на франкфуртский сейм, в который внесла и Австрия свой контрпроект, выработанный комиссией под председательством фон Гие. Из согласования обоих проектов вышел новый франкфуртский (референт Круг), который на сейме союза не прошел, но усвоен был Баварией и лег в основу баварского закона 28 июня 1865 г. Этот баварский закон и комментарий к нему профессора Мандри послужили материалом для закона Северогерманского союза 11 июня 1870 г., распространенного на всю Германскую империю 22 апреля 1871 г.

Закон отличается отсутствием всяких определений авторского права по его существу. Автору принадлежит исключительное право воспроизводить свое сочинение (*Schriftwerk*) механически (§ 1); из последующих статей закона оказывается, что автору принадлежит исключительное право разрешать переводы своих сочинений (§ 6) и публичные представления или исполнения своих драматических и музыкальных произведений (§ 50). Защитой закона пользуется не только писаное слово, оно охраняет еще и устные публичные чтения (*Vorträge*), но только такие, которых задача поучать, наставлять, развлекать (b. § 5). Всякие другие чтения, все законы и официальные акты (c. § 7), все речи и прения на суде, во всякого рода представительных, политических и общинных, церковных и иных общественных собраниях (d. § 7) безусловно свободны от всякого запрещения перепечатывать. Разрешено также без точного определения законом размеров заимствования, помещать выдержки и отрывки из опубликованных чужих трудов в самостоятельных ученых сочинениях, в учебниках и хрестоматиях под условием только указания имени автора или источника (a. § 7). Наконец, дана весьма широкая свобода перепечатыванию статей газетных (в том числе телеграмм) даже без всякого указания источников и без обращения внимания на то, производятся ли эти заимствования постоянно и в виде ремесла или только иногда и случайно. Из газет заимствовать нельзя только новелл, ученых трудов и более обширных сообщений, отмеченных в самом их начале недозволением их перепечатывать (b. § 7). Важные соображения клонились к тому, чтобы провозгласить свободу переводов; перевод не есть механическое воспроизведение оригинала, но самостоятельная литературная работа. Притом свобода переводов более популярна в Германии, чем в какой-либо другой стране, кроме России. Одержало верх прежнее укоренившееся начало, подводящее перевод под

контрафакцию, но потребовано, чтобы автор на заглавном листе именно обозначил, что он оставляет за собою право разрешить перевод, и чтобы этот перевод был начат изданием не позже года и кончен не позже 3 лет от издания оригинала (§ 6). Изданный в срок с разрешения автора перевод охраняется от конкуренции других переводчиков в течение 5 лет (§ 15). Для драматических произведений обязательный для издания перевода срок еще короче: он полугодовой. Желая сохранить за собою право разрешать публичные представления своих произведений должен обозначить свой запрет на заголовном листе (§ 8). Авторское право есть право вполне отчуждаемое до такой степени, что контрафактом делается сам автор, перепечатавающий свою книгу вопреки контракту с приобретшим ее издателем (с. § 5), или издатель, если он напечатает лишнее против контракта число экземпляров (d. § 5). Оно есть право наследственное и срочное, ограниченное истечением 30 лет, считая от года смерти автора (§ 8), даже для сочинений его, изданных посмертно (§ 12), или считая от года издания безымянных или изданных под вымышленными именами сочинений (§ 11). Право авторское никогда не делается вымороченным (§ 17); хотя оно имущественное, но в нем есть одна глубокая черта права личного: пока рукопись не издана, никто, даже тот, кому рукопись досталась законным способом, напр. уступкою, продажей с аукциона, не смеет без разрешения автора ее печатать (a. § 5). Составители проекта хотели совсем освободить авторское право от всяких гражданских взысканий, но это не прошло на сейме; таким образом, закон оставляет открытыми сложные вопросы о том, насколько на авторское право по изданным уже сочинениям может быть обращено судебное взыскание, насколько издание сочинения зависит только до смерти автора от его воли или по смерти его от преемников его права. Комментаторы склоняются в пользу полновластия наследников, разрешат или не разрешат к печати всякие писания, даже корреспонденцию, потому что и письма подходят под понятие *Schriftwerk* (§ 1), заменившее слово *litterarische Erzeugnisse* баварского закона 1865 г.

Перейдем к части закона уголовной. Если заимствование разрешенное, но под условием обозначения имени автора или источника, учинено без соблюдения этого условия, виновный подвергается штрафу до 20 талеров, не заменяемому при его несостоятельности лишением свободы и без обязанности к вознаграждению убытков (§ 24). Строже наказание за *Nachdruck*, противозаконное перепечатание или контрафакцию. Она преследуется только в порядке частного обвинения, причем

преследование может быть прекращено до воспоследования приговора (§ 27). Уголовно наказуема она только с момента совершения; совершением же считается, когда изготовлен хотя бы один цельный экземпляр противозаконного издания (§ 22). Простое покушение на контрафакцию влечет за собой только заарестование (Einziehung) книги и уничтожение всех приспособлений к изданию, рисунков на камне, набора.

Если контрафактор действовал добросовестно и совершил контрафакцию вследствие извинительного заблуждения насчет права печатать, тогда он ненаказуем и обязан только уплатить по принадлежности автору или преемнику его прав свою прибыль от издания. Если контрафакция совершена намеренно (т.е. со знанием о ее противозаконности) или неосторожно (обе эти степени вины в контрафакции по последствиям одинаковы), то виновный сверх пени в казну до 1000 талеров, заменяемой при его несостоятельности тюрьмою до 6 месяцев, подвергается еще денежному взысканию в пользу пострадавшего лица. От пострадавшего зависит, или требовать денежного наказания (Geldbusse) в свою пользу (до 2000 талеров), или вознаграждения за убытки (§ 18). Как в том, так и в другом случае сообщники в контрафакции отвечают солидарно (§ 18, 20, 25). При определении прибыли и убытков суд не обязан ограничиваться правилами о силе доказательств (§ 29) и оценивает их по свободному убеждению совести (§ 19). Во всех технических вопросах суд обращается за заключениями к экспертам (§ 30). За публичное представление или исполнение музыкальных или драматических произведений вознаграждение полагается в размере валового дохода с представления без вычета издержек, а если этого определить нельзя, то по совести (§ 55); суд о контрафакции производится в уголовном порядке, но дело о заарестовании приспособлений к изданию может быть производимо и в гражданском порядке (§ 26). Разобранный мною закон 1870 г. возник по инициативе консервативнейших людей, укрепивших посредством его свое право, отстаивавших свой собственный интерес: книгопродавцев, издателей, цивилистов. Ни одна существенная черта института в тех формах, в каких он до того времени выработался, не пожертвована, зато сделано множество благоразумных уступок и сокращений в несущественном, в мелочах. Коренные формы института перешли целиком, без проверки оснований этого института, в закон, как и бывает большей частью в законодательных работах. Авторское право охранено, но не с избытком ли? Сделаны ли при кодификации все те уступки, которых требует другой, не менее

важный интерес – свободы и быстрого обращения мысли, пользы общественной? Есть повод думать, что институт разросся не в меру и что не мешало бы, не искореняя его, отсечь некоторые дикие ветки, произвести значительные сокращения. По мнению Шефле, авторское право должно быть сокращено во *времени* уменьшением срока, в *пространстве* – значительным уменьшением забот о его сохранении посредством международных трактатов и по *существу* – провозглашением полной свободы переводов. Автор, как рабочий, должен получить свою плату. По свойству продукта нет возможности получить эту плату за раз, а потому законом создана для автора возможность выручить следующее ему вознаграждение в течение известного времени при постепенной промысловой эксплуатации произведения. Цель эта могла бы быть достигнута предоставлением автору известной доли в барышах или *тантиемы* во всяком новом издании, делаемом другими лицами, опубликованного им и сделавшегося таким образом достоянием общественным произведения, если бы не препятствия, почти непреодолимые при установлении высоты такой тантиемы, и затруднения для автора при контроле изданий и при взятии своей с них ренты. Система тантием возможна только как изъятие при публичных представлениях драматических произведений; в остальных случаях рациональнее предоставить авторам разрешать, кому хотят, печатать их произведения. Авторское право – снаряд искусственный для обеспечения за авторами ренты, оно однообразно для всех родов литературного производства, между тем как виды этого производства бесконечно различны; из них некоторые совсем не допускают монополии (публичные речи и прения), некоторые в нем не нуждаются, например газетные статьи (газета, помещающая прежде других свежие известия, не боится конкуренции от перепечатывания этих известий, самое большее, чего можно требовать, – это обязательство указания источников); наконец, некоторые произведения могли бы совсем обойтись без защиты, потому что по роду и содержанию своему, по своей специальности они никогда приманкою прибыли не вызовут перепечатания. Число неохранных произведений может возрасти, может быть введена постепенность в мере, сроках и способах охранения, в зависимости от рода произведений, но и для тех, которые требуют высшей меры охранения, срок 50- или даже 30-летний непомерно велик. Самые капитальные издания соответствуют возрасту автора от 35–40 лет; если взять среднюю долговечность авторов 55 лет, то окажется, что произведение изъято (например, у нас) из пользования издательского лет на 60, 70 или более. Гражданное

большинство книг ветшают и делаются для употребления негодными гораздо скорее; часто лет в пять или десять книги, бывшие полезными, перестают быть совсем доходными статьями, из всей громады печатаемого переживут полвека и перейдут в потомство только немногие и редкие, которые составляют самый цвет литературы, ее красу и более всех пригодны к распространению в массах. Авторское право – *долгосрочное* только и существует ради этих 4 или 5 процентов всего печатаемого, отмеченных талантом, но по отношению к ним авторское право играет роль тормоза, препятствующего этим лучшим книгам проникать в массы. Авторское право не помешало помереть в нужде непризнанным великим писателям, не избавило от нищеты их семейства; оно представляет собой статью, обещающую доход только при денежных средствах и искусной эксплуатации; вот почему, как Исаев свое первородство продал за варенье сочевное, так и семейства умерших авторов отчуждают свое право за безделицу, продают за гроши то, за что потом издатель выручает рубли (сочинения величайшего из русских поэтов проданы за 30 тыс. рублей). И для автора, и для его семьи весьма мало денежного интереса представляет конец срока, последние два-три десятка лет, период сбыта слабеющего, зависящего от тысячи непредвиденных случайностей. Отходящему сочинителю на сердце лежит судьба ближайших к нему лиц в ближайшем будущем, а не второе и третье поколение его нисходящих или боковых наследников. Если он сознавал, что он рабочий, если он не задавался несбыточной мыслью обеспечить потомству на вечные времена непрекращающуюся ренту – литературный майорат, по выражению Прудона, то для него достаточно уверенности, что его потомству станет на прожить и воспитание, после чего оно и само будет на себя зарабатывать. Судьба литературного рабочего стала несравненно лучше прежнего, нет уже надобности в меценатах, и есть примеры счастливых, которые пером составили при жизни большие состояния; будущее сулит еще более отрадного в этом отношении, еще более случаев аристократически высоких гонораров при демократически низкой, дешевой цене сбываемых в громадных массах сочинений. При теперешних условиях ныне же можно бы, по мнению Шефле, принять систему английскую сроков авторского права, считаемых либо от издания книги, либо по смерти автора, смотря по тому, что следует позднее, но сокращением этих сроков, вместо 42 лет (как в Великобритании) до 20 или 25. Пока автор жив, хотя бы жизнь его продолжалась за пределы срока, нельзя лишать его влияния на улучшение и дополнение его сочинений, но раз

пресечена смертью личная связь между автором и его делом, издательство книги по истечении срока, хотя бы он совпал со смертью автора, входит в число безусловно свободных предприятий.

Необходима также коренная перемена в началах международной политики, которая стремилась до сих пор к тому, чтобы посредством трактатов, основанных на взаимности и предоставляющих подданным обеих договаривающихся сторон пользоваться на чужбине такими авторскими правами, какими пользуются туземцы, превратить весь шар земной в один литературный рынок. Как ни заманчива для автора идея всемирного господства, при ближайшем разборе она оказывается величайшей несправедливостью, потому что при всем желании эксплуатировать весь мир никто не в силах снабжать этот рынок своими произведениями. При фактической невозможности для автора пользоваться монополией эта монополия теряет всякую законность по известному правилу: сам не пользуешься, другим пользоваться не мешай. Прочнее всего господство автора на его отечественном рынке: чем дальше от родины, тем более слабеет денежный интерес, сопряженный с монополией; можно сказать, что он уменьшается обратно пропорционально квадратам расстояний: на весьма дальних расстояниях он равен нулю; вместе с тем уменьшается и надобность охранять авторское право посредством трактатов, и сроки охранения могли бы быть короче, и целые разряды произведений от охранения изъяты; например, драматические произведения могли бы быть за пределами родины свободно поставляемы на сцену. Международное законодательство о правах авторских должно бы сообразоваться с бесконечным разнообразием международных отношений; есть государства небольшие, смежные, с одинаковой культурой и языком, которые, предоставляя рынки для сбыта одной и той же литературы, могли бы служить друг для друга гнездами вредной контрафакции; таким государствам удобно заключать между собою трактаты, уравнивающие со своими подданными подданных контрагента и образующие сплошные рынки для сбыта одной, как бы общей для контрагентов, литературы. Так устроились Франция и Бельгия, Швейцария и Германия, государства бывшего Германского союза. Но ход современной истории был таков, что возникли большие государственные массы с преобладающими в каждой национальным языком и литературой. Для таких цельных масс, каковы Франция, Германия, Италия, Россия, внутренний рынок громаден, число говорящих тем же языком на чужбине столь незначительно и они так разбросаны, что трудно предполагать, чтобы могло за границей состояться

и пойти успешно издание для сбыта его за границей же, разве оно будет предназначено на ввоз на родину посредством контрабанды и для противозаконного там распространения. Но против контрабанды есть таможенная цепь – строгие законы уголовные для продавцов, сильный риск, большая ответственность. Если, несмотря на то, контрабандный сбыт идет успешно, это доказывает только непомерное злоупотребление авторской монополией и страшную тягость ее для публики, заслуживающую того, чтобы монополии оказано было противодействие. Есть еще на виду два государственных колосса, имеющих одну литературу и язык: Великобритания и Соединенные Северо-Американские Штаты; никакие усилия английского правительства не успели склонить североамериканцев к заключению конвенции о правах авторских; если состоится когда-нибудь такое соглашение, то, вероятно, на основании сокращения авторской монополии и во времени, и в объеме, потому что, чем обширнее рынок сбыта, тем короче должны быть сроки привилегии, и наоборот.

Легче, чем два предыдущих начала, прошла бы свобода переводов. Она основана, по мнению Шефле, на коммунизме идей как необходимом условии быстрых успехов просвещения, на необходимости не запрещать, а поощрять всякую переработку оригинала, не имеющую вида механического повторения, рабского подражания, всякую передачу оригинала средствами другого, хотя бы родственного искусства, другого языка, всякое приспособление оригинала к требованиям и вкусам иного рода потребителей, для которых оригинал не пригоден, которое не делает, таким образом, никакого подрыва, ни конкуренции оригиналу. Лучшим доказательством незначительности интереса, сопряженного с правом автора разрешать перевод, служат ничтожные по большей части цены, по которым уступается это право авторами. Книга Шефле есть опыт новой теоретической постановки вопроса о правах авторов в Западной Европе и в особенности в Германии. Для России какие же могут вытекать из этого нового поворота в направлении результаты? Охранен ли у нас труд авторский? Обеспечено ли существование создавшего ценную вещь сочинителя? Достаточен ли наш закон? Как применяют его наши суды? С какими новыми и неудовлетворенными требованиями носится литература как одна из капиталнейших отраслей народного труда? Чего она добивается от нашего законодательства и нашей дипломатии?

Я позволю себе остановить на несколько минут внимание читателей на этих чисто практических вопросах, имеющих, несомненно, великую важность для русской литературы и литераторов.

IV

Когда писался знаменитый цензурный устав 22 апреля 1828 г., который, несмотря на свои высокие мысли и благие намерения, был только кавдинскими фурками для русской литературы, составители его занялись в особом приложении обеспечением труда авторов. В пояснениях и дополнениях к этому положению, изданных 8 января 1830 г., права сочинителей превратились в литературную собственность – слово, производящее донныне большую путаницу в понятиях и сбивающее с толку наши суды. В цензурном уставе, сверх авторского права в точном смысле этого слова, т.е. прав автора по отношению к публике, введены некоторые элементы иного отношения, существующего между автором и издателем, материалы для направляющегося в 1-ю часть X т. Св. Зак. издательского договора (Verlagscontract). С нежною заботливостью охраняя автора от кабалы издательской, закон постановляет, что, несмотря ни на какие условия, автор может издать вторичную книгу, уже проданную издателю, если в ней добавлены или переменены две трети или если ей дана иная форма (§ 289); что автор имеет право сделать новое издание книги в пять лет после проданного первого, если в договоре с издателем нет условия о новом издании (§ 287); наконец, что поместивший статью в сборнике или повременном издании может, если не условился, издать ее хотя бы тотчас же потом отдельно (§ 292). В германском законе 11 июня 1870 г. постановлено по установившемуся в Германии обычаю, что автор журнальной статьи может ее издать отдельно только в два года по появлении ее в журнале (§ 10). И по отношению к его кредиторам автору дана привилегия, которая желательно, чтобы была сохранена при будущих преобразованиях закона: неподлежание авторского права гражданским взысканиям, пока оно ни автором, ни наследниками не отчуждено (§ 286). Оно подлежит конкурсу и продаже с публичного торга только тогда, когда передано книгопродавцу и только за долги книгопродавца. В этом случае право издания может перейти вместе с рукописью с молотка в чужие руки, но также вместе и со всеми обязательствами по отношению к автору. Не только рукопись, даже напечатанная книга, если она не была обращена в продажу, недосыгаема для кредиторов самого автора (Устав гражд. суд. 1041, 1042). Срок авторского права, определенный в 1828 г. в 25 лет от смерти автора, был постепенно возвышаем. В правилах 8 января 1830 г. положено, что он должен быть продолжен сверх 25 еще на 10 лет, если в последние 5 лет до истечения 25-летнего срока сделано преемниками прав автора новое издание книги. В 1857 г. 15 апреля десятилетняя прибавка отменена, но зато срок авторского

права без достаточных к тому оснований удвоен и сделан 50-летним. Сильно устарела и весьма непрактична та часть закона, которая касается размера дозволенных заимствований из чужих книг (не более листа, § 297; в хрестоматиях даже больше листа, § 298; в цитаты нельзя обратить более $\frac{1}{3}$ чужого сочинения, текст книги должен быть вдвое больше против цитат из одного и того же источника, § 299). А равно и та часть, которая определяет, что может быть предметом авторского права. Таким образом, запрещено печатать какие бы то ни было публичные речи (в § 297) – постановление, носящее на себе явный отпечаток своего времени, возможное только при полном отсутствии публичной жизни и гласности. Еще тягостнее абсолютный запрет, наложенный, как кажется, не срочно, а на вечные времена, на письма и бумаги, не предназначавшиеся в свет: они могут быть печатаемы не иначе как с общего согласия как писавших их, так и того, к кому они были адресованы, или наследников как того, так и другого (§ 293, 294) – странная помеха истории и притом совсем ненужная, так как закон ограждает честь и живых и умерших по иску о клевете со стороны потомков (1535 Ул. о нак., да и постановления о диффамации могли бы быть применены к защите чести умерших). Простор перепечатыванию газетных известий дан замечательно полный, под условием только указания источников (§ 297, п. г.); наконец, предоставленная уставом широкая свобода переводов способствовала тому, что развилась у нас столь богатая и разнообразная переводная литература, какой почти примера нет в других странах. Исключительное право на издание перевода предоставлено только авторам ученых изысканий, если, издавая оригинал, они объявят, что оставляют за собой право перевода, и если перевод будет издан в течение двух лет со дня выпуска в свет подлинника (§ 302). В определении авторского права с гражданской его стороны так много пробелов, так много неясного и спорного, что ежеминутно возникают недоумения и тяжбы. Что касается до стороны уголовной, то она почти совсем не существует. В большей части случаев следователь и уголовный суд не примут даже к производству дела о контрафакции, а отошлют сначала жалующегося доказать свое право гражданским порядком; когда же, решив гражданским судом вопрос о своем праве, автор потребует либо в гражданском суде денежного удовлетворения, либо в уголовном и удовлетворения, и наказания, то окажется, что первое почти невозможно, а второе сомнительно. За преступления против прав авторских положены наказания, запечатленные драконовской строгостью: лишение всех особенных прав и ссылка в Сибирь на житье за ненаказуемый почти в других странах *плагат*, смиренный

дом до 8 месяцев за контрафакцию, совершаемую умышленно (за неосторожную не полагается никакой ответственности). Денежные пени назначены за одни только заимствования в незаконных размерах (1683–1685 Ул. о нак.). Понятно, что при таких условиях контрафактор выйдет из суда почти всегда оправданным; что же касается до гражданской ответственности, то она, сверх обращения не проданных еще экземпляров издания в пользу автора или преемников его прав, определяется замысловато (§ 304 пенз. уст.): как произведение числа выпущенных в обращение экземпляров контрафактного издания на разность между ценой книги оригинального издания и тем, во что обошелся контрафактору каждый экземпляр контрафактного издания. Это уравнение, состоящее почти из одних только неизвестных величин. Неизвестна цена оригинала, если контрафакция совершена не с книги, а с рукописи, неизвестна стоимость издержек контрафакции, наконец, еще более неизвестно количество отпечатанных и пущенных в обращение контрафактных экземпляров, могущее легко быть скрытым при стоворе контрафактора с типографом. Суд не в состоянии решить эту задачу. Автору предстоит отыскивать следующее ему другим путем, доказав цифру убытков на общем основании законоположений об убытках; но так как очевидно, что он не в силах доказать, сколько именно он потерял в своих действительных или только возможных прибылях от появления контрафакции на рынке, то и в иске ему откажут, и присудят с него судебные издержки. В цензурном уставе была та гарантия против контрафакции, что за неисполнением правил о правах сочинителей наблюдали цензурные установления (§ 313), но с изданием правил 6 апреля 1865 г. о печати эта гарантия прекратилась и авторское право, по отсутствию соответствующей ему санкции, заключающейся в мерах взыскания и карательных, почти совсем не охранено. От контрафакции удерживает ныне только боязнь быть привлеченным к суду, но не опасность последствий этого суда. Отсутствие карательной санкции не может быть восполнено судебной практикой; деятельность судов, полезная, конечно, по отношению к правам авторов, ограничивается исключительно разрешением спорных вопросов гражданской стороны авторского права. Разумным толкованием закона наши суды устраняли нотариальные и даже письменные формальности передачи авторского права и необходимость оглашения этого права преемниками автора по его смерти. Я думаю, что если бы до них дошел вопрос о частных письмах и бумагах умерших лиц, то они разрешили бы и этот вопрос либерально в пользу истории как науки, потому что к этим произведениям пера, которые нельзя назвать литературными, не идут вовсе

признаки состава преступления контрафакции. Но от судебной практики нельзя ожидать невозможного, нельзя требовать, чтобы на белом поле, на котором законодатель провел лишь несколько несвязных штрихов, выведен был судами посредством мозаического подбора камешков-решений в течение десятков лет цельный рисунок. Состав судов меняется, теорий об авторском праве бездна, разные теории будут отражаться в решениях, вследствие чего в конечном результате судебной практики, если ей не поможет законодательство, окажутся только противоречия и хаос. Из этого неопределенного и тягостного состояния, в котором труд автора слабо огражден, мало обеспечен, нет иного выхода, кроме новой кодификации положения о правах сочинителей. Новый закон должен бы соответствовать современным условиям гласности, развития литературы и жизни общественной. Он должен бы быть постановлен по выслушании книгопродавцев, издателей, сочинителей и соображению их мнений со статистическими данными о количестве издаваемых и расходящихся в продаже сочинений живущих и умерших авторов. Он должен бы ввести серьезные наказания за контрафакцию, но только денежные и предоставить суду определять убытки произвольно, по совести, не выходя за известное *maximum*. Он должен бы сильно сократить и срок авторского права. На первых порах, впредь до дальнейших указаний опыта, можно бы ограничиться возвратом к цензурному уставу 22 апреля 1828 г. и положить 25 лет от смерти автора и для при их жизни изданных, и для посмертных литературных произведений (справедливо, чтобы по смерти автора семья его могла на продолжительное время обеспечить его авторским правом свое существование). Из двух великих русских литераторов, умерших с разницей 11 лет (1826–1837), Карамзина и Пушкина, творения первого (даже его история) пережили свой век, устарели и при полной свободе перепечатывать едва ли дождутся нового издания – лучшее доказательство того, что защита им не нужна; благодаря же закону 1857 г. мы не имеем хорошего дешевого издания для народа творений великого поэта. В новом законе надлежало бы обеспечить свободное публикование исторических материалов, даже не относящихся к недавнему прошлому, не стесняя издателей никакими правами наследства третьих лиц. Само собой разумеется, что вместе с тем надлежало бы сохранить при кодификации все хорошее, заключающееся в старом уставе, например неподлежание авторского права гражданским взысканиям, и дать полную свободу переводам. О международных гарантиях авторского труда можно бы пока и не заботиться. Если только признать, что по времени ограниченная сроком монополия автора не может претендовать

и по месту на всемирное господство, то следует прийти к выводу, что к заключению трактатов о правах авторов государства могут быть побуждаемы только соображениями взаимной пользы и удобства. С этой точки зрения положение России таково, что, заключая трактаты на основаниях взаимности, она больше услуг оказывает тем западноевропейским государствам, с которыми вступает в соглашение, нежели получает их от своих контрагентов. Литературный рынок России громадный, ее литература мало распространена в Европе, заграничная контрафакция русских книг для заграничного же потребления ничтожна. Что касается до ввоза в Россию контрафактных экземпляров от продавцов в пользу того, кому принадлежит авторское право, то эта опасность устраняется системой полицейских мер и отобрания контрафактных экземпляров от продавцов в пользу того, кому принадлежит авторское право. Справедливость, конечно, требует, чтобы в пределах России не могла основаться постоянная контрафакция для вывоза и сбыта произведений ее за границей; но для русского общества существенно важно, чтобы посредством трактатов, основанных, по-видимому, на взаимности, не уменьшились пути и средства быстрого знакомства русского общества с произведениями ума и творчества западноевропейских наций.

*Читано в общем собрании членов литературного фонда
21 апреля 1874 г.*

О праве собственности в литературе

(перевод статьи, помещенной в прибавлении к № 52 польской газеты «Край» 24 декабря 1887 г.,)

Публикуется по книге:

Спасович, В.Д. Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. / В.Д. Спасович. – СПб. : Книж. магазин братьев Рымович, 1889–1902. – Т. 3 : Статьи, диссертации, лекции юридического содержания. – 1890. – С. 393–401.

Весьма недавно, 25 ноября (5 декабря) 1887 г., случилось мелкое, по-видимому, но довольно важное происшествие: введена в действие утвержденная правительствами международная конвенция от 28 августа (9 сентября) 1886 г., создавшая международный союз для охраны произведений литературы и искусства. В союз этот вступили между прочим: Швейцария, Франция, Великобритания, Испания, Италия, Германия, Бельгия. Если считать кругом все население этих государств с их колониями, то оно составит около 450 миллионов людей, приблизительно одну треть всего народонаселения на земном шаре. Правда, что в союз не вошли колоссальнейшие государства: Россия (103 млн.), Австро-Венгрия (около 40), Соединенные Штаты Северной Америки (около 50), Скандинавские государства, но заметим, что вступление в союз для них всегда открыто, причины их уклонения от союза мало-помалу исчезают даже в Соединенных Северо-Американских Штатах, так что можно предвидеть, что наступит время, когда где бы то ни изданное произведение умственного труда будет одинаково уважаемо, признаваемо и защищено по отношению к правам его автора, как и в стране, которой он принадлежит по

своему происхождению. Известный «дележ земель» Шиллера (*Theilung der Erde*) становится анахронизмом. Современные авторы вовсе не голыши и не люди бездомные, они не нуждаются в том, чтобы быть вхожими ко дворам, кланяться всяким меценатам. Они создали себе в последние полвека собственность, которая, по словам писателя Э. Клюбэ (*Clunet, Etude sur la convention d'Union internationale, Paris, 1887*), «священнее всякой иной собственности, так как она по природе своей метафизическая». Они укрепились в своих сочинениях, как в крепостях, обвели их рвами с водой, обставили рогатками и шлагбаумами и идут прямым путем к цели, которую энергически опровергал Прудон (1862 г.) в сочинении «О литературных майоратах» следующими словами: «...нет и быть не может литературной собственности одинаковой с поземельною. Новый вид собственности вводится в области, не подлежащей присвоению и лежащей по существу своему за пределами эгоизма и продажности. Наука, поэзия и искусство портятся наравне с религией и судом, когда ими торгуют, когда с них берут проценты». Прудон не отрицает, что умственное творчество – большая сила и что оно может быть главным двигателем при демократическом устройстве, что ценность его неизмерима, что оно должно быть вознаграждено, но он отрицает его вознаграждаемость по правилам, свойственным земледелию и промышленности.

Слова великого диалектика были гласом вопиющего в пустыне. Имеется налицо общественная потребность, признанная и сильно поддерживаемая: обеспечить за умственным творчеством по его заслугам известные материальные плоды и выгоды. Эта потребность создала литературные ассоциации и съезды литераторов. На съездах во главе движения стали его ораторы и адвокаты, увлеченные заманчивой идеей умственной собственности. Они верили и верят, что со временем литературная и художественная собственность будет отождествлена со всякой другой собственностью, с пашней, огородом или виноградником. Они тщательно избегали и заматали свежие следы недавнего происхождения авторских прав от привилегии: они воздерживались от проникновения в существо этой во всяком случае искусственной монополии. Автор имеет полное и бесспорное право собственности на не изданное еще свое сочинение. Коль скоро оно издано, т.е. пущено в оборот, его экземпляры стали такой же собственностью приобретателя их по отношению ко всем способам пользования ими, какой был подлинник сочинения в обладании автора до издания сочинения, кроме лишь немногих способов пользования, выделенных законом и монополизированных им в пользу

автора. Самый главный из последних способов: механическое размножение сочинения. Всякое право собственности имеет ту особенность, что оно право *вечное*, не прекращающееся. Все вожаки движения в пользу литературной собственности жаждут этой вековечности и стремятся к ней с надеждой побывать когда-нибудь в этом раю. Они восхищаются тем, что новый испанский закон 10 января 1879 г. продолжил до 80 лет период посмертного пользования авторскими правами, из коих в течение первых 25 лет правами этими пользуются третьи лица, приобретатели этих прав от автора при жизни его, а в течение остальных 55 лет – законные наследники автора, если только окажутся (ст. 6). В большей части современных законодательств авторские права имеют 30-летний срок со дня смерти автора. Конвенция союза 1886 г. постановляет, что во всех союзных государствах автор пользуется правами авторскими в течение времени, установленного для «националистов» этого государства, но что эта охрана не может продолжаться далее срока, после которого она прекращается по месту происхождения произведения. Из сего следует, что конвенция держится при обеспечении сочинений от контрафакции начала кратчайших сроков, но вспомним, что по § 150 конвенции права, признаваемые за автором по конвенции, считаются минимумом, от которого нельзя союзным государствам отступать, а увеличивать и прибавлять им можно всячески: по трактатам и по свободному усмотрению контрагентов. Итак, вожаки движения могут надеяться, что постепенным удлинением сроков они дойдут когда-нибудь до признания, что права авторские будут бессрочные, т.е. вечные.

В Бернскую конвенцию по несостоявшемуся единогласию не вошли все предложения, разбиравшиеся на Бернском съезде. Балет и фотография в качестве самостоятельных искусств ходатайствовали об охране, вслед за ними на будущих съездах, несомненно, появятся и будут ходатайствовать об оказании им защиты многие применения искусств к промышленности, могущие претендовать со временем на пользование правами, подобными авторским, но в меньшей степени и на более короткие сроки. Конвенция запретила в общих выражениях (§ 10) приспособления (*adaptations*) и всякие присвоения чужих авторских трудов посредством переделок. Предложения метили гораздо дальше этой цели. Со стороны Франции предлагалось не допускать извлечений из чужих произведений даже в сочинениях школьных и научных. Из вежливости по отношению к Швейцарии и ввиду одного из ее национальных промыслов допущено воспроизведение всякой музыки на шарманках (§ 3 *protocole de cloture*). Сильнейшее столкновение противоположных мнений

обнаружилось по статье переводов. Собственно перевод не есть механическое размножение подлинника, но передает чужое произведение при посредстве самостоятельного литературного труда. Члены международной литературной ассоциации, основанной в 1878 г. и главным образом содействовавшей образованию союза, упорно отстаивали начало полного отождествления недозволенного перевода с контрафакцией и уклонялись от всяких компромиссов. На Бернской конференции только четыре государства высказались безусловно за это начало: Испания, Франция, Бельгия и Швейцария. Другие государства колебались, требуя защиты от переводов, но на более короткие сроки, нежели те, на которые установлены для прав авторских вообще, и под условием, чтобы сам автор постарался об издании разрешенных им переводов на другие языки в 2 или 3 года после опубликования подлинника. § 5 конвенции, состоявшийся в виде мирового соглашения, обошел требование скорого опубликования перевода старанием автора и предоставил ему десятилетнее исключительное право издавать или разрешать переводы.

На этом соглашении, равно как и на многих других содержащихся в конвенции, можно бы поставить девиз *plus ultra*, потому что в отдельных законодательствах видно усиливающееся стремление ко все большему и большему сравнению перевода с механическим воспроизведением сочинения (Швейцарский закон 23 апреля 1883 г. гласит: *Das Urhtberrecht begreift auch das Uebersetzungsrecht*, – при условии, чтобы автор или его наследники постарались об издании перевода в течение 5 лет со времени издания подлинника). Все достигнутые в конвенции запреты, укрепления и распространения авторских прав провозглашаются международной литературной ассоциацией и ее авторами как блистательнейшие победы цивилизации, как результаты либерального направления и прогресса.

Возникает вопрос: что принесет нам, т.е. польской литературе и искусству, международный литературный союз? При отсутствии всяких трактатов книги, издаваемые в одной из частей древней Польши, не перепечатывались вообще до сих пор ни в других частях бывшей Польши, ни за границей. Общественное мнение и обычай преследовали сурово контрафакцию как бесчестный поступок, достойный наказания. Главнейшим образом наша литература и искусство заинтересованы в этом вопросе только по части переводов, не разрешенных автором. Польская литература помнит в нынешнем столетии времена более блистательные, нежели настоящее. Период наибольшего ее лучеиспускания прошел, после богатейшего расцвета поэзии господствует теперь

проза, в изящной словесности роман, весьма видное место заняло драматическое творчество. Новейшие произведения польской литературы не имеют широкого общеевропейского распространения, зато заметен успех в более тесном кругу, в том, что ими более интересуются в среде соплеменников славян. Все лучшие польские сочинения присваивали себе чехи, переводя их. За ними следит немногочисленная, но громадную будущность имеющая интеллигенция южных славянских народов, наконец незаметным образом, но в больших размерах и до настоящего времени еще без взаимности польская мысль просачивается в сознание русской читающей публики посредством переводов, появляющихся немедленно после выхода в свет подлинников, и таким образом, что иногда издается несколько переводов одного и того же сочинения. Произведения г. Сенкевича, Пруса, Э. Ожешко переводятся почти все, как переведены были в свое время сочинения Крашевского; Мицкевич переведен почти весь, весьма многое переведено из Кондратовича и Красинского, менее других – из Словацкого.

Скорому обороту профильтрованных переводами созданий польской литературы много содействует русское законодательство, которое по ст. 302 цензурного устава, изданного 8 января 1830 г. (прил. к ст. 2 прим. 2 Устава о цензуре и печати 1886 г. § 20), предоставляет монополию переводов только сочинителям книг, требовавших особенных научных изысканий, и притом только под двумя условиями: что они объявят о своем намерении воспользоваться правом разрешать переводы и что перевод будет издан до истечения 2 лет со дня обнаружения подлинника. Эта статья закона и будет долгое время камнем преткновения для всяких попыток склонить Россию к тому, чтобы она приобщилась к Бернской конвенции. Русская публика пользовалась до сих пор всеми европейскими литературами, заимствуя себе пищу отовсюду и ничего за нее не платя, вследствие чего ей трудно смириться с мыслью о преградах, трудностях, задержках и платежах. Недавние успехи русского романа в Германии и во Франции, не знаем, продолжительные ли, составляют первый пример значительного вывоза из России умственных продуктов. Привоз до сих пор был вполне даровой. Приступив к союзу, придется по необходимости оплачивать наличными разницу между ввозом и вывозом. Конечно, отношения изменятся, но еще не скоро, когда самостоятельное народное производство усилится, когда главную умственную пищу доставлять будет не иностранная, а своя литература, когда в самой России будет существовать группа производителей, претендующая на то, чтобы ее сочинения доставляли им известную прибыль от переводов на иностранные языки.

По устройению международного вопроса изменятся внутренние отношения русской литературы к другим иноязычным литературам в пределах самой России и в особенности к самой крупной из них – польской. Польским авторам перепадет кое-какой вполне заслуженный ими грош. Мы бы и теперь голосовали в пользу обложения переводов в пользу авторов подлинников, но обложения умеренного, весьма постепенного, весьма краткосрочного и не сопряженного [с] сильным натягиванием струны авторского интереса. Мы по принципу противники подвигивания авторских прав до высоты авторской собственности, до заторможения мысли, до препятствования ей свободно обращаться и преобразоваться при прохождении сквозь человеческие умы.

Права авторские и контрафакция

Публикуется по книге:

Спасович, В. Права авторские и контрафакция / В. Спасович. – СПб. : Изд. книгопродавца и типографа М.О. Вольфа, 1865. – 106 с.

§ 1

История развития этих понятий в законодательствах положительных

Вопрос об исключительных правах автора на размножение своих произведений посредством всевозможных механических приемов и способов и о нарушении этих прав, или контрафакции, возник после изобретения и вследствие изобретения книгопечатания.

До того времени сочинений было мало, они обращались в весьма небольшом кругу грамотных людей в немногих и чрезвычайно дорогих списках. Немногие литераторы или были люди достаточные, обеспеченные содержанием из других источников, или кормились крохами от щедрот сильных мира сего, которых дворы они украшали, которых дела они прославляли. Не видно, чтобы кто-нибудь из них воспрепятствовал или затруднял переписывание своих творений для извлечения из них дохода. Книгопечатание пробудило в народе потребность читать, оно породило две важные отрасли промышленности – типографскую и книгопродавческую. Образовалось новое звание писателей по ремеслу, добывающих себе пропитание концом пера не из кармана королей и меценатов, но от публики при посредстве типографщиков и книгопродавцев. Но одновременно с этими фактами по мере

распространения сбыта книг явилась и контрафакция, делающая самый чувствительный подрыв производителям, разоряющая их и причиняющая через то ущерб целому обществу. Издатель скупился гонораром автору, зная, что тотчас же это самое произведение будет перепечатано и пущено по низкой цене в продажу ничего не заплатившим автору спекулянтю. Издательство само становилось промыслом убыточным; издатель, терявший на книгах, не имеющих успеха, не мог возместить этой потери на изданиях, быстро расходящихся, вследствие соперничества с ним перепечатчиков. Общественное мнение порицало перепечатчиков¹; но авторам и издателям суды не оказывали защиты, потому что вред, причиняемый контрафакцией, нельзя было подвести ни под одну из форм гражданских или уголовных тогдашнего положительного законодательства, ни римского, ни канонического, ни народного обычного. Авторам, а главное издателям, предстояло одно только средство спасения от свирепствующей с возрастающей силой язвы контрафакции, а именно обращаться к правительству и ходатайствовать у него о пожаловании в виде милости особых привилегий на исключительное право печатания и продажи книг, предполагаемых к изданию. Такова первоначальная форма, в которую облекались права авторские до тех пор, пока с учащением этих привилегий законодательство не обобщило их и не возвело права авторские на размножение своих произведений печатью в общий гражданский закон.

Первая по времени из известных привилегий издательских дана Венецианской республикой в 1491 г. профессору канонического права *magistro Petro de Ravenna nuncupato a Memoria* на издание его сочинения под заглавием *Phoenix (ne alieni colligant fructus laborum et vigiliarum suarum)*. В Германии подобные привилегии раздавали как император на всю империю, так и местные земские владетели духовные и светские, а равно и города. В привилегиях обозначалось обыкновенно, каким денежным

¹ Лютер следующим образом укоряет перепечатчиков (*Auslegung der Episteln und Evangelien vom Advent an bis Ostern*. Wittenberg, 1525). Eyn Vermanung an die Drucker. Gnade und Friede. Was sol doch das seyn, meine lieben Druckerherrn, das eyner dem andern so offentlich raubt und stillt das seyne, und unternander euch verderbt? Seyt yhr nu strassenreuber und diebe worden? Oder meynet yhr, das Gott euch segenen und erneeren wird durch solche böse tücke und stücke? Ich habe die Postillen angefangen von den heyiligen Dreykünigetage an, bis auf Ostern, so faret zu eyn bube, der setzer, der von unsern schweys sich neeret, stilet meyne handschriefft, ehe ichs gar ausmache, und trags hynaus, und lesst es draussen ym lannde drucken, unser kost und erbeyt zu verdrucken. Wolan, Gott wirts finden was Du dran gewynnest, da schmyre die schuch mit, Du bist ein dieb, und für Gott schuldig die widerstattung. То же говорит и Эразм в письме к Пиркгеймеру 27 янв. 1522 г.: *Ubi quid novi operis prodit, quod putent fore vendibile mox unus atque alter suffuratur, excudit ac venditat minimo*. См. Oskar Wächter, *Das Verlagsrecht*. Stuttgart, 1857–1858.

пеням должен подвергнуться контрафактор. Привилегия помещалась в начале или в конце пользующейся ею книги. Во Франции она имела форму послания королевского ко всем судам (Lettres du Roi – á nos amis et feaux conseillers, les gens tenant no scours de Parlement... et autres nos justiciers). Привилегии бывали без означения срока или срочные: на 2 года, 5 лет и т.д. Их краткосрочность объясняется тем, что главными ходатайствующими о выдаче их лицами были не авторы, но издатели-книгопродавцы. Автор обыкновенно довольствовался единовременным гонораром, отдавал рукопись в полное распоряжение книгопродавцу, не требовал ничего больше. Книгопродавец хлопотал только о том, чтобы получить законную защиту от перепечатчиков, пока не разойдутся в продаже экземпляры первого издания. С вероятностью сбыта отгиснутых первым изданием экземпляров соразмерялся и срок привилегии правительственной. В случае успешной распродажи издания по ходатайству издателя привилегия его была продолжаема и возобновляема правительством. Книгопродавец обогащался быстро и верно, ничем почти не рискуя и покупая лишь произведения, обещающие скорый и верный сбыт; страдал только сам автор, бедный труженик, получавший под пышным именем гонорара весьма скудную трудовую плату. Нигде эта эксплуатация труда авторского издателями-капиталистами не достигла таких громадных размеров, как в Англии¹. Во второй половине XVI столетия правительство английское убедилось, что то благородное искусство, которое король французский Людовик XII считал *d'invention plus divine qu'humaine* (declar. de Blois du 3 avril 1513), может быть и опасно, потому что оно пускает в обращение множество книг еретических и возмутительных (many false fond books, and ballads, rhymes, and other lewd treatises in the english tongue, both heretical and seditions). Дабы обеспечить правительство с этой стороны, Филипп и Мария устроили все отрасли промышленности, имеющие связь с книгопечатанием, монополярно. В 1566 г. учреждена корпорация *стэшионеров* (stationers), заключающая в себе книгопродавцев, типографчиков, бумагопродавцев и переплетчиков, которой предоставлено исключительное право печатания. Желающий печатать книгу должен был вписать ее в особый реестр корпорации и получить, за уплатой известной пошлины, письменное разрешение на печатание (licence). Эти стеснения открывали возможность ввести предварительную цензуру, которая установлена Елизаветой. Строгость постановлений о печати усиливается при Карле I, которого указ 1637 г. ограничил 20-ю число типографчиков на всю Англию.

¹ Ed. Laboulaye. Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre, 1858.

Королевская власть защищалась от революции, налагая руку на печать и заключая ее в тиски. Контрафакция, конечно, становилась невозможностью, но участь писателей улучшилась весьма незначительно. Монополия шла впрок только книгопродавцам, которые, предоставляя себе львиную долю в барышах, делились ею иногда с придворными и высшими сановниками государственных. Эти последние влиятельные лица выпрашивали у короля для себя исключительное право издательства известного рода книг, напр. или книг юридических, или букварей, или календарей, или катехизисов, входили потом в сделки с книгопродавцами и собирали этим путем налог с литературы. Таким образом возникла некоторого рода литературная собственность, но только в пользу паразитов, ни в каком смысле не участвовавших в производстве. Это злоупотребление устранено было революцией, которая, однако, не коснулась монополии стэшионеров и сохранила цензуру. Рядом срочных (обыкновенно на 8 лет) парламентских статутов, постепенно возобновляемых, постановлялось, что разрешение цензуры обязательно для сочинений. Последний такой статут истек в 1695 г.; после жарких дебатов парламент решил в 1694 г. не возобновлять его ввиду тех неудобств и притеснений, к которым дает повод цензура. Таким образом установилась вдруг полная свобода печати¹. Прекращение действия *licensing act*'а подвергло опасности издателей, которым опять стала грозить контрафакция, потому что их монополия только и охранялась предварительным разрешением цензуры на печатание сочинений. Они и стали подавать прошения в парламент об ограждении их от перепечатчиков.

По выражению французских юристов, привилегия была только особенная милость монаршая (*une grâce fondée en justice*, – говорит *argêt du conseil du Roy* 30 августа 1777 г.). С XVIII века начинаются попытки возвести эти привилегии в общий гражданский закон, служащий всем писателям независимо от того, ходатайствовали ли они предварительно перед правительством об охранении своих прав или нет. Проследим эти попытки по главнейшим государствам европейским.

Великобритания. По предложению Уортли (Wortley) издан в 1709 г. (*for the encouragement of learned men to compose and write useful books*) закон (8 Anne, с. 19), по которому авторам и законным приобретателям книги, вписанной надлежащим порядком в реестр компании стэшионеров, предоставлено исключительное право перепечатывать ее в течение 14 лет со дня первого издания; если же автор еще жив при окончании

¹ Mасаулай. История царствования Вильгельма III, том 3, глава III.

этого срока, то в течение 28 лет. Самовольный перепечатчик подвергался конфискации книг перепечатанных и штрафу по одному пенни с листа; половина штрафа поступала в казну, половина – доносчику. В видах противодействия дороговизне книг архиепископ Кентерберийский, епископ Лондонский, лорд-канцлер, лорды, председательствующие в уэстминстерских судах, и вице-канцлеры университетов Оксфордского и Кембриджского снабжены властью принимать жалобы на чрезмерно высокие цены книг и понижать эти цены по своему усмотрению. Статут 1709 г. ограждал прессу от контрафакции внутренней в пределах Англии, но не защищал ее от ввоза книг из-за границы (преимущественно из Голландии) и даже из Ирландии, на которую не распространялось тогда действие английских законов. В царствование Георга II (8 Geog. II, с. 13–12; Geog. II, с. 36) ввоз этот запрещен под страхом конфискации наличных экземпляров, взыскания двойной цены распроданных и 5 фунт. стерл. С тех пор ирландские контрафакции могли расходиться только по Ирландии, пока статут 41 Geog. III, с. 167 (1801 г.) не распространил на Ирландию действие английских постановлений, ограждающих права сочинителей. Общественное мнение стояло за права авторские и склонялось все больше и больше в пользу их расширения. Пользуясь связями в парламенте, университеты Оксфордский и Кембриджский и некоторые другие учебные заведения (4 шотландских университета, коллегии св. Троицы близ Дублина, итонская, уэстминстерская и уинчестерская) успели выхлопотать законодательным путем признание за ними права вечной собственности на все сочинения научные или педагогические, даримые или завещаемые им, под условием, однако, что они будут эти сочинения печатать во всех собственных типографиях (15 Georg III, с. 83–41; Georg III, с. 107). Этим преимуществом университеты и учебные заведения великобританские пользуются и донныне. Статут Георга III 1801 г. (41 G. III, с. 107) удвоил срок, положенный законом 1709 г., пользования правами авторскими и постановил, что автор и приобретатель сочинения пользуются правами исключительного издательства в течение 28 лет от первого издания или, если автор будет еще жив в это время, по самую смерть автора. Записка предполагаемой к изданию книги в реестр стэшионеров сделана, по финансовым соображениям, обязательной под страхом штрафа, но потеряла значение необходимого условия для пользования правами авторскими. Наконец, вопрос о еще большем упрочении литературной собственности возбужден был в английском парламенте в 1837 г. блестящим адвокатом и поэтом Тальфордом (sir Noon

Talfourd). Прения парламента привели в результате к закону от 1 июля 1842 г. (5 и 6 Vict., с. 45), который служит основанием действующих ныне законоположений по этому предмету. Срок монополии авторской продолжен значительно за пределы жизни автора: до 7 лет от момента его смерти или до 42 лет (3 x 14) со дня первого издания, смотря по тому, который из этих сроков выгоднее для приобретателя монополии. Записка сочинения в реестр компании стэшионеров (at Stationner's hall) обязательна для авторов и приобретателей сочинения не как источник прав авторских, но как законное доказательство, без представления коего никакой иск о нарушении авторских прав не принимается судами. В этом же реестре могут быть отмечаемы и всевозможные уступки, и передачи прав авторских другим лицам. За ввоз в Великобританию из-за границы перепечатанных сочинений виновный, сверх конфискации экземпляров, которые потом истребляются, подвергается еще штрафу 10 фунт. стерлингов и взысканию двойной цены каждого противозаконно ввозимого экземпляра. Из этого взыскания 5 фунтов стерлингов обращаются в пользу задержавшего контрабандные экземпляры таможенного чиновника, а остальное – в пользу владельца прав авторских на сочинение. Автор может наложить секвестр на все обращающиеся экземпляры своего сочинения и вправе требовать выдачи ему всех этих экземпляров как своей собственности, в чьих бы руках они ни находились, или искать вознаграждения за все понесенные им от перепечатки убытки.

Соединенные Северо-Американские Штаты в своих постановлениях о правах авторских подражают законам своей прежней метрополии. По Конституции 1787 г. этот предмет включен в круг ведомства Конгресса. Конгресс законами 1790 г. и 1802 г. предоставил авторам права, которыми они пользовались по статуту королевы Анны 1709 г. (14-летней привилегию, продолжаемую на такой же срок, если автор в живых). По закону 1831 г., ныне действующему, срок авторской монополии 28-летний; но если при истечении этого срока автор жив или если он оставил вдову и детей, то они могут ходатайствовать о продолжении своей монополии еще на 14 лет. Пользование монополией авторской обусловливается своевременной заявкой в местном окружном суде штата о предполагаемом издании сочинения, что соответствует английской записке книги в реестр стэшионеров.

Франция. Переходом от частных привилегий к общему закону гражданскому о правах авторских служит постановление королевского совета 30 августа 1777 г., по которому привилегия, даваемая автору, должна служить бессрочно на вечные времена

(à perpétuité) ему и его наследникам, если только он не уступил своих прав постороннему издателю; в противном случае срок привилегии ipso facto уступки ограничивается жизнью автора. Когда вспыхнула революция и ниспровергла королевскую власть, права авторов, охраняемые королевскими привилегиями, остались без всякой защиты. Учредительное собрание по докладу Шопелье издало закон 19 января 1791 г., обеспечивающий за авторами драматических произведений и наследниками их исключительное право поставлять эти пьесы на театрах в течение всей жизни автора и 5 лет после его смерти. Народный конвент по докладу Лаканалья законом 19 июля 1793 г. обобщил и расширил права авторские, запретив перепечатывание или воспроизведение каким бы то ни было образом произведений литературы и искусства в течение 10 лет со дня смерти автора. Указ императорский 5 февраля 1810 г. и закон 18 апреля 1854 г., не уменьшая ни в каком отношении прав, признанных за авторами предшествующими узаконениями, даровали новые преимущества вдове автора, если она состояла с мужем в общности супружеского имущества, и его потомству. Вдова получила право пользоваться монополией авторской мужа пожизненно; срок пользования нисходящих назначен законом 1810 г. двадцатилетний, а законом 1854 г. – тридцатилетний со дня смерти автора, предка их. Так как оба закона: и 1810 г., и 1854 г. – не упоминают ни о наследниках авторов в линиях боковых, ни о лицах посторонних, которым автор уступил свои права, то права авторские на произведения автора, не оставившего после себя ни жены, ни детей или уступившего свою монополию при жизни постороннему лицу, прекращаются за истечением 10-летнего срока со дня смерти автора. В видах сообщения правам авторским еще большего развития декретом 23 декабря 1861 г. учреждена была комиссия для составления особого по этому предмету устава под председательством государственного министра Валуевского. Комиссия представила в апреле прошлого 1863 г. составленный ею проект, который не был еще до сих пор рассмотрен палатами и к постановлениям которого придется нам не раз обращаться в пределах настоящей статьи. Эта комиссия, дав правам авторским, по примеру декрета 1810 г., наименование *литературной и артистической собственности*, предполагает уподобить их всякой иной собственности, продолжая их на будущее в бесконечность. В течение 50 лет со дня смерти автора лица, к которым перешли права его на произведения, должны, по предположениям комиссии, пользоваться исключительным правом издательства; затем по истечении 50 лет всякому желающему предоставляется [право] издавать произведение автора,

но только под условием взноса 5 % с продажной цены всех экземпляров издания в пользу собственников издания. В рапорте комиссии, подписанном Валевским и не лишенном эмпазы и чванства, комиссия ставит себе в заслугу, что если предположения ее сбудутся, то les droits des écrivains et des artistes ne seront plus limités que par la durée même de leurs oeuvres. Quand des actes semblables ont pris place dans la législation d'un peuple, ils doivent y rester pour la gloire du souverain qui les a introduits, – pour l'honneur de la nation qui les a sues comprendre et aussi pour servir d'exemple et d'enseignement¹.

*Бельгия*² руководствуется французскими законоположениями и законом 25 января 1817 г., по которому права авторские прекращаются истечением 20 лет со дня смерти автора. Тот же закон 1817 г. имеет обязательную силу и в Нидерландах, которые в момент его издания составляли одно политическое целое с Бельгией. Такой же 20-летний срок существует в *Швеции* и *Норвегии* по закону 16 июля 1812 г. *Дания* (закон 13 декабря 1837 г.) и *Португалия* (закон 10 июня 1837 г.) дают правам авторским 30-летнее существование со дня смерти автора. Закон *испанский* (10 июня 1847 г.), весьма подробный и обстоятельный, установил два срока, смотря по роду произведений и качеству имеющих на них право лиц, – двадцатилетний и пятидесятилетний. В *Греции* кодекс уголовный 1833 г. (§ 432) охраняет права авторские только в течение 15 лет со дня первого издания, если автор не выхлопотал у короля особой привилегии на более продолжительный срок. В *Швейцарии* союзные кантоны заключили между собой конкордат в защиту собственности литературной и артистической, вступивший в действие с 1 января 1857 г. По этому конкордату права авторские обеспечиваются на 30 лет со дня первого издания или, если автор еще жив, по конец жизни автора. Посмертные издания охраняются относительно прав авторских только в таком случае, если они сделаны в течение 10 лет с момента смерти автора³.

Германия. С половины XVIII столетия отдельные государи, входящие в состав Священной Римской империи, начинают запрещать и преследовать в своих владениях контрафакцию независимо от привилегии, исходатайствованной автором, насколько эта контрафакция относилась к произведениям их собственных

¹ Commission de la propriété littéraire et artistique, in 4°, 1863. Paris. Imprimerie impériale.

² Os. Wächter, Verlagsrecht. Pataille et Huguët, Code international de la propriété industrielle, artistique et littéraire. Paris, 1855.

³ Для современного законодательства Италии о правах авторских у меня нет под рукой данных.

подданных (в *Ганновере* указ 22 окт. 1745 г.; в *Саксонии* мандат 18 декабря 1773 г.; в Австрии многочисленные указы Марии Терезии и Иосифа II; в Пруссии по Ландрехту 1794 г. за перепечатку сочинения, не охраняемого особой привилегией, принадлежащего прусскому подданному, положена конфискация контрафактных экземпляров и уничтожение их или выдача их лицу, имеющему права авторские на это сочинение (Th. II, tit. XX, § 1295–1297)). При дряблости имперских учреждений нельзя было и думать об однообразном определении прав авторских по всей Германии посредством имперского сейма. После падения империи вопрос этот крайне запутался, каждое отдельное государство пошло особым путем, некоторые допускали перепечатывание без всяких ограничений, иные (напр., Баден в своем Ландрехте 1809 г.) признавали за автором право исключительного издательства, но только личное, погасающее со смертью его. Наступила крайняя необходимость установить какие-нибудь нормы для усиливающегося быстро обмена произведениями литературы и искусства. Это требование, заявленное при самом образовании нынешнего Германского союза, занесено в самый основной акт союза 8 июня 1815 г. art. 18: Die Bundesversammlung wird sich bei ihrer ersten Zusammenkunft mit Abfassung gleichförmiger Verfügungen über die Pressfreiheit und die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen Nachdruck beschäftigen. Союзный сейм германский, столь же медлительный в своих приемах, как покойный имперский, не торопился [с] осуществлением постановления, заключающегося в 18 ст. Bundesakt'a. С большим трудом удалось Пруссии, и то только в 1832 г. (6 сент.), провести на сейме начало взаимности, по которому немецкие государства обязаны в будущих законоположениях о правах авторских не делать никакого различия между своими подданными и подданными других держав союза и оказывать и тем, и другим одинаковую защиту. Дальнейшие переговоры потребовали 5 лет; наконец 9 ноября 1837 г. состоялось постановление сеймовое, определяющее *minimum* прав, которые должны быть предоставлены авторам по партикулярным законодательствам немецким, а именно 10 лет защиты от контрафакции со дня выхода в свет сочинения для всех сочинений вообще и 20 лет для более обширных изданий по части наук и искусств, которые требовали значительных издержек. В 1845 г. 19 июня состоялось новое постановление сейма, по которому права авторские обеспечены на всю жизнь автора и на 30 лет после его смерти. Постановления сеймовые суть не более как международные трактаты и сами по себе не имеют еще никакой обязательной силы в отдельных германских

держав, пока местные правительства опубликованием их у себя, в своих владениях, не превратят эти сеймовые постановления в свои партикулярные законы писаные. Не все державы обнародовали у себя постановления сейма¹. Некоторые ограничили обнародованием сеймовых постановлений, не дополняя их и не изменяя партикулярными законами. Наконец, для большей части германских держав сеймовые постановления послужили только исходной точкой и основанием подробной партикулярной регламентации прав авторских (Австрия, Пруссия, Саксония).

Общими гражданскими законами о правах авторских не были выведены из употребления привилегии. Авторам и приобретателям прав авторских предоставляется по законам многих германских государств² ходатайствовать о пожаловании им посредством привилегий пользования этими правами на сроки более продолжительные против установленных общим гражданским законом. Подобные привилегии могут быть даваемы не только отдельными правительствами, но и союзным сеймом³.

Россия. Законодательство России отличается от других тем, что оно начало с предоставления привилегий исключительного издательства некоторым юридическим лицам, некоторым ученым корпорациям, учрежденным правительством и пользующимся его поддержкой, и потом уже, гораздо позднее, в недавние времена, занялось признанием и обеспечением прав авторских за частными лицами⁴.

С самого основания своего Академия наук издает календарь и ведомости и пользуется исключительным правом на все книги, напечатанные в академической типографии. Из-за календаря Академия вела споры и преследовала частных издателей и областные месяцесловы. По ее жалобам указом 26 сент. 1732 г. запрещен ввоз в Россию перепечатанных за границей ее изданий. Правительство сносило с императором Карлом VI (1735 г.) о прекращении в Германии перепечатывания академических изданий. Комиссии народных училищ предоставлено указами 1 ноября 1784 г. и 5 августа 1786 г. исключительное право

¹ Виртемберг не обнародовал постановлений 1837 г. и 1845 г.; Ангальт-Кётен и Шварцбург-Рудольштадт не обнародовали постановлений 1845 г.; Лихтенштейн не обнародовал никаких постановлений сеймовых, так как это государство не имеет ни одной типографии.

² Напр., Ганновер, Гольштейн.

³ Сеймом даны двадцатилетние привилегии на сочинения Шиллера (1848), Гёте (1841), Гердера (1842), Ж.П. Рихтера (1840), Виланда (1841).

⁴ Речь проф. Калмыкова об истории прав сочинителей в России, прочитанная на акте С.-Петербургского университета 8 февраля 1851 г.

на перепечатывание книг, издаваемых для употребления в народных училищах. Права авторские частных лиц определены впервые положением о правах сочинителей 22 апреля 1828 г., изданным в дополнение к цензурному уставу и Высочайше утвержденным мнением Государственного совета 8 января 1830 г. о правах сочинителей, переводчиков и издателей, составляющим дальнейшее развитие положения 22 апреля 1828 г. Оба узаконения вместе с положением о собственности художественной, изданным 21 января 1846 г., и с положением о собственности музыкальной (9 января 1845 г.) составляют основание ныне действующей системы гарантий для авторского труда. Последующее время принесло с собой в этой системе гарантий ту только перемену, что по Высочайше утвержденному мнению Госуд. совета 15 апреля 1857 г. срок пользования правами авторскими удвоен, так что из 25-летнего он превратился в 50-летний.

Постановления германского Bundesakt'a и французского союзного сейма вводят вопрос о правах авторских в область международного права и ставят его на новой почве, на которой вопрос этот когда-нибудь в будущем может быть решен однообразно для всех народов образованных, находящихся между собой в сообщении литературном. Долгое время правительства озабочивались ограждением своих только туземных произведений, а не иностранных и то только внутри государственных пределов. Контрафакция могла открыто совершаться и свободно процветать у самого, так сказать, порога; никто ей не мешал, не противодействовал; правительства наблюдали только, чтобы контрафактные произведения не пробирались сквозь таможенную цепь. Общий интерес склонил правительства войти на путь взаимных соглашений и под условием взаимности охранять свои туземные произведения на иностранных рынках сбыта, воспретив у себя точно таким же образом контрафакцию иностранных произведений. Начиная с сороковых годов нынешнего столетия, правительствами европейскими заключено множество срочных трактатов о взаимном обеспечении прав авторских; особенную деятельность обнаружила на этом поприще Франция, которой удалось посредством конвенции с Бельгией 22 апреля 1852 г. уничтожить бельгийскую контрафакцию, столь вредную и столь опасную для интересов французской литературной деятельности и французской книжной промышленности. Россией заключены подобные же трактаты об обеспечении прав авторских с Францией 25 марта (6 апреля) 1861 г. и с Бельгией 19 (30 июля) 1862 г. Правительство французское, не довольствуясь трактатами, сделало попытку к возведению противозаконности международной

контрафакции в общий международный принцип независимо от трактатов. Надеясь найти подражателей, оно декретом 28 марта 1852 г. объявило, что запрещает под страхом наказания контрафакцию всяких иностранных литературных произведений без требования какой бы то ни было взаимности со стороны державы, где произведение было напечатано.

§ 2

Французская комиссия литературной собственности и Прудон

Вопрос о правах авторских затрагивает за живое всю пишущую братию; для многих от обеспечения этих прав зависела возможность устроить безбедно свое существование, освободиться от забот о хлебе насущном и от необходимости срочной по заказу работы, наконец, умереть спокойно, не сокрушаясь мыслью о судьбе жены и детей; для более даровитых и гениальных или для счастливых, венчаемых успехом, обеспечение прав авторских открывало путь к богатству и к образованию великолепных состояний. Понятно, что литература не могла безмолвствовать, тем более что все почти заинтересованные были и по званию своему литераторами; нет счета сочинениям о правах авторских начиная с конца XVII столетия. Количество их увеличивалось с каждым новым шагом вперед, который делали законодательства положительные; к пространным трактатам и кратким брошюрам прибавлялись прения в законодательных собраниях. Наконец в новейшее время, когда вопрос достаточно обобщился, были сделаны попытки к дальнейшему его развитию и уяснению посредством международных съездов, состоящих из интересантов со всех концов света. Таких конгрессов было до сих пор два, и оба собирались в стране, которая еще недавно была классической, можно сказать, страной контрафакции: один в сентябре 1858 г. в Брюсселе, другой в 1861 г. в Антверпене. Оба конгресса пришли к одинаковым заключениям, но первый из них был гораздо многочисленнее и замечательнее. – Членам конгресса предстояла задача условиться относительно возможно однообразного решения вопроса о правах авторских по отдельным странам и государствам и подготовить таким образом элементы для международной его регламентации; составить нечто вроде проекта будущей космополитической хартии для прав собственности литературной и артистической. Задача эта сводилась к двум главным пунктам: 1) определить самый коренной принцип прав авторских, из которого

бы вытекали логически посредством дедукции все гарантии, которыми права эти должны пользоваться, и 2) условиться относительно тех гарантий, которые можно и следует в настоящее время требовать с некоторой вероятностью успеха. Вторая из этих статей несравненно сложнее первой, однако обсуждение ее не было сопряжено ни с какими особенными затруднениями и совершилось удобно, скоро, почти без прений. – Из 322 съехавшихся в 1858 г. в Брюсселе лиц¹ все действовали в одном направлении, у всех была цель одна и та же: расширить как можно больше права авторские и обставить труд литературный и художественный возможно большим числом гарантий. Решено требовать совершенного уравнивания авторов и произведений иностранных с туземными, стараться об освобождении произведений литературы и искусства от таможенных пошлин и о понижении сборов за перевозку их по почте, уравнивать по возможности относительно прав авторских произведения музыкальные, драматические и художественные с литературными, предоставить автору на короткий срок исключительное право издавать переводы своего сочинения на иностранных языках, не делать различия в правах между наследниками автора по закону, по завещанию и посторонними приобретателями прав авторских на сочинение, наконец, положить для прав авторских 50-летний срок со дня смерти автора. Зато первая часть задачи, относящаяся к установлению коренного принципа прав авторских, возбудила сильнейшие споры, обнаружившие, какая страшная путаница господствует в понятиях относительно сущности разбираемого учреждения. Что англичане называют *copyright*, или правом снимания копий с оригинального произведения, т.е. правом размножения экземпляров, а немцы – *Verlagsrecht*, или правом издательства, то французы именуют *propriété littéraire*, или литературной собственностью. За различием в названиях скрывалось глубокое различие в смысле. Для предмета нового, недавно появившегося, требовалось отыскать в прошедшем, в законах и формах гражданского права, унаследованного большей частью от римлян, такую норму, под которую бы этот предмет мог подойти. – Всего привлекательнее должна была показаться мысль подвести права авторские под категорию собственности. Так как собственность по существу своему не ограничивается никаким сроком и продолжается в бесконечность, то почему же и права авторские не могли бы быть продолжены в бесконечность, почему не допустить, что правнуки и праправнуки автора будут

¹ В том числе 62 литератора, 24 артиста, 47 депутатов от университетов, 54 депутата от ученых обществ, 21 экономист, 16 журналистов, 29 адвокатов, 29 книгопродавцев-издателей, 40 чиновников, членов законодательных собраний и др. лиц.

пользоваться без всякого с их стороны труда личной рентой с его книги, как они должны пользоваться доходами с его пашни, луга, лесной дачи. – Предел пользованию полагал бы не закон постановлением срока, когда сочинение делается достоянием общественным, но совершенное истощение эксплуатируемой почвы. – Как ни заманчивы должны были казаться для литераторов эти соображения, вследствие которых выведенный из толпы черно-рабочих ученый или художник занял бы видное место в почетной группе собственников, однако ими не соблазнилось большинство членов Брюссельского конгресса. Прельститься этими соображениями не допускала логика, доказывая, что выражение «литературная собственность» есть только метафора и что собственность литературная индивидуальная, если бы она и была заведена, пришла бы тотчас в столкновение с не менее почтенными правами общественного пользования произведением. – В секции 2, разбиравшей этот вопрос, 56 голосами против 36 отвергнута бессрочность прав авторских, то же начало подтверждено было и общим собранием конгресса. – К тому же самому заключению пришел и Антверпенский конгресс 1861 г.

Чего не решались предлагать два конгресса, составленные из одних интересантов, то постановила сделать правительственная комиссия, учрежденная в 1861 г. Луи Наполеоном III для составления устава о собственности артистической и литературной. В состав комиссии вошли три министра (Walewski, Persigny, Rouland), четыре сенатора, большей частью из литераторов (Lagueronnière, Merimée, Lebrun, Dupin), три члена законодательного корпуса (Schneider, Nogent-Saint-Laurant, Verdier), шесть чиновников государственного совета и министров (Vuillefroy, Suin, Devergier, Herbet, Imhaus, Doucet), семь членов института ученых и артистов (Flourens, Nisard, Sylvestre de Sacy, Augier, Auber, Maury, Taylor) и пять экспертов (Aug. Maquet, Fr. Wey, Ed. Thierry, Th. Gautier, Didot) – всего 26 человек. – Комиссия работала при закрытых дверях обыкновенным канцелярским порядком делопроизводства. Открыл ее 22 января 1862 г. государственный министр Валевский пространной речью, в которой, делая исторический вывод литературной собственности, он начал со слепца Гомера и с трагиков греческих. Слепец-поэт за свои дивные песни был приветствуем и угощаем по городам греческим – вот и начало авторских прав¹; драматическим поэтам Эсхилу, Софоклу подносились были лавровые венки – вот и зародыш гонораров, платимых ныне сочинителям за их произведения. –

¹ Quand Homère parcourait les villes de la Grèce en chantant ses vers sublimes, il recevait l'hospitalité en échange; c'était le premier droit d'auteur payé au plus grand des poètes.

Доказав святость и неприкосновенность авторской собственности ссылкой на множество почтеннейших авторитетов, Вальевский предложил порядок совещаний, отличный от того, которому следовали конгрессы, а именно прежде всего решить, какой принцип должен быть положен в основание устава о правах авторских; потом, нарядив особый редакционный комитет, поручить ему дальнейшее развитие и применение этого принципа в составленном на основании его уставе. – Споры о коренном принципе заняли три заседания; членам комиссии предложено решиться на одно из трех средств: 1) или на признание прав авторских бессрочными, 2) или на расширение их только продолжением срока их с 30 на 50 лет, или 3) на оставление того же срока 30-летнего, который существует до сих пор. Весь интерес сосредоточивался на том, будут ли права авторские увековечены продолжением их в бесконечность или нет, т.е., иными словами, будут ли они признаны настоящей собственностью или нет. Напрасно старик Дюпэн (генерал-прокурор кассационного суда), знающий в качестве опытного юриста всю силу точных определений в законе, доказывал, что нельзя унижать область мысли, уравнивая право на издание книги с лугом или с пашней, что авторская собственность бессрочная, безусловная продолжается только до издания, т.е. до обнародования сочинения, что публикация есть то же, что передача собственности публике, что, наконец, весьма странно начинать с установления законом известного рода собственности, потому что собственность есть факт собственно не юридический, предшествующий всякому закону, роль закона ограничивается только регламентацией этого факта¹. Напрасно Сюэн вооружался против самой терминологии и утверждал, что к правам авторским не подходит наименование собственности, что оно не что иное как привилегия. – Напрасно ученый-филолог Низар заявлял, что он сомневается, чтобы справедливость была на стороне защитников принципа литературной собственности; «что касается до меня, – присовокуплял он, – то я отстаиваю только то, что может обеспечить существование моему семейству, остальное я считаю лишним»². Все эти выражения оказались напрасными; речистый боец за право литературной собственности, бывший адвокат Ножан-Сен-Лоран, известный сотрудник Дюма по фабрикации повестей и романов Огюст Маке и Дювержье увлекли за собой

¹ La déclaration du principe... lui semble un fait étrange et tout nouveau; jamais on n'a vu une classe de propriétaires demandant qu'on reconnût la propriété. La loi ne décide pas le droit de propriété, elle le réglemente.

² Pour sa part il fait bon marché de ses droits d'écrivain au delà de ce qui peut assurer le bien-être à sa famille.

собрание тем легче, что большая часть членов его состояла из лиц заранее убежденных. Большинством – 19 голосов против 3 – комиссия постановила следующее: приняв в соображение, что произведения ума и искусства составляют настоящую собственность и что посему справедливость требует, чтобы эта собственность длилась бесконечно, комиссия полагает нарядить редакционный комитет для написания проекта устава о собственности литературной и артистической, с тем чтобы комитет взял за основание своей работы принцип бессрочности¹. В комитет назначены председателем Лебрэн, членами Лагероньер, Ножан-Сен-Лоран, Гербэ, Имгаус и Дусэ и редактором Дювержье.

Комитет занялся прежде всего приглашением и заслушиванием экспертов. На зов его явились книгопродавцы и музыкальные издатели, члены общества литераторов, артисты-гравировщики и члены общества живописцев, скульпторов и рисовальщиков. Все специалисты, спрошенные комитетом, стояли грудью за самое широкое осуществление принципа собственности, рассматривая предмет большей частью с точки зрения собственного кармана и своих личных интересов. Один из них (Goupil, Editeur des gravures) домогался, чтобы контрафакция была уподоблена просто краже и преследуема на том же основании. – Другой (книгопродавец Nachette) старался очистить писателей и артистов от делаемого им упрека, будто бы они, носясь на крыльях чувства и фантазии в заоблачной стране мысли, не умеют устраивать практически своих делишек; он доказывал, что и писатели не лишены той мудрости житейской, которой одарен класс собственников². Третий (литератор Cellier) доказывал серьезно, что писатели современные достаточно благовоспитанны и подготовлены к тому, чтобы носить с честью высокое и многоуважаемое звание собственников и ценить его как следует³.

¹ La Commission, considérant que les œuvres d'esprit et de l'art constituent une véritable propriété et que par cela même, il est juste que cette propriété se perpétue indéfiniment, est d'avis, qu'une sous-commission soit chargée de proposer un projet de loi pour réglementer la propriété littéraire et artistique en prenant pour base de son travail le principe de la perpétuité.

² Les auteurs administrent leurs biens avec autant de sagesse, que beaucoup d'autres propriétaires. En dehors de la Bohème qui ne forme qu'une exception, la partie saine et intelligente de la littérature, celle que le législateur doit avoir en vue, sait parfaitement à quoi s'en tenir sur la valeur de ses productions et ne néglige rien pour en tirer tout le parti possible. Elle traite avec ses libraires comme le propriétaires fonciers avec leurs fermiers et si le succès de l'ouvrage grandit, le prix du bail s'accroît en proportion égale.

³ Ce qu'ils demandent, c'est d'être relevés de cette espèce d'exclusion de la loi commune, et, lorsqu'ils auront une propriété au même titre que les autres, ils sauront l'administrer et la défendre tout comme les autres. Une fois entrés dans la classe des propriétaires, admettant même qu'ils puissent y perdre sous le point de vue des intérêts matériels (?),

Комитет наткнулся на следующую дилемму: или проводить по всему уставу начало собственности, не отступая ни перед какими его последствиями, или стеснить и ограничить это начало так, чтобы обойти и по возможности сгладить шероховатости и несообразности применения к делу неподходящего принципа. Первый способ был логичнее, его и добивался с большой последовательностью Ножан-Сен-Лоран, план которого отличался необыкновенной простотой: объявив права авторские собственностью, не специализировать ее, но просто сослаться на общие законы гражданские о собственности, присовокупив, что за истечением 30 лет со дня последнего издания (общий срок давности земской по французскому праву) права литературной собственности прекращаются вследствие предполагаемого оставления этой собственности ее владельцами и произведение делается достоянием общественным. – Комитет предпочел другой способ решения, примирительный, половинчатый. – «Мы отступили, – говорит рапорт комитета, – перед оппозицией, которую бы вызвал радикальный проект, и перед предубеждениями, которые, по-видимому, еще продолжают господствовать в умнейших головах, даже в среде высших государственных совещательных собраний». Двумя голосами против 5 решено предоставить владельцам литературной собственности по истечении 30 лет со дня смерти творца-автора довольствоваться только налогом пятипроцентным с продажной цены экземпляров всех будущих изданий. «Проектируемый закон, – говорит рапорт, – есть закон переходный, умеренный, благоразумный. Требовать ныне же всего – значит рисковать потерей всего. Надобно только усвоить и привести в движение принцип, потом этот принцип проложит сам себе дальнейшую дорогу». В довершение своего труда комитет решил дать проектируемому закону обратное действие и обратить в частную литературную собственность произведения давно умерших сочинителей, сделавшиеся уже достоянием общественным, мотивируя этот вывод следующими соображениями: законодатель может сообщить обратное действие закону, если закон возвращается к истинным принципам, от которых уклонились было прежние узаконения; обратное действие закона предосудительно, когда оно несправедливо, но законно, когда оно составляет возвращение к справедливости.

ce qui n'est pas, ils y gagneront en dignité personnelle; alors non seulement ils se défendront eux mêmes, mais encore ceux avec qui ils traiteront seront les premiers à veiller à leurs intérêts. Cette éducation se fera plus tôt qu'on ne pense, et les auteurs réfléchiront plus attentivement sur ce qu'ils auront à faire pour la conservation de leur propriété, le jour où ils la verront ainsi émancipée.

Выработанный комитетом проект представлен был в общее собрание комитета. Прения начались в январе 1863 г. – В проекте сделано следующее важное изменение: 30-летний срок исключительного издательства оставлен лишь для произведений, изданных правительством или академиями и иными обществами учеными и артистическими (art. 17). Для произведений частных лиц он продолжен до 50 лет со дня смерти автора, по истечении которых владельцы прав собственности литературной пользуются только взимаемыми при самом поступлении в продажу 5 % с цены всех отпечатанных экземпляров (art. 5). По изданию посмертному, если оно сделано супругом автора или его наследниками по закону или по завещанию, означенные лица вступают во все права, даже личные, автора так, что срок 50-летний считается с момента их кончины. По изданиям посмертным, сделанным иными лицами, издатели пользуются исключительным правом издательства в течение 50 лет со дня смерти автора, потом – только пятипроцентной рентой (art. 11). При жизни автора его литературная собственность не подвергается [ни] секвестру, ни аресту, а равно и обращению на общественную пользу (art. 8). Литературная собственность выморочная не обращается в фиск, но делается достоянием общественным (art. 18). В течение 5-летнего срока со дня первого издания автор пользуется исключительным правом издавать переводы своего произведения на иностранных языках (art. 20). При отчуждении артистом своей статуи или картины право на воспроизведение их посредством копий остается за автором, с тем, однако, чтобы владельцу статуи или картины не было чинимо в обладании ими никакого беспокойства (art. 9). Под страхом значительных денежных пеней (от 16 до 2000 fr.) и потери прав литературной собственности вменено в обязанность автору и приобретателям прав авторских на исключительное издательство предварительно всякому новому изданию – как первому, так и последующим – подать о нем объявление в Париже в Министерство внутренних дел, а в департаментах – в канцелярию префектуры, которая о том доносит министру внутренних дел, с обозначением числа предполагаемых к печатанию экземпляров (art. 21, 22 и 28). Передача прав литературной собственности совершается посредством сделок, являемых в вышеупомянутых установлениях (art. 23). По истечении срока исключительного издательства сочинения и по превращении прав авторских в ренту всякий издатель сочинения обязан, под страхом таких же пеней, сделать предварительно изданию троекратную публикацию о нем в «Монитере», в *Journal de la librairie* и в одной из газет департаментских своего места жительства

(art. 26). С правом литературной собственности уравнено во всех отношениях право драматических сочинителей и композиторов разрешать публичные представления своих творений (art. 12). За контрафакцию положены следующие наказания: в первый раз пеня от 300 до 2000 фр., во второй – пеня от 600 до 4000 фр. И заключение в тюрьме от 1 месяца до 1 года независимо [от] взыскания за убытки. Контрафактные предметы и орудия контрафакции конфискуются и истребляются, если владелец собственности не потребует выдачи их себе в счет следующего в пользу его взыскания (art. 32)¹. Одинаковому наказанию с контрафакторами подвергаются укрыватели, продавцы контрафактных сочинений и лица, ввозящие эти сочинения в пределы Франции (art. 33). Предложение о распространении устава на прошедшее отвергнуто после весьма жарких споров слабым большинством – 12 голосов против 10. Старик Дюпен объявил, что его рука не поднимется подписать нарушение одного из коренных оснований права. Ютье и Ожье доказывали, что новый закон должен идти впрок и живым, и мертвым². Собрание поколебалось, но сомнения решены были денежными расчетами и вычислениями книгопродавца Дидо, который доказывал, что 5 % налога, взимаемого вперед с издания, возысят издержки на 12 и более процентов, что они ограничат или прекратят распродажу дешевых изданий французских классиков, из которых Мольер печатается ежегодно в количестве 20 000 экземпляров, а Расин – в количестве 25 000 экземпляров³, что, следовательно, для блага литературы, для славы великих умерших авторов и для распространения французской словесности за границей нельзя давать обратного действия уставу. Комиссия прекратила свои заседания, убежденная в том, что она сделала великое дело, провозгласив принцип вековечности прав авторских, и что все образованные народы пойдут немедленно по стопам великой нации⁴. Последнее ее заседание было 20 марта 1863 г.

¹ Нынешний закон уголовный полагал только пеню от 100 до 2000 фр. И не грозил тюрьмой за повторение (Code pénal 1810 г., art. 427).

² La loi nouvelle doit profiter aussi bien aux morts qu'aux vivants.

³ По этому случаю заметил Дювержье: c'est un fait littéraire de grande importance et qui témoigne que le goût français n'est pas au fond aussi détourné qu'on le suppose de la bonne et saine voie, puisqu'il va ainsi invariablement chaque année se retremper aux sources les plus pures.

⁴ Duvergier: en prenant l'initiative de la reconnaissance des droits des auteurs étrangers en France, l'Empereur a donné un exemple que presque toutes les nations ont suivi. Il en sera infailliblement de même à l'avenir. La perpétuité une fois admise en France ne tardera pas à l'être chez toutes les nations civilisées.

До окончания работ комиссии в Брюсселе появилась (1862 г.) небольшая брошюра, написанная с необыкновенным талантом, в которой доказывалось сильнейшими и неопровержимыми, по нашему мнению, доводами, что предмет, над которым трудилась комиссия, не существует, что литературная собственность есть очевидная нелепость и что установление ее не только не есть шаг вперед в цивилизации и не может считаться «эмансипацией мысли человеческой», по шумному выражению Ламартина¹, но равносильно заковыванию этой мысли в кандалы. Брошюра носила заглавие *Majorats littéraires*, автор ее, Прудон, знаменит во всех отношениях; он человек желчный, угрюмый, неуживчивый; даже люди, не разделяющие его мнений, даже враги его и противники, называющие его софистом, признают за ним громадный диалектический талант и отдают честь оригинальности взглядов этого мощного литературного бойца. С содержанием брошюры уже познакомил недавно публику один из лучших наших критиков². Не вдаваясь в подробности и не делая из Прудоновой брошюры извлечений, постараюсь в самых кратких словах изложить сущность его аргументации. На этот раз софист не вооружается против собственности, не отвергает доход с капитала, не трогает и ренты, но он утверждает, что, с какой стороны ни подходить к произведениям литературы и искусства, никаким образом нельзя из них вывести права литературной собственности. Творчество в литературе и искусстве подчиняется точно так же экономическим законам всякого вообще производства, как выделка холста или сукна; в нем участвуют точно те же производители: силы природы, капитал и труд. Автор черпает содержание сочинения из фонда обращающихся в общезнание понятий, идеалов, образов, мотивов; этот фонд и соответствует тому, что экономия политическая называет силами природы; пособиями ему служат работы, исследования, произведения его предшественников; это то же, что капитал. Трудом своим автор сообщает новую форму обрабатываемому им материалу, соответствующую требованиям века. В результате выходит произведение, которое составляет в полном смысле слова собственность труженика, но собственность не литературную, а точно такую, как хлеб или лен, которые собраны с поля землевладельцем, или дичь, которую застрелил охотник. Всякое произведение или потребляется самим производителем, или обменивается. Пока автор хранит сочинение для себя, не пуская его в продажу, до тех пор он властен делать с ним что угодно – сжечь его, или подарить читать друзьям,

¹ В речи его в палате депутатов в 1841 г.

² Ю. Жуковский в «Современнике» за октябрь 1863 г.

или самому им наслаждаться, и всякое другими лицами, помимо воли его, пользование этим сочинением (напр., списывание с него копий) будет посягательством на собственность автора. Но автор отпечатал произведение и пустил его в продажу. По общему неизбежному закону всякой мены с сего момента этот своего рода товар перестает существовать для производителя и делается собственностью покупателя. Автор дал приобретателю экземпляр, получил взамен деньги – они квиты. Пущенный в обращение товар становится с того самого момента достоянием общественным. Всякий приобретатель одного из экземпляров властен сделать с ним что угодно – переписать его или истребить и даже перепечатать, через что он ничьих прав собственности не нарушает. Но так как всякое издание с коммерческой точки зрения есть дело рискованное, так как авторское звание требует долговременной подготовки, так как труд автора тяжел и не вознаграждается достаточно распродажей первого издания, так как, наконец, автор не мог бы воспользоваться выгодами с этого первого издания, если бы всякий был вправе делать автору подрыв, перепечатывая и пуская в продажу по более дешевой цене то же самое произведение, то по всем сим соображениям справедливость требует, чтобы в этом специальном случае производителю предоставлена была специальная гарантия относительно выручки эквивалента за свой труд. Пуская в публичную продажу свой товар, автор имеет дело не с тем или другим продавцом, но вообще с публикой. Между ним и публикой или обществом возникает род подразумеваемого договора, в силу которого взамен за услугу, оказанную автором опубликованием сочинения, общество дает ему известный срок на выручку своей рабочей платы распродажей экземпляров своего произведения. Исполнок века торговля исполнена несправедливости, она давала повод к ажиотажу, была одной из форм использования чужого труда. Мена литературных произведений требует особого рода гарантий против этого использования, которые и даются ей. Назовите эту гарантию привилегией, монополией – из-за слов не стоит спорить. Предоставьте автору эту монополию на 10, 20, 30 лет или по жизнь его; так как у него могут быть жена, дети, которых существование он, может быть, не обеспечил, умирая, то продолжите эту монополию на некоторое время по смерти автора в пользу его родных; о числе лет не будем торговаться. Такое преимущество, предоставленное автору, вполне справедливо, удовлетворяет всем требованиям, устраняет все возражения, воздает должное всем интересам, но оно ничего не имеет общего с собственностью.

Из законов мены никак нельзя вывести права на бессрочную ренту сменяемого произведения.

Могут возразить, что объяснение прав авторских меной грешит в своем основании, что пускание в оборот произведения науки и искусства есть явление, подчиняющееся условиям не мены, но кредита. Такое произведение есть капитал, и притом капитал постоянный, не потребляемый производством; между автором и публикой происходит не мена, но отдача внаем; доход, которым пользуется автор, есть плата за наем. – На это возражение ответ готов: произведения ума стареют очень скоро, сравнить их с постоянными капиталами нельзя; лет через несколько форма, которая дана была автором идеям, обветшала, износилась, остался только фонд, сама идея, но этот фонд никому не принадлежит в собственность. Если сравнивать произведения ума с капиталами, то разве с капиталами оборотными, потребляемыми при новом производстве. Оборотные капиталы приносят доход, называемый процентами. Нельзя ли подвести прав авторских под форму ссуды займа? – Но кредит есть не что иное, как одна из форм мены. В настоящем случае отношение между автором и публикой есть нечто вроде купли-продажи с рассрочкой платежа покупной суммы. Всякий заем погашается возвратом капитала с процентами. Всякой купле-продаже конец со взносом последнего платежа. Требовать большего, домогаться непрерывных платежей – значит торговать нечестно; брать больше чем втридорога за свой товар – значит становиться вне законов мены и кредита, значит быть хуже ростовщика, потому что и лихва имеет свой конец, значит закрепить все общество, всю публику в пользу нескольких талантливых писателей и неталантливого их потомства. – Прудон развивает следующим образом мысль о возможности такого закрепощения.

Автор не может претендовать на непрерывный доход ни как работник, ни как капиталист. Единственный способ приискать основание для непрерывного дохода заключается в том, чтобы подвести доход, извлекаемый автором из своего произведения, под понятие ренты, а литераторов уподобить собственникам-землевладельцам. Один из необходимых элементов всякого производства – силы природы, заключающиеся прежде всего в условиях почвы, в земле. Почва ограничена, ее и разделили когда-то с незапамятных времен люди, положив тем основание поземельной собственности. До сих пор вопрос о логическом выводе этого понятия собственности спорен: одни производят ее из завладения, другие – из закона положительного, третьи –

из труда, но, в сущности, это факт, предшествовавший всякой истории и существовавший гораздо ранее того, чем в голову пришло кому-нибудь его осмысливать. Для всякой собственности необходим известный фонд реальный, нужный для производства, от пользования которым владелец его может устранить другие лица. Такого фонда у литераторов пока нет, но есть фонд идеальный, заключающийся в общей сумме знаний, идей, представлений, обращающихся в общезнании. Этот фонд идеальный считался до сих пор достоянием общественным, никому в частности не принадлежащим. Если бы можно было его присвоить и разделить, провести по этой идеальной области точно такие же межи, сделать нарезки, прорыть рвы и поставить такие же знаки, какие устанавливаются землемерами, то вопрос о литературной собственности был бы решен и литературная рента получила бы незыблемое основание. Так как в науке и искусстве форма неразрывно связана с самой идеей, то предоставлением автору права собственности на воспроизведение этой формы вы предоставите ему в собственность саму идею, что приведет в конце концов к следующему результату. Изобрел кто-нибудь новую науку, сгруппировал известный ряд явлений, которых связи никто до сих пор не замечал; заслуга его, конечно, велика и дает право назвать его отцом науки, хотя очень вероятно, что если бы не он, то ее со временем открыли бы второй, третий, десятый. По праву собственности он в этой науке хозяин, никто не смеет ее разрабатывать. Изобрел кто-нибудь новый метод исследований – никто не смеет им пользоваться. Живописец написал картину – никто не смеет передавать ее основные мысли даже пером или карандашом. Актер представил в роли известный тип – никто не смеет ему подражать. Вслед за перепечатыванием подвергнуты ответственности и взысканию заимствования всевозможных видов и размеров; все они пойдут [под] понятие *плагиата*. Всякому автору будет предоставлено [право] печатать только свое, только оригинальное, а так как оригинальных писателей весьма мало, а огромное большинство литераторов занимается только пережевыванием чужого, перефразированием заимствованного, то можно себе представить, какой гвалт поднимется, когда всякий сочинитель или артист станет искать со всех тех подражателей, комментаторов, переводчиков, которые пользовались его трудами. Вслед за литературой пойдет промышленность: привилегии на изобретения превратятся из срочных в бессрочные, обременяя труд огромными налогами. Одним словом, воскреснет и утвердится в области мысли средневековый порядок, и странствующий по этой области должен будет останавливаться

и платить мыто у каждой заставы, на каждом мосту и перевозе. Учреждение литературной собственности нисколько не улучшит общественное положение литераторов или артистов, потому что по смерти авторов она будет переходить в руки потомков их, чуждых литературе паразитов и в руки спекулянтов-книгопродавцев. С точки зрения правительственной это учреждение представило бы двоякого рода удобства: во-первых, на собственность литературную, как и на всякую иную, могли бы быть налагаемы подати; во-вторых, облегчено было бы значительно полицейское наблюдение за очищенной литературой, явилась бы возможность подмечать господствующие направления и вовремя им противодействовать, но зато эта инфеодация мысли человеческой подрезала бы творчество народное в самом его корне, замедлила бы веками развитие человечества и завела бы нас в Египет, в край мумий, иероглифов и сфинксов, повторяющий в течение целых тысячелетий в искусстве одни и те же типы, одни и те же мотивы.

Этими соображениями заканчивает Прудон свою полемическую брошюру, направленную против работ французской комиссии по вопросу о собственности литературной и артистической. Опасность, на которую он указывает, весьма далека; притом не известно, намерено ли правительство поставить на своем и скоро ли оно предложит на обсуждение законодательному собранию и сенату изготовленный комиссией проект устава с предлагаемой в нем бессрочной рентой в пользу потомства авторов. Заметим, что, опровергая победоносно фикцию юридическую, на которой построено понятие собственности литературной, Прудон сам не может освободиться от фикций и основывает свое объяснение прав авторских на небывалом, подразумеваемом контракте, который будто бы заключается между автором и публикой относительно предоставления автору срочно исключительного права на извлечение материальных выгод из своего произведения. Такой как бы контракт не может выдержать серьезной критики, да и нужды в нем нет никакой; этот фиктивный как бы контракт есть только искусственный прием для подведения прав авторских под одну из двух категорий, на которые цивилисты привыкли делить права гражданские. То, что немцы называют *Verlagsrecht*, англичане – *copyright*, а французы – *propriété littéraire et artistique*, есть, в сущности, право имущественное. Все имущественные права разделены римскими юристами на права вещные и права по обязательствам, но право авторское не подходит ни под ту, ни под другую рамку. С правами вещными оно сходится в том отношении, что оно есть право

безусловное, защищаемое против всех и каждого, кто бы вздумал его нарушить. С этой стороны оно никаким образом не может быть приурочено к правам обязательственным. Но право авторское не может считаться правом вещным, потому что право вещное должно иметь предметом своим известную вещь, а не действия других лиц; такой же вещи в том, что называется литературной собственностью, нет¹. Цивилисты поставлены были в затруднительное положение. Пришлось признать авторское право явлением, не подходящим под общеупотребительные формы изъятием из общих законов оборота имуществ. Этого никак не хотели допустить многие сочинители, потому что наше время вообще не благоприятствует развитию всякого рода изъятий из общего закона и привилегий; они силились доказать, что их право никак не может считаться привилегией, и выставляли его как особенного рода идеальную собственность. «Собственность или привилегия, – говорит Эдуард Лабулэ, – вот дилемма, которую надобно решить; если право авторское – собственность, то нет пределов его расширению; если оно привилегия, то благоразумно ограничивать его»². Точно в таком же смысле выразился Жюль Симон на Брюссельском конгрессе в 1858 г.³: «Знаете ли причину, почему мы домогаемся бессрочности? Мы домогаемся ее по чувству чести. Мне больно было слышать, будто бы общество обязано давать литераторам что-то вроде подаяния (голоса: никто этого не говорил). Если не было произнесено слово "подаяние", то было произнесено другое слово – "привилегия". Господа! Я предпочитаю подаяние привилегии, потому что подаяние я могу взять, но привилегии – никогда». Сочинителям нечего оскорбляться пустяками. Амбиция их может оставаться в покое. Не всякая привилегия по существу своему ненавистна; есть привилегии справедливые, основательные, против которых никто не вооружается, таковы, например, привилегии на изобретения. Право авторское однородно по существу и назначению с привилегией на изобретение; они родные братья, члены одной семьи. Право авторское и выросло на наших почти глазах из привилегии, жалюемой каждому сочинителю порознь по милости правительства; разница только та, что право изобретателя в промышленности и до сих пор является только в виде привилегии частной, между тем как авторское право превратилось посредством

¹ См. Berthauld. De la nature du droit des auteurs sur leurs œuvres, в майской книжке Revue de la législation et de jurisprudence за 1863 г.

² Etudes sur la propriété littéraire, p. XXII.

³ Le congrès de la propr. lit. et artis. tenu à Bruxelles, par Victor Foucher. 1858.

обобщения в особенное право, принадлежащее без специально-го пожалования со стороны правительства целому классу производителей на поприще литературы и искусства. В заключение настоящей статьи постараюсь представить краткий очерк русского законодательства о правах авторских, которое становится важнее с каждым днем по мере того, чем большие успехи делают у нас литература и искусство. Постановления русского законодательства подлежат разбору с трех сторон – гражданской, уголовной и судопроизводственной.

§ 3

Русское законодательство о правах авторских

Статья 1

Гражданская сторона авторского права

А. Существо авторского права. По примеру законодательства французского права авторские на произведения литературы и искусств носят наименование собственности литературной, художественной или музыкальной (2-е прим. к 420-й ст. 1-й ч. X т. свода зак. гражд.)¹. Они отнесены к разряду имуществ благоприобретенных (ст. 282, т. XIV уст. ценз.). Право авторское на произведения литературы ограничивается исключительным издательством этих произведений (ст. 282: исключительное право пользоваться изданием и продажей книги). Авторы книг ученых, требовавших особых изысканий, пользуются особой льготой: исключительным правом издавать и разрешать переводы этих сочинений на иностранные языки (ст. 302 ценз. уст.). Собственность художественная определяется ст. 321 ценз. уст. как исключительное право повторять, издавать или размножать оригинальное произведение всеми возможными способами, тому или другому искусству свойственными. Право авторское на музыкальные произведения еще обширнее и совмещает в себе: а) исключительное право на печатание и продажу этих произведений (ст. 347 ценз. уст.) и б) право разрешать публичное исполнение этих произведений. Оратории и оперы ни в каком случае не могут быть играемы перед публикой без разрешения автора; другие произведения музыкальные не могут быть играемы публично до издания их в свет или после издания, если на печатных экземплярах автор объявил, что он не допускает публичного разыгрывания их (ст. 349 уст. ценз.).

¹ В трактатах с Францией 25 марта 1861 г. и с Бельгией 18 июля 1862 г. употреблены выражения «право собственности или авторства» (*droit de propriété ou d'auteur*).

Особой драматической собственностью устав цензурный не признает, но она установлена 2276-й статьей уложения о наказаниях (по изд. 1857 г.), запрещающей под страхом наказания представлять драматическое произведение в публичном собрании.

В. *Субъектами* права авторского могут быть лица как физические, так и юридические, как то: общества художественные и ученые, академии, университеты (ст. 308, 331 ценз. уст.). Закон не делает различия относительно произведений литературных и художественных между русскими подданными и иностранцами; он защищает, несмотря на национальность автора, всякое произведение автора, изданное в России (ст. 297 ценз. уст.), и всякое произведение художественное, предъявленное определенным порядком надлежащими властями в России (ст. 322 ценз. уст.), а равно литературные и художественные произведения, изданные в тех государствах, с которыми Россия заключила конвенции о литературной и художественной собственности (такие трактаты заключены до сих пор с двумя державами: Францией в 1861 г. и Бельгией в 1862 г.). Относительно музыкальной собственности законодательство русское придерживается иных начал и обращает внимание на национальность сочинителей. Оно охраняет от контрафакции всякое произведение композитора русского или даже иностранного, пребывающего в России, пока он пребывает в России, хотя бы это произведение издано было за границей (ст. 354 ценз. уст.). Такое различие между собственностями литературной или художественной, с одной [стороны], и музыкальной, с другой стороны, не может быть логически осмыслено и основывается только на том, что положение 1828 г. о правах сочинителей усвоило себе одно начало, а положение 1845 г. о музыкальной собственности – другое начало. Едва ли заслуживает одобрения принцип национальности, введенный для определения авторских прав композиторов, потому что он крайне усложняет и запутывает вопрос, ставя его в зависимость от таких обстоятельств и условий, которые с трудом могут быть доказаны. При решении дел о собственности литературной и художественной спрашивается только об одном: где издано произведение? Если оно издано в России или в государстве, с которым Россия условилась относительно взаимной защиты прав авторских на это произведение, ничего больше и не требуется. Напротив того, при решении дел о собственности музыкальной требуется предварительно определить: а) издано ли музыкальное произведение и где именно, б) кто композитор его, русский или иностранец, в) если иностранец, то находился ли он в России или нет в момент, когда совершилась контрафакция его произведения.

С. Относительно *объектов* авторского права законодательство русское подразделяет их на произведения наук и словесности, произведения художественные и произведения музыкальные. Можно бы спорить против этой терминологии, доказывая, во-первых, что к художественной собственности следует отнести и музыкальные композиции, и беллетристические произведения словесности; во-вторых, что анатомические рисунки, географические карты и т. под. ни в каком случае художественными произведениями называемы быть не могут. Впрочем, спор подобный был бы только из-за слов; это трехчленное деление основывается не на преобладании в его членах той или другой творческой собственности ума человеческого, критики или фантазии, но на способах передачи и воплощения мысли. Мысль эта или выражается словом устным, письменным или печатным (словесность), или изображением (искусства пластические), или звуком (музыка). Право авторское обуславливается следующими качествами произведения: а) оно должно принадлежать к области литературы и искусства, выходя из ряда простых изделий фабричных и ремесленных; б) оно должно представлять ценность меновую, не предназначенную еще до его обнаружения для безвозмездного пользования общественным; в) по содержанию своему произведение должно являться плодом творчества литературного или артистического со стороны автора; г) по внешности своей произведение должно представляться чем-то сделанным, законченным, способным к воспроизведению и к коммерческому пользованию им в этом самом виде непосредственно. Рассмотрим каждое из этих четырех условий.

а) Весьма легко провести предельную черту между словесностью и музыкальными композициями, с одной [стороны], и изделиями промышленными технической, с другой стороны. Цель первых – распространение знаний или эстетическое наслаждение; цель вторых – удовлетворение известных материальных потребностей человека. Впрочем, даже и в словесности есть род произведений, относительно которых не мыслима авторская монополия, потому что они не подходят ни под науку, ни под искусство и вследствие того не могут быть охраняемы от перепечатывания законом; таковы те объявления, которые наполняют последние страницы газет и журналов и составляют содержание «Полицейских ведомостей», – приглашения на похороны, на торги, программы празднеств, афишки театральные, репертуар спектаклей и т.п. Гораздо труднее отделить изделия ремесленные и фабричные от произведений искусств пластических. Мебель, посуда, одежда не могут быть предметами авторского

права. Точно то же можно сказать и о всех произведениях архитектуры. Строение служит прежде всего для известного материального употребления, украшения же составляют в нем дело второстепенное. С успехами образованности искусство проникает в промышленность, в быт домашний и старается дать изящную форму скромнейшим орудиям домашнего обихода. Законодательство не должно препятствовать этому явлению. Ст. 336 цензурного устава допускает всевозможные заимствования фигур и орнаментов (почему же и не целых картин?) для мануфактурных и ремесленных изделий. Ст. 384 допускает снятие планов, фасадов и деталей с выстроенных уже зданий (а следовательно, и возведение в натуре по этим копиям зданий, точь-в-точь похожих на выстроенные) и запрещает только возведение зданий по чужим архитектурным рисункам без разрешения автора рисунков. Облагороженная художеством утварь становится чем-то средним между искусством и промышленностью, так что часто не знаешь, куда отнести застольную серебряную чашу, камео, резной мраморный камин, севрский фарфор или, например, трость с набалдашником из слоновой кости. Все подобного рода сомнения могут быть решены не законом, который не способен предрешить их а priori, но Академией художеств, утверждающей за автором права художественной собственности (ст. 322 ценз. уст.), судьями при пособии экспертов. Учебники и трактаты специально-юридические советуют при решении спорных этого рода вопросов отделять мысленно изображение от того общеупотребительного предмета, который представляется его носителем или вместилищем, и признают права авторские на одно только изображение, а не на формы предмета, которыми это произведение украшено. Если нельзя выделить мысленно изображение из предмета, то о правах авторских не может быть и речи¹.

б) Некоторые произведения словесности и искусства не допускают никакого коммерческого пользования их со стороны авторов, потому что эти произведения предназначены для пользования общественного, дарового, безвозмездного. Таковы надгробные надписи, публичные монументы, памятники, статуи; таковы в особенности законы, постановления и распоряжения правительственные, международные трактаты, судебные приговоры и все вообще акты и деловые бумаги; сюда же следовало бы отнести и все то, что помещается в официальной части журналов и газет, издаваемых от правительства разными министерствами и управлениями. Новые законы перепечатываются у нас свободно

¹ Wächter, Verlagsrecht, s. 136; E. Blanc, Traité de la contrefaçon, 1855, p. 308–311.

газетами и журналами, хотя при издании отдельными книгами и брошюрами собраний законов практика наших цензурных комитетов требует предварительного разрешения от II отделения собственной Его Императорского Величества канцелярии, но подобный обычай не может быть основан ни на одной статье закона положительного¹.

Закон, дополненный комментариями, полами, объяснениями автора, становится литературной собственностью комментатора в той части издания, которая прибавлена к тексту комментатором и составляет плод его обработки. Таким образом, если бы частное лицо предприняло издание которого-нибудь тома свода законов с включением в текст его добавок, содержащихся в продолжениях, и с выпуском статей, отмененных последующими узаконениями, то подобное издание должно быть защищено от контрафакции, потому что оно превратилось посредством обработки из собственности общественной в частную собственность издателя (подобное издание I ч. X т. св. зак. 1842 г. сделано было у нас в прежнее время Усовым). Может ли быть предметом авторского права официальный отчет, рапорт, донесение должностного лица? Обнародованию подобного рода трудов могут помешать соображения политики, требующие соблюдения тайны о известного рода делах. Если в данном случае нет таких препятствий и труд может быть предан гласности, то право издательства принадлежит прежде всего правительству, у которого автор донесения, рапорта, отчета состоит на жаловании или которое собирает от знатоков-экспертов их мнения и соображения, с тем чтобы сделать из этих мнений приличное по своему усмотрению употребление. Если правительство, отпечатав труд, пустило его в продажу, то этим самым оно устранило всякую возможность авторской монополии в отношении к труду, который может быть с тех пор перепечатываем как автором, так и посторонними лицами. Если правительство не отпечатало труд официальный или хотя и отпечатало, но не пустило его в продажу и ограничилось сообщением его некоторым лицам, пользующимся его доверием и вниманием², вследствие чего труд этот не был пущен в коммерческий оборот и не может считаться обнародованным, то автор труда охраняет все права авторские на свое произведение, может издать его сам и может на общем основании воспретить всякому

¹ В Москве издается с 1863 г. частными лицами сборник новых законов и распоряжений правительства.

² Напр., те собрания мнений знатоков о проектах судебной реформы, которые составлялись и печатались с 1859 г. до настоящего времени в типографии II отделения собственной Е. И. В. канцелярии.

перепечатывание этого произведения. Может ли быть предметом авторского права речь публичная, сказанная в парламенте, академии, суде, церкви, университете? Закон наш признает полное право авторское на все подобные публичные речи. Ст. 279 ценз. уст. запрещает безусловно печатание какой бы то ни было речи, произнесенной или читанной публично. Заметим, что цензурный устав писался в то время, когда и суд производился не гласно, и все отправления жизни общественной совершались канцелярским порядком. С тех пор произошли важные перемены в общественном быту, которые потребуют, конечно, спецификации речей в цензурном уставе относительно права на воспроизведение их. Что касается до лекций публичных и проповедей, то они не возбуждают никакого сомнения и спора; исключительное право автора на издание их в свете признано повсеместно. До прочтения лекция составляла полную собственность автора, которой он мог дать то или другое назначение. Если он ее прочел публично, то значит, что он хотел, чтобы его слушали и усвоили ее содержание, но это не значит еще, чтобы он дозволил всякому из слушателей издать ее в свет. Гласность, которую он сообщил лекции публичным прочтением ее, меньше той, которую бы лекция получила, если бы он ее напечатал; если по издании труда за автором остается право издания во 2-й, в 3-й и т.д. раз, то тем более, – после простого прочтения лекции. Большая часть лекций составляется наскоро и имеет все недостатки спешной, срочной работы; автор может не желать появления их в свет в том самом виде, в котором они читались, дабы не уронить своей ученой репутации. Наконец, предоставление всякому [права] печатать чужие лекции публичные уменьшило бы значительно число публичных лекций, даже оплачиваемых слушателями, в особенности же бесплатных. Бесплатные лекции читались бы только лицами, не нуждающимися ни в каком вознаграждении за свой труд; плата за вход на лекции оплачиваемые повысилась бы, потому что читающий рассчитывал бы на эту плату как на единственное свое вознаграждение. Хотя лекция публичная или проповедь в целом ее составе не может быть печатаема помимо воли автора, но она составляет все-таки факт в жизни общественной и подлежит обсуждению и оценке со стороны прессы. Журналист может ее критиковать, передавать ее содержание своими словами и даже делать из нее заимствования в границах, допускаемых для заимствований законом. Перейдем к речам адвокатским и к прениям в законодательных и всяких вообще публичных собраниях. Здесь авторское право ограничивается требованиями общественного

блага, принципом безусловной и полнейшей гласности судебных и иных заседаний. В зале суда или в палате законодательной публички помещается немного; иногда и это небольшое пространство, отведенное для публички, остается пустым; но во время заседания работают три или четыре стенографа, и на другой день все узнают посредством газет о том, что происходило в палате или в суде, как будто бы они сами там присутствовали. Принцип гласности заседаний судебных и законодательных не уничтожает, однако, авторского права; он требует, чтобы всякий, кто хочет, мог сообщить о ходе прений и совещаний в заседании публичном целиком *in extenso* или в сокращении. Этим и удовлетворяется гласность; всякое другое употребление речей адвокатских и иных, выходящих за черту требований гласности и не оправдываемое целью гласности заседаний публичных, должно считаться нарушением авторского права (напр., если бы кто извлек из отчета заседания одну только речь какого-нибудь оратора и издал ее особо или если бы кто составил собрание речей известного оратора, произнесенных им в разные времена по одному или по разным вопросам).

Произведение способно по своей коммерческой ценности быть предметом авторского права, хотя бы оно первоначально и не предназначалось вовсе для издания в свет, т.е. хотя бы мысль о пускании его в оборот литературный явилась гораздо позже его составления. Частная и иная бумага составляет точно такую же авторскую собственность сочинителя, как и всякая другая рукопись, и тот, для кого она писана или в чьих руках она находится, не может по ст. 294 ценз. уст. опубликовать ее без согласия на то сочинителя или, если он умер, без согласия его наследников. Точно то же самое начало применяется и ко всякого рода частной переписке. Есть обширные сочинения, которые пишутся в форме посланий; о подобных сочинениях не может быть и спора; в них эпистолярна только внешняя их оболочка, а не содержание. Я здесь разумею письма частные не на заданную себе автором тему без всякой задней мысли об опубликовании их впоследствии. Подобные письма вообще не занимательны для публички, но если бы оказалось, что они могут быть интересными по личным свойствам писавшего их, или по литературному таланту его, или по чему-либо иному, то писавшему их принадлежит исключительное право на издательство этих писем. Впрочем, так как эти письма часто касаются самых интимных отношений между переписывавшимися лицами, их дел домашних, семейных, которых раскрытие может быть и не желательно тому, к кому письмо адресовано, то посему

ст. 293 ц. у. требует для издания их в свет совокупного согласия как писавшего письма, так и того, кому они адресованы, или после смерти этих лиц согласия их наследников.

с) Предметом права авторского может быть не простой снимок с натуры, но плод творческой деятельности автора литературной или артистической; произведение защищается от контрафакции только тогда, когда оно носит на себе печать индивидуальности автора, его ума, его фантазии. Впрочем, это вопрос спорный, который нигде еще не решен законодательным порядком, но который приобретает все большее и большее значение. На этом основании не должен бы пользоваться защитой закона гипсовый снимок с чьего-нибудь черепа или лица, спорно даже, может ли считаться художественной собственностью чья-нибудь фотографическая карточка. Не подлежит, однако, сомнению, что фотографические изображения должны быть рассматриваемы как предметы авторского права, когда снятое с натуры светописное изображение dokonчено и усовершенствовано фотографиком, так что оно послужило только за материал для дальнейшей обработки. Исключение из общего правила составляют народные песни, пословицы, сказки, повести, сохранившиеся одним устным преданием, а также древние рукописи. По 285-й ст. ц. у. первый издатель означенных чужих, но никому в частности не принадлежащих произведений, хотя бы сам ничего от себя не прибавил, пользуется в отношении к ним правом авторским. Законодатель, очевидно, хотел приохотить к труду собирателей народных песен и повестей, а также археологов, уравнив их труд, хотя и не самостоятельный, с трудом авторским, и предоставил им монополию пользования открытым ими источником. Само собой разумеется, что приведенная нами статья 285 не может препятствовать никому в обнародовании тех же песен, сказок и т.п., заимствованных из иного источника и облеченных в иную форму рассказа. Относительно древних рукописей в ст. 285 сказано прямо, что, однако ж, не препятствует другим издавать те же летописи или другие древние манускрипты с полнейшего, вернейшего или по чему-либо иному отличного списка.

От произведения нельзя требовать, чтобы оно было вполне оригинальным; судить об оригинальности не может суд; это дело критики. Требуется только, чтобы произведение не было простым воспроизведением чужого, т.е. чтобы автор, даже и пользуясь чужими произведениями в смысле материалов, вложил в свое творение нечто собственное, хотя бы это собственное заключалось в группировке заимствованных материалов, в системе

их расположения. С этой точки зрения правами авторскими пользуются и переводчик сочинения на иной язык относительно своего перевода (что не препятствует, однако, другим лицам делать новые переводы того же сочинения, ст. 282 ц. у.), и копиист по отношению к копии (если она не контрафактная), а также составитель альманаха, сборника (ст. 291), хрестоматии или иной учебной книги, составленной из статей или отрывков из других сочинений (ст. 298), составитель словаря, географической карты, таблицы логарифмов, таблицы исторической, указателя или книги, состоящей из одних цифр или собственных имен (ст. 301 ц. у.) (напр., адреса-календаря). Под понятие сборников, представляющих собой самостоятельные предметы авторского права, подходят всевозможные сочинения прозы, стихов, музыки и рисунков, напр., стихотворение иллюстрированное или текст, переложенный на музыку.

Наконец, предметами авторского права являются журналы, временные издания, газеты. Разберем составные элементы этих произведений. Прежде всего обращает на себя внимание название журнала, его фирма, титул. Само по себе это название, равно как и заглавие книги или вымышленное имя автора, которым он замаскировал свою личность, не составляют еще самостоятельного литературного издания; они не больше как клеймо или метка, отличающая произведение от других произведений того же рода, как способ удостоверения в действительности существования произведения. Название издания составляет принадлежность редактора, и притом принадлежность гораздо более полную и исключительную, нежели так называемая литературная собственность, потому что оно не ограничивается никаким сроком и продолжается непрерывно в бесконечность, не делаясь никогда достоянием общественным. В издание входят труды различных авторов по разным вопросам, соединенные единством цели, направления, обширные статьи и легкие корреспонденции, разные известия, не имеющие никакой литературной ценности, и потому даже и не могущие претендовать на то, чтобы их считали литературной собственностью, и материалы, не лишенные литературной обработки, которых воспроизведение редактор может воспретить всякому, если заимствования выйдут за пределы, установленные законом для заимствований. Наконец, в целом его составе издание есть продукт, способный служить предметом авторского права (ст. 291 ц. у.), хотя бы ни одна из статей, содержащихся в нем, не могла служить, порознь взятая, предметом авторского права (напр., газета, состоящая из одних только объявлений или афишек).

д) Внешняя отделка произведения должна быть доведена до такой степени законченности, чтобы в том самом виде непосредственно оно уже годилось для литературного или артистического оборота. Объясним эту мысль примером. Два великих писателя ведут живой и интересный разговор; их подслушало третье лицо, списало этот разговор и издало его; оно не нарушило прав авторских разговаривавших лиц, потому что разговор в первоначальном своем виде не годится для печати, его передача требует известной литературной обработки, вследствие которой разговор превратился бы в литературное произведение рассказчика. Возьмем другой пример. Музыкант сыграл свою новую композицию, поэт прочел свой новый сонет или балладу; одаренный хорошей памятью слушатель списал тотчас слышанное и издал в свет; такое опубликование будет нарушением авторского права. Механический способ сообщения произведения посторонним лицам не имеет никакого влияния на права автора; эти права автора защищаются одинаково, существует ли произведение в устном лишь предании или на письме, в изображении, в печати или в виде телеграфической депеши. Сами по себе и телеграммы не могут быть безусловно исключены из области авторского права, потому что хотя обыкновенно они употребляются для передачи простых известий, не имеющих никакого литературного достоинства и потому не защищаемых от контрафакций, но ничто не препятствует сообщению по телеграфу корреспонденций более обширных и ценных в литературном отношении; можно, пожалуй, по телеграфу передать целую поэму.

То обстоятельство, что автор издал произведение под своим именем или под псевдонимом или пустил его безымянно, не оказывает никакого влияния на его право авторское.

Д. Теперь рассмотрим, как права авторские возникают, как они переходят по наследству и отчуждаются, наконец, как они погасают и прекращаются.

Права авторские возникают или посредством издания автором произведения литературного или художественного, или посредством открытия кем-либо и обнародования произведений, никому в частности не принадлежавших, но не бывших в литературном и артистическом обороте, как то: народных песен, сказок, повестей, древних рукописей. Первоначальное в авторе право авторское становится производным в тех лицах, которым оно досталось от первоначального владельца. Это различие авторского права по способу его приобретения субъектом имеет важное значение по своим последствиям в применении, например,

к изданиям посмертным. Монополия сочинителя на издание его произведений продолжается по 283-й ст. ц. у. не более 50 лет со дня его смерти, после чего по 295-й ст. ц. у. книга становится собственностью публики. Положим, что наследники умершего позаботились издать в свет его сочинения до истечения 50-летнего срока со дня его смерти; право их на эти сочинения только производное; по 284-й ст. ц. у. срок его определяется днем издания сочинений и продолжается с этого момента 50 лет. Но если наследники не воспользовались своим правом производным, пропустили срок и по истечении оного посторонний издатель сделал посмертное издание сочинений автора, то из факта издания этих сочинений, бывших уже достоянием общественным, но не доступным пользованию, рождается для издателя право авторское первоначальное, которого срок не 50 лет со дня издания, но 50 лет со дня смерти самого издателя. Такое издание может быть во всех отношениях уподоблено изданию древней рукописи, о которой говорит ст. 285 ц. у. Принадлежность авторского права известному лицу не представляет затруднений, когда автор был один, но вопрос запутывается, когда в издании одного и того же произведения участвовало несколько лиц. Так как закон наш не предвидел этих случаев, то установить главные основания для разрешения сомнений приходится науке и судебной практике. Если в издании произведения одно лицо является главным деятелем, другие – второстепенными, то авторское право принадлежит главному, хотя бы труд пособников был весьма значителен и требовал особенного умения и таланта (напр., скульптор поручает ученикам своим отделку аксессуаров своей статуи по составленному им рисунку). Что касается до отношений, рождающихся из заказа, то по закону русскому заказчик ни в каком случае не пользуется правом авторским первоначальным, а может иметь только право производное, переданное ему автором, хотя бы он дал автору и идею сочинения, и план его, и все материалы для работы. Если издание состоит из частей, составленных разными лицами и соединенных в одно, то оно дает начало двоякому авторскому праву: каждого сочинителя на составленную им часть и редактора этого сборника, альманаха, журнала на целое издание, которое он может, сколько раз хочет, перепечатывать на осн. 291-й ст. ц. у. в той же самой форме. В случае спора о собственности между несколькими основателями одного и того же издания или журнала, из которых один, например, дал деньги на издание, другой заведует редакторской частью и т.д., спор этот решается на практике в пользу того лица, на чье имя дано было разрешение на это издание от цензурных властей. Если произведение есть плод авторской деятельности

нескольких лиц, между которыми нет второстепенных, но все они главные, то монополия авторская на произведение принадлежит всем этим лицам, вместе взятым, на праве *общего владения* (ст. 543–556, ч. 1, т. X св. зак. гражд.) в разных частях, если можно определить количественно степень участия каждого сотрудника (напр., по числу листов), или в равных частях, если участие каждого сотрудника в общем деле ускользает от всякого определения. Лица юридические, академии, университеты и т.п. в отношении к своим изданиям пользуются не первоначальным, но только производным правом авторским, перешедшим к ним от настоящего автора.

Право авторское, как всякое имущественное право, переходит по смерти владельца к его наследникам по духовному завещанию или по закону (ст. 283 ц. у.) на общем основании. При жизни владельца оно может быть у него в известных случаях отнято в силу самого закона или по распоряжению правительства или уступлено им другим лицам. Владелец авторского права лишается этого права или при лишении всех прав состояния, или за долги на удовлетворение кредиторов, или при обращении его произведения на общественную пользу по распоряжению правительства с выдачей ему приличного за то вознаграждения. В последнем случае закон делает различие между произведениями словесности и произведениями искусств пластических (о музыкальных не говорится ни слова; вероятно, они уподобляются произведениям литературным). По 330-й ст. ц. у. картины, статуи и другие изящные произведения могут быть проданы с публичного торга на уплату долгов художника, причем, однако, к покупщику не переходит право художественной собственности. Но произведения литературные, пока они принадлежат лицу, пользующемуся правом авторским первоначальным, или его наследникам по закону, не подлежат продаже с публичного торга (286-я ст. ц. у.); они подвергаются этой продаже только тогда, когда перешли в руки третьего лица по завещанию или посредством уступки. В случае если продается за деньги и по конкурсу имущество книгопродавца и издателя, а в том числе и рукописи (или книги), которые он обязался издать, то право на издание этой рукописи (или книги) переходит к покупщику под условием исполнения всех обязательств, взятых на себя по этому предмету прежним хозяином рукописи (или книги) (ст. 286-я ц. у.). Об обращении произведения на пользование общественное скажем в том месте, где будем разбирать вопрос о прекращении авторского права.

Право авторское может быть отчуждаемо всеми законом допускаемыми способами отчуждения, напр. отречением владельца авторского права от своей монополии, заявленным публично в газетах или иным образом, или передачей права другому лицу безвозмездно в форме дарения, возмездно в форме мены, купли-продажи и т.д. Все возможные виды отчуждения права авторского по договору могут быть подведены под два главных случая: а) когда авторское право уступается владельцем этого права другому лицу в целом его объеме или б) когда владелец авторского права уступает другому лицу не само право, но пользование им в известных пределах. Рассмотрим оба случая порознь.

1-й случай. Отчуждение авторского права в целом его объеме. Здесь надобно делать различие между произведениями словесности и музыки, с одной [стороны], и произведениями искусств пластических, с другой стороны. В первого рода произведениях рукопись как оригинал только и важна потому, что служит средством для размножения произведения автора в беспредельном почти числе экземпляров; в произведениях второго рода оригинал имеет высокую меновую ценность сам по себе независимо от того, будет ли он воспроизводим посредством копий, снимков, гравюр, фотографий. Все сделки, имеющие предметом рукопись, касаются обыкновенно авторского права на эту рукопись; закон требует (ст. 288 и 325 ц. у.), чтобы все подобные сделки между сочинителями и издателями облакаемы были в письменную форму, писались на простой гербовой бумаге и совершались явочным порядком. В области искусств пластических купля-продажа произведения художественного совершается, как и купля-продажа всякой другой движимости, словесно, причем может возникнуть сомнение, продал ли художник вместе с произведением свое авторское на него право или оставил это право за собой. В пользу первого из этих предположений, которого придерживается большая часть современных законодательств, можно привести то соображение, что, продав свое произведение без всяких оговорок в чужие руки, художник не может потом тревожить покупателя в спокойном обладании приобретенной сим последним собственностью, следовательно, покупатель властен не допустить его снять копию или фотографию с купленной им картины или статуи. Наше законодательство решает это вопросом следующим образом. Оно, во-первых, различает произведения, сделанные по заказу, от сделанных не по заказу (ст. 326 и 327 ц. у.). Если произведение сделано по заказу, то будь заказчик правительство или частное лицо, право

авторское становится уже исключительным достоянием заказчика после уплаты художнику денег за работу. Цель сего постановления, вероятно, та, чтобы избавить правительство от всяких споров с художником относительно снимания копий с произведения и чтобы предохранить частные лица от выпуска в свет портретов и семейных картин, которые бы означенные лица не хотели видеть в обращении. Если произведение сделано не по заказу, то вопрос о переходе авторского права от художника к покупщику решается различно, смотря по личным качествам покупщика. Если покупщик – частное лицо, то он не приобретает прав авторских на произведение покупкой произведения; если же покупщик – правительство, то авторское право приобретается им вместе с произведением на основании 326-й ст. ц. у., и произведение считается полным достоянием тех храмов божиих, дворцов, музеев, казенных мест и ведомств, для которых оно куплено. Художник не только не вправе снимать оттиски или списывать произведение с оригинала после оговоренной или подразумеваемой уступки, сделанной им в пользу другого лица, но он не вправе и повторить это произведение с памяти или с оставшихся у него эскизов (ст. 328 ц. у.), за исключением только случая, когда он предпринял издание всех своих творений в совокупности. В полном издании своих творений он может поместить даже написанные им портреты или семейные картины, не испрашивая разрешения на то заказчиков.

2-й случай. Уступка пользования правом авторским другому лицу совершается посредством разных сделок, из которых в германской юриспруденции выработалось обстоятельно учение о так называемом договоре об издании (Verlagsvertrag), который не подходит ни под одну из форм договорных, заимствованных из римского права, и состоит в том, что одна сторона уступает другой право на издание сочинения, а другая берет на себя обязанность издать его в свет. Наш закон требует в 285-й ст. ц. у., чтобы все подобные сделки совершались письменно явочным порядком; но этот закон идет вразрез с практикой и обычаем: тысячи сделок возникают между сочинителями и переводчиками, с одной [стороны], а издателями-типографщиками, книгопродавцами и журналистами, с другой стороны, не облекаясь в письменную форму, на словах, сообразно установившимся в книгопродавческой и литературной промышленности обычным нормам, по которым и решаются рождающиеся сомнения и споры. Само собой разумеется (ст. 1539 1-й ч. X т. св. зак.), что эти нормы употребляются, когда спорный вопрос не предусмотрен

и не предопределен заключенным между сторонами договором. В ст. 303 ц. у. говорится по этому поводу следующее: все ограничения (литературной собственности), постановленные в предшедших статьях, уничтожаются письменным позволением законного издателя или иными добровольно заключенными условиями. Не вдаваясь в подробный разбор норм обычая, употребляемых при изъяснении по намерению и доброй совести сомнительных пунктов договора об издании, укажем только на некоторые, более рельефные или чаще других применяемые.

Положим, что договор не определил ни числа изданий, уступаемых автором издателю, ни количества экземпляров каждого издания. Коль скоро не выражено в договоре, что автор уступает свое право издателю в целом его объеме, то следует предполагать, что он предоставил издателю сделать одно только издание, тем более что при выпуске в свет сочинения еще не известно, будет ли оно иметь успех или нет, а следовательно, придется ли приступить к новому изданию или нет. В практике книгопродавческой считается общим правилом, что после отпечатывания издания в известном количестве экземпляров, сообразном ожидаемому сбыту, уничтожается сама форма, служившая для оттисков (в книгопечатании набор), и только после успешной распродажи оттиснутых экземпляров приступается к новому изданию по новому набору. Издатель, имеющий право на одно только издание, не вправе стереотипировать набор или оставить набор, по которому сделано издание, неразобранным, с тем чтобы получать по этому набору новые оттиски впоследствии и пускать их по мере надобности в продажу, потому что таким образом вышло бы, что издатель пользуется в ущерб автору полным правом литературной собственности. Но с другой стороны, если в договоре об одном издании не обозначено число экземпляров, которое издатель может оттиснуть, то издатель властен оттиснуть какое ему угодно количество экземпляров по одному и тому же набору, потому что по 1539-й ст. 1-й ч. X т. св. зак. граж. сила договора изъясняется в пользу того, кто обязался что-либо исполнить, и что от противной ему стороны (т.е. автора) зависело определить предмет обязательства с большей точностью.

Уступив издателю право на издание, автор через то самое обязался воздерживаться от всяких действий, которые могли бы мешать издателю в пользовании уступленным ему правом. Он обязан не делать издателю подрыва в сбыте экземпляров издания посредством выпуска в свет нового издания, конкурирующего с прежним. Это ограничение авторского права договором

об издании сочинения должно бы продолжаться до тех только пор, пока издатель не выручит сполна своей прибылью распродажей всех экземпляров издания. На этом основании надлежало бы полагать, что автор властен сделать новое издание сочинения, коль скоро или у издателя нет для продажи цельных экземпляров, или автор может доказать, что издатель мог бы распродать все экземпляры издания, но не захотел этого сделать (напр., что к нему обращались покупщики с требованиями на сочинение, но он им отказал, желая сберечь остаток в запасе, с тем чтобы продавать потом эти остаточные экземпляры по высшей цене как библиографическую редкость). Если издание прежнее не распродано, то автору следовало бы дозволить напечатание нового издания под условием, что он предварительно выкупит все остающиеся от продажи экземпляры у издателя по той цене, по которой они были пущены в оборот. Вместо такого простого решения вопроса закон наш прибегает к другому, основанному на предположении, на фикции, что всякое издание расходуется приблизительно в течение пяти лет. По 287-й ст. ц. у., если между сочинителем и издателем не было никакого уговора о новом издании, сочинитель может сделать новое издание книги по прошествии пяти лет со дня выдачи из цензуры позволительного билета на выпуск в свет прежнего издания. Это постановление не имеет твердого основания, потому что предположение, на котором оно построено, чисто произвольное, и что без всякой причины публика может быть лишена возможности в течение значительного времени иметь новое издание разошедшегося быстро сочинения, издание, которое появлением своим ничьих бы интересов не нарушило, никому бы ущерба не причинило.

Может ли договор, заключенный между автором и издателем, помешать обнародованию автором нового, дополненного и усовершенствованного издания того же сочинения? Наука идет вперед, к фактам, прежде известным, прибавляются новые факты, мысленный кругозор автора расширяется, и чем он талантливее, тем скорее замечает он пропуски и недостатки в своем прежнем произведении. Так как несравненно легче дополнить и усовершенствовать уже имеющееся, нежели писать новое сочинение по тому же предмету, то для общества желательно, чтобы усовершенствованных, исправленных изданий появилось побольше. Общество непосредственно заинтересовано в этом вопросе и может не допускать никаких договорных стеснений авторской производительности; следовательно, если бы автор заключил с издателем условие, по которому бы он обязался не делать никаких

поправок в будущих изданиях своего сочинения, то такое условие, как направленное ко вреду общества, надлежало бы считать недействительным. Такой смысл, по-видимому, имеет ст. 289 ц. у., в которой сказано, что сочинитель, несмотря ни на какие условия, может делать новые, измененные и дополненные издания своего сочинения. Но предположим, что подобное стеснение автора по отношению к усовершенствованию своего произведения не было условлено в договоре об издании, что об исправленном новом издании не было в этом договоре и речи. В таком случае хотя несомненно, что автор имеет полное право обнародовать, когда хочет, усовершенствованное издание, однако нельзя не признать, что в то же самое время автор обязан не делать подрыва прежнему изданию, уступленному им издателю. Следовательно, можно бы положить, что если договор заключен на одно только издание, то автор обязан предварительно новому усовершенствованному изданию выкупить все не распроданные издателем экземпляры прежнего издания; если же договор заключен на несколько изданий, то автор обязан предложить свои поправки издателю и может пустить в ход новое издание с поправками только в таком случае, если издатель откажется его печатать. Наш закон пошел иным путем и старается посредством количественных норм согласовать права автора на усовершенствование своего произведения с правами издателя на сбыт прежнего издания. Автор вправе во всякое время по ст. 289 ц. у. сделать новое усовершенствованное издание, если в сочинении переменены или прибавлены по крайней мере две трети или если книге дана совершенно другая форма, так что она может быть почитаема за новое сочинение.

Перейдем к сборникам и повременным изданиям. Покупая статью от автора, редактор журнала или сборника приобрел право напечатать ее на страницах журнала, но не отдельной монографией. Издав ее раз, он может ее перепечатывать вторично только в таком случае, если ему придется по каким-нибудь причинам перепечатывать свой журнал или сборник в целом его составе. С другой стороны, автор, уступивший свою статью для помещения в журнале или сборнике, не лишен права сделать из этой статьи иное еще употребление, лишь бы только он не сделал этим подрыва журналу или сборнику; следовательно, он может издать в свет эту статью отдельной монографией или поместить ее в полном издании своих сочинений. В ст. 292 ц. у. прямо сказано: помещением сочинения в журнале или ином собрании сочинитель не лишается права напечатать оное особо. Ст. 311 ц. у. присовокупляет: напечатание произведения

в трудах какого-либо ученого общества не лишает сочинителя или наследников его права напечатать оное самим, если сие не противно уставу общества или же данному сочинителем особому обещанию. Со стороны автора было бы недобросовестно и незаконно, если бы он издал свою статью отдельной монографией еще до появления в журнале статьи, уступленной журналу, или если бы он продал свою статью в два конкурирующих один с другим журнала. Впрочем, закон наш не обращает внимания на то, что собрание собранию рознь и что есть издания энциклопедические, объемистые, многотомные, в которых каждая составная часть образует самостоятельное целое и может быть продаваема отдельно издателем (напр., составилось, положим, общество для издания всемирной истории по методу этнографическому, один из сотрудников написал историю Рима, другой – Франции, третий – Италии и т.д.); если бы автор отдельной части в таком собрании хотел издать ее особо, то этим он причинил бы весьма существенный подрыв успеху целого собрания.

Автор обязан доставить издателю произведение, им самим обработанное, в таком виде, в каком оно годится для печати. Издатель может требовать, чтобы рукопись была четкая, в противном случае он может забраковать ее и домогаться нового списка. В случае неисполнения автором принятых на себя обязательств издатель может требовать от него вознаграждения; при определении количества этого вознаграждения должна быть принимаема за основание чистая прибыль, которой мог ожидать издатель от несостоявшегося издания.

С другой стороны, издатель обязан приступить к печатанию немедленно после получения оригинала и, отпечатав, пустить его в продажу. Из факта договора еще никак не следует обязанность уплаты издателем автору гонорара, потому что есть авторы-дилетанты, которые не только не берут денег за труд свой, но еще приплачивают на издание из собственного кармана. Если автор не условился с издателем относительно гонорара, то гонорар должен быть взыскан с издателя в следующих двух случаях: а) если издатель сам заказал автору известную работу; б) если автор по ремеслу своему литератор или художник, получающий деньги за труд, о чем издателю было известно при заключении договора. В случае спора о высоте гонорара количество гонорара должно быть определяемо судом. Обыкновенно оно рассчитывается по числу печатных листов.

Остается определить причины, уничтожающие права авторские на произведение. Монополия авторская погасает: 1) вследствие отказа владельца авторского права от этого права

в пользу общества; 2) посредством экспроприации или обращения произведения, составляющего собственность литературную или художественную, в пользу общественную; 3) вследствие истечения срока, установленного законом для монополии авторской.

Правом отказаться от авторской монополии в пользу публики пользуется только тот, кому эта монополия принадлежит в полном ее объеме; следовательно, сам автор и его наследники или, наконец, посторонний издатель, получивший право на все последующие издания известного сочинения, но им не пользуется издатель, имеющий право на одно лишь издание или на определенное число изданий, потому что отказом от своего производного и ограниченного участия в чужой монополии он нанес ущерб тому, кем был допущен к этому участию. Отказ полного владельца авторского права от этого права может быть или явный, положительный, напр. посредством опубликования в газетах о том, что всякому предоставляется перепечатывать сочинение, или подразумеваемый, отрицательный, посредством таких действий, из коих следует заключить, что автор не намерен пользоваться своей монополией. Из того, что автор раздает экземпляры безвозмездно, еще никак нельзя заключить, что он отказался от своей монополии, потому что, даже раздав даром целое издание, он, может быть, рассчитывает на то, что из последующих изданий он выручит материальное вознаграждение за труд свой, пуская их в продажу. Но если автор выбросил на улицу единственный список сочинения, им написанного, то подобное действие заставляет предполагать, что он отрекается от всякой мысли воспользоваться этим сочинением как своей литературной собственностью. Отказ от собственности литературной или артистической не следует смешивать с отказом от иска против контрафакторов. Не преследуя первого, второго, третьего контрафактора, автор не лишается еще права начать иск против четвертого и десятого. Иск о контрафакции погашается давностью; но, несмотря на то что вследствие давности контрафактор освободился и от гражданских, и от уголовных последствий своего преступления, авторские права на произведение продолжают существовать в полной своей силе. Относительно уничтожения монополии авторской по распоряжению правительства в видах пользы общественной, хотя об этом случае закон не упоминает, хотя и на практике он доселе не встречался, но он возможен и к нему должны быть прилагаемы правила, изложенные в ст. 575–608 ч. 1 т. X св. зак. гр. о вознаграждении за имущества частные, отходящие из частного

владения по распоряжению правительства. Экспроприация весьма удобоприменяема к литературной собственности, чему может служить доказательством закон английский 1 июля 1842 г. (5 и 6 Vict., с. 45, sec. 5), которого постановления заслуживают подражания со стороны других законодательств. Сущность этого узаконения заключается в следующем: принято на вид, что наследники умершего автора могут ко вреду публики лишить ее в течение почти полувека возможности пользоваться его сочинениями, если они не станут их печатать или по нерадению к своим собственным интересам, или по несочувствию к его идеям. Посему постановлено, что если издание известного сочинения распродано, наследники же умершего автора не хотят ни сделать нового издания, ни разрешить сделать новое издание третьему лицу, то всякий желающий может обратиться с жалобой на то в судебный комитет государственного совета, который и позволяет жалующемуся под известными условиями предпринять новое издание.

Право авторское, по существу своему срочное, погасает с течением законом установленного срока, после которого оно теряет печать исключительности, так что с тех пор соучастником этого права является вся публика и всякий может по желанию печатать, издавать и продавать произведение, сделавшееся собственностью общественной (ст. 295 ц. у.). При определении момента, до которого продолжается авторская монополия, можно взять за исходную точку, с которой считается срок ее существования, или день смерти автора, или день выхода в свет произведения. Первый из этих способов преобладает в законодательствах современных, второй употребляется в виде исключения, когда первый способ неприменим. Первый способ поддерживается нижеследующими доводами. Ближайшее право пользоваться плодами трудов своих имеет, конечно, сам автор; прожить он может долго; справедливость требует, чтобы он был обеспечен, в особенности на старости лет, когда ум отказывается работать, когда силы слабеют, когда дрожание дряхлой руки отражается в новых произведениях, вследствие чего они уже меньше ценятся обществом. Итак, защиту прав авторских со стороны закона следует продолжить во всяком случае по смерть автора. Но этого мало. Так как жизнь всякого подвержена случайностям, то с трудом найдется издатель, который бы предложил порядочный гонорар автору или который бы решился отпечатать сочинение в значительном количестве экземпляров, зная, что, случись смерть автора, он останется в страшнейшем убытке. Гонорар этот будет тем меньше, чем слабее здоровьем и чем старше автор,

следовательно, чем больше он нуждается в обеспечении. Притом бывают случаи, что автор умирает, совершив какой-нибудь многолетний литературный или артистический подвиг, но не успев из него извлечь никакой для себя выгоды материальной и оставляя жену и детей без всяких средств существования. Руководствуясь этими соображениями, все современные законодательства отодвинули предельный срок авторской монополии за момент смерти автора. Самый обыкновенный срок тридцатилетний; он положен всеми законодательствами – немецким, французским, итальянским, бельгийским, датским, португальским. В законодательстве русском заметно стремление к постепенному увеличению сроков. Положение о правах сочинителей 22 апреля 1822 г. положило весьма умеренный срок – 25-летний (§ 7). В Высочайше утвержденном мнении государственного совета о правах сочинителей, переводчиков и издателей присовокуплено, что если в течение последнего пятилетия до истечения этого 25-летнего срока владелец авторского права сделал новое издание произведения, то право сие остается еще в его пользу на 10 лет сверх 25-летнего срока (§ 3). Наконец, в 1857 г. 15 апреля последовало Высочайше утвержденное мнение государственного совета, которым назначен срок самый продолжительный из тех, какие известны в современных законодательствах, удвоенный против прежнего – пятидесятилетний¹, но без всяких уже новых продолжений, обусловленных изданием вновь сочинения в последнее пятилетие. Расчет одинаков, к кому бы ни перешли права авторские, принадлежат ли они наследникам по закону, по завещанию или посторонним приобретателям, как частным лицам, так и учреждениям. Таковы постановления, ныне обязательные для русских произведений. В своих трактатах с Францией 1861 г. (art. 4) и Бельгией 1862 г. (art. 4) правительство русское, распространяя и на французские, и на бельгийские произведения защиту закона от контрафакции и других преступлений против прав авторских, установило более короткие сроки, и притом сроки разные для разных субъектов. На основании этих трактатов право литературной или художественной собственности французов и бельгийцев в Российской империи продолжается для авторов всю жизнь и переходит к их прямым наследникам по завещанию на 20, а к боковым наследникам – на 10 лет со времени кончины автора.

Определим случаи, в которых по невозможности обозначить момент смерти автора за исходную точку авторской монополии

¹ В то время имелись в виду права авторские наследников Карамзина и Пушкина, которым приближался их конечный срок.

берется другой момент, а именно момент выхода в свет произведения или, лучше сказать, момент выдачи из цензуры позволительного билета на выпуск одного в свет (ст. 287 ц. у.). К таким случаям цензурный устав относит издания посмертные (ст. 284) и издания обществ, академий и университетов (ст. 308); к ним следовало бы причислить и издания безымянные или псевдонимные, которых автор неизвестен¹. В развитой литературе тысячи произведений появляются без имени автора. Кто знает всех сотрудников газеты или журнала, пишущих передовые статьи, критики, обозрения? Бывают периодические издания, которые поставляют себе правилом не объявлять имен своих сотрудников (напр., англ. *Reviews*; у нас было такое издание в 1859 г. под фирмой «Московское обозрение»). Если до истечения 50 лет со дня выхода в свет сочинения безымянного или псевдонимного, коего автор неизвестен, сочинение это потом перепечатано с обозначением имени автора им самим или его наследниками по его смерти, то чрез то оно превратилось в именованное и ограждается от контрафакции на целые 50 лет со дня смерти автора. Но если наследники озаботились сделать это новое именованное издание по истечении 50 лет со дня выхода в свет прежнего, то они через то не могут воскресить погасшую монополию авторскую на сочинение, которое уже превратилось до воследования именованного издания в достояние общественное. Права юридических лиц на их издания суть права производные и обуславливаются правами самих авторов, уступивших юридическому лицу свои произведения (ст. 308 ц. у.). Если автор не поименован в издании, то произведение принадлежит к той же категории, как и все сочинения безымянные. Права издателей на посмертные издания составляют нечто среднее относительно продолжительности своей между правами на издания, до смерти автора следовавшие, и правами на издания старинных рукописей, пословиц, сказок и др. Право авторское на сочинение предшествует изданию; оно возникает в минуту написания, но погасает, если издание не последовало, истечением 50 лет со смерти автора. Закон, поощряя наследников к посмертным изданиям, обещает им продолжить срок исключительного пользования произведением, заменив для них счет срока от смерти автора счетом срока от воследования посмертного издания. Если сочинение безымянное выходило отдельными выпусками, томами, книжками, образующими одно непрерывное целое, то срок авторской монополии должен считаться

¹ Коль скоро известно лицо, употребляющее известный псевдоним, то срок авторской собственности для произведений этого автора считается не со дня выхода их в свет, но со дня смерти автора.

с выхода в свет последнего выпуска, книжки или тома. (Союзный сейм немецкий постановил в 1837 г., что подобный ряд выпусков или томов только тогда считается непрерывным целым, когда между выходом в свет отдельных выпусков или томов не было трехлетних промежутков). Для статьи безымянной, помещаемой в газете или журнале, срок считается со дня выхода в свет последнего номера газеты или журнала, в которых помещалась статья. Сами по себе газета или журнал, составляя неизменяющуюся форму, независимую от перемены редактора, могут быть во всех отношениях уподоблены безымянным изданиям. В издании собирательном, составляющем плод совокупной деятельности многих сочинителей, следует различать, состоит ли оно из отдельных частей, из которых каждая может образовать самостоятельное целое, или части ее так спаяны и слиты, что отделить одну от другой нет никакой возможности. В первом случае срок считается для каждой части особо со дня смерти ее автора; в последнем случае авторская монополия прекращается не раньше, как с истечением 50 лет со дня смерти последнего из соучастников в произведении.

Е. Закон положительный ставит пользование правом авторским в зависимость от соблюдения субъектами этого права некоторых формальностей, при неисполнении коих собственность артистическая и литературная лишается законной защиты. Эти формальности предназначены отчасти служить средствами удостоверения о принадлежности авторского права данному лицу, отчасти способами доведения этого факта до сведения общественного. Формальности эти заключаются в следующем: в видах полицейских существует в России цензура предварительная, рассматривающая произведения словесности, наук и искусств, назначаемые к изданию посредством печати, гравирования или литографии (ст. 1 ц. у.). Защитой закона от контрафакции пользуются те только из разномножаемых вышеупомянутыми способами произведений, которые цензурой дозволены (ст. 306 ц. у.). Таким образом, вопрос о существовании предмета авторского права решается на основании удостоверений и отзывов цензурных комитетов. Авторы книг, изданных во Франции, доказывают свое право свидетельством, выдаваемым им отделением книжной торговли Министерства внутренних дел в Париже или секретариатом префектуры в департаментах (art. 3 трактата 1861 г.). Авторы книг, издаваемых в Бельгии, доказывают свое право свидетельством от Министерства внутренних дел в Брюсселе (art. 3 трактата 1862 г.). О музыкальных произведениях, издаваемых за границей и, несмотря на то, ограждаемых на основании

354 ст. ц. у. от контрафакции в пределах империи, сочинитель должен сделать письменное заявление комитету цензуры иностранной (ст. 354 ц. у.).

Иной порядок удостоверения установлен в области искусств пластических, для собственности художественной, подлежащей или не подлежащей цензуре (для живописи, скульптуры, архитектуры, граверного и медальерного дела и иных изящных искусств). Порядок этот столь тяжел и сложен, что немногие художники его употребляют, вследствие чего произведения их остаются не огражденными от контрафакции. Владелец прав авторских обязан предъявить и записать свое произведение в уездном суде или у маклера с подробным описанием сюжета. Если предмет громоздок, то суд или маклер досматривают его в самой мастерской художника. Потом владелец берет от уездного суда или от маклера выписку за скрепой и представляет ее в Академию художеств. Академия публикует о том в ведомостях насчет просителя. С тех только пор право художественной собственности утверждается за художником положительно, т.е. получает законную защиту (ст. 322 ц. у.).

Сочинитель ученого сочинения, желающий воспользоваться исключительным правом на издание переводов этого сочинения на иностранные языки, обязан объявить о том при издании подлинника и издать свой перевод до истечения двух лет со дня выдачи из цензуры позволительного билета на выпуск в свет подлинника (ст. 302 ц. у.). Закон не определяет, какого рода должно быть объявление; можно полагать, что оно может быть сделано или в самом подлиннике, в тексте, предисловии или на обертке, или опубликованием в ведомостях. Так как права авторские передаются из рук в руки, то сочинитель не обязан сам лично составить перевод, но может уступить право на издание перевода другому лицу. Ст. 307 ц. у. вменяет в обязанность издателям при новых изданиях обозначать на заглавных листах, что такое-то сочинение печатано с издания такого-то года с исправлениями или без оных.

Особенные формальности обязательны на случай смерти автора для лиц, которым он отказал свои права авторские на произведения литературные или артистические по духовному завещанию или иным образом. Они обязаны объявить о принадлежности им прав авторских и представить на то доказательства не позже года со дня смерти автора, если они пребывают в России, и не позже двух лет, если они пребывают за границей (ст. 290, 329). За неисполнением ими сего условия они теряют свои права авторские, которые переходят к наследникам автора по закону.

Статья 2

Уголовная защита прав авторских от контрафакции и других преступлений

Слово *контрафакция* обозначает в обширном смысле всякие вообще посягательства на права авторские¹. В более тесном смысле контрафакция обозначает противозаконное механическое воспроизведение чужого авторского труда и образует один только специальный вид преступлений против литературной и художественной собственности, однородный с плагиатом, незаконным копированием и представлением или разыгрыванием чужих драматических или музыкальных произведений. Так как контрафакция важнее и чаще других преступлений против прав авторских, то с нее следует и начать.

А. *Контрафакция* (contrefaçon, Nachdruck, по-английски piracy, или литературный разбой) передается в цензурном уставе словами *самовольное издание*. Ни цензурный устав, ни уложение о наказаниях не дают никакого определения этому преступлению; но, представив все случаи контрафакции, можно из них вывести следующую формулу: контрафакция есть механическое воспроизведение труда литературного или артистического, составляющего предмет чьего-либо чужого авторского права, посредством печати или иных тому подобных способов размножения произведений в неопределенном количестве экземпляров без присвоения, однако, этого труда (т.е. без выдавания издателем этого труда за свой собственный). Разложим это довольно объемистое определение на его составные элементы.

1. *Субъектом* преступления может быть как сам автор, создатель произведения (ст. 297 п. а и 352 ц. у.), так и постороннее лицо. Если автор уступил свое авторское право другому лицу, то это право стало для него чужим. Автор делается контрафактором, если он самовольно издаст уступленное другому лицу свое произведение. Если автор продал двум или нескольким лицам порознь, без их на то согласия, свои права авторские на одно и то же произведение и сделался или мог сделаться причиной выхода в свет нескольких изданий, из коих одно законное, а остальные контрафактные, то таковой его поступок статья 305 ц. у. именуется *подлогом*, хотя собственно этот поступок не включает в себе ничего подходящего к подлогу, а, скорее, мог бы быть приурочен к разряду преступлений по купле-продаже имущества (ст. 2290–2294 улож. о нак.).

¹ Théorie du code pénal, par Chauveau et Hélie, édition Nypels N° 3, 726.

2. *Объектом* преступления бывает произведение, не только способное служить предметом авторского права, но и действительно принадлежащее другому лицу на правах собственности литературной или художественной. На состав контрафакции не имеет влияния то обстоятельство, было ли произведение напечатано или нет, следовательно, под ее понятие подходит и напечатание неизданного стихотворения, а равно и напечатание речи, сказанной публично (ст. 297 ц. у.). Так как авторское право простирается и на произведение в целом его объеме, и на каждую из его частей, то отсюда следует заключить, что для понятия контрафакции не требуется перепечатывания целого произведения, но достаточно перепечатывания одной какой-либо части без всяких изменений против подлинника или даже и с изменениями, напр. в виде извлечения, сокращения. Чем меньше таких выдержек из чужого сочинения, чем они короче, чем в большем растворе добавленного собственного текста утопают они, тем труднее доказать факт контрафакции, тем труднее отличить контрафакцию от тех ссылок на чужие сочинения или цитат, без которых не может обойтись почти ни одно серьезное произведение научное. При решении этого рода недоумений надобно иметь в виду, что авторское право установлено для обеспечения авторам материального вознаграждения за их труды и что закон воспрещает посторонним только такого рода пользование их произведениями, которое бы приносило материальный ущерб авторам, мешая сбыту их произведений в публике посредством продажи. Чем мельче произведение, тем менее важна для автора его перепечатка; чем короче выдержка из книги, тем менее вреда от ее помещения в чужом сочинении, так что при очень незначительных заимствованиях всякое преследование должно приостановиться. Для предотвращения споров и сомнений закон ставит для руководства писателям следующие количественные нормы.

а) Каково бы ни было произведение, большое или малое, издание его в свет отдельной статьей запрещено и считается контрафакцией. Сомнителен вопрос о том, как смотреть на издания отдельных статей, иллюстрированные или переложенные на музыку. Иллюстрации и аккомпанемент видоизменяют издание, дают ему иное назначение и сообщают ему такую ценность, какой бы никогда не имел в продаже сам текст. Если в данном случае очевидно, что издание иллюстрированное или переложенное на музыку не может делать конкуренции и подрыва издателю текста, то следовало бы признать, что контрафакции в этом

случае нет¹. В подобных делах необходимо обращать внимание на то, что главное по художественному достоинству в издании – текст или аккомпанемент и иллюстрация, и наблюдать, чтобы ноты и картинки не служили только способом замаскирования убыточной для владельца прав авторских перепечатки.

б) Перепечатывание целых статей и отрывков допускается в журналах, газетах и других каких-либо собраниях, лишь бы только статья или отрывки, взятые из одного источника, не занимали более одного печатного листа в последнем издании книги, из коей взяты статья или отрывки (а если статья взята не из книги, но из газеты???), лишь бы только при помещении заимствованных известий политических или иных указаны были источники, откуда эти известия почерпнуты; наконец, лишь бы только журналист или газетчик перепечатывал чужие мелкие статьи не *постоянно* и не *в полном* [объеме] (ст. 297 ц. у.). Эти постановления, вероятно, имели целью предупредить тот род редакторского наездничества на чужие газеты и журналы, вследствие которого недобросовестный редактор может вести успешно свое дешевое временное издание, не платя ни копейки корреспондентам, ни фельетонистам, при сотрудничестве одних только ножниц своих редакторских. Между газетчиками идут часто перебранки за такого рода пиратство; но, сколько мне известно, ни один из жалующихся не затевал иска о контрафакции, да если бы он и затеял, то едва ли бы выиграл дело, потому что закон наш не оказывает газетам надлежащей защиты. Журнальный корсар может почти всегда уклониться от преследования, доказав, что он заимствовал всякий раз менее одного печатного листа (никто никогда не перепечатывал целиком огромного газетного листа), что он подписывал под заимствованными статьями начальные буквы источника, наконец, что хотя он и перепечатывал постоянно чужие статьи, но перепечатывал их не вполне, кой-что обрезаая, дополняя или изменяя.

с) Заимствования в размере более одного печатного листа допускаются в хрестоматиях и других учебных книгах (ст. 298 ц. у.).

д) Книги размером более одного печатного листа защищаются от заимствований на следующем основании: заимствующий

¹ В с.-петербургских судах производилось дело между книгопродавцами Исаковым, издателем сочинений Пушкина, и Вольфом, пустившим в свет иллюстрированное издание пушкинской сказки «О рыбаке и рыбке». Исаков продавал сказку отдельными оттисками по 5 к. с., а Вольф – по 2 рубля. Суды решили, кажется, в пользу Исакова; но трудно предполагать, чтобы издание Вольфа могло по цене своей делать какой-нибудь подрыв Исакову.

может взять из чужого сочинения не более одной трети этого сочинения и должен дать своего текста вдвое более против отрывков из сочинения, вставляемых в этот текст (ст. 299 ц. у.).

е) Контрафактным переводом книги уже переведенной считается такой перевод, в котором две трети *сряду* выписаны слово в слово из прежних *переводов*, на которые кто-либо имеет право исключительной собственности (ст. 300 ц. у.). Слово *переводов*, употребленное во множественном числе, ведет к заключению, что контрафакцией считаться будет перевод, заимствованный не из одного, а из нескольких имеющихся уже переводов одного и того же сочинения. Мы имеем два перевода истории цивилизации Бокля, один Бестужева-Рюмина, другой Буйницкого; положим, что явился спекулянт, который перепечатал одну половину тома по переводу Бестужева-Рюмина, другую – по переводу Буйницкого; такой спекулянт будет, очевидно, контрафактором. Труднее объяснить логически значение слова *сряду*, помещенного в той же 300-й статье ц. у. По буквальному его смыслу следует заключить, что перевод считается контрафактным, когда заимствования не перемежаются с собственными вставками издателя, как бы незначительны эти вставки ни были, потому что эти вставки уничтожают непрерывность и подрядность заимствований, следовательно, что издателю перевода книги в 500 страниц достаточно для избежания ответственности вставить на каждые 100 страниц одну своего собственного изделия.

ф) При решении вопросов о контрафакции словарей требуется, чтобы большая часть определений, толкований и примеров не была взята из другого подобного же словаря. От новых географических карт, исторических таблиц, логарифмов, указателей требуется, чтобы они не были списаны с прежних изданий слово в слово (цифра в цифру) или с весьма незначительными изменениями (ст. 301 ц. у.).

Заимствование заглавия сочинения или фирмы газеты или издание сочинения под чужим именем авторским (но не под собственным самого издателя) не подходят под контрафакцию, потому что заглавие и имя не составляют предметов авторского права, и если присвоение их может быть преследуемо, то на совершенно ином основании. Автор тогда только может претендовать на исключительное употребление изобретенного им заглавия, когда это заглавие не только обозначает предмет сочинения, но и запечатлено субъективностью автора, т.е. выражает его индивидуальные взгляды, его направление. «История России» С. Соловьева или «Областные учреждения» Б. Чичерина не мешают никому в будущем назвать свой труд «Историей

России» и «Областными учреждениями», но едва ли вправе кто-нибудь дать своему роману заглавие «Отцы и дети» или «Взбаламученное море» или издавать журнал или газету под названием «Отечественные записки» или «Современник», «Северная пчела» или «Голос». При несуществовании уголовного закона, наказывающего за подобные присвоения, за автором и журналистом следует признать по крайней мере право искать судом того, чтобы лицу, присвоившему название, запечатленное его субъективностью, или фирму его журнала, воспрещено было употреблять это название или эту фирму. Еще преступнее издание кем-либо своего сочинения под чужим именем авторским, принадлежащим лицу живущему или умершему. Подобное действие, не составляя контрафакции, может подлежать ответственности или как клевета и обида на основании 2095-й и 2099-й ст. улож. (когда учинено с целью очернить кого-нибудь в общественном мнении), или как воровство-мошенничество (обман) на основании 2252–2267-й ст. улож. (когда учинено с целью способствовать скорейшему сбыту произведения посредством выставления на этом произведении чужого громкого имени, любимого публикой). В подобного рода литературных подлогах, которые близко подходят к случаю, определенному в 1863-й ст. улож. (кто подделает чужие клейма или знаки, прикладываемые в изделиях мануфактур, фабрик или заводов), время смерти автора не имеет никакого влияния на ответственность, потому что имя автора даже и после 50 лет от его смерти не делается достоянием общественным.

3. *Внешнее действие* в контрафакции должно состоять в механическом воспроизведении оригинала без присвоения его себе преступником посредством печати или иных тому подобных способов размножения произведений в неопределенном количестве экземпляров. Воспроизведение должно быть механическое, т.е. такое, для совершения коего не требовалось бы никакого участия творчества научного или артистического. Этой чертой контрафакция отличается от противозаконного *копирования* или от подражательного воспроизведения оригинала, которое требует известной степени учености, искусства. Воспроизведение оригинала не должно сопровождаться присвоением его, т.е. изданием его контрафактором под своим именем. Этой особенностью контрафакция отличается от плагиата. Наконец, приемы механические, употребляемые преступником, должны быть такого рода, чтобы представляли серьезную опасность для материальных интересов автора, т.е. чтобы они способны были сделать значительный подрыв сбыту его произведений в публике.

Простое переписывание произведения литературного или музыкального столь дорого стоит по количеству требуемого на это дело труда, что воспрещается быть не может, хотя бы кто завел целую контору для переписки сочинений на несколько рук. Вреднее для интересов автора воспроизведение посредством гравирования и литографии, но и эти способы воспрещаются законом (ст. 351 ц. у.) только в применении к размножению музыкальных (а не литературных) произведений. В области литературы контрафакция совершается только посредством одного перепечатывания (ст. 296 и 297 ц. у.). Можно оспаривать подобное ограничение контрафакции словесных произведений одной только печатью на том основании, что в некоторых случаях и литография может делать сильный подрыв сбыту печатных сочинений, наконец, что есть еще способ новый, дешевый, скорый, удобный, более опасный, нежели все другие, для авторской собственности, но о котором в цензурном уставе почти и не упоминается. Этот способ – фотография, искусство, которое должно получить в будущем громадное развитие.

4. Контрафакция обуславливается наличностью *злого умысла* в преступнике. Этот элемент столь важен, что при отсутствии его перепечатывание чужого сочинения теряет уголовный характер и может быть преследуемо только гражданским иском о вознаграждении за вред и убытки, и то только в таком случае, когда доказано, что перепечатчик поступил неосторожно, не осведомившись надлежащим образом о принадлежности кому-нибудь перепечатываемого произведения на правах авторской собственности (напр., когда он не осведомился с точностью о дне смерти автора). Если заблуждение перепечатчика было совершенно случайное, так что даже в неосторожности обвинить его нельзя, напр., если автор, всеми считаемый умершим, окажется живым или если третье лицо обмануло издателя, предложив ему под своим именем чужое произведение, которое издатель купил, не подозревая обмана, то перепечатчик не может быть присужден даже и к уплате вознаграждения за причиненные перепечатанием убытки. Умысел контрафактора должен состоять в решимости на преступление заведомо о принадлежности кому-нибудь другому авторских прав на воспроизводимый предмет, причем личные цели перепечатчика, бывшие мотивами его действия, не принимаются в расчет, так что все равно, действовал ли он с корыстной целью, т.е. с намерением получить прибыль от продажи контрафактных экземпляров, или просто для того только, чтобы дарить эти экземпляры друзьям и знакомым.

5. Остается определить момент *совершения преступления*. Существенный ущерб материальным интересам автора причиняет не само заготовление контрафактных экземпляров, но распространение их в публике, даровое или коммерческое, открытое (с публикацией об издании в ведомостях и продажей в лавках) или секретное (без публикации, в кругу одних только знакомых). Но контрафакция принадлежит к разряду таких преступлений, как подлог или подделка монеты, в которых приготовление затруднительно, требует и времени, и многих сложных операций, наконец, обнаруживает почти несомненным образом преступные замыслы виновника, между тем как совершение делается скоро, легко, мгновенно. Не дожидаясь причинения действительного вреда, законодательство воспрещает само заготовление, ничьих еще прав не нарушающее, как самостоятельный полицейский проступок и наказывает его независимо от того, успел ли контрафактор распространить контрафактные экземпляры или нет. Количество заготовленных экземпляров не имеет существенного влияния на преступность действия, потому что преступник, который дошел до того, что отпечатал один экземпляр, может легко оттиснуть по готовому набору сотни и тысячи подобных же экземпляров. Если моментом совершения контрафакции считается отпечатание, то самый набор типографский сочинения, или вырезание музыкального произведения на доске металлической, или написание его на камне литографическом должны считаться покушением на контрафакцию.

Само собой разумеется, что наказуемость контрафакции начинается с отпечатания только в таком случае, если печатание происходило в пределах России. Если оно происходило вне пределов России, то оно не подлежит действию российских законов и уголовная ответственность контрафактора начинается только или с момента ввоза контрафактных экземпляров в Россию, или с момента распространения их в публике. Закон наш делает в этом отношении различие между произведениями музыкальными и литературными. Самый ввоз контрафактных произведений музыкальных запрещен в количестве, превышающем десять экземпляров. Сочинитель, уступивший кому-либо в империи право на издание произведения и, несмотря на то, ввозящий в империю более десяти его экземпляров, напечатанных за границей, подвергается наказанию как за контрафакцию (ст. 352 ц. у.). Посторонние лица подвергаются той же ответственности за ввоз и распространение более десяти контрафактных экземпляров посредством продажи или даровой раздачи (ст. 353 ц. у.). Что касается до произведений наук и словесности, то за ввоз

их в Россию и даровую раздачу не положено наказания уголовного; наказуемость начинается с продажи. Контрафактором признается по п. 6 ст. 297 ц. у., кто, перепечатав в чужих краях книгу, изданную в России, будет продавать напечатанные таким образом экземпляры в России, не имея на то письменного дозволения законного издателя.

В. *Противозаконное копирование* (ст. 333 и 334 ц. у.). Контрафакция воспроизводит предмет чисто механически, без посредства труда ученого или артистического. До самого изобретения дагерротипа и фотографии подобное воспроизведение чисто механическое возможно было только в области музыки и словесности, но не в области искусств пластических. Только рука художника способна списать масляными красками картину, вырубить из мрамора копию статуи, вырезать на меди или на дереве гравюру или политипаж, даже для снятия гипсового слепка с оригинала требуется некоторое артистическое умение при окончательной отделке слепка. Заметим притом, что подобное воспроизведение, берущее много времени и труда, менее опасно и менее убыточно для автора, так что ему можно противодействовать более слабыми уголовными мерами. Таким образом, контрафакция и противозаконное копирование шли рядом; первая господствовала в области словесности и музыки, вторая – в области пластики. Появление дагерротипии, а впоследствии фотографии произвели замешательство в этих понятиях и неминуемо должны разрушить межвые знаки, отделявшие копирование от контрафакции, потому что фотография воспроизводит чисто механически произведения пластики. В настоящее время законодательство не приурочило еще воспроизведение посредством фотографии ни к контрафакции, ни к копированию (в ст. 334, п. 1 ц. у. упоминаются только дагерротипы). В будущем, вероятно, придется изменить само понятие копирования и противопоставить контрафакции как воспроизведению чисто механическому воспроизведение артистическое, *подражательное*, не сопровождаемое присвоением себе оригинала. Это понятие противозаконного *подражания* тем более удобно и практично, что оно применимо и к областям словесности и музыки, потому что под это понятие подойдут и такие нарушения литературной, музыкальной и художественной собственности, которые контрафакцией названы быть не могут, как то: переложение музыкальной композиции на иные инструменты, аранжировка романа или поэмы для сцены, наконец, перевод сочинения на иностранный язык. Об аранжировке чужого романа или поэмы закон наш не упоминает вовсе, из чего надобно заключить, что если эта переделка не издана, но находится

только в рукописи и с рукописи представляется актерами, то она считается действием вполне законным; если же она напечатана, то она рассматривается как контрафакция. Закон наш запрещает в ст. 348 ц. у. (п. в) издавать переложение музыкального произведения с одного инструмента на другой или на целый оркестр или с оркестра на один какой-либо инструмент, наконец, издавать чужие музыкальные пьесы с изменением аккомпанемента; но так как за подобные действия не положено ни в цензурном уставе, ни в уложении о наказаниях никакого наказания, то они могут считаться только правонарушениями гражданскими, а не уголовными, рождающими только обязательство о вознаграждении автора за причиненные убытки.

Вопрос о противозаконности переводов сочинения на другие языки принадлежит к числу самых спорных. Переводы допускаются без всякого ограничения теперешним законодательством французским, разрешены положительно законодательством английским (6 и 7 Vict., с. 12 – закон 10 мая 1844 г.), они ограничиваются и стесняются законодательствами немецкими, да и то не всеми¹. Перевод требует много времени, много труда самостоятельного со стороны переводчика, может считаться скорее переработкой, нежели воспроизведением оригинала, появляется в свет обыкновенно тогда, когда оригинал разошелся и имел успех, следовательно, перевод не делает значительного подрыва сбыту оригинального произведения. Притом полная свобода переводов содействует в значительной степени быстрому международному обороту мыслей, науки, просвещения. Для некоторых литератур, в особенности для таких, которые производят мало оригинального и питаются заимствованиями, свобода переводов составляет самый жизненный вопрос, от которого зависит в значительной степени их существование и развитие. Во что же, например, обратилась бы теперешняя русская литература, если бы из нее исключить то огромное количество переводов, над которыми столь усердно работают сотни рук и целые общества литераторов? Законодательство наше ограждает от переводов на другие языки только книги, для которых были необходимы особенные ученые изыскания, если сам автор объявил при издании подлинника, что он удерживает за собой исключительное право перевода (ст. 302 ц. у.). Монополию перевода автор сохраняет только в течение двух лет со дня выхода в свет подлинника. По истечении этих двух лет книгу может переводить всякий, хотя бы автор и успел издать свой перевод в течение этого времени, потому что автор, переводчик или издатель разрешенного

¹ O. Wächter, Verlagsrecht. S. 567–572.

автором перевода имеют право собственности только на этот перевод с того же самого оригинала¹. Ответственность переводчика за противозаконное издание перевода ранее истечения срока авторской монополии ограничивается взысканием с него вознаграждения за убытки. Никакой уголовной ответственности не подвергается он по уложению.

Перейдем к противозаконному копированию на основании цензурного устава. Статья 333 устава дает следующее определение: противозаконным копированием признается всякое повторение для денежных выгод художественного произведения в целом его составе без формального согласия лица, имеющего на то произведение законное право художественной собственности. Это определение весьма неточно в том отношении, что копирование наказывается по 2276-й ст. улож. даже и тогда, когда оно совершено не с корыстной целью, не для *денежных выгод*. Закон определяет следующим образом виды противозаконного копирования (334 ст. ц. у.).

1. *В живописи и рисовании*: списывание масляными, восковыми и иными красками, карандашом, пером и тушью, гравирование на металлах и дереве, литографирование, дагерротипы, мозаики и т. под., наконец, составление картин и рисунков по чужим эскизам.

2. *В ваянии*: отливка из всякого рода веществ в заимствованные с чужого произведения формы, вырубка из мрамора и других камней по отливкам или по самим оригиналам, с пунктов или другими способами, гальваноластика; перенесение скульптурного произведения в целом его составе на медали и, наоборот, с медалей на барельефы и статуи.

3. *В гравировании*: повторение гравюры на меди, камне, дереве и т.п. *в ту же величину* (следовательно, повторение гравюры в увеличенном или уменьшенном размере допускается законом. Это дозволение основано, вероятно, на том, что воспроизведение гравюры по иному масштабу представляет столько затруднений технических, что оно будет нечастое и неопасное для оригинала

¹ В трактате России с Францией, 1861 г., art. 5, и с Бельгией, 1862 г., art. 5, постановлено: статьи, извлеченные из журналов или из периодических сборников, издаваемых в одном из обоих государств, могут быть воспроизводимы в журналах или в периодических сборниках другого государства, но с тем, чтобы указывался источник, из которого они заимствованы. Это дозволение, однако, не распространяется на воспроизведение в одном из обоих государств статей из журналов или из периодических сборников, издаваемых в другом государстве, когда авторы этих статей формально объявят в том же журнале или сборнике, в котором оные напечатаны, что воспроизведение их запрещается. Это запрещение ни в каком случае не может касаться статей, относящихся до политики.

в коммерческом отношении. Все подобные предположения обойдены ныне фотографией, которая воспроизводит изображение с совершенной точностью в каких угодно размерах и дает возможность гравировать в измененных размерах с такой же легкостью, как и в ту же величину).

4. *В архитектуре*: строение зданий по чужому плану и фасаду, копирование чужих проектов и издание их в гравюрах, литографиях и тому подобными способами.

Не считается преступлением и дозволяется свободно изображать произведение живописи посредством рисунка или, наоборот, воспроизводить посредством вааяния произведения живописи и рисования.

С. *Плагиат*¹ передается в 335-й ст. ц. у. фразой: *противозаконное заимствование* из чужого произведения. Перевод этот весьма неправилен, потому что во множестве случаев заимствования составляют только контрафакцию, если издатель, перепечатавая чужой труд, не выдает его за свой собственный, не скрывает имени автора. Сущность плагиата заключается в присвоении себе чужого литературного или художественного труда, в выдавании его за свой собственный, причем надобно различать в этом действии два элемента: один чисто нравственный – посягательство на чужую славу авторскую, и другой – юридический ущерб, наносимый чужим правам имущественным. Оба этих элемента могут стекаться, но могут и встречаться отдельно. Положим, некто X., не перепечатавая чужого труда, разглашает только в публике, что этот труд его собственный. X. даже не плагиатор, он просто лжец, не подлежащий никакой юридической ответственности, или даже клеветник, если слова его бросают тень недобросовестности на настоящего автора, а за клевету есть наказания в уложении (ст. 2096). Изменим наше предположение и представим себе, что X. издал под своим именем сочинение, в котором нет ни одной оригинальной идеи, а все содержание заимствовано от других, и что притом X., как человек опытный, умел, однако, изменить и связать таким образом выдернутые из чужих произведений куски, что обошел все постановления законов о контрафакции и о противозаконном копировании. Поступок его весьма неблагоприятен, но не подходит под уголовные законы. Суд и казнь над ним принадлежат критике литературной, которая должна сорвать с этой вороны павлиньи перья и отхлестать ее своими бичами. «Плагиат, –

¹ Слово *plagium* обозначало в римском праве порабощение и продажу в рабство свободных людей. В XVII столетии это слово употреблено весьма некстати для обозначения присвоения чужой литературной собственности. Joh. Mich. Reinellius, Diss. philos. de plagio litterario sub praes. Jac. Thomasi. 1669 и 1692. 4-o sex accessionibus locupletata.

говорит Эли (*Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal, édition Nypels № 3733*), – не старается о точной передаче, он прячется, наряжается; он не воспроизводит сочинения, но списывает с рабским подражанием отрывки, которые потом выдает за свои собственные. Он грабит не для того, чтобы вредить, но для того, чтобы кормиться медом, похищаемым у того или другого автора, которого плагиатор не способен сам производить. Плагиат причиняет вообще немного вреда собственности, не делает ей опасной конкуренции, не ставит сочинение против сочинения; он подсуден одной только литературной критике, которая обязана изобличать его и клеймить». Наконец, положим, что X., не стесняясь нисколько законами о контрафакции, издал под своим именем чужое произведение целиком или в отрывках, превышающих размер заимствований, который допускается законом. В таком случае X. должен бы быть наказан просто за контрафакцию независимо от плагиата. Приговор суда о наказании его за контрафакцию оградит в то же время и славу авторскую настоящего автора, удостоверяя несомненным образом, что плагиатор воспользовался его трудами. Итак, плагиат не должен бы входить в область уголовного права. Наше законодательство, уклоняясь в этом пункте от западноевропейских, считает его действием уголовно-преступным; впрочем, оно определяет с точностью, в чем, по его мнению, может состоять плагиат, только в области искусств пластических. По 335-й ст. ц. у. плагиатом признается [следующее].

1. *В живописи и рисовании*: выбор из произведения групп, фигур, голов, околичностей перспективы, пейзажа или морского вида и проч. и помещение их художником в своем произведении с соблюдением того же рисунка и освещения, какое имеют они в оригинальном произведении, а также срисовывание подобным образом и издание оных вместе с другими предметами, в состав образцовых рисунков входящими, издаваемых художником, не автором.

2. *В ваянии*: выбор групп, голов, фигур и орнаментов и помещение их в произведении другим художником-скульптором – не автором прежних – исполняемом.

Заемствования из чужого произведения не считаются плагиатом только тогда, когда уклонения от идеи или от формы оригинала столь значительны и многочисленны, что такое произведение можно почитать сочинением новым (350-я ст. ц. у.).

D. *Публичное исполнение чужих музыкальных и поставление на сцену чужих драматических произведений*. Большие произведения музыкальные, в особенности писанные для целого оркестра,

предназначены главным образом для публичного исполнения перед многочисленными собраниями народа; главное назначение драматических пьес состоит в представлении их на сцене. В том и другом случае исполнители и представители берут обыкновенно деньги со слушателей и зрителей, наслаждающихся музыкой или игрой. С конца XVIII века законодательства положительные признали необходимым допустить и авторов к участию в барышах, которые выручаются или могут быть выручаемы исполнителями, причем законодатели руководились желанием поощрить две отрасли художественного творчества, влияющие сильнейшим образом на развитие эстетического чувства в народных массах.

Закон запрещает всякое *публичное* исполнение музыкального произведения чужого, следовательно, разыгрывание его в церкви или театре, на концерте или на публичном гулянье артистами, дилетантами или переходящими музыкантами, играющими на улицах и площадях, причем не обращается внимания на то, было ли исполнение даровое или возмездное. Хотя бы оно было даровое, все-таки публика его слушала, познакомилась с ним, и композитор лишился той прибыли, какую мог бы получить или от публики непосредственно, или от других исполнителей, которые взяли бы исполнить его произведение с платой за вход и поделились бы с ним своими барышами.

Закон запрещает *представлять* чужие *драматические* произведения публично (ст. 2276 улож.). Отсюда можно вывести то заключение, что воспроизведение чужого произведения посредством живого слова только тогда преступно, когда вмещает в себе следующие условия: а) когда произведение принадлежит к числу драматических, б) когда оно представляется сценически, в) когда представление его публичное. Ода или лирическая поэма, баллада и т.д. могут быть свободно читаемы на сцене. Даже переделка для сцены поэмы лирической (напр., «Руслана и Людмилы» Пушкина) не может быть воспрещаема, за исключением случая, когда она составляет контрафакцию. Драматическое произведение должно быть представляемо в лицах, действии, костюмах, при известной сценической обстановке, причем все равно, происходит ли представление в театре, или в ином каком-либо помещении, или на открытом воздухе с платой за вход или бесплатно. Всякий может читать драматическое произведение пред публикой; ограничение подобных чтений стеснило бы весьма чувствительным и вредным для общества образом свободу литературного оборота. Запрещение декламировать чужие стихи было бы столь же тягостно, как, например, запрещение книгопродавцам устраивать у себя

читальни для публики со взиманием с читающих платы. Наконец, представление должно происходить не в частном обществе, не в присутствии одних только знакомых, но перед публикой, потому что только представление перед публикой может делать заметный подрыв автору, рассчитывающему на вознаграждение за постановку на сцене своих произведений.

Определив главные виды преступлений против прав авторских, запрещаемых законом, постараемся теперь изучить санкцию этих запретов, т.е. систему мер, употребляемых против нарушителей прав авторских. Меры эти состоят: 1) в пресечении начатых и предупреждении возможных нарушений на будущее время; 2) в вознаграждении частного пострадавшего за понесенные им убытки; 3) наконец, в уголовном наказании преступников.

I. *Меры предупредительные.* Самовольный издатель или копист имеет в своем распоряжении снаряды, посредством которых он печатал: доски, камни, готовый набор, наконец, отпечатанные уже контрафактные экземпляры. Интерес автора требует, чтобы преступник лишен был средств продолжать и повторять преступление, следовательно, чтобы снаряды, служившие для контрафакции, были по крайней мере подвергнуты секвестру, а контрафактные экземпляры уничтожены. Так как все меры относительно орудий контрафакции предпринимают только в видах ограждения прав авторских на будущее время, то, по-видимому, можно было бы ограничиться: а) заарестованием снарядов, продолжающимся до тех пор, пока произведение не сделалось достоянием общественным по истечении срока монополии авторской, или б) передачей их автору в счет следующего ему вознаграждения, или, наконец, если сам контрафактор того требует, с) уничтожением рисунка или письма на камне, дереве и разобраньем набора, после чего сам материал, из которого сделан был снаряд, может быть возвращен контрафактору. Законоположения наши по этому вопросу крайне разнообразны и основаны на противоположных началах, что объясняется неодновременным изданием постановлений о собственности литературной, артистической и музыкальной. В области словесности закон умалчивает об орудиях контрафакции, хотя уничтожение некоторых из них, например стереотипных форм, необходимо для охранения интересов автора. В области музыки статья 351 ц. у. постановляет, что по требованию владельца авторского права доски и камни, служившие для гравирования или литографирования композиций, или уничтожаются в присутствии его самого или его поверенного, или передаются ему в счет причитающегося ему от контрафактора

частного вознаграждения за убытки. Наконец, в области пластики забор орудий преступления превращается из меры предупредительной в уголовную; по 339-й ст. ц. у. снаряды обращаются, по требованию владельца авторского права, в его пользу независимо от вознаграждения за убытки¹.

Копии и оттиски, незаконным образом составленные, должны быть изъяты из обращения, дабы они не делали подрыва сбыту законным образом изданных экземпляров того же произведения. Эта цель достигается или уничтожением контрафактных экземпляров, или передачей их владельцу прав авторских в его распоряжение. Последняя из этих мер может иметь двоякое значение: она может быть рассматриваема или как часть вознаграждения за убытки, вычитаемая из общей суммы убытков, или как наказание. Цензурный устав требует, чтобы все контрафактные экземпляры и противозаконные копии передавались владельцу прав авторских по его требованию в смысле наказания преступника (ст. 304 и 339 ц. у.). Это наказание не есть, однако, чисто уголовное, но принадлежит к разряду тех немногих уцелевших в законодательстве наказаний уголовно-частных (*Privatstrafen*), которые взыскиваются с имущества преступника не в казну, а в пользу частного обиженного. Так как забор контрафактных экземпляров в пользу автора есть наказание, а наказание может постигать только лица, которых воля была причастна преступному делу, то отсюда следует заключить, что контрафактные экземпляры могут быть отобраны только от контрафактора и от лиц, получивших от него контрафактные экземпляры [и знавших] заведомо о противозаконности их происхождения. Если в известном издании одна только часть его контрафактная, напр. один том, один выпуск, то одна только часть эта и подлежит забору. Если бы контрафактными оказались только некоторые листы в томе или выпуске, то эти только листы подлежали бы вырезке и отдаче их владельцу прав авторских.

II. *Частное вознаграждение.* Ущерб, причиняемый контрафакцией автору, есть ущерб отрицательный, состоящий в неполучении автором всей той прибыли, какую он мог бы выручить, если бы продавал экземпляры своего произведения один, без конкурента. При невозможности определить точным образом эти убытки необходимо основывать расчет на предположениях и допустить, что сбыт произведений уменьшился для автора целым количеством экземпляров, которое пущено в обращение контрафактором, т.е. что все те покупщики, которые купили экземпляры

¹ Как поступить с орудиями контрафакции, уступленными контрафактором третьему лицу?

у контрафактора, купили бы их у самого автора¹. Итак, следовало бы взять число экземпляров, отпечатанных контрафактором, вычтя из него число нераспроданных экземпляров, обращаемых в пользу автора; разность и составит основание для определения авторских убытков. Число экземпляров, отпечатанных контрафактором, не всегда известно. На этот случай некоторые законодательства (в особенности немецкие²) ставят для руководства судьям другое предположение, что число контрафактных экземпляров подходит под обыкновенную количественную норму большей части изданий, т.е. что оно равняется, например, тысяче. Число разошедшихся в публике контрафактных экземпляров надлежит помножить на цифру, обозначающую убыток автора на каждом контрафактном экземпляре, порознь взятом. Эта цифра определится, если мы из продажной цены произведения, по которой оно продавалось самим автором, вычтем издержки печатания, понесенные автором, и даже ту уступку, которую автор делал другим книгопродавцам, закупающим у него гуртом экземпляры для дальнейшей розничной распродажи публике. Таков, по моему мнению, наиболее рациональный способ оценки вознаграждения. Законодательство русское дает этому вопросу иное решение, которое во многих отношениях неудовлетворительно и не выдерживает строгой критики.

По положению о правах сочинителей 22 апреля 1828 г. частное вознаграждение за убытки облекалось в форму уголовную; с цены экземпляра, назначенной контрафактором, вычитались издержки печатания, после чего разность множилась на предполагаемое число экземпляров издания – 1200. Преступник подвергается был взысканию этой суммы, вдвое взятой; $\frac{2}{3}$ взыскания шли в пользу владельца прав авторских, $\frac{1}{3}$ – в местный приказ общественного призрения (§ 16). Положение о правах сочинителей, переводчиков и издателей 8 января 1830 г., изменив характер взыскания и обращая его целиком в пользу владельца прав авторских, постановило следующее:

«Взыскание за контрафакцию состоит: 1) в возвращении от виновного законному издателю всего того убытка, который исчислится по соображению действительной платы за все изготовление экземпляров самовольного издания с продажной ценой от законного издателя, прежде (т.е. при собственном издании

¹ Это предположение произвольное и шаткое. Сбыт зависит и от места издания (неодинаково расходятся произведения петербургские, одесские и харьковские), и от многочисленности объявлений в газетах, и от цены экземпляров. С понижением цен на товары сбыт усиливается и книгу покупают лица, которым средства их не позволяли платить цену более высокую.

² Wächter, Verlagsrecht. S. 677.

того же произведения) объявленной; 2) в отобрании наличных самовольного издания экземпляров, которые и обращаются в пользу законного издателя» (ст. 304 ц. у.).

Нельзя сказать, чтобы эта статья закона отличалась ясностью и вразумительностью. Если нам удалось постигнуть смысл ее, то содержание ее состоит в следующем: число экземпляров самовольного издания определяется в каждом отдельном случае особо, без всяких предположений и фикций. Это число должно быть помножено на разность, происходящую от вычитания из продажной цены, объявленной законным издателем, того, во что каждый экземпляр обошелся контрафактору. Понятно, почему для расчета берется цена продажная, объявленная законным издателем: законный издатель продавал бы дороже и выручил бы большую сумму, нежели та, которую выручил контрафактор. Настоящий барыш контрафактора не имеет никакой связи с вероятными убытками законного издателя и не должен влиять на определение этих убытков. Но непонятно, почему из цены продажной издательской вычитаются издержки печатания не его, издателя, а контрафактора. Если контрафактор печатал нерасчетливо и дорого, то почему эта нерасчетливость должна служить к уменьшению вознаграждения за контрафакцию? Эту несообразность можно еще рельефнее выставить в примере, доводя ее до очевидной нелепости. Положим, что издатель продает сочинение по 3 рубля, из которых один идет на издержки печатания, один – на гонорар, и один составляет чистую прибыль издателя. Явился контрафактор, который продает свое издание по той же цене (3 рубля), но его издание роскошнее; издержки печатания обошлись ему в 2 рубля. По смыслу 304-й ст. ц. у. законный издатель получит за каждый контрафактный экземпляр 3 руб. без 2 р., т.е. один рубль, иными словами, только то, что он заплатил автору за гонорар; убыток же его, состоящий в неполучении издательского барыша, останется непокрытым.

Бывают случаи, к которым неприменимы никакие законодательные нормы, определяющие вознаграждение, и в которых необходимо прибегать для оценки убытков к пособию экспертов, например, когда контрафакция пустила в ход сочинение, еще не изданное автором, или когда контрафактор перепечатал только известную часть чужого сочинения или одну какую-нибудь статью известного журнала, которая отдельно не продается, наконец, когда преступник виноват не в контрафакции, а только в противозаконном копировании чужих произведений.

Закон наш оставляет судью в совершенной неизвестности, как определять убытки драматического автора за самовольную

постановку на сцене его произведений (ст. 2276 уложения). Вознаграждение за самовольное исполнение чужих музыкальных произведений походит более на уголовное, нежели на гражданское взыскание и состоит в следующем: с виновного взимается в пользу композитора сумма, равная двойному сбору, полученному за представление, из коего не вычитаются употребленные на представление издержки (ст. 351 ц. у.).

III. *Уголовные наказания.* Эта часть самая слабая в законодательстве русском о правах авторских; ее можно упрекнуть и в непоследовательности, и в излишней строгости. В контрафакции элемент гражданский преобладает над уголовным, общество заинтересовано в ограждении прав авторских только посредственно: нарушение прав авторских не грозит никакой особенной опасностью для общества, обуздывать его можно слабейшими мерами уголовными, наказаниями не личными, а имущественными, которые тем более здесь уместны, что контрафакция совершается всего чаще с корыстной целью, следовательно, пеня способнее других средств противодействовать главному мотиву преступления. Франция полагает за контрафакцию штраф от 100 до 2000 франков (Code pénal, art. 427); Англия взыскивает с виновного 10 фунтов стерлингов и двойную цену контрафактных экземпляров (5 и 6 Vict., c. 45, sect. 17). Немецкие кодексы доводят штрафы до 1000 талеров или гульденов (*Wüchter*, S. 697). В случае повторения контрафактор может быть лишен права заниматься типографским или литографским промыслом.

Наше законодательство идет противоположным путем и, наказывая вообще за преступление против прав авторских наказаниями личными, довольствуется пенями денежными только в отношении к заимствованиям частей чужого произведения в размере свыше дозволенного законом, которые контрафактор вставил в свое собственное произведение. По 2277-й ст. улож. лица, которые, не перепечатывая вполне книги, статьи, музыкальной композиции или эстампа, поместят в своих книгах, журналах, гравюрах какие-либо превышающие законную норму заимствования, подвергаются за сие взысканию в казну (в тюремный капитал по 46 ст. улож.) двойной цены всех напечатанных ими экземпляров книги, нот или эстампов, вмещающих в себе части, заимствованные из чужих произведений.

За всякую другого рода контрафакцию, состоящую в выпуске в свет цельного сочинения, или в помещении цельного сочинения в каком-либо собрании, или в издании части сочинения особой статьей, также за всякое противозаконное копирование

пластических произведений, за всякое представление драматических или разыгрывание музыкальных произведений в публичном собрании, полагается заключение в смиренном доме на время от 1 1/2 до 8 месяцев (в ст. 2276 уложения все вышеупомянутые случаи подведены под один знаменатель: кто, не выдавая себя за автора, будет, без надлежащего на то уполномочия, располагать как бы принадлежащим ему сочинением или иным произведением...).

Наконец относясь с неудобопонятной строгостью к плагиату, статья 2275 улож. подвергает того, кто присвоил себе чужое произведение, издав его под своим именем, лишению всех особенных прав и преимуществ и ссылке в отдаленные губернии, кроме сибирских, с заключением на время от 6 месяцев до 1 года или отдаче в рабочий дом на время от 6 месяцев до 1 года и 4 месяцев.

Статья 3

Судопроизводство по делам о нарушении прав авторских

Вопрос о порядке ведения дел о преступлениях против прав авторских весьма запутан; он решается неодинаково по разным положениям о собственности авторской литературной, художественной, музыкальной. Постановления цензурного устава идут вразрез с постановлениями уложения о наказаниях, так что, основываясь на разных источниках законодательства, истец может по своему выбору повести дело порядком исполнительным, установленным для бесспорных взысканий чрез полицию, или порядком судебным, и притом судом гражданским или судом уголовным. Статьи 337 и 338 ц. у. предоставляют истцу обратиться с жалобой на нарушение права художественной собственности в полицию (в столицах в управу благочиния) и просить о наложении немедленно ареста на контрафактные экземпляры и на орудия преступления, как то: на медные доски, литографические камни, формы, краски. Закон не упоминает о собственности литературной и музыкальной, но это, вероятно, недомолвка. Заарестование контрафактных экземпляров и орудий преступления есть по существу своему мера предупредительная, входящая в круг ведомства полиции и могущая предшествовать всякому судебному разбирательству. Полиция не компетентна ни для определения вознаграждения за убытки, ни для определения наказания. То и другое делается посредством судебного разбирательства.

При разбирательстве дела судом прежде всего надобно отделить плагиат от других преступлений против прав авторских. По особенному взгляду нашего законодательства, плагиат, считаемый тяжким преступлением уголовным, преследуется независимо от частной жалобы правительственными органами правосудия. Дела о контрафакции (а следовательно, и о других преступлениях, приуроченных к контрафакции в 2276-й ст. улож., как то: о противозаконном копировании, разыгрывании и представлении) начинаются не иначе как вследствие жалобы обиженного (ст. 1048, ч. 2, т. X св. зак. гражд.). От обиженного зависит домогаться вознаграждения за убытки или требовать наказания преступника. В первом случае дело производится гражданским порядком, причем различаются тяжбы по поводу несоблюдения условий, состоявшихся насчет издания книги между сочинителями, переводчиками, издателями, типографщиками и книгопродавцами, от дел, имеющих предметом само право собственности авторской на произведение. Тяжбы по несоблюдению условий производятся на общем основании (ст. 1047, 2 ч., XV т. св. зак. гражд.). Дела о праве собственности авторской решаются третейским судом. В случае несогласия сторон на приговор третейский дела эти переносятся в обыкновенные суды, начиная с гражданской палаты той губернии, где имеет жительство ответчик. Гражданская палата в случаях сомнительных требует заключения университетов. Дело, поступившее в обыкновенные суды, может быть из этих судов, по взаимному соглашению сторон, передано в суд третейский, причем, однако, стороны теряют право обжалования приговора третейского и приговор этот получает значение окончательного (ст. 1050, 2 ч., X т. св. зак. гражд.). Суд гражданский властен присудить автору вознаграждение с контрафактора, но наказание контрафактора выходит за пределы его компетенции. Здесь возникает вопрос: обязан ли суд гражданский по окончательном решении дела в гражданском порядке передать сам собой дело в суд уголовный для наказания виновного, или перенос дела в суд уголовный совершается только по требованию обиженной стороны? Мне кажется, что этот вопрос может быть следующим образом решен на основании уложения о наказаниях: уложение ставит в зависимость от требования обиженного только наказание за заимствование части чужого произведения для помещения его в каком-нибудь обширном сочинении или собрании (ст. 2276 улож). Подобные дела могут быть, по-видимому, переносимы из суда гражданского в уголовный не иначе как по требованию обиженного. Уложение не допускает влияния воли обиженного на ход дел о других

видах контрафакции и однородных с ней преступлений, из чего следует заключить, что раз начатые производством подобные дела не прекращаются примирением сторон и преследуются в видах уголовного правосудия независимо от отказа истца от своего иска. Итак, по вступлении гражданского приговора в окончательную силу закона суд гражданский сообразно 209-й ст., 2 ч., X т. св. зак. гражд. обязан препроводить дело в надлежащий суд уголовный для поступления с нарушителем прав авторских по законам.

Обратимся ко второму случаю и предположим, что истец начал дело уголовным порядком. Так как суд уголовный компетентен и для присуждения обиженному вознаграждения за вред и убытки, причиненные преступлением, то он может определить это вознаграждение количественно или может предоставить обиженному начать иск о вознаграждении гражданским порядком от дела уголовного особо.

Всякие иски о преступлениях против прав авторских погашаются давностью двухлетней для истцов, пребывающих в России, и четырехлетней для истцов, пребывающих за границей, считая срок давности со дня выхода в свет контрафактной книги или иного произведения наук и искусств (ст. 1049, ч. 2, т. X св. зак. гражд.).

О фотографической собственности

(письмо к редактору журнала «Фотограф» А. Фрибесу)

Вам угодно узнать мое мнение о том, может ли светопись претендовать на такую защиту закона от контрафакции, какой пользуются в настоящее время живопись, ваяние, музыка, словесность, иными словами, могут ли произведения фотографического искусства быть подводимы под понятие художественной собственности или нет, на каком основании и при каких условиях. Спешу принести посильную дань моих замечаний и соображений по этому вопросу, столь важному для будущих успехов и развития светописи.

Права художественной собственности изложены в XIV томе свода законов, в седьмой главе цензурного устава. В статье 324 этого устава, устанавливающей 50-летний срок пользования этими правами со дня смерти автора для его наследников и для посторонних приобретателей, в числе прочих произведений

упоминаются *произведения фотографии* («произведения живописи, гравирования, литографии, фотографии, скульптуры, архитектуры, искусства медальерного и других...»). Итак, статьей 324 цензурного устава права авторские признаны в области фотографии; но, с другой стороны, следует заметить, что, за исключением этой вставки, весь цензурный устав как будто бы игнорирует светопись и не предоставляет фотографам никаких практически возможных способов осуществлять свои права авторские, защищать их от самовольного воспроизведения их продуктов другими лицами. Формальные условия, которые обязан выполнить всякий художник, а следовательно, и фотограф для ограждения на будущее время своего произведения от контрафакции, столь тяжелы и неудобноисполнимы, что до сих пор, сколько мне известно, не было примера исполнения всех этих обрядов кем-либо из фотографов, да едва ли и можно ожидать когда-нибудь подобного исполнения. Вот те формальности, которых требует от художника-автора 322-я статья цензурного устава. Автор обязан: 1) предъявить и записать произведение свое у маклера или в уездном суде с подробным описанием сюжета; 2) взять из маклерской книги или из уездного суда выписку за скрепой в доказательство того, что право художественной собственности на предъявленное произведение принадлежит ему; 3) известить о том Императорскую академию художеств с приложением засвидетельствованной копии с выписки и двух экземпляров произведения, если оно состоит из оттисков. По получении извещения Академия делает насчет просителя публикацию в ведомостях, после чего право художественной собственности на огражденное сими формами произведение утверждается за художником положительно. Трата труда, времени, издержек на то, чтобы добиться признания права собственности на произведение, столь велика, что процесс получения этого признания походит на неодолимые препятствия и что у художника пройдет охота к упрочению своих прав, окупаемых столь дорогой ценой. Он предпочтет смотреть равнодушно на всевозможные проделки, чинимые в ущерб ему его товарищами по ремеслу. Очевидно, что при составлении цензурного устава имелись в виду только живопись, ваение, гравирование, а не светопись, для которой слишком стеснительны формы, с которыми могут еще кое-как ужиться другие искусства пластические. Неполнота цензурного устава, неудовлетворительность его в отношении к фотографии объясняются очень просто – временем его составления. Глава его седьмая, посвященная определению прав авторских на произведения наук, словесности, художеств и искусств, есть не что иное, как свод следующих узаконений:

положения о правах сочинителей, переводчиков и издателей 8 января 1830 г., положения о музыкальной собственности 9 января 1845 г. и положения о художественной собственности 21 января 1846 г. К этим трем основным законоположениям, предшествовавшим изобретению светописи, сделано было небольшое прибавление в недавнее время. Высочайше утвержденным мнением государственного совета 15 апреля 1857 г. срок пользования правами авторскими продолжен с 25 до 50 лет. В этой позднейшей вставке употреблено мимоходом, и то один только раз, выражение «произведения фотографии», которое вошло отсюда впоследствии в упомянутую выше статью 324 цензурного устава по третьему изданию свода законов (1857 г.). Это выражение составляет до сих пор единственное основание для отстаивания фотографами прав своих на произведения светописи в порядке суда. Права эти неосуществимы на деле при нынешнем уставе цензурном, обуславливающим пользование ими множеством тяжелых обрядов, но они могут сделаться осуществимы в будущем, когда ненужные формальности будут отменены или по крайней мере упрощены и доведены до размеров более рациональных, которых требует само существо дела.

Сложность форм для утверждения за художником прав на произведение не есть единственный недостаток устаревшей седьмой главы цензурного устава. Постараюсь доказать, что этот устав, не воздавая должного светописи, в то же самое время не защищает надлежащим образом произведения литературные, музыкальные и даже пластические от разных проделок со стороны светописного искусства – проделок, которые остаются безнаказанными по прямому смыслу закона. Преступления против прав авторских подразделяются по цензурному уставу на следующие три главных вида: 1) *плагиат*, или присвоение чужого литературного или художественного труда в целом его объеме или в частях посредством издания его в свет под именем плагиатора (ст. 335); 2) *контрафакция*, или механическое воспроизведение чужого труда литературного или артистического посредством печати или иных тому подобных способов размножения произведений в неопределенном количестве экземпляров без присвоения себе, однако, этого произведения (ст. 297, 348, 351); 3) наконец, *противозаконное копирование*, или повторение чужого художественного произведения пластического в целом его объеме без присвоения себе, однако, этого труда, т.е. без выдавания копии за собственный оригинальный труд самого копииста (ст. 332–334). Если устранить *плагиат*, который приложим ко всевозможным видам и отраслям творчества в области наук

и искусств, то останутся контрафакция и противозаконное копирование, которые разграничивались до сих пор весьма просто, удобно и последовательно по следующим двум признакам: а) по роду творчества, к которому они относились; б) по свойству употребляемых ими для воспроизведения приемов. Контрафакция господствовала в области литературы и музыки; приемы ее были чисто механические, не требующие со стороны контрафактора особенного знания или сноровки артистической. Копирование господствовало в области пластики, причем предполагалось, что воспроизведение в копировании не есть чисто механическое и что хотя оно подражательное, но все-таки не может обойтись без некоторого умения, без некоторого содействия и напряжения творческих способностей со стороны копииста. Явилась светопись с ее приемами чисто механическими и с ее почти беспредельной применяемостью ко всевозможным видам творчества умственного и эстетического. Ее появление изменило параллелизм между контрафакцией и копированием и стерло границы между этими двумя понятиями. В 1846 г., когда писалось положение о собственности художественной, уже была известна дагерротипия; воспроизведение чего-нибудь дагерротипом отнесено к копированию (ст. 334 ц. у., п. 1 б). На этом основании по сходству с дагерротипией следовало бы все светописные изображения приурочить тоже к копированию, если бы светопись не выходила никогда за пределы художеств пластических. Известно, однако, что она может выходить за эти пределы, что с помощью ее можно воспроизвести страницу рукописи или лист печатной книги с такой точностью, что нельзя будет отличить *facsimile* от оригинала. В этом случае светопись становится просто контрафакцией и может делать весьма серьезный подрыв книжной торговле и ущерб интересам писателей, в особенности если при усовершенствовании фотографического искусства оно дойдет до того, что негатив обходиться будет дешевле, нежели новый набор и печатание позитивных изображений, дешевле печатания типографским прессом. Между тем закон не мог предвидеть этого случая. В статье 351 ценз. уст. запрещается только перепечатывание, гравирование или литографирование, но не фотографирование чужих музыкальных произведений. В области литературы переписывание, фотографирование и даже литографирование чужого произведения не считаются нарушением литературной собственности.

По смыслу 296-й и 297-й статей ценз. устава контрафакция совершается только посредством *перепечатывания* сочинения; следовательно, фотографировать его можно сколько угодно,

не подвергаясь за то никакой ответственности. Фотография должна изменить значение закона и относительно *гравирования*. Зная, с какими трудностями сопряжена перемена размеров пластического произведения при его копировании, статья 334 (пункт 3) воспрещает повторение гравюры на меди, камне, дереве и т.п. в ту же величину, допуская повторение в размере увеличенном или уменьшенном. Вследствие изобретения светописи права авторские на исключительное воспроизведение гравюр лишились почти всякой защиты со стороны закона, потому что нет ничего легче, как снять с гравюры фотографию в увеличенном или уменьшенном размере, потом с фотографического рисунка воспроизвести гравюру в ту же самую, как фотографический рисунок, величину.

Наконец, к коренным недостаткам законодательства о собственности художественной, делающим постановления этого законодательства неудобоприменимыми, следует отнести строгость наказаний, положенных за нарушение художественной собственности. Эти наказания превышают вообще меру вины нарушителя. По 339-й статье ценз. уст. для удовлетворения того, чья собственность была нарушена, в его пользу, *во-первых*, отбираются от преступника все не выпущенные еще в обращение противозаконные копии с произведения и все *снаряды*, употребленные преступником для составления этих копий. Слово «снаряд» весьма упругое: можно его толковать как угодно. Иной суд ограничится передачей собственнику, чьи права были нарушены, одного только контрафактного негатива; но могут быть и такие суды, которые, толкуя иначе выражения закона, присудят собственнику весь фотографический прибор, все инструменты и все найденные у фотографа вещества для составления коллодиона, сенсбилизации бумаги и т.д. *Во-вторых*, на основании той же 339-й ст. ценз. устава виновник обязан вознаградить лицо, чью художественную собственность он нарушил, за все его убытки, происшедшие от выпуска в свет контрафактных экземпляров произведения; причем предполагается, что лица, которые купили произведение у контрафактора, купили эти же произведения у самого автора или у того, кому он передал права свои. Оценка этих убытков предоставлена по закону целиком благоусмотрению суда. Наконец, *в-третьих*, виновник в противозаконном копировании чужих пластических произведений подлежит по 2276-й статье уложения о наказаниях угол. и исправ. заключению в смиренном доме, которое на основании указов 17 апреля 1863 г., сокративших вообще сроки разных видов заключения, простирается на время от 1 1/2 до 8 месяцев. Не правда ли, господин редактор, что эти меры строгости не помогают фотограммам? Общество само непосредственно

не заинтересовано в этом вопросе; порядок общественный едва ли может считаться потрясенным вследствие того, что в коммерческий оборот пущена была незаконным образом чья-либо фотографическая карточка; страдает только карман фотографа, которого трудом пользуются другие лица, делая чрез то ему подрыв. Фотограф довольствовался бы одним частным вознаграждением за убыток, но сажать подельщика в тюрьму нет причины и основания. Если одно частное вознаграждение недостаточно, то можно бы присоединить к нему легкий денежный штраф, а за совершение того же преступления в третий или четвертый раз положить закрытие заведения и лишение преступника права заниматься светописью. Все, что выходит за пределы исчисленных мной мер, есть совершенно лишнее. Оно располагает судьей к списхождению в отношении к обвиняемому в контрафакции и к освобождению его от наказания, хотя бы он и был виноват; оно предубеждает и публику против фотографов, заставляет ее стоять скорее на стороне контрафактора и не желать установления фотографической собственности на более прочном основании.

Мне кажется, что приведенных мной фактов и замечаний достаточно для того, чтобы доказать, что вся седьмая глава цензурного устава не соответствует теперешнему состоянию науки и искусства, что в особенности постановления ее о художественной собственности требуют преобразования в тщательном и всестороннем просмотре этой части цензурного устава. Необходимость подобного просмотра, весьма ощутительная в настоящее время, будет становиться сильнее и сильнее с каждым новым применением этого искусства к какому-нибудь роду явлений, к какой-нибудь отрасли знаний или к какому-нибудь промышленному производству. Ряд таких применений бесконечен, будущность фотографии громадна, успехи ее изумляют быстротой, материальные интересы, которые представляет собой это искусство за границей и даже у нас в России, столь значительны и почтенны, что пришло, кажется, время поставить в литературе вопрос о фотографической собственности, обсудить его со всех сторон, выслушав доводы «за» и «против», и прийти к положительным заключениям о том, какого рода гарантий юридических требует для своего преуспевания и развития фотографическое искусство. Полемика литературная может подготовить элементы для законодательства по этой части. Постараюсь определить, в какую рамку должны быть, по моему мнению, вставлены соображения фотографов в настоящее время.

1) Прежде всего, советую господам фотографам не слишком настаивать на выражении *фотографическая собственность*, смотреть на него как на иносказание, употребляемое в переносном смысле. Хотя это выражение встречается в законе, но оно не выдерживает строгой критики научной. Оно весьма неточно и может подать повод к ошибочным выводам и заключениям. Право собственности есть узаконенное, исключительное господство лица над вещью; оно может иметь предметом только вещь, существующую в пространстве, подлежащую чувствам, материальную. По существу своему оно есть право, простирающееся на всю будущность, не ограничиваемое никаким временем, бессрочное. Всех сих существенных условий недостает тому *праву*, которое неосновательно именуется правом *художественной собственности*. Когда художник продает публике отдельные экземпляры своего произведения, то полное право собственности на каждый из этих экземпляров переходит к покупателям. Художник может только требовать, чтобы никто из лиц, к кому перейдут проданные экземпляры, не воспроизводил то же самое изображение и не делал ему подрыва этим повторением в коммерческом отношении. Выделять изображение из вещества, из которого оно сделано, можно только мысленно, а на самом деле изображение, рассматриваемое отдельно от вещества, есть только отвлеченное понятие, которое лишь посредством фикций и натяжек может быть выдаваемо за предмет собственности. При этом ни одно положительное законодательство не решилось приписать этой собственности, идеальной, воображаемой, то свойство коренное, везде принадлежащее настоящей собственности, которое заключается в ее бессрочности. Бессрочность авторских прав на изобретение или произведение ученое или артистическое противно и условиям общежития, и природе человека; она затормозила бы общество в его развитии и обрекла бы его на неминуемый застой, мешая самым чувствительным образом распространению идей в народных массах. Право собственности есть предмет почтенный, достойный уважения и требования авторов, чтобы им можно было исключительно пользоваться в течение известного времени плодами своего труда; но смешивать эти два понятия, подводя права авторские под категорию собственности, не только не следует, но даже опасно, потому что когда разберут, что это два понятия неподходящие, то могут оспорить самое существование прав авторских и настаивать на их отмене. Фикция литературной и художественной собственности тем менее нужна, что правам авторским можно дать иное, весьма прочное и уважительное основание. Права авторские основаны

на той промышленности, которая существует между трудом простым, механическим и настоящим творчеством техническим, научным или эстетическим. Творчество обуславливается знанием и талантом со стороны создателя. Всякое новое изобретение или создание требует продолжительной подготовки, множества усилий, иногда значительных предварительных затрат и пожертвований. Но повторение того же создания по имеющемуся уже образцу совершается чисто механически, удобно и легко, без всякого в том участия таланта, изобретательности. Если бы всякий, кому автором продан экземпляр его произведения, мог тотчас же повторять и размножать это произведение, то, очевидно, автор оставался бы в накладе, потому что его конкуренты, пользуясь даром его изобретательностью и пуская то же произведение по более дешевой цене в продажу, лишили бы его возможности вознаградить себя за предварительные затраты и выручить ту долю вознаграждения, которая ему приходится за участие его таланта в производстве. Для обеспечения авторам приличного вознаграждения за творчество и для предотвращения того, чтобы труд простой, механический не пользовался плодами чужого творчества в ущерб создателю, закон предоставляет изобретателям и авторам срочную монополию на исключительное воспроизведение их созданий или изобретений в течение определенного времени, после чего их создания или изобретения становятся достоянием общественным. Эта временная монополия, составляющая законное преимущество труда творческого перед трудом механическим, не только справедлива, но и политична, потому что она поощряет людей даровитых к деланию открытий, к творчеству и созданию. Если кому не нравятся слова *монополия*, *привилегия*, то ему можно заметить, что дело не в словах, а в сущности, что не всякая монополия и привилегия нехороши и ненавистны, что есть монополии весьма полезные, к числу которых принадлежат, например, все новые изобретения в земледелии и фабричной промышленности. Никто не стал бы трудиться над изобретением, если бы он знал, что стая спекулянтов ждет этого изобретения с нетерпением, тотчас налетит на него и станет его эксплуатировать, сам же изобретатель как был, так и останется голышом и горемыкой.

2) Так как права авторские основываются только на творчестве и есть юридическая гарантия, предоставляемая законом автору за его изобретательность, то отсюда следует, что права авторские могут быть распространяемы только на такие вещи, которые не суть простые повторения существующих в природе предметов, но запечатлены личным творчеством автора, т.е. могут быть

рассматриваемы как новые создания, как плод его индивидуального ума и воображения. По моему мнению, г. редактор, в этом пункте и заключается в настоящее время весь узел вопроса о так называемой фотографической собственности. Вам известно, что эта собственность имеет многих противников в Западной Европе, которые утверждают, что фотография есть простое ремесло, а не искусство, что она ограничивается одним только повторением того, что существует в природе, что настоящий артист-светописец есть солнечный луч, который не требует никаких привилегий и не нуждается ни в каком поощрении за свое участие в производстве. Признаюсь, что на первый взгляд эти возражения могут озадачить и заставить усомниться в том, нужно ли особенное художественное творчество для составления простой, например, карточки светописной. Не следует ли по крайней мере разделить произведения фотографии на два рода и один отнести к числу трудов художественных, а другой – к числу трудов механических? Однако эти сомнения исчезают при более зрелом обсуждении вопроса. Никто, конечно, не станет оспаривать того, что есть между произведениями светописи некоторые, которые по справедливости должны считаться артистическими созданиями и подлежат на этом основании авторскому праву. Всякое светописное изображение, ретушированное артистом, должно быть защищено от контрафакции на таком же основании, на каком защищаются акварель, гуашь или картина, писанная масляными красками. Светописное изображение послужило только материалом для дальнейшей обработки, при которой кисть или карандаш артиста наложили на изображение несомненную печать индивидуальности, составляющую основание авторского права. Перейдем к светописи без ретушей. Положим, что путешественник изъездил известную страну с фотографическим прибором, снимал замечательнейшие виды и составил богатую коллекцию пейзажей, дающих самое наглядное понятие об этой стране. Справедливость требует, чтобы за свою счастливую мысль, за неудобства путешествия, трату времени и издержки на осуществление этой мысли собиратель видов пользовался правами авторскими в отношении к своей коллекции. Положим, что другой фотограф поставил живую картину и снял ее потом на бумагу посредством светописи. Картина им задумана, он выбрал лица, нарядил их в приличные костюмы, дал им художественную группировку. Исключительное право на повторение этого произведения принадлежит, конечно, ему на таком же основании, на каком живописцу – исключительное право снимать копии с его картона или фрески. И живописец делал почти то же самое: картину

он писал с живых натурщиков и натурщиц, которым дал вид героев или рыцарей, мудрецов или вакханок. Даже снятие хорошего светописного портрета в больших или малых размерах требует, кроме технической сноровки, еще и художественного умения и тонкого вкуса. По светописной карточке можно тотчас узнать, из какой мастерской она родом. Индивидуальность художника-фотографа, его манера проявляются в выборе позы, в сообщении лицу, с которого снимается портрет, приличной обстановки, в освещении этого лица, в расположении складок его платья, в тысяче мелочных подробностей, которые ускользают от менее опытного взгляда. Конечно, художников-фотографов немного, большинство состоит из рутинистов, механически исполняющих свое дело; но талант творческий появляется вообще весьма редко и в литературе, и в музыке, и в живописи, и в ваянии; оригинальных идей мало, огромное большинство производимого состоит из подражаний, повторений и видоизменений немногих, прежде уже подмеченных типов. Несмотря на то, никакому законодательству не приходило на мысль стать судьей в деле творчества, входить в разбор, насколько известное произведение самобытно, и признавать права авторские или отказывать в них творцу произведения, смотря по оригинальности этого произведения. Ни законодатель, ни органы правительственные, ни даже эксперты не в состоянии провести в литературе или в художествах черту, которая отделила бы неискусное от художественного, новое от старого, заимствованное извне от самобытного. Самые безобразные, лубочные картинки, самые бездарные вирши и нелепейшие писания защищаются от контрафакции; точно таким же образом под защиту закона надлежит поставить все вообще без разбора пластические изображения, получаемые посредством светописы.

3) Если право авторское есть монополия срочная, то как велик должен быть этот срок для светописных изображений? Многие из фотографов будут, вероятно, оспаривать надобность в возбуждении этого вопроса о сроке и будут доказывать, что светопись как младшее по времени происхождения из художеств пластических примыкает к ним, входит в их среду и требует для себя такого же срока, каким пользуется всякая вообще собственность литературная или художественная. По положению о правах сочинителей 22 апреля 1828 г. срок этот положен 25-летний; указом 15 апреля 1857 г. он удвоен, так что ныне он 50-летний со дня смерти автора. Не знаю, таковы ли ваши убеждения по этому вопросу, но, г. редактор, позвольте мне изложить мое личное мнение, хотя бы оно и не вполне согласовалось с вашим. Я полагаю,

что и для литературной собственности 25 лет было бы весьма достаточно, даже, может быть, слишком много; для фотографической же собственности полувековая монополия, не принося никакой существенной пользы фотографам, будет только вредить им в общественном мнении как напрасное стеснение свободы коммерческого оборота светописных изображений. Зачем установлены права авторские? Затем, чтобы потрудившийся на своем веку автор был обеспечен на старости лет относительно хлеба насущного, чтобы он мог пристроить детей и умереть спокойно, зная, что семья его не будет лишена средств к существованию тотчас после его кончины. Эта цель вполне достигается не только 25-летним, но даже 15-летним сроком монополии. Требовать большего – значит желать установления в пользу внуков и правнуков автора, лиц, литературе и искусству никогда почти не причастных, обременительного налога на литературу и искусство; значит поощрять паразитизм в ущерб труду и ко вреду публики. Впрочем, оставим в стороне собственность авторскую в литературе, живописи, ваянии, будет ли этот срок 15-, 25- или 50-летний. Смее утверждать, что нет никакой надобности брать этот срок за норму для светописи, когда вследствие особенных условий своего существования это искусство может довольствоваться сроком несравненно короче. Срок монополии может быть иной во всякой особой отрасли творчества. Он должен соразмеряться с творческим трудом, потребным для создания самых значительных произведений в этой отрасли. И в литературе, и в живописи есть бесчисленное множество эфемерид, но срок монополии должен быть выбран такой, чтобы он пришелся по росту Гёте или Маколею, Иванову или Деларошу. Согласитесь, г. редактор, что самые трудные светописные работы не могут выдержать в этом отношении никакого сравнения с написанием книги или картины, с высечением статуи из мрамора. Притом произведения светописи гораздо менее долговечны; приглядевшись после нескольких лет изображение идет в кладовую, покоится в коллекциях, пере забывается, пока его не вытащит опять какой-нибудь любитель ветоши, который пустит его в оборот как нечто новое. Прибавим еще одно соображение: едва ли современная светопись обладает вполне надежными способами укреплять на вечные времена позитивные рисунки на бумаге. При невозможности ручаться за то, что фотографические изображения не подвергнутся никогда порче, нельзя на целые полвека воспрепятствовать повторению этих изображений, потому что весьма многие из них пропадут безвозвратно, если сам автор не позаботится, а у посторонних любителей отнята будет законная возможность воспроизводить их вовремя.

Мне кажется, что и для публики, и для фотографов было бы безобидно сократить срок пользования правами авторскими в области светописы на 10 лет со дня издания в свет изображения.

4) Пункт самый важный в практическом отношении, на котором более всего надобно настаивать для того, чтобы права авторские в области светописы из чисто идеальных превратились в действительные, состоит в упрощении формальностей, которыми обусловлено пользование всякой художественной собственностью. Какая цель этих формальностей? Она заключается только в том, чтобы удостоверить: а) кто настоящий автор произведения и б) с каких пор считать срок авторской монополии, по истечении которого произведение становится достоянием общественным. Не всякий фотограф дорожит исключительным правом повторять свои произведения; есть произведения, за которые нечего опасаться: никто воспроизводить их не захочет. От фотографа, желающего сохранить за собой монополию повторения, можно требовать, чтобы на каждом экземпляре пускаемого в свет произведения он ставил свое клеймо с обозначением как фамилии своей, так и времени (т.е. числа и года) издания в свет произведения. Одной выставки клейма недостаточно, потому что клеймо может быть поддельное, имя автора фальшивое, число и год могут быть означены ненастоящие, смотря по тому, желает ли ссылающийся на эти числа, чтобы монополия прекратилась раньше или длилась дольше против того срока, который следовал бы ей по закону. Посему фотографам, желающим пользоваться правами авторскими, надлежало бы вменить в обязанность под страхом отказа в иске о контрафакции, чтобы они являли свои клейменные изображения для записки в нотариальные книги места своего пребывания. Основные положения преобразования судебной части 29 сентября 1862 г. полагают, что по всем городам губернским и уездным должны быть установлены нотариусы для совершения всевозможных актов (ч. 1, ст. 91). Выписка из книги нотариальной о явке светописного изображения может служить точно таким доказательством принадлежности изображения художнику на правах фотографической собственности, каким для произведений литературных служат отзывы цензурных комитетов о разрешении ими издания в свет сочинений. Нет никакой надобности усложнять производство, вменить в обязанность, чтобы светописное изображение представляемо было в Академию художеств. Ни от цензуры, ни от нотариуса нельзя требовать ученой или артистической оценки произведения для определения его оригинальности; от них можно требовать только простого удостоверения в том, что

такое-то произведение явлено, причем противной стороне в процессе принадлежит право оспаривать оригинальность произведения или доказывать, что явивший произведение присвоил себе чужой труд и выдал его за свой собственный.

5) Наконец, есть одна сторона вопроса, в которой, по всей вероятности, мы с Вами сойдемся, г. редактор. Я разумею смягчение уголовных мер, грозящих контрафакторам светописных изображений, и освобождение их от ответственности личной. Наказаний имущественных достаточно для ограждения прав авторских, которые будут защищены как следует отображением от нарушителя фотографической собственности контрафактных негативов, взысканием с него убытков в пользу фотографа-собственника по оценке суда, наконец, легкими денежными пенями и закрытием заведения в случае многократного повторения контрафакции.

16 апреля 1864 г.

С.-Петербурге

Библиографический список трудов В.Д. Спасовича, опубликованных в настоящем издании

Уголовное право и уголовный процесс

1. Спасович, В.Д. Новые направления в науке уголовного права / В.Д. Спасович // Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. – СПб. : Книж. магазин братьев Рымович, 1889–1902. – Т. 8 : Последние работы в девяностых годах. – 1896. – С. 359–392.

2. Спасович, В.Д. О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством / В.Д. Спасович. – СПб. : Тип. правительствующего сената, 1861. – 98 с.

3. Спасович, В.Д. О вызове свидетелей к судебному следствию в обыкновенных судах / В.Д. Спасович // Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. – СПб. : Книж. магазин братьев Рымович, 1889–1902. – Т. 3 : Статьи, диссертации, лекции юридического содержания. – 1890. – С. 337–357.

Гражданское право и авторское право

1. Спасович, В.Д. Об акционерных обществах / В.Д. Спасович // Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. – СПб. : Книж. магазин братьев Рымович, 1889–1902. – Т. 3 : Статьи, диссертации, лекции юридического содержания. – 1890. – С. 403–449.

2. Спасович, В.Д. Вопрос о так называемой литературной собственности / В.Д. Спасович // Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. – СПб. : Книж. магазин братьев Рымович, 1889–1902. – Т. 3 : Статьи, диссертации, лекции юридического содержания. – 1890. – С. 359–392.

3. Спасович, В.Д. О праве собственности в литературе / В.Д. Спасович // Сочинения В.Д. Спасовича : в 10 т. – СПб. : Книж. магазин братьев Рымович, 1889–1902. – Т. 3 : Статьи, диссертации, лекции юридического содержания. – 1890. – С. 393–401.

4. Спасович, В.Д. Права авторские и контрафакция / В.Д. Спасович. – СПб. : Тип. книгопродавца и типографа М.О. Вольфа, 1865. – 106 с.

Научное издание

Наследие права

Владимир Данилович Спасович

ИЗБРАННЫЕ ТРУДЫ

Ответственный за выпуск

Д.В. Домогацкий

Редакторы:

Л.Ф. Остроумова, Н.В. Севчило

Компьютерная верстка

О.П. Карасюк

*Благодарим научных экспертов: проф., д-ра юрид. наук Т.И. Довнар;
доцента, канд. юрид. наук С.С. Лосева; проф., д-ра юрид. наук Я.И. Функа –
за содействие в подготовке книги к выпуску,
а также сотрудников государственного научного учреждения
«Центр исследований белорусской культуры, языка и литературы»
Национальной академии наук Беларуси
за адаптацию произведений на современный русский язык*

Подписано в печать 08.09.2015. Формат 60х90/16. Бумага офсетная.
Печать офсетная. Усл. печ. л. 20. Уч.-изд. л. 19,31. Тираж 300 экз. Заказ 536.

Издание выпущено по заказу ООО «ЮрСпектр».

Издательское унитарное предприятие

«Редакция журнала “Промышленно-торговое право”».

Свидетельство о государственной регистрации издателя,
изготовителя, распространителя печатных изданий № 1/232 от 24.03.2014.
1-й Загородный пер., 20, каб. 7, г. Минск, 220073.

ООО «Юстмаж»

Свидетельство о государственной регистрации издателя,
изготовителя, распространителя печатных изданий № 2/68 от 19.03.2014.
Ул. Калиновского, 6Г 4/к, комн. 201, г. Минск, 220103.

