

00  
У 2  
Проверено 1953 г.

# УЧЕННЫЕ ЗАПИСКИ

ВЫПУСК ТРЕТИЙ



код экземпляра

135471



126696

Настоящим выпуском Ученых Записок Харьковский Юридический Институт имени Л. М. Кагановича возобновляет прерванную войной публикацию научных работ сотрудников института.

Сборник рассчитан на научных работников, студентов юридических вузов и на практических работников юстиции, занимающихся повышением уровня своих теоретических знаний.

Редакционная коллегия:

Проф. ВИЛЬНЯНСКИЙ С. И. (ответственный редактор).

Проф. ГОРДОН М. В.

Засл. деят. науки проф. ГРОДЗИНСКИЙ М. М.

Проф. ФУКС С. Л.

*проф. М. Гродзинский*

## Аналогия в советском уголовно- процессуальном праве

### 1.

Аналогия, являющаяся средством восполнения пробелов, имеющихся в законе, находит свое применение в самых различных областях права. Не составляет исключения в этом отношении и право уголовно-процессуальное, ибо как бы тщательно не был разработан уголовно-процессуальный кодекс, он тем не менее не в состоянии предусмотреть все без исключения случаи, которые могут возникнуть и действительно возникают в повседневной судебной практике при расследовании и рассмотрении уголовных дел.

В русской дореволюционной литературе либо вовсе нет речи об аналогии в уголовно-процессуальном праве, либо — самое большее — о ней упоминается кратко и как бы вскользь. Так, проф. Розин и проф. Случевский в своих учебниках уголовного процесса говорят только общим образом о толковании закона, вопроса же об аналогии в уголовно-процессуальном праве вовсе не касаются. Уделяет лишь некоторое внимание этому вопросу проф. Фойницкий. „...Случай недостатка закона, — говорит он, — приводит к судебному пополнению закона, которое существенно отличается от толкования“. Различая при этом пополнение закона путем аналогии закона и аналогии права, проф. Фойницкий указывает, что „первое, встречаясь с отсутствием в законе общего правила, данный случай обнимающего, стремится построить такое правило на основании частных положений, занесенных в текст самого законодательства“. Аналогия же права, или как ее называет проф. Фойницкий, пополнение закона при помощи науки — „обнимает такие случаи пробелов, которые не имеют подобных себе, законом разрешенных; необходимость дать ответ на них приводит к необходимости обратиться к природе юри-

дического института, часть которого они составляют, построив на основании его общее правило, которое было бы пригодно и для случая рассматриваемого". (Курс уголовного судопроизводства, том I, 1912 г., стр. 184, 191, — 192).

Затрагивает вопрос об аналогии в уголовно-процессуальном праве и проф. Люблинский, но ограничивается при этом лишь кратким указанием на то, что „применимость аналогии к восполнению недостатка уголовно-процессуальных законов никем в нашей литературе не оспаривается“. (Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса, 1917 г., стр. 204, примечание); вопрос же об условиях и пределах применения этой аналогии оставлен проф. Люблинским полностью в стороне.

Не останавливались на аналогии в уголовно-процессуальном праве и советские процессуалисты. В то время как вопрос об аналогии в советском уголовном праве имеет уже свою историю и относительно значительную литературу, аналогия в праве уголовно-процессуальном до сего времени не привлекала к себе внимания. А между тем в данной области возникает ряд вопросов, правильное разрешение которых приобретает существенное значение.

Как уже указывалось выше, аналогия в ряде случаев находит себе применение при наличии даже самых подробных и тщательно разработанных кодексов. Тем более актуальной является проблема аналогии в советском уголовно-процессуальном праве при настоящем положении вещей—при действии уголовно-процессуальных кодексов, которые изданы были много лет тому назад (в УССР в 1927 г., в РСФСР—в 1923 г.), являются поэтому в значительной своей части устаревшими и не охватывают ряд вопросов, возникающих в судебной практике; кодексов, к тому же не приведенных в соответствие с Законом о Судеустройстве СССР, союзных и автономных республик 1938 г. В этих условиях пробелы—и притом порой весьма существенные—оказываются неизбежными в действующем уголовно-процессуальном законодательстве. В то же время „останавливать разрешение дела под предлогом отсутствия, неполноты, неясности, противоречия законов суду воспрещается“ (ст. 2 УПК УССР, ст. 2 УПК РСФСР). Самая формулировка этого положения и общий его смысл не оставляют никаких сомнений в том, что оно в равной мере относится как к материальным уголовным законам, так и к законам уголовно-процессуальным. Если же это так, то восполнение пробелов уголовно-процессуального законодательства путем применения аналогии является не только правом, но и обязанностью суда, так как лишь при этом условии суд может разрешить каждое рассматриваемое им дело, несмотря на

то, что те или иные вопросы, возникающие в области судопроизводства, не получают прямого ответа в законе. Как следствие этого, судебная практика вынуждена применять соответствующие уголовно-процессуальные нормы по аналогии каждый раз, когда в этом возникает необходимость. Отсюда, в свою очередь, вытекает обязанность советской науки уголовного процесса теоретически осветить данный вопрос, выяснить условия и пределы применения аналогии в уголовно-процессуальном праве и тем самым оказать посильную помощь советской судебной практике в разрешении ею вопросов, возникающих в данной области.

## 2.

Аналогия в советском уголовно-процессуальном праве определяется положениями, относящимися к аналогии во всех других областях советского права, и вместе с тем имеет свою специфику, вытекающую из характера уголовно-процессуальных норм и из задач, перед ними стоящих.

Как и во всех других областях права, аналогия в праве уголовно-процессуальном может иметь место лишь тогда, когда нет закона, который прямо предусматривал бы данное процессуальное отношение, прямо разрешал бы тот или иной вопрос, возникший при расследовании либо при рассмотрении уголовного дела. Указания советского законодательства в этом смысле являются совершенно определенными, точными; а именно, предусматривая не только неполноту, но и отсутствие закона, советский закон тем самым четко разграничивает распространительное толкование уголовно-процессуальных норм с одной стороны и применение этих норм по аналогии с другой. Распространительное толкование имеет место там, где законодатель предусмотрел данное процессуальное отношение, но не охватил всех его моментов, дал неполную, не исчерпывающую формулировку своих положений, относящихся к данному вопросу. В качестве примера может быть приведено закрытие дверей судебного заседания в тех случаях, когда суду при рассмотрении дел об убийстве, о нанесении телесных повреждений и др. приходится выяснить обстоятельства, связанные с интимной жизнью обвиняемого или потерпевшего. Ограничивая применение принципа гласности судебного разбирательства, законодатель имел в виду такие случаи, когда открытое рассмотрение уголовного дела может оказаться вредным. Но перечисляя эти случаи, закон указал лишь дела, в которых необходимо охранить государственную, военную или дипломатическую тайну, а также дела о половых преступлениях;

при этом в отношении этих последних законодатель исходил из того, что открытое рассмотрение этих дел может с одной стороны вызвать нездоровое любопытство у лиц, присутствующих в судебном заседании, а с другой стороны—может тяжело отразиться на переживаниях участников процесса, в первую очередь—потерпевшего. Но такие же последствия может иметь открытое рассмотрение дел и о других преступлениях, не указанных в законе, если только при этом будут затронуты интимные стороны жизни того или иного участника процесса; поэтому удаление публики из зала судебного заседания на время исследования указанных обстоятельств полностью отвечает мысли законодателя, выраженной в статье 20 УПК УССР (ст. 19 УПК РСФСР) в распространительном ее толковании.

Другой пример распространительного толкования уголовно-процессуальной нормы может быть указан в связи с вопросом о пределах обязательности указаний кассационной инстанции. Уголовно-процессуальный Кодекс УССР (ст. 350) исчерпывающе разрешает данный вопрос, говоря, что указания кассационной инстанции „обязательны для всех судебных и следственных органов, которые вновь расследуют или рассматривают дело“: что же касается УПК РСФСР, то он в статье 423-й предусматривает обязательность указаний кассационной инстанции лишь для суда, вновь рассматривающего дело по существу. Распространяется ли это и на следственные органы, расследующие дело после отмены первоначально вынесенного приговора? На этот вопрос может быть дан только утвердительный ответ. Вводя норму, выраженную в статье 423-й УПК РСФСР, законодатель исходил из того, что кассационная инстанция, отменяя приговор, дает такие указания, которые должны обеспечить правильное разрешение дела при новом его рассмотрении по существу. Но одним из условий такого разрешения дела является полное и всестороннее его расследование, откуда вытекает, что законодатель имел в виду распространить обязательность указаний, даваемых кассационной инстанцией, на все те стадии процесса, которые должно пройти дело после отмены первоначально вынесенного приговора. Однако эта мысль законодателя не получила полного своего выражения в законе; иными словами, налицо имеется неполнота закона, которая и должна быть устранена путем распространительного толкования статьи 423-й УПК РСФСР.

Совершенно иным является положение вещей там, где возникает необходимость в применении аналогии: она находит себе место лишь тогда, когда данное процессуальное отношение законом вовсе не предусмотрено. Поэтому аналогия в уголовно-процессуальном праве, как и во всех

других областях права, представляет собою не толкование закона, не выяснение его смысла, а восполнение закона, устранение пробелов, в нем содержащихся; здесь не вскрывается смысл нормы уже существующей, а создается, по существу, новая процессуальная норма, на основе которой затем и разрешается данный возникший в судебной практике вопрос.

Таким образом первым и основным условием применения аналогии в уголовно-процессуальном праве является отсутствие закона, прямо разрешающего данный вопрос; если же такой закон имеется налицо, то он подлежит применению на общих основаниях и тем самым исключает возможность применения какой-либо иной процессуальной нормы по аналогии.

Какая же процессуальная норма может и должна быть применена в случае необходимости прибегнуть к аналогии при разрешении того или иного процессуального вопроса? И здесь аналогия в праве уголовно-процессуальном разделяет судьбу аналогии во всех других областях права. Зачастую при отсутствии закона, дающего прямой ответ на данный вопрос, суд прибегает к процессуальной норме, разрешающей сходное процессуальное отношение и относящейся к тому же процессуальному институту либо к другому институту, сходному с первым. В этих случаях имеет место то, что носит название аналогии закона. Но наряду с этим возможно такое положение вещей, при котором не только нет закона, прямо предусматривающего данный случай, но отсутствует и закон, предусматривающий случай, сходный с первым. В этих условиях имеется только один путь для разрешения вопроса, возникшего в судебной практике; путь этот заключается в выяснении общих принципов, общих начал, лежащих в основе советского уголовно-процессуального законодательства, и в применении этих принципов к данному конкретному случаю. Тогда налицо имеется т. н. аналогия права.

Несомненно, что сталкиваясь с пробелами действующего уголовно-процессуального законодательства, судебная практика, по общему правилу, прибегает к аналогии закона, применяя ту или иную, соответствующую данному конкретному случаю процессуальную норму. Но это ни в какой мере не исключает аналогии права, которая если и встречается гораздо реже, то именно потому приобретает особый теоретический интерес.

Находит ли себе место аналогия закона или же аналогия права, — и в том и в другом случае восполнение пробелов действующего законодательства должно происходить в строгом соответствии с теми задачами, какие стоят перед

уголовно-процессуальными нормами. Задачи эти заключаются в том, чтобы обеспечить полное и всестороннее расследование и правильное разрешение каждого уголовного дела, обеспечить охрану прав и законных интересов участников процесса и в том числе право обвиняемого на защиту. Отсюда вытекает третье условие применения аналогии в советском уголовно-процессуальном праве; именно: каждый раз, когда судебная практика встречается с тем или иным пробелом в законодательстве, пробел этот должен быть восполнен путем аналогии так, чтобы при этом были полностью соблюдены все те права, которые советское уголовно-процессуальное право обеспечивает участникам процесса; чтобы при посредстве аналогии был найден путь для возможно более полного исследования дела, для отыскания в каждом данном деле объективной истины, для правильного разрешения этого дела в соответствии с требованиями советского социалистического правосудия.

### 3.

Согласно статье 75-й Закона о Судеустройстве Пленум Верховного Суда СССР дает всем судам Советского Союза „руководящие указания по вопросам судебной практики на основании решений, принятых по рассмотренным Верховным Судом судебным делам“. Разрешая эти вопросы, в том числе и вопросы процессуальные, Пленум Верховного Суда прибегает к применению уголовно-процессуальных законов по аналогии, когда встречается с теми или иными пробелами, требующими своего восполнения. При этом, однако, Пленум Верховного Суда СССР не пользуется самым термином „аналогия“ и либо указывает, что тот или иной вопрос разрешается „применительно“ к соответствующей статье Уголовно-Процессуального Кодекса, либо вовсе не делает ссылки на те статьи закона, которые были в данном случае применены по аналогии.

Определяя территориальную подсудность уголовных дел, действующее советское законодательство устанавливает вместе с тем и определенный порядок передачи дела из одного суда в другой суд (ст. ст. 28—29 УПК УССР, ст. ст. 30—32 УПК РСФСР). При этом в действующих кодексах идет речь лишь о передаче дела из одного суда в другой в пределах одной и той же союзной республики; порядок же передачи дела в суд другой союзной республики законом не предусмотрен. Восполняя этот пробел закона, Пленум Верховного Суда СССР в своем постановлении от 16 июля 1939 года указал, что передача дела из суда одной союзной республики в суд другой республики



производится через Председателя Верховного Суда данной союзной республики и Председателя Верховного Суда СССР. Здесь Пленум Верховного Суда СССР исходил из общих положений, определяющих пересмотр приговоров и определений в порядке судебного надзора. Председатель Верховного Суда СССР и Председатели Верховных Судов союзных республик, осуществляя надзор за деятельностью нижестоящих судов и пользуясь правом приносить протесты на приговоры и определения этих судов, тем самым уполномочены проверять и определения о передаче дела в суд другой союзной республики, опротестовать те определения, которые являются неправильными, и давать дальнейшее движение тем определениям, которые признаны будут правильными. Таким образом, в приведенном выше постановлении от 16 июля 1939 года Пленум Верховного Суда СССР прибегает к аналогии права и восполняя таким путем пробел, имеющийся в законе, создает новую процессуальную норму, на основе которой и получает свое разрешение данный, возникший в судебной практике, вопрос.

Примером применения аналогии — на этот раз аналогии закона — может служить также постановление Пленума Верховного Суда СССР о праве судьи участвовать вторично в рассмотрении дела в кассационной и судебно-надзорной инстанции. В судебной практике встал вопрос о том, вправе ли судья, принимавший участие в рассмотрении дела в кассационной или в судебно-надзорной инстанции, вновь рассматривать это дело, если оно вторично поступило в ту же инстанцию. Вопрос этот не получает прямого ответа в действующих УПК и, разрешая его, Пленум Верховного Суда СССР исходил из следующих соображений. Закон запрещает судье вторично рассматривать дело по существу после того, как первоначально вынесенный приговор был отменен вышестоящим судом. Запрещение это, как подробно разъяснил Пленум Верховного Суда в последующем своем постановлении от 19 октября 1944 года по делу Кольковой, основано на том, что „судья, пришедший по делу к определенному выводу, признанному порочным вышестоящим судом, не может быть вторично привлечен к рассмотрению того же дела, так как это с одной стороны может повлиять на беспристрастность вторичного решения, а с другой стороны может оказать давление на внутреннее убеждение судьи“. Но такое положение вещей в равной мере возможно как в том случае, когда у судьи сложилось определенное убеждение при рассмотрении дела по существу, так и тогда, когда убеждение судьи сложилось при проверке им приговора в кассационном порядке либо в порядке судебного надзора; поэтому вторичное участие судьи в проверке

приговора по тому же делу исключено, если первоначально вынесенное определение кассационной или судебной надзорной инстанции было вышестоящим судом отменено как неправильное. Руководствуясь этим, Пленум Верховного Суда СССР, применяя по аналогии ст. 44 УПК РСФСР, указывает в своем постановлении от 22 августа 1940 года, что „при вторичном рассмотрении дела в суде второй инстанции или в судебной надзорной инстанции, судья, принимавший участие при первом рассмотрении дела в тех же инстанциях, не может, применительно к ст. 44 УПК РСФСР и соответствующим статьям УПК других союзных республик, принимать участие только в тех случаях, когда первое, вынесенное с его участием определение, было отменено в порядке надзора“.

Во время Великой Отечественной войны остались неизблемыми все принципы и исходные положения советского уголовного процесса и сохраняло полностью свою силу действующее советское уголовно-процессуальное законодательство. Но вместе с тем в условиях военного времени возник ряд новых вопросов, которые не были и не могли быть предусмотрены действующими уголовно-процессуальными Кодексами. Как следствие этого, в обстановке военного времени не могли не участиться случаи применения аналогии в уголовно-процессуальном праве. И действительно, в постановлениях Пленума Верховного Суда СССР периода Отечественной войны находит себе место целый ряд положений, основанных на применении по аналогии соответствующих статей УПК. Таково, в частности: постановление Пленума Верховного Суда СССР от 13 ноября 1941 года, которое, применяя по аналогии ст. 30 УПК РСФСР (ст. 28 ч. 2 УПК УССР), указывает, что если суд, отменивший приговор или определение, не указал суда, которому надлежит вторично рассмотреть дело, а вынесение об этом дополнительного определения по условиям военного времени представляется невозможным или крайне затруднительным, то „установление суда, которому надлежит передать дело на новое рассмотрение, предоставляется в пределах одной и той же союзной республики Председателю Верховного Суда этой союзной республики; в случае же необходимости или целесообразности передачи дела на вторичное рассмотрение в суд другой союзной республики, установление суда предоставляется Председателю Верховного Суда СССР“. Далее могут быть указаны: постановление Пленума Верховного Суда СССР от 26 июня 1942 года, которым — по аналогии со ст. 461 УПК РСФСР (ст. 389 УПК УССР) — установлен порядок освобождения судом от наказания лиц, к которым ранее было применено 2 примечание

к ст. 28 УК РСФСР (2 примечание к ст. 27 УК УССР); постановление от 7 января 1943 года, где — по аналогии с той же статьей 461 УПК РСФСР (ст. 389 УПК УССР) — Пленумом Верховного Суда СССР установлен порядок снятия правопоражений с военнообязанных, подлежащих призыву по мобилизации, и др.

#### 4.

Совершенно очевидно, что Пленум Верховного Суда СССР не исчерпал в своих постановлениях, да и не ставил себе задачей исчерпать все возможные случаи применения аналогии в уголовно-процессуальном праве и что поэтому судам в их повседневной практике приходится встречаться и с другими пробелами действующего уголовно-процессуального законодательства и восполнять их путем аналогии. Необходимость эта возникает в различных стадиях уголовного процесса, в том числе и в стадии судебного разбирательства — хотя порядок судопроизводства в этой стадии определен законом наиболее подробно и, казалось бы, исчерпывающе полно.

Ограничиваясь лишь отдельными примерами такого применения аналогии в стадии судебного разбирательства, можно, в частности, указать на возникающие иногда затруднения при разрешении отводов. Подробно определяя порядок разрешения отвода, заявленного одному из судей, действующее законодательство в то же время не дает никаких указаний относительно порядка разрешения отвода, который был заявлен всем судьям, принимающим участие в рассмотрении данного дела. Вопрос этот давно возник в судебной практике и еще в 1923 году Верховный Суд РСФСР разъяснил, что отвод, заявленный всему составу суда, разрешается судом, который рассматривает дело, то-есть теми же судьями, которым отвод этот был заявлен. Такое решение данного вопроса является вполне правильным и единственно возможным. Советское уголовно-процессуальное законодательство исходит из общего положения, согласно которому все без исключения вопросы, возникающие в судебном заседании, разрешаются только судом, рассматривающим данное дело, с тем, конечно, что после того, как этот суд примет то или иное решение, оно может быть проверено на общих основаниях вышестоящей судебной инстанцией. Это полностью относится и к отводам, и именно поэтому отвод, заявленный одному из судей, разрешается остальными судьями, несмотря на то, что здесь создается исключительное положение, когда возникший в деле процессуальный вопрос разрешается не тремя

судьями, как это имеет место по общему правилу, а лишь двумя. Эти же принципиальные положения определяют порядок разрешения отвода, заявленного всему составу суда. Здесь возникает коллизия двух начал: с одной стороны судья не должен участвовать в разрешении отвода, который был ему же заявлен, но с другой стороны применение этого правила исключило бы вообще возможность разрешения отвода, заявленного всему составу суда, так как никто, кроме судей, входящих в данный состав суда, не уполномочен на разрешение этого отвода. Единственный выход из этого положения заключается в том, что отвод, заявленный всему составу суда, разрешается теми же судьями, которым отвод этот был заявлен. Иными словами, здесь находит себе применение по аналогии соответствующих статей УПК, предусматривающих общий порядок разрешения отводов (ст. 45 УПК УССР, ст. 47 УПК РСФСР).

На тех же основаниях разрешается вопрос об отводе, заявленном судье при рассмотрении дел о преступлениях, предусмотренных, Указом от 26 июля 1940 года. Дела эти, как известно, рассматриваются народным судьей единолично, и в практике встречались случаи заявления обвиняемым отвода судье. Исходя из изложенных выше соображений, следует прийти к выводу, что и в данном случае отвод разрешается тем составом суда, который рассматривает данное дело по существу, т. е. тем же народным судьей, которому отвод этот был заявлен. Это значит, что и здесь находит себе применение по аналогии той же статьи 45 УПК УССР (ст. 47 УПК РСФСР), причем постановление, вынесенное судьею по заявленному им отводу, может затем явиться предметом рассмотрения вышестоящего суда в кассационном порядке либо в порядке судебного надзора.

Применение аналогии дает также возможность разрешить другой вопрос, возникающий в стадии судебного разбирательства и имеющий существенное практическое значение. Речь идет о допросе свидетелей по поручению суда.

В судебной практике встречаются случаи, когда суд, рассматривая дело по существу, оказывается перед необходимостью допросить свидетеля, который ранее, в стадии предварительного расследования, допрошен не был, и притом такого свидетеля, явка которого в судебное заседание оказывается крайне затруднительной либо даже вовсе невозможной в силу тех или иных причин, каковы, например, крайняя отдаленность местожительства свидетеля. Отказаться от показаний такого свидетеля значило бы существенно стеснить права сторон на представление доказательств, что, в свою очередь, может привести к неполному исследованию дела, а иногда и к вынесению непра-

вильного приговора. Вместе с тем удовлетворить ходатайство стороны о вызове данного свидетеля оказывается фактически невозможным, если свидетель при всех условиях в суд не явится и, следовательно, судом допрошен не будет.

Единственный путь для получения показания свидетеля, явка которого в суд невозможна, заключается в допросе этого свидетеля по месту его жительства. Но такой допрос предусмотрен действующим законодательством лишь для стадии предварительного расследования (ст. 124 УПК УССР, ст. 126 УПК РСФСР). Поэтому суду остается только одно: отложить дело слушанием и направить его на дополнительное расследование. Это даст возможность органу расследования, к которому поступит дело, произвести допрос данного свидетеля в порядке отдельного поручения, после чего протокол допроса будет приобщен к делу, а самое дело поступит в общем порядке снова в суд.

Но этот способ разрешения данного вопроса кажется простым только на первый взгляд; в действительности же он является весьма сложным и громоздким, так как в этом случае дело должно пройти целый ряд процессуальных стадий. Именно, орган расследования, получив дело с определением суда о дополнительном расследовании, должен принять это дело к своему производству и поручить соответствующему следователю допрос свидетеля по месту его жительства. Затем, когда свидетель этот будет допрошен, лицо, производящее расследование, получив протокол допроса, должно снова выполнить требования ст. 200 УПК УССР (ст. 206 УПК РСФСР), составить новое обвинительное заключение и направить дело прокурору. В свою очередь прокурор должен снова проверить дело и в случае согласия с обвинительным заключением должен направить дело в подготовительное заседание, откуда дело, после предания обвиняемого суду, поступит снова в судебное заседание для рассмотрения его по существу. И только тогда будет, наконец, использовано в качестве доказательственного материала показание, данное свидетелем и занесенное в протокол его допроса. При этом, однако, результаты столь сложного процессуального пути, пройденного делом, окажутся более чем скромными, так как суд все же лишен будет возможности непосредственно выслушать устное показание свидетеля и должен будет довольствоваться оглашением протокола его допроса. Если же это так, то неизбежно встает вопрос: нет ли более легкого, более простого и скорого пути для получения судом этого протокола допроса свидетеля?

Ответ на этот вопрос напрашивается сам собой. Если возникает необходимость допросить свидетеля по месту

его жительство, то совершенно излишне направлять дело на исследование со всеми отсюда вытекающими сложными процессуальными последствиями только для того, чтобы свидетель был допрошен в порядке отдельного поручения, данного одним органом расследования другому. Вместо этого такое поручение может быть дано непосредственно самим судом, который затем, получив протокол допроса огласит этот протокол на общих основаниях в следующем судебном заседании при рассмотрении дела по существу.

Основное возражение, которое может быть сделано против допроса свидетеля по поручению суда, предугадать нетрудно. Возражение это заключается в следующем: свидетель, по общему правилу, должен дать свое показание суду в устной форме и потому допрос свидетеля в порядке отдельного поручения суда и замена устного показания свидетеля протоколом его допроса нарушает принцип устности и непосредственности, на котором, наряду с принципом гласности и состязательности, строится судебное разбирательство в советском уголовном процессе.

Бесспорно, что рассмотрение дела в судебном заседании должно происходить и происходит в советском уголовном процессе на началах устности и непосредственности. Но столь же бесспорно и то, что в известных случаях суд вправе заменить устное показание свидетеля оглашением протокола его допроса, как это имеет место, в частности, при неявке свидетеля в судебное заседание (ст. 274 УПК УССР, ст. 297 УПК РСФСР). Такая замена устного показания свидетеля протоколом его допроса ни в какой мере не означает, конечно, нарушение принципа устности и непосредственности, а представляет собой только отступление от этого принципа. Отступление это имеет место там, где оно продиктовано необходимостью, так как в противном случае остались бы неиспользованными доказательственные материалы, которые могут иметь существенное значение для дела.

Сказанное полностью относится и к тем случаям, когда идет речь о показаниях свидетеля, который не был допрошен в стадии предварительного расследования. Само собой разумеется, что при наличии к тому возможности свидетель этот должен дать устно свои показания в судебном заседании. Но если явка этого свидетеля в суд чрезвычайно затруднительна либо вовсе невозможна, то допрос свидетеля по поручению суда и оглашение затем протокола допроса в последующем судебном заседании будут столь же необходимы, как и предусмотренное законом оглашение показания свидетеля, ранее допрошенного в стадии предварительного расследования, но в судебное заседание почему-либо

не явившегося. Положение вещей в обоих случаях будет совершенно одинаковым, так как отказ от оглашения протокола допроса свидетелей может как в первом так и во втором случае привести к одному и тому же — к неполному исследованию дела и, возможно, к неправильному его разрешению по существу.

К этому необходимо добавить, что возражать против допроса свидетеля по поручению суда — значит требовать обязательного направления дела на следствие для допроса этого свидетеля в порядке отдельного поручения, данного тем органам расследования, к которому дело поступит. Но и при таком положении вещей суд, как уже было указано выше, лишен будет возможности непосредственно допросить свидетеля и потому вынужден будет ограничиться оглашением протокола его допроса. Следовательно, здесь будет налицо такое же отступление от начала устности и непосредственности, как и при допросе этого свидетеля по поручению самого суда. Различие будет заключаться только в том, что в последнем случае допрос свидетеля будет произведен гораздо быстрее, нежели при дополнительном расследовании, которое неизбежно связано с усложнением производства по делу и с вытекающим отсюда замедлением разрешения этого дела по существу.

Все сказанное приводит к выводу, что допрос свидетеля по поручению суда в тех случаях, когда явка свидетеля в судебное заседание представляется чрезвычайно затруднительной либо даже вообще невозможной, находится в полном соответствии с исходными положениями, на которых строится судебное разбирательство в советском уголовном процессе, и вместе с тем обеспечивает более скорое и правильное разрешение дела по существу, т. е. служит тем задачам, которые ставит перед собой все советское уголовно-процессуальное законодательство в целом. В будущем УПК СССР необходимо предусмотреть такой допрос свидетеля по поручению суда, а до издания общесоюзного уголовно-процессуального Кодекса желательно разрешение данного вопроса путем соответствующих указаний руководящих органов советской юстиции, именно указаний на возможность, — по аналогии со ст. 124 УПК УССР (ст. 126 УПК РСФСР) — допроса свидетелей в отдельных случаях по поручению суда, в производстве которого находится данное дело.

## 5.

Еще более широкое применение получает аналогия в стадии кассационного производства, где возникает целый ряд вопросов, не получающих прямого ответа в законе и вместе с тем настоятельно требующих своего разрешения.

Вот несколько таких вопросов, которые указаны здесь, конечно, не в исчерпывающем перечне, а только в качестве отдельных иллюстраций.

Общеизвестно то значение, какое имеет защита в советском уголовном процессе. Сталинская Конституция обеспечивает в статье 111-й обвиняемому право на защиту и тем самым возводит данный процессуальный принцип в принцип конституционный. В полном соответствии с этим советское уголовно-процессуальное право не ограничивается тем, что предоставляет обвиняемому широкую возможность пригласить защитника каждый раз, когда это подсудимым признано будет необходимым, но, кроме того, в целом ряде случаев объявляет участие защитника в деле обязательным и возлагает на суд обязанность озаботиться назначением защитника подсудимому без особой, его в том просьбы. Но при этом действующие уголовно-процессуальные кодексы предусматривают назначение защитника лишь в суде первой инстанции при рассмотрении дела по существу. Между тем вполне возможны — и встречаются в практике — случаи, когда участие защитника оказывается весьма полезным и даже необходимым при рассмотрении дела в кассационной инстанции. Таковы, в частности, некоторые дела о несовершеннолетних, а также другие дела, обстоятельства которых представляются особо сложными, почему освещение этих обстоятельств под углом зрения защиты интересов подсудимого может оказать существенную помощь в правильном разрешении дела кассационной инстанцией. Если по такого рода делу защитник не был приглашен подсудимым, то суд должен по своей инициативе обеспечить участие защитника в деле путем назначения этого защитника в общем порядке через юридическую консультацию. Но действующее законодательство, как было уже указано, не предусматривает назначение защитника для участия в кассационном производстве и потому для восполнения этого пробела закона возникает необходимость в применении по аналогии положений, предусматривающих обязательное участие защитника в деле при рассмотрении его судом первой инстанции (ст. 53 УПК УССР, ст. 55 УПК РСФСР). Такое перенесение на стадию кассационного производства процессуальных норм, относящихся к производству в суде первой инстанции, полностью соответствует исходным началам советского уголовного процесса, всемерно обеспечивающего обвиняемому право на защиту, и служит тем задачам, какие стоят перед советским уголовно-процессуальным законодательством в целом — задачам всестороннего и полного исследования и правильного разрешения каждого рассматриваемого судом дела.



126696

Согласно ст. 389 УПК УССР (ст. 461 УПК РСФСР), „всякого рода сомнения и споры, возникающие при исполнении приговора, разрешаются судом, вынесшим приговор“. Но такие сомнения, требующие своего разъяснения, иногда возникают, как показывает опыт судебной практики, при исполнении не только приговора, но также и определения кассационной инстанции. Так, например, Верховный Суд, рассматривая дело по кассационной жалобе на приговор, которым подсудимый был осужден по закону от 7 августа 1932 года к десяти годам лишения свободы с поражением прав и с конфискацией имущества, нашел, что действия осужденного должны быть квалифицированы как злоупотребление служебным положением (ст. 97 УК УССР, ст. 109 УК РСФСР). В соответствии с этим Верховный Суд вынес определение, которым, изменяя квалификацию преступления, назначил подсудимому пять лет лишения свободы без поражения прав; что же касается конфискации имущества, то по этому вопросу определение Верховного Суда в себе никаких указаний не содержало. Совершенно очевидно, что поскольку санкция ст. 97 УК УССР (ст. 109 УК РСФСР) не предусматривает конфискации имущества, это дополнительное наказание, назначенное приговором суда, отпадает. Но так как определение кассационной инстанции обошло данный вопрос молчанием и прямо не указало на отмену приговора в этой его части, то потребовалось дополнительное определение Верховного Суда с указанием на то, что конфискация имущества, назначенная приговором суда, считается отмененной. В другом деле Областной Суд, рассматривая дело по кассационной жалобе осужденного к лишению свободы на пять лет и к ссылке на пять лет, оставил приговор в силе, но применяя Указ от 7 июля 1945 года об амнистии, указал: „избранную судом меру наказания сократить наполовину и остается для отбывания наказания два с половиною года“. Относится ли это только к назначенному судом первой инстанции сроку лишения свободы или же распространяется также и на дополнительное наказание — на ссылку? Согласно статье 2 Указа от 7 июля 1945 года подлежат сокращению наполовину все вообще наказания, назначенные лицам, осужденным к лишению свободы на срок свыше трех лет; поэтому следует признать, что в данном случае сокращается наполовину как срок лишения свободы, так и срок ссылки. Но это положение должно быть сформулировано четко и ясно, чтобы не возникало никаких сомнений и затруднений при исполнении приговора в том его виде, в каком он был изменен вышестоящим судом. Поэтому и здесь возникает необходимость для кассационной инстанции истолковать

соответствующим образом вынесенное ею определение. Действующее законодательство не предусматривает, однако, самой возможности равно как и порядка такого истолкования своих определений кассационной инстанцией, почему должны быть в данном случае применены по аналогии процессуальные нормы, устанавливающие порядок истолкования судом первой инстанции вынесенных им приговоров. Это значит, что в тех случаях, когда возникает необходимость разъяснить сомнения, возникающие при исполнении определения, вынесенного вышестоящим судом в качестве кассационной инстанции, суд этот, действуя по аналогии со статьей 389 УПК УССР (ст. 461 УПК РСФСР), разрешает данный вопрос в судебном заседании и выносит соответствующее дополнительное определение.

Действующее советское угольно-процессуальное законодательство предусматривает возможность рассмотрения дела об умершем осужденном в целях его реабилитации, но допускает такое рассмотрение лишь в одном случае — именно при возобновлении дела по вновь открывшимся обстоятельствам (ст. 368 УПК УССР, ст. 376 УПК РСФСР). Между тем в практике иногда встречаются случаи, когда вопрос о реабилитации умершего осужденного возникает в других, более ранних стадиях уголовного процесса. Вот пример тому. Осужденный Областным судом по закону от 7 августа 1932 года к десяти годам лишения свободы с поражением прав на 5 лет принес кассационную жалобу, в которой указывая на необоснованность приговора, просил приговор этот отменить и дело прекратить производством. К моменту рассмотрения дела в Верховном Суде подсудимый умер, но в судебное заседание явился защитник подсудимого и представил заявление сыновей умершего, просивших дело рассмотреть в кассационном порядке, причем сыновья осужденного указывали, что реабилитация умершего их отца имеет огромное значение для всей его семьи и в частности — для его сыновей, которые ставят себе задачей доказать, что их отец не был врагом народа и расхитителем социалистической собственности. Как должен был поступить в этом случае Верховный Суд? И как должна вообще поступать кассационная инстанция в других — аналогичных случаях, когда, например, ходатайство о рассмотрении дела в кассационном порядке об умершем в целях его реабилитации возбуждает семья лица, осужденного за контрреволюционное преступление? Согласно букве закона (пункт „а“ ст. 4 УПК УССР, пункт 1 ст. 4 УПК РСФСР) дело за смертью обвиняемого подлежит прекращению в любой стадии процесса, следовательно, и в стадии кассационного пересмотра приговоров; поэтому, казалось, бы,

данный вопрос может быть разрешен только в одном смысле, именно — дело должно быть прекращено и кассационная жалоба должна быть оставлена без рассмотрения. Но совсем иное решение диктуют основные принципы советского уголовного процесса. Советское право не только обеспечивает обвиняемому право на защиту в самом широком смысле этого слова, но идет еще дальше и берет под свою охрану и доброе имя умершего, если он был неправильно осужден, а также интересы его близких, для чего и допускает пересмотр приговора об умершем осужденном в целях его реабилитации. Но если такой пересмотр приговора и — при наличии достаточных к тому данных его отмена допустимы в тех случаях, когда приговор этот вступил уже в законную силу и, быть может, был даже приведен в исполнение, то нет никаких оснований не допустить такую же реабилитацию неправильно осужденного лица там, где приговор еще не вступил в законную силу и где проверка этого приговора в кассационном порядке не только является вполне возможной, но и представляется гораздо менее сложной, нежели это имеет место при пересмотре приговора по вновь открывшимся обстоятельствам. Таким образом исходные начала советского уголовного процесса полностью допускают в данном случае применение к институту кассационного производства положений, относящихся к другому процессуальному институту — к возобновлению дела по вновь открывшимся обстоятельствам. Это значит, что кассационная инстанция, при наличии ходатайства о том заинтересованных лиц, не только вправе, но и обязана рассмотреть в кассационном порядке — по аналогии со ст. 368 УПК УССР (ст. 376 УПК РСФСР) — дело об умершем подсудимом и, в зависимости от конкретных обстоятельств дела, вынести определение об отмене либо изменении приговора или же об оставлении этого приговора в силе.

## 6.

Пересмотр приговоров в порядке судебного надзора, занимающий такое видное место в советском уголовном процессе, не получает, однако, достаточно полной и четкой своей обрисовки в действующем законодательстве. Более того: трудно найти другой процессуальный институт, в отношении которого были бы столь неполными и устаревшими постановления действующих уголовно-процессуальных кодексов. Достаточно указать на те весьма существенные изменения, какие внесены в данную область Законом о Судостроительстве СССР, союзных и автономных республик 1938 года. Изменения эти не получили своего отражения в действующем

щих УПК союзных республик, и соответствующие постановления этих кодексов, фактически отмененные общесоюзным Законом о Судостроительстве, не были заменены какими-либо иными; что же касается самого Закона о Судостроительстве, то он по самому характеру своему не ставил себе задачу сколько-нибудь детального разрешения различных процессуальных вопросов, в том числе и вопросов, связанных с пересмотром приговоров в порядке судебного надзора. Отсюда существенная неполнота действующего уголовно-процессуального законодательства, относящегося к данному процессуальному институту, и, как прямое следствие этого, необходимость широкого применения аналогии для восполнения тех пробелов, с которыми неизбежно встречается судебная практика.

Наиболее существенный из этих пробелов заключается в отсутствии в законе постановлений, определяющих самую сущность и исходные моменты пересмотра приговоров, вступивших в законную силу. Уголовно-процессуальные Кодексы союзных республик не содержат в себе ясных и четких положений по данному вопросу. Исключение представляет собой УПК Украинской ССР, который в статье 362-й указывает, что Верховный Суд Республики, действуя в качестве инстанции судебного надзора, руководствуется относящимися к кассационному производству статьями 343-354 УПК. Что же касается Закона о Судостроительстве, с изданием которого утратила свою силу значительная часть соответствующих статей УПК союзных республик, то он ограничивается тем, что указывает лишь органы, имеющие право приносить протесты в порядке судебного надзора, а также те судебные инстанции, которые уполномочены на рассмотрение этих протестов (ст. ст. 16, 51, 64, 74, 75). При этих условиях вопрос о сущности пересмотра приговоров в порядке судебного надзора может быть разрешен — и действительно получает свое разрешение — только при помощи аналогии.

По общему правилу каждое дело в советском уголовном процессе может быть рассмотрено лишь в двух инстанциях: в первой инстанции, где оно получает свое разрешение по существу, и в инстанции кассационной, которая, согласно ст. 15 Закона о Судостроительстве; проверяет законность и обоснованность приговора. Что же касается пересмотра приговоров в порядке судебного надзора, то он является стадией исключительной и имеет место тогда, когда возникает необходимость устранить ошибки, допущенные судом первой инстанции и не исправленные инстанцией кассационной, либо устранить ошибки, допущенные этой последней. Это значит, что вышестоящие суды, действующие в качестве инстанции

судебного надзора призваны проверять приговоры, которые либо вовсе не были на рассмотрении инстанции кассационной, либо не были ею исправлены. Отсюда, в свою очередь, следует, что сущность пересмотра приговоров в порядке судебного надзора заключается, так же как и сущность кассационного пересмотра, в проверке законности и обоснованности приговора. Иначе говоря, статья 15-я Закона о Судеустройстве, определяющая характер и содержание пересмотра приговоров, не вступивших в законную силу, полностью относится по аналогии и к пересмотру приговоров, в силу уже вступивших.

Положение это влечет за собой ряд весьма существенных выводов. В тесной и неразрывной связи с сущностью кассационного пересмотра приговоров находятся так называемые кассационные поводы, точнее говоря—кассационные основания, т. е. обстоятельства, влекущие за собой отмену или изменение приговора. Советская кассация, сущность которой заключается в проверке законности и обоснованности приговора, т. е. во всесторонней проверке деятельности суда, вынесшего приговор, соответственно этому так очерчивает круг кассационных оснований, что они охватывают все моменты деятельности органов расследования и суда; именно, сюда относятся: нарушение процессуальных норм, неправильное применение материального закона, негоднота исследования дела, несоответствие приговора материалам дела и, наконец, несоответствие наказания личности осужденного и совершенному им преступлению (ст. 348 УПК УССР, ст. ст. 413—417 УПК РСФСР). Под углом зрения всех этих кассационных оснований и проверяет каждый раз дело кассационная инстанция и, в зависимости от отсутствия либо наличия их, оставляет приговор в силе либо отменяет или же изменяет его. Но, как было уже указано, сущность производства в порядке судебного надзора также заключается в проверке законности и обоснованности приговора. Поэтому судебно-надзорная инстанция, так же как и инстанция кассационная, должна каждый раз установить в деле наличие либо отсутствие обстоятельств, влекущих за собой признание приговора неправильным и его отмену либо изменение; иначе говоря, здесь дело рассматривается под углом зрения тех же кассационных оснований и, следовательно, процессуальные нормы, устанавливающие круг этих оснований в производстве кассационном, получают свое применение по аналогии и в производстве в порядке судебного надзора.

Далее: согласно статье 15-й Закона о Судеустройстве вышестоящий суд проверяет законность и обоснованность приговоров, не вступивших в законную силу, как по мате-

риалам, имеющимся в деле, так и по материалам, представленным сторонами. На основании этого судебная практика широко допускает представление в кассационную инстанцию новых документов, не фигурировавших ранее в деле при рассмотрении его по существу. Поскольку задачи судебно-надзорного производства также заключаются в проверке правильности приговоров и поскольку для обоснованного разрешения этого вопроса может возникнуть необходимость в использовании новых документов, следует признать, что судебно-надзорная инстанция, действуя по аналогии с той же статьей 15-й Закона о Судеустройстве; также вправе принимать к своему рассмотрению новые документы, если они могут иметь значение для правильного решения вопроса о судьбе приговора: об оставлении его в силе или же о его отмене либо изменении.

Попутно необходимо указать следующее. Закон о Судеустройстве, давая сторонам возможность представлять в кассационном производстве новые документы, умалчивает о праве кассационной инстанции истребовать такие документы по своей инициативе. Равным образом не содержат в себе никаких указаний по данному вопросу и УПК союзных республик, за исключением УПК Украинской ССР (ст. 344). Это, однако, вовсе не значит, что кассационная инстанция лишена этого права. Широко осуществляемое в советском уголовном процессе начало состязательности и вытекающее из него право сторон на представление доказательств, ни в малейшей мере не лишает суд первой инстанции права при рассмотрении дела по существу истребовать по своей инициативе новые доказательства, если это признано будет необходимым в интересах полного исследования и правильного разрешения дела (ст. 280 УПК УССР, ст. 302 УПК РСФСР). Те же интересы правосудия диктуют необходимость предоставления кассационной инстанции права на истребование новых документов, если это понадобится для правильного разрешения вопроса о законности и обоснованности данного приговора. Поэтому распространительное толкование статьи 15-й Закона о Судеустройстве дает все основания признать, что новые документы могут фигурировать в кассационном производстве как тогда, когда они представлены сторонами, так и в том случае, когда документы эти были истребованы кассационной инстанцией по собственной ее инициативе. Поскольку же, как было указано выше, статья 15-я Закона о Судеустройстве находит свое применение по аналогии при пересмотре приговоров в порядке судебного надзора, то отсюда следует, что вышестоящий суд в качестве инстанции судебного надзора не только вправе принимать от осужденного и от иных

заинтересованных в деле лиц новые документы, но вправе также истребовать такие документы по своей инициативе каждый раз, когда это по обстоятельствам дела признано будет необходимым.

Кассационный пересмотр приговоров в советском уголовном процессе не ограничивается, как известной, проверкой указаний, содержащихся в кассационной жалобе и в кассационном протесте, почему кассационная инстанция обязана каждый раз проверить все дело в полном объеме (ст. 345 УПК УССР, ст. 412 УПК РСФСР). Такая проверка дела, не связанная пределами кассационной жалобы и кассационного протеста, находит свое обоснование в тех задачах, которые стоят перед кассационным производством в советском уголовном процессе и которые заключаются в руководстве судами первой инстанции, в охране прав и законных интересов участников процесса, в обеспечении правильного применения закона и правильного разрешения судом каждого рассматриваемого им дела. Успешное выполнение всех этих задач возможно только тогда, когда кассационная инстанция, не связанная указаниями иногда весьма неполными кассационной жалобы и кассационного протеста, будет иметь возможность проверить полностью каждое рассматриваемое ею дело. Но те же задачи: руководство нижестоящими судами, охрана прав и законных интересов участников процесса, обеспечение правильного применения закона и правильного разрешения дела — стоят и перед инстанцией судебного надзора. Поэтому уголовно-процессуальные формы, определяющие объем рассмотрения дела в кассационном производстве, должны быть применены по аналогии и в производстве судебно-надзорном и, следовательно, инстанция судебного надзора также не связана указаниями протеста, принесенного на вступивший в законную силу приговор, и вправе поэтому приговор этот отменить либо изменить по основаниям, не указанным в протесте, но выявленным самим вышестоящим судом.

В заключение следует отметить еще один случай применения аналогии в судебно-надзорном производстве. Выше было указано, что если возникают какие-либо сомнения при исполнении определения кассационной инстанции, то эта последняя разъясняет возникшие сомнения, действуя по аналогии со ст. 389 УПК УССР (ст. 461 УПК РСФСР). Совершенно такое же положение создается и тогда, когда те или иные сомнения возникнут при исполнении определения инстанции судебного надзора. Поэтому в таких случаях вышестоящий суд также применяет по аналогии приведенные выше статьи УПК и по рассмотрению возникшего

вопроса в судебном заседании, разрешает этот вопрос путем вынесения соответствующего дополнительного определения.

\* \* \*

Приведенные выше примеры не исчерпывают, конечно, и по самой сущности аналогии не могут исчерпать всех возможных случаев ее применения в уголовно-процессуальном праве. Не ставит себе целью настоящая работа и сколько-нибудь полное освещение проблемы аналогии в уголовно-процессуальном праве: ее задача заключалась только в том, чтобы рассмотреть отдельные вопросы данной проблемы, представляющей большой теоретический интерес и имеющей весьма существенное практическое значение.

---



Доц. М. И. Бару

## Договорное обязательство о содержании

В системе оснований возникновения обязательств алиментные обязательства относятся к тем, которые возникают непосредственно в силу закона. Алиментные обязательства это обязательства *ex lege*.

Действительно, обязанность содержать кого-либо по большей части вытекает из закона. Так, родители обязаны алиментировать своих несовершеннолетних детей; такую же обязанность несут дети по отношению к нетрудоспособным и иждивенцам родителей. В этих и других подобных случаях наступает обязанность в силу веления закона. Но значит ли это, что закон является единственным основанием для возникновения алиментных обязательств. Можно ли признать, что эти обязательства не выходят за пределы тех, которые коренятся только в законе?

Ближайшее рассмотрение вопроса убеждает нас в противоположном. Закон не является единственным основанием возникновения алиментных обязательств по советскому гражданскому праву.

Сжатая формула ст. 106 Гражд. Кодекса УССР и других союзных республик, содержащая различные, притом далеко не все известные гражданскому праву, основания возникновения обязательств, почти полностью применима к алиментным обязательствам. Так, например, обязанность содержать кого-либо может вытекать из деликтного обязательства, вследствие причинения вреда личности. Посягательство на жизнь и здоровье личности в гражданском праве вызывает реакцию в виде обязанности содержания причинителем вреда потерпевшего или его иждивенцев (ст.ст. 403, 409 и 410 ГК). Многолетняя судебная практика применения XIII раздела ГК полностью подтверждает это положение. Причинение телесного повреждения, повлекшего за собой потерю трудоспособности, дает право потерпевшему на возмещение в виде его содержания, а в случае его смерти,

право на содержание имеют лица, бывшие на иждивении умершего. Причем последние имеют это право независимо от того, имели ли они право на алименты по закону, так как 409 ст. ГК не дает перечня лиц, которых умерший обязан был алиментировать согласно закону, а говорит о лицах, бывших на иждивении умершего и не имеющих других средств к существованию.

Ст. 106 Гражд. Код. не дает нам исчерпывающего перечня всех оснований возникновения обязательств. В частности, среди этих оснований мы не находим односторонней сделки, как и упоминания о сделке вообще. Таким образом, в общей норме, какой является ст. 106 ГК, нет указания на одностороннюю сделку. Только в специальной норме мы обнаруживаем это основание, притом для специфического случая (легат). Речь идет о 423 ст. ГК. Завещатель может возложить на получающего по завещанию наследственное имущество исполнение какого-либо обязательства в пользу одного, нескольких или всех остальных законных наследников. Последние (легатарии) в силу этого имеют право требовать от наследника по завещанию исполнения обязательства, возложенного на него. Поскольку ст. 423 говорит об исполнении „какого-либо обязательства“, следует признать, что таким может быть и обязательство о содержании другого лица, указанного в завещании. Таким образом алиментное обязательство может иметь своим основанием также и одностороннее волеизъявление лица. В практической жизни завещательные отказы встречаются сравнительно редко. Непопулярность завещательных отказов, а тем более таких, в силу которых устанавливается обязательство содержания другого лица, объясняется особыми причинами, но говорить о недопустимости таких завещательных отказов, нельзя. Еще в 1929 году Пленум Верховного Суда РСФСР указал, что „согласно прямому указанию ст. 423 ГК завещатель вправе возлагать на лиц, получающих по завещанию наследственное имущество, обязанность пожизненно содержать кого-либо из прочих законных наследников...“ (пост. Плен. Верх. Суда РСФСР от 15 апреля 1929 года, прот. № 7)\*). Хотя „прямого указания“ в ст. 423 ГК и нет, но в ней говорится о возможности установления „какого-либо обязательства“, следовательно, в том числе и обязательства о содержании. И в этом смысле указанное постановление следует признать вполне правильным.

Указ Президиума Верховного Совета СССР от 14 марта 1945 года „О наследниках по закону и по завещанию“ (\*\*),

\*) Справочник по вопросам судебной практики, М, 1937 г. стр. 50.

\*\*) Ведомости Верховного Совета СССР, 1945 год № 15 от 25 марта 1945 г.

составляющий новую и важную веху в развитии советского наследственного права, принципиально не меняет положения о допустимости завещательных отказов, содержанием которых является алиментирование легатария. Несомненно, что новый указ создаст прочную базу для расширения практики наследования по завещанию и завещательных отказов. Новым, пожалуй, явится такое положение, когда легатарием будет постороннее лицо, при условии, конечно, если не будет законных наследников.

Но возможно ли установление такого обязательства в силу двустороннего волеизъявления? Может ли договор быть основанием такого обязательства и, наконец, известны ли нашему гражданскому праву подобные обязательства? Несомненно известны. Еще в 1926 году в практике замечались сделки сельскохозяйственных дворов, в которых оставались только нетрудоспособные члены двора, с посторонними лицами. Члены двора по этим сделкам передавали посторонним лицам усадьбу и все имущество двора, а последние обязывались содержать их до смерти. Земельно-судебные органы признавали подобные сделки только по формальным признакам недействительными. Уже тогда был высказан взгляд\*), что такие сделки следует рассматривать как договоры примачества и, если на совершение их было согласие земельного общества, поскольку такое согласие земельного общества требовалось законом, то эти договоры следует признавать действительными. Фактический состав этих сделок не вызывал сомнения, все дело заключалось только в соблюдении законной формы. Вообще примачество даже в чистом, так сказать, виде, без обязательства примача содержать нетрудоспособных членов двора, следует рассматривать как договор, поскольку без соглашения сторон юридические последствия примачества не наступают. Этот договор всегда предполагал содержание кого-либо и прежде всего самого примача, так как с момента фактического вступления во двор, еще ничего, собственно, не создав, он приобретал все права члена двора. В настоящее время институт примачества потерял свое былое значение, так как „вместо океана мелких единоличных крестьянских хозяйств с их слабой техникой и засилием кулака мы имеем теперь самое крупное в мире механизированное, вооруженное новой техникой, производство в виде всеобъемлющей системы колхозов и совхозов“ (\*\*). Однако, в отдельных случаях и в настоящее время не исключается

\*) Иваницкий. Не продажа строений, а договоры примачества. Ежегодник Советской Юстиции, 1926 год № 19.

\*\*) Сталин. Доклад о проекте Конституции СССР, Партиздат ЦК ВКП(б) 1936 г. стр. 13.

возможность примачества не только в единоличном крестьянском дворе, но даже и в колхозном дворе. Следовательно, содержание кого-либо, основанное на двустороннем волеизъявлении не было чуждо нашему праву раньше, оно не чуждо нашему праву и в настоящее время.

Своеобразную форму договорного содержания представляет собою патронат, учреждаемый над детьми-сиротами, над воспитанниками детских домов и над детьми, изъятыми из семьи по постановлению судебных органов. Этот вид договорного содержания регулируется специальными законами\*) и устанавливается договором между патронирующей семьей и соответствующими государственными органами (здравоохранения, народного образования, сельскими советами). Особенность договора заключается в том, что лицо, над которым учреждается патронат, недееспособно, само не участвует в заключении договора. Кроме того, хотя основная обязанность воспитания возлагается на патронирующую семью, однако соответствующий государственный орган, заключающий договор, также участвует в расходах по содержанию ребенка, в частности обязан выплачивать этой семье ежемесячное материальное пособие. Следовательно бремя содержания ребенка в определенной мере распределяется между обеими сторонами по договору. Правда, этот договор лежит не в сфере гражданско-правовой, а находится в сфере административно-правовой.

Однако, и он свидетельствует о том, что советскому праву не чуждо установление обязанности об алиментировании в силу двустороннего волеизъявления, в силу договора. Нас, главным образом, все же интересуют те случаи, когда обязанность содержания устанавливается таким договором, по которому сторона, приобретающая право на содержание, не является только выгодоприобретателем или третьим лицом, в пользу коего договор заключен, а сама участвует в заключении договора. Для разрешения этого вопроса нам нужно выяснить, встречаются ли в реальной действительности, в условиях социалистического общежития такие обязательства и, если таковые имеют место, то допустимо ли принципиально заключение такого договорного обязательства.

Что касается жизненности этого обязательства, то, насколько нам известна судебная практика, случаи заключения договоров о содержании одного лица другим и споры по этим договорам встречаются не так уже и редко. Правда,

\*) Пост. СНК СССР от 23 января 1942 г. (СП СССР 1942 г. № 2, ст. 26) и Инструкц. Наркомпроса, Наркомздрава и Наркомюста РСФСР от 8 апреля 1943 г. (СП РСФСР, 1943 г. № 3, стр. 24).

обязанность содержания не является главной. Чаще всего она устанавливается наряду с другой обязанностью контрагента и является дополнительным отношением к главному обязательству. Практика показывает, что обязанностью содержания другого лица очень часто обременяется договор дарения домостроений. Жизненность такого договора убедительно показана в статье В. Рясенцева\*): «Обычно сторона договора, отчуждающая домостроение, одинокое, нетрудоспособное лицо, преклонного возраста, не имеющее близких родственников. Управление же домом требует известной энергии и повседневной заботы и не по силам такому человеку. Незначительный доход от дома недостаточен для существования, а тем более, для оплаты чьих-либо услуг по надзору за домовладением. Отчуждатель нуждается не только в средствах, но и в уходе за ним. Продажей дома он не достигнет той цели, которую перед собою ставит. Получив деньги, он будет вынужден сам заботиться о себе, а исчерпав их, окажется в затруднительном положении. Между тем, по договору о переуступке имущества на условии содержания, он будет иметь пожизненно и стол, и дом, и необходимый уход». Что это именно так, достаточно посетить нотариальную контору и убедиться, как часто одинокие преклонного возраста люди, обращаются к нотариусу с вопросом о возможности заключения таких договоров и как часто они выходят из нотариальной конторы разочарованные отрицательным ответом нотариуса. Потребность в положительном разрешении этого вопроса назрела давно. Откликом на эту потребность явилась Нотариальная инструкция УССР. Она легализовала возможность совершения в нотариальном порядке договоров об отчуждении имущества с обязательством о пожизненном содержании отчуждателя. Так, ст. 120 этой инструкции\*\*) допускала возможность включения в договор дарения домостроений обязанности одаряемого содержать дарителя до смерти и обеспечивать это обязательство, капитализируя его путем наложения ареста на имущество. Практика на Украине широко пользовалась этой предоставленной легальной возможностью установления договорного обязательства о содержании. На основании той же ст. 120 Нотариальной инструкции суд мог, в зависимости от конкретных обстоятельств, установить обязанность одаренного платить периодически дарителю на содержание определенную сумму. Однако, 1 августа 1940 года Нотариальная инструкция подверглась существенному изменению (директивное письмо

\*) Договор об отчуждении имущества на условии пожизненного пользования. Журнал Соц. Законность № 1—2, 1945 год, стр. 23.

\*\*) СУ УССР 1928 год, № 23, стр. 138.

НКЮ УССР № 70/д), \*) причем ст. 120 этой инструкции изменена, и в настоящее время нотариальные конторы на Украине не имеют права свидетельствовать такие договоры. Судам же приходится встречаться с такими договорами и исходить из их законности, поскольку они заключались в тот момент, когда Нотариальная инструкция это допускала \*\*).

Бесспорно, следует признать, что легализация таких сделок на Украине представляла собою шаг вперед и можно было ожидать перенесения этого опыта в практику других союзных республик. Отмена же этого права представляет, несомненно, шаг назад. В самом деле, установление легальной возможности совершения договоров с обязательством о содержании кого-либо шло несомненно навстречу жизни, навстречу настоятельным требованиям практики. Никаких, на наш взгляд, серьезных оснований для отказа от этого не было. Необходимость урегулирования этого вопроса отмечалась в литературе не раз \*\*\*).

Несмотря на запрещение нотариальным органам свидетельствовать договоры дарения с обязательством содержания дарителя, они все же на практике заключаются. Так, например, стороны оформляют в нотариальном порядке договор дарения домостроения, а обязательство о содержании дарителя заключают устно, на словах. До тех пор, пока это обязательство выполняется, даритель не испытывает неудобств от такой формы договора. Но его положение значительно ухудшается, когда одаренный считает себя свободным от выполнения взятого на себя в устной форме обязательства.

Часто стороны обходят запрет заключать такие договоры иным, довольно простым способом. [Отчуждение дома оформляется договором купли-продажи, при этом цена определяется незначительной суммой, весьма отдаленной от действительной стоимости домостроения, но тут же стороны формулируют в договоре купли-продажи дополнительную обязанность покупателя содержать пожизненно продавца до смерти. В нотариальной практике вообще встречаются случаи, когда стороны в договоре купли-продажи домостроений указывают заниженную цену, стремясь этим сократить расходы по оформлению сделки.

\*) Журнал „Револуційне право“ № 15—16—1940 г.

\*\*) Авторы учебника гражданского права для юридических школ под ред. проф. С. И. Братуся ошибочно полагают, что эта норма действует еще и сейчас на Украине (см. назв. учебник изд. 1947 г. стр. 227).

\*\*\*) См. ст. проф. Амфитеатрова—О праве личной собственности жур. Соц. Зак. № 8—1945 г., ст. проф. Венедиктова—К проекту ГК СССР, жур. соц. зак. № 1—1947 г.

В СССР против таких попыток имеется радикальное средство, которым опытные нотариусы пользуются. Дело в том, что ст. 182 ГК СССР содержит в себе, в отличие от ст. 182 ГК РСФСР, указание о том, что при отчуждении строения продавец обязан подать заявление соответствующему органу местного (коммунального) хозяйства, каковой обязан в течение месяца со дня подачи заявления либо приобрести строение по действительной стоимости, либо предоставить домовладельцу возможность свободной продажи. Иначе говоря, орган коммунального хозяйства пользуется преимущественным правом покупки при отчуждении домостроений. В случаях, когда стороны значительно занижают цену, нотариус уведомляет органы коммунального хозяйства о предложенной продавцом цене, представляя, тем самым, органу коммунального хозяйства возможность воспользоваться своим преимущественным правом. Этого совершенно достаточно, чтобы стороны назвали именно ту цену, по которой отчуждается домостроение. Нет оснований полагать, что стороны, устанавливая обязанность покупателя, кроме уплаты цены, содержать продавца, стремятся этим обойти интересы государства.

Часто стороны в договоре об отчуждении строения устанавливают действительную цену, но при этом указывают, что в счет покупной цены покупатель обязан предоставлять продавцу полное иждивение. Наконец, в практике встречаются и такие случаи, когда стороны заключают два отдельных и самостоятельных договора. По одному договору домостроение в порядке дарения переходит к одаряемому; по другому — одна сторона (одаренный по первому договору) обязуется предоставлять иждивение другой стороне (дарителю по первому договору).

Стремление к получению иждивения принимает иногда совершенно неожиданные формы. Так, например, в г. Лисичанске (Донбасс) был такой случай: гр. Н., — одинокая, преклонных лет, договорилась со своей племянницей о том, что она завещает ей дом, а та обязуется ее кормить до смерти. Завещание было составлено, и в течение некоторого времени гр. Н. получала содержание от племянницы. Затем гр. Н. завещание аннулировала.

В приведенном примере мы имеем, по существу, наследственный договор, который действующему праву не известен! Так или иначе, различными обходными путями, стороны находят приемлемую для них форму, добиваясь желательного хозяйственного и правового эффекта. Едва ли следует поощрять подобные способы получения иждивения по договору. Наше право и наша судебная практика не могут быть безучастными к явлению, широко распространенному в граж-

данском обороте. Тем более, что возможность заключения договорных обязательств прямо непредусмотренных законом, но и не противоречащих закону и правилам социалистического общежития, вообще вытекает из природы обязательственного права, не знающего замкнутого круга договорных типов отношений в отличие от вещного права, которому свойственен замкнутый, строго очерченный круг вещных прав. Принцип *numerus clausus* не применим к обязательственным правам. Это правило настолько прочно вошло в теорию гражданского права, что стало одним из контрольных признаков, по которым отличаются вещные права от обязательственных прав.

Ст. 106 Гражданского Кодекса, как нами замечено, не дает всех оснований возникновения обязательств. Точно также весь раздел Гражданского Кодекса, посвященный обязательственному праву, не исчерпывает всего разнообразия обязательственных отношений. Верховный Суд Союза в своей практике неоднократно подчеркивал возможность заключения договоров, обойденных действующим Гражданским Кодексом (например, договор хранения, ссуды и др.). „В этих случаях следует руководствоваться нормами Гражданского Кодекса, содержащими общие положения о договорах (ст.ст. 130 — 151 ГК)“ \*).

Для решения вопроса о правомерности или неправомерности обязательства, не предусмотренного законом, существенным является, не противоречит ли это обязательство действующему праву. Наряду с этим критерием правомерности того или иного обязательства существенным является также и вопрос, не противоречит ли обязательство, не предусмотренное законом, правилам социалистического общежития (ст. 130 Конституции СССР). За последнее время ссылка на правила социалистического общежития при оценке правомерности того или иного действия встречается даже в учебной литературе. Так, во втором томе учебника Гражданского права для ВУЗ'ов авторы пишут: „Для определения того, является ли действие правомерным, существенное значение имеет ст. 130 Конституции СССР, которая обязывает соблюдать „правила социалистического общежития“. Ст. 130 Конституции СССР дает общую формулу, которую суд будет заполнять конкретным содержанием применительно к особенностям каждого отдельного случая“ \*\*).

---

\*) П. Е. Орловский, Практика Верховного Суда СССР по гражданским делам в условиях Отечественной войны. Юриздат НКЮ СССР. стр. 26.

\*\*) Гражданское право, ч. II. Юриздат НКЮ СССР 1938 год стр. 391.



Установление договорного обязательства о содержании не противоречит ни действующему праву, ни правилам социалистического общежития, к которым несомненно относятся взаимопомощь, солидарность, оказание внимания и забота о человеке. Действительно, договорное обязательство о содержании, направленное на оказание помощи нетрудоспособному и нуждающемуся человеку, безусловно гуманное по своей цели, полностью соответствует правилам социалистического общежития. Нельзя согласиться с тем взглядом, что договоры о пожизненном содержании „следует признать противоречающим правилам социалистического общежития по мотивам его заключения — своеобразным расчетом приобретателя, что ему недолго придется нести расходы по содержанию продавца\* \*) (подчеркнуто нами М. Б.). Автор допустил две погрешности: во-первых, нельзя представлять советских граждан в образе Шейлока; во-вторых, мотивы сделки вообще не влияют на ее действительность. „Самый факт нахождения одного лица на иждивении другого, хотя бы закон и не устанавливал между ними алиментного обязательства, соответствует правилам социалистического общежития“ \*\*).

Таким образом, следует признать, что заключение договорного обязательства о пожизненном содержании является действием правомерным. Однако, отсутствие законодательного регулирования этого вопроса, несомненно, составляет пробел в положительном праве и поэтому вызывает на практике ряд затруднений. Между тем, практика настойчиво требует разрешения этого вопроса. Обязательства о содержании в условиях послевоенного периода получили еще большее распространение. Люди преклонного возраста, оставшиеся одинокими, несмотря на существенную помощь со стороны государства, будут прибегать и к договорно-правовой форме обеспечения путем установления договорного обязательства об их содержании. И наше право должно не только легализовать эту возможность, но и разработать ее конкретные формы. И в этом также проявится забота о тех, чьи близкие люди своей кровью отстояли социалистическое отечество от смертельной опасности.

Обязательство о содержании по большей части выступает не как главное в договоре, а является неким дополнением к основному обязательству. Судебная практика,

---

\*) Сделки по строениям, И. Л. Брауде. М. 1946 г., стр. 26.

\*\*) Агарков. Обязательство по советскому гражданскому праву, стр. 59, М — 1940 г.

допуская установление обязательства о содержании в силу одностороннего волеизъявления, относится отрицательно к установлению такого же обязательства в силу двустороннего волеизъявления. Хотя казалось бы, что если обязательство о содержании возможно в силу одностороннего волеизъявления, то тем более оно возможно по двустороннему волеизъявлению. Тем не менее Верховный Суд СССР относится отрицательно к такого рода договорам. Так, Судебная Коллегия Верховного Суда Союза, рассматривая спор между гр. Громовой и 33-й Детской колонией по поводу невыполнения колонией обязанности о содержании Громовой по заключенному (договору дарения) признала, что с точки зрения фактических отношений, уступка Громовой своего имущества колонии являлась не безвозмездным актом дарения, каким должен быть договор дарения по закону (ст. 138 ГК), а двусторонним договором о возмездной передаче права на домовладение, т. е. договор дарения в данном случае прикрывал собою договор продажи имущества. В силу ст. 35 ГК, если притворная сделка заключена с целью прикрыть другую сделку, то применяются положения, относящиеся к той сделке, которая действительно имела в виду". И далее "согласно ст. ст. 130 и 180 ГК, цена проданного имущества является существенным условием договора купли-продажи, и неуказание ее может повлечь признание договора не состоявшимся..., указание в качестве эквивалента за проданное имущество обязанности покупателя пожизненно содержать продавца не может считаться ценой сделки, ибо точно определить стоимость содержания невозможно" \*).

Такие же соображения были высказаны Верховным Судом РСФСР по аналогичному делу еще в 1925 году. „Сделка, заключенная между Г. и К., по которой последние купили дом за обязательство содержать на своем иждивении продавщицу без фиксации срока платежа и цены сделки, не может считаться, согласно нормам ГК, сделкой купли-продажи и, как таковая, не может быть признана действительной. Ст. ст. 130 и 180 ГК требуют точного определения в договоре установленной цены предмета сделки, чего в данном случае нет". И далее „стоимость же обязательства по содержанию Г. до ее смерти определить невозможно" \*\*).

Приведенные определения по конкретным делам свидетельствуют об отрицательном отношении судебной практики

---

\*) Сборник пост. плен. и определений Коллегии Верховного Суда СССР М. 1941 год, стр. 220.

\*\*) Справочник по вопросу судебной практики М. 1937 год, стр. 37.

к договорам, фактический состав которых заключается в содержании одного лица другим. Причем любопытно, что отрицается правомерность не самого обязательства о содержании, взятого изолированно, а договора в целом, основным содержанием которого является перенесение права собственности, но осложненного установлением обязательства о пожизненном содержании отчуждателя имущества. Возражения, выдвигаемые против таких договоров, таким образом, сводятся к двум моментам: такие сделки являются притворными, и в таких сделках нарушается принцип безвозмездности дарения. Отсюда такие договоры не могут рассматриваться как дарение, но вместе с тем, отсутствие определенной цены лишает их свойств—купли-продажи. Следовательно, это и не дарение и не купля-продажа.

Можно ли согласиться с тем, что такие сделки являются действительно притворными? Притворная сделка заключается сторонами с целью прикрыть другую сделку. Причем эта ближайшая и непосредственная цель имеет в виду более отдаленную, достижение которой невозможно заключенной сделкой. Приведенный выше договор между Громовой и 33-й Детской колонией вовсе не преследовал другой цели, кроме уступки имущества колонии и дополнительно к этому—установление пожизненного содержания Громовой. Стороны совсем не стремились к купле-продаже, вуалируя ее дарением. Напротив, стороны именно не имели в виду совершение купли-продажи. В этом и в других подобных договорах отчуждатели—сидокие и престарелые люди, подобно 75-летней Громовой,—именно не желают продавать имущество, ибо их, вполне естественно, интересуют не деньги, как таковые, а иждивение в полном смысле этого слова. Следовательно, стороны становятся на путь заключения таких договоров с ясной, открытой, ничем не завуалированной целью и вовсе не стремятся прикрыть другую сделку, в последствиях которой они совсем не заинтересованы. Между тем, 35 ст. ГК признает притворной такую сделку, которую стороны заключили именно с целью прикрыть другую сделку. Вот почему утверждение о притворном характере этих сделок при их ближайшем рассмотрении рассеивается и лишается всяких оснований. Тем самым отпадает необходимость рассматривать соглашение сторон как куплю-продажу, в которой отсутствует цена, как существенное условие договора, без чего она должна быть признана недействительной. Стороны, как было замечено, не стремятся к заключению купли-продажи и не имеют ее в виду. Следовательно, анализируя отношение сторон в случаях отчуждения имущества с обязательством о содержании

отчуждателя, нельзя к ним подходить с точки зрения требований закона, предъявляемых к купле-продаже.

Однако, дело Громовой вообще не является характерным. Договор был заключен с Детской колонией, которая имеет своей целью воспитание детей, а не стариков. Это в сущности внеуставная сделка. Если бы Верховный Суд по этим соображениям признал договор недействительным, то против этого спорить нельзя было.

Продолжая ту же практику, Верховный Суд СССР снова высказал свою точку зрения на договоры пожизненного содержания уже в 1944 году. Судебная Коллегия по гражданским делам Верховного Суда СССР 31 июля 1944 г. по делу по иску Неделяева Л. Г. к Неделяеву Н. М. о расторжении договора дарения дома признала, что „отношения сторон следует квалифицировать, согласно установившейся судебной практике, применительно к договору купли-продажи“. Но любопытно, что по данному делу в определении Судебной Коллегии по гражданским делам уже не указывается, что сделка была притворной, а выдвигается новый мотив: договоры пожизненного содержания не предусмотрены Гражданским Кодексом, а следовательно, они недействительны. С таким же основанием можно было утверждать о недействительности договора поклажи, договора ссуды (безвозмездного пользования) и др. Но вряд ли кто-либо станет подобное утверждать. Нет сомнений, что будущий Гражданский Кодекс СССР расширит институты обязательственного права. И все же даже тогда вряд ли можно будет утверждать, что обязательственное право строится по принципу *numerus klausus*. Выше мы указывали, что неприменимость этого принципа к обязательственному праву стала одним из важнейших контрольных признаков, по которым проводится разграничение между вещным и обязательственным правом. Поэтому тот новый мотив, который выдвинут Судебной Коллегией Верховного Суда СССР в ее определении по делу Неделяевых не только не подкрепил позицию, занятую по этому вопросу, но, кажется нам, что этот мотив позицию ослабил.

Более сложным и требующим подробного анализа является вопрос о том, можно ли считать такой договор дарением и не устраняются ли обязательством о содержании отчуждателя имущества признаки дарения. Действительно, дарением признается безвозмездная уступка имущества (ст. 138 ГК); однако, объективный момент дарения заключается в переходе имущества в собственность от дарителя к одаряемому, т. е. в уменьшении имущества дарителя и увеличении имущества одаряемого. Это не значит, что мы склонны рассматривать дарение как способ

приобретения собственности наряду с наследованием, подобно римскому праву или русскому дореволюционному праву. Дарение это, несомненно, договор, но, повторяем, объективный момент договора заключается в переходе имущества от дарителя к одаряемому, чтобы этот переход состоялся, требуется желание, намерение одарить, *animus donandi*. Конечно, и безвозмездность характеризует дарение, но безвозмездной является и ссуда, могут быть безвозмездными заем, поклада и другие договоры. Следовательно, признак безвозмездности сам по себе недостаточен для характеристики договора. Этот признак, взятый изолированно и не в сочетании с другими не менее важными признаками, сам по себе еще не достаточен для характеристики правоотношения.

Вопрос о влиянии момента безвозмездности в гражданском праве подвергался подробному анализу и разработке различными учеными (Анненков, Синайский, Симолин, Иеринг, Козак, Эртман и др.). В наиболее законченном и совершенном виде учение о безвозмездности разработано проф. А. А. Симолиным \*). Его исследование приводит его к совершенно правильному выводу, что „для решения вопроса о возмездности или безвозмездности известного действия надо основываться на природе того юридического отношения, из которого данное действие вытекает“ \*\*). Нельзя исходить из недостаточно глубокого и поверхностного утверждения о том, что только односторонние договоры безвозмездны, а двусторонние возмездны. Гражданское право знает немало примеров, опровергающих это положение, на первый взгляд будто и приемлемое. В качестве примера укажем на процентный заем. Обязанным является только одно лицо. Заемщик обязан вернуть полученную сумму денег с процентами, но эта обязанность находится в казуальной зависимости от уже совершенного кредитором действия в момент установления юридического отношения. Следовательно, мы имеем здесь дело с односторонне обязывающим договором и, тем не менее, возмездным. Как противоположный пример, когда обе стороны становятся обязанными и все же договор остается безвозмездным, можно привести ссуду.

Таким образом, указанный выше критерий признания сделки возмездной или безвозмездной в зависимости от того, становится ли обязанной одна сторона или обе сто-

---

\*) Влияние момента безвозмездности в гражданском праве. Казань, 1916.

\*\*) Указ. соч. стр. 25.

ронны становятся взаимно обязанными, оказывается несостоятельным и опровергнутым многочисленными фактами, встречающимися довольно часто в гражданском обороте. Также опровергнутыми и несостоятельными оказались и другие критерии для признания возмездности или безвозмездности договора. Так, например, признак эквивалентности действий контрагентов, в свое время довольно распространенный, все больше и больше теряет своих сторонников. Теория объективной эквивалентности практически себя не оправдала, так как объективно действия контрагентов редко бывают равноценны: цена в конкретной сделке купли-продажи не всегда совпадает со стоимостью вещи, а современное положительное право и не требует, чтобы *pretium* было *verum*. Правда, наш закон признает кабальные сделки недействительными (ст. 33 ГК), но для признания сделки кабальной вовсе недостаточно, чтобы цена не соответствовала стоимости. Известно, что Гражданский Кодекс устанавливает два признака кабальной сделки: явно невыгодные условия сделки, заключенной, притом под влиянием крайней нужды. Отсюда, следовательно, низкая цена вовсе не влечет за собою признание сделки кабальной. Применительно к отдельным разновидностям сделок теория объективной эквивалентности оказывалась совершенно непригодной. Так, например, по этой теории сделка *donatio sub modo*, если дар равноценен *modus'u*, превращалась в возмездную сделку.

Еще меньше оснований имеет теория субъективной эквивалентности, поскольку она отбрасывает объективный показатель ценности совершаемых действий и исходит лишь из того, что сознает каждая сторона: получает ли она равнопечное, а может быть даже и большее благо, чем дает. Можно себе представить, что совершаемое действие и не имеет материального содержания. В этом случае вообще трудно искать эквивалентность.

Следует заметить, что попытки разграничения в буржуазной цивилистической литературе возмездности и безвозмездности сделок по объективной и субъективной эквивалентности является результатом непонимания закономерностей, присущих товарному хозяйству, а главным образом — закона стоимости. С превращением величины стоимости в цену это необходимое отношение проявляется как меновое отношение данного товара к находящемуся вне его денежному товару. Но в этом меновом отношении может выразиться как величина стоимости товара, как и тот плюс или минус по сравнению с ней, которым сопровождается отчуждение товара при данных условиях. Следовательно, возможность количественного несовпадения между

ценою и величиною стоимости или возможность отклонения цены от величины стоимости заключена уже в самой форме цены. И здесь нельзя видеть недостатка этой формы — наоборот, именно эта отличительная черта делает ее наилучше приспособленной к такому способу производства, при котором правило может прокладывать себе путь сквозь беспорядочный хаос только как слепо действующий закон средних чисел<sup>\*)</sup>). Теория объективной эквивалентности, исходящая из того, что в возмездной сделке действия контрагентов объективно равноценны, игнорировала тот важнейший экономический закон, что цена и стоимость могут количественно не совпадать, а следовательно, это несовпадение или отклонение цены от стоимости не может служить основанием для отрицания возмездного характера сделки. „В своей чистой форме процесс обращения товаров обуславливает собою обмен эквивалентов. Однако, в действительности процессы не совершаются в чистом виде“<sup>\*\*)</sup>).

Что касается теории субъективной эквивалентности, признающей возмездной такую сделку, когда стороны полагают, что они получают равноценные блага, хотя бы в действительности этого и не было, то она представляет своеобразное „смешение потребительной и меновой стоимости“, развенчанное Марксом в первом томе Капитала<sup>\*\*\*)</sup>).

Несовершенство сделанных попыток в установлении критерия для разграничения возмездных и безвозмездных сделок было признано уже самой наукой гражданского права, и некоторые ученые чувствовали, что они забрались в тупик, из которого им трудно выйти. Например, Эртман в специальном исследовании о безвозмездных сделках отказался вообще от идеи единого критерия для определения характера сделки, полагая, что вопрос должен решаться в каждом отдельном случае с учетом, прежде всего, того, как стороны сами назвали сделку — куплей продажей, дарением и т. п.<sup>\*\*\*\*)</sup>).

Нам представляется, что, если наука не дала более или менее точного ответа на поставленный вопрос, то тем более нельзя перекладывать решение вопроса на тех, кто далек от научных гипотез и вступает в гражданское правоотношение с целями, далекими от теоретических обобщений. Не говоря уже о том, что стороны, не посвященные в тонкости юриспруденции, могут абсолютно неправильно квалифицировать то или иное гражданское правоотношение, стороны могут

\*) К. Маркс, Капитал, т. I изд. VIII, 1931 год, стр. 56.

\*\*) Там же стр. 104.

\*\*\*) Там же, стр. 103.

\*\*\*\*) См. Oertmann Entgeltliche Geschäfte 1912 S. 50—51.

подчас сознательно назвать безвозмездную сделку возмездной и наоборот. Вот почему нам и представляется более приемлемым взгляд проф. Симолина о том, что для решения вопроса о возмездности и безвозмездности сделки надо основываться на природе того юридического отношения, из которого действия обязанного лица вытекают. Совершенно очевидно, что природа исследуемого нами юридического отношения, содержанием которого является отчуждение имущества с установлением обязанности одаряемого алиментировать дарителя, может быть охарактеризована лишь как дарение. Принцип безвозмездности, на наш взгляд, не нарушается установлением обязанности о содержании дарителя, так как, прежде всего, самый принцип весьма туманен и неясен, а стороны, вступая в такое юридическое отношение как показано выше, вовсе не стремятся к купле-продаже, которая во всяком случае предполагает взаимный переход совершенно определенных, даже пусть и неравных, ценностей. Вот этой определенности в рассматриваемом отношении как раз и нет. Содержание одного лица другим может длиться годами, но может длиться и несколько дней. Это дело факта. Наконец, нельзя не считаться с тем, что в быту этот договор получил широкое распространение как договор дарения, а не как какой-нибудь другой. Можно было бы считать, что мы в данном случае столкнулись с договором *sui generis*, но это несколько нам не поможет в исследовании и уяснении изучаемого вопроса, в частности в определении природы договора. Наоборот, такое утверждение только снимает самый вопрос и в результате все остается так же неясно, как оно было до этого. Предлагают назвать такой договор безымянным\*). Римское право, кроме *contracti nominati* знало и *contracti innominati* или безымянные договоры. Принципиально нельзя возражать против существования подобных договоров у нас, возможно с теми же видами, которые даны классификацией Павла. Имея, однако, ввиду, что в нашем Гражданском Кодексе отсутствует ряд договоров, которые признаются *contracti nominati* (например, поклада, ссуда и др.), нельзя признать все отсутствующие в Кодексе договоры — *contracti innominati*.

Исследуемое нами юридическое отношение, как мы показали, характеризуется как дарение, но с определенной модификаций. В этом договоре дополнительно устанавливается обязательство, действительно неизвестное нашему праву — [обязательство о пожизненном содержании] Но последнее не меняет природы юридического отношения в целом.

\*) Рясенцев, цит. статья.



Признание договора безымянным может иметь своим последствием лишь применение к нему общих положений о договорах, а следовательно, ничего конкретного не дает как для уяснения природы отношения, так и для урегулирования отношений сторон по договору. Мы отвергаем таким образом, попытки рассматривать указанное отношение как безымянный договор, поскольку эти попытки ни в какой мере не способствуют нам в разрешении поставленного вопроса. Нам представляется поэтому, что мы имеем дело с договором дарения, притом с дополнительным отношением, не меняющий природы основного отношения. Прав проф. Агарков: „Дополнительные и вспомогательные отношения к основному отношению между кредитором и должником, которые обнаруживаются в результате анализа структуры обязательства, предназначены служить той же цели, для которой существует основное отношение“<sup>\*)</sup>.

Главным и основным в этом договоре является уступка имущества, перенесение права собственности на отчуждаемое имущество с одного лица на другое. Установлением обязательства о содержании основное отношение не меняется. Не только дарение, но и другие договоры знают различные модификации и от этого природа отношения не меняется. Возьмем, к примеру, наиболее распространенный договор—куплю-продажу. Купля-продажа имеет много разновидностей, притом некоторые вносят такие новые моменты, которые на первый взгляд, абсолютно не согласуются с идеей и содержанием договора купли-продажи. Известно, например, что во второй половине XIX века получил широкое распространение [договор купли-продажи с рассрочкой платежа]. В конце этого же века и в начале XX века появляются законы, специально регулирующие эту разновидность купли-продажи. В ряде стран (например, англо-американских) право собственности, несмотря на состоявшееся соглашение и на передачу вещи, удерживается продавцом, и покупатель до полной уплаты покупной цены права собственности не приобретает. В Советских Республиках этот вопрос решается по-разному. По закону СССР<sup>\*\*)</sup> право собственности переходит к покупателю с момента совершения договора, однако, покупатель до полной уплаты покупной цены не имеет права отчуждать или пользоваться вещью способами, ведущими к ее уничтожению (ст. 4 закона). В законе РСФСР<sup>\*\*\*)</sup> вопрос о том, кто является собственником вещи, обойден.

\*) Агарков, цит. соч. стр. 74.

\*\*) Пост. ВУЦИК и СНК УССР от 3/X-1924 года.

\*\*\*) Пост. ВЦИК и СНК РСФСР от 10/X-1923 года.

Можно спросить, что это за купля-продажа, если неизвестно, кто после совершения договора будет собственником вещи или хотя договор заключен и вещь передана, но покупатель не становится собственником, или же, хотя покупатель и становится собственником, но он не вправе распорядиться объектом своей собственности. Эти примеры иллюстрируют то положение, что требования хозяйственной жизни и гражданского оборота подчас властно диктуют включение в договор условий, не свойственных природе данного договора. Нельзя согласиться поэтому с тем, что в силу ст. 138 ГК „договор дарения не может быть осложнен какими-нибудь обязательствами со стороны одаряемого“<sup>\*)</sup>). Договор дарения нашим ГК вообще не урегулирован с точки зрения его содержания. Ст. 138 ГК нормирует лишь форму договора. Поэтому объяснять невозможность осложнения дарения каким-либо обязательством ссылкой на статью 138 ГК — нет никаких оснований. Не исключается возможность осложнения дарения и обязательством о пожизненном содержании. Договор дарения с обязательством о пожизненном содержании не меняет природы юридического отношения в целом. Даритель стремится одарить одаряемого, а обязательство о его пожизненном содержании является лишь стимулирующим моментом. И в этом смысле оно относится лишь к мотивам дарения. Между тем, давно замечено, что мотивы дарения могут быть самые разнообразные — возвышенные, благородные, но и далеко неблагородные и небескорыстные. Мотивы при дарении, может быть, очень далекие от чувства бескорыстия, не имеют никакого значения для юридической стороны вопроса<sup>\*\*)</sup>). Признание договора об отчуждении имущества с обязательством о пожизненном содержании своеобразным договором дарения, а не куплей-продажей, или иной формой возмездного отчуждения предопределяет решение важных вопросов, отсюда вытекающих. Так, сложным является вопрос об ответственности дарителя за отчуждение подаренного имущества по иску третьего лица о праве собственности (за эвикцию). Практически это возможно в редких случаях, так как предметом договора дарения с обязательством о содержании чаще всего являются домостроения. Имея ввиду, что этот договор оформляется в нотариальном порядке, нотариус обязан проверить все документы, подтверждающие право дарителя на отчуждение домостроения. Однако, застраховать себя от эвикции

\*) См. „Судебная практика Верховного Суда СССР“ 1944 г. вып. VIII/XIV стр. 15.

\*\*\*) Шершеневич, учебник Русского гражданского права, изд. 1891 г. стр. 336.

после дарения нельзя, особенно в настоящий момент, когда в течение нескольких лет на временно оккупированной фашистскими захватчиками территории домостроения переходили к разным собственникам, и переход оформлялся в условиях, исключавших возможность проверки правильности владения. Этот переход домостроения от одного лица к другому часто не отвечал требованиям советских законов. Вот почему случай эвикции после дарения, хотя предметом договора является домостроение, возможны и в наших условиях.

Западно-европейское законодательство придает моменту безвозмездности в сделках и то значение, что ответственность, например, дарителя смягчается по сравнению с ответственностью отчуждателя имущества в возмездной сделке, например, по купле-продаже. Так, ответственность дарителя перед одаренным за вред, происшедший от дарения, наступает только в том случае, если вред является результатом умысла или грубой небрежности, а в остальных случаях например, за легкую небрежность ответственность не наступает\*). Что касается ответственности за эвикцию, то большинство кодификаций исключает ее и не устанавливает обязанности дарителя по очистке подобно обязанности продавца. Французский гражданский кодекс и русское дореволюционное право не упоминают об этом, но практика склонялась именно к такому решению вопроса. Тот же французский гражданский кодекс для конкретного случая устанавливает ответственность за эвикцию, а именно, если дар был сделан в качестве приданного (art. 1440, 1547).

Объясняют совершенно определившуюся в этом вопросе тенденцию тем, что даритель передает вещь в том состоянии, в котором он сам ею владел, в том числе с риском эвикции; объясняют это также чувством справедливости, так как несправедливо возлагать ответственность на бескорыстного дарителя и т. п. Так или иначе, но тенденция в этом вопросе как в теории, так и в положительном праве и судебной практике западно-европейских стран определилась совершенно ясно.

В советском гражданском праве вопрос о влиянии момента безвозмездности на степень и объем ответственности должника не разработан, хотя казалось бы, именно общественные отношения социалистического общества создают более широкую базу для совершения безвозмездных сде-

---

\*) Ст. 248 Швейцарского обязательственного закона, § 521 В. Г. В. В Швейцарском обязательственном законе, кроме того, содержится норма общего характера (ст. 99), согласно которой объем ответственности „подлежит более мягкому определению в тех случаях, когда сделка не предусматривала доставления выгоды должнику“.

лок, чем это имеет место в эксплуататорском обществе. Тем не менее, этот вопрос ждет еще своего исследователя\*). Что касается норм положительного права, то в советском законодательстве нет прямого ответа на этот вопрос. Только в разделе Гражданского Кодекса о займе моменту безвозмездности в некотором смысле придано значение. Так, согласно ст. 215 Граж. Код., по беспроцентному займу заемщик вправе произвести, а займодавец обязан принять платеж до срока. Между тем, по процентному займу возможность уплатить до срока и освободиться от заемного обязательства поставлена в зависимость от некоторых условий, а именно: заемщик обязан предупредить о желании уплатить до срока займодавца за три месяца или уплатить ему проценты за месяц вперед, если процент по займу превышает установленный соответствующему времени учетный процент Государственного банка по активным операциям (ст. 216 ГК).

Следовательно, момент безвозмездности имеет в этом случае значение лишь в смысле возможности исполнения обязательства до срока. Других норм, которые придавали бы какое-нибудь значение моменту безвозмездности, мы не находим в действующем законе. Правило, изложенное в ст. 216 ГК, не является также конкретным выражением общей нормы, подобно ст. 99 Швейцарского обязательственного закона о более мягком определении ответственности должника по безвозмездной сделке. Такой общей нормы мы в советском праве не имеем. Это правило является скорее продолжением и конкретизацией, применительно к договору займа, общего положения об обязательствах, согласно которому должник вправе исполнить обязательство и до срока, если это не противоречит смыслу договора (ст. 112 ГК).

Смягчается ли ответственность дарителя по очистке, в частности, за эвикцию по советскому праву? Так как в нашем Гражданском Кодексе вообще отсутствует нормы, регулирующие отношения сторон по договору дарения, и при этом отсутствует также общая норма о смягчении ответственности должника по безвозмездной сделке, следует прийти к выводу, что ответственность дарителя за дефекты в праве на отчуждаемое имущество наступает по общим правилам советского обязательственного права. Поскольку дарение, как и купля-продажа, имеет своей целью перенесение права собственности на отчуждаемое имущество, постольку ответствен-

---

\*) Утверждение Гойхбарга о том, что „наш Кодекс вообще относится отрицательно к безвозмездным сделкам“ не имеет никаких оснований и является одним из многочисленных извращений автором природы советского гражданского права, (см. Проф. А. Гойхбарг „Хозяйственное право РСФСР“ т. I. М. изд. III)

ность за эвикцию является необходимым следствием. Ответственность за эвикцию по купле-продаже прямо предусмотрена ст. 193 ГК. Что же касается ответственности по дарению, то она вытекает из ст. ст. 117 и 118 ГК, устанавливающих ответственность должника за невыполнение обязательства. Отсюда даритель, следовательно, отвечает за умысел и неосторожность и освобождается от ответственности за случай, т. е. за такие обстоятельства, которые наступают помимо его воли. Этим самым ответственность дарителя по советскому праву идет дальше ответственности дарителя по буржуазному праву: она распространяется также и на легкую небрежность. Основания для такого различия в объеме ответственности по советскому и буржуазному праву вытекают не только из анализа различных норм. Эти основания коренятся в различных общественных отношениях, складывающихся на иных материальных основах, на различных исторических типах собственности. Возмездная сделка в буржуазном обществе выражает нормальный ход вещей с точки зрения движения капитала. „Там, где буржуазия достигла господства, она разрушила все феодальные, патриархальные, идиллические отношения. Она безжалостно разорвала пестрые феодальные связи, прикреплявшие человека к его „естественным повелителям“ и оставила между людьми только одну связь голый интерес, бессердечный „чистоган“. Она утопила в ледяной воде эгоистического расчета священный порыв набожной мечтательности, рыцарского воодушевления, мещанской сентиментальности. Она превратила личное достоинство человека в меновую стоимость и поставила на место бесчисленных, скрепленных грамотами и благоприобретенных свобод, одну бессовестную свободу торговли,“<sup>\*)</sup>. Поэтому неудивительно, что предметом возмездных сделок становятся не только вещи в физическом или материальном смысле. Вещи, которые сами по себе не являются товарами, например, совесть, честь и т. д. могут стать продажными для своих владельцев, таким образом, при посредстве цены приобрести товарную форму“<sup>\*\*)</sup>. В этих условиях возмездная сделка — нормальное явление, безвозмездная сделка — аномалия. В безвозмездной сделке в буржуазном обществе усматривают поэтому акт щедрости, милосердия и т. п. Такое положение безвозмездной сделки в гражданском обороте, основанном на частной капиталистической собственности, получает свое отражение в правовом регулировании ее. Объем ответственности обязанного по безвозмездной сделке лица сужается, подобно тому

\*) Маркс и Энгельс. Манифест Коммунистической партии, 1932 год, стр. 19-20.

\*\*\*) К. Маркс, Капитал, том I. М. 1931 год, стр. 56.

как объем ответственности обязанного по возмездной сделке лица расширяется вплоть до установления в ряде случаев ответственности за невиновное поведение.

Использование советским правом одноименных понятий и институтов из арсенала буржуазного гражданского права не означает еще тождества по существу. „Марксизм-Ленинизм не отождествляет права переходного периода от капитализма к коммунизму с буржуазным правом“ \*). Поэтому в условиях социализма как возмездные, так и безвозмездные сделки являются выражением, в конечном итоге, социалистического принципа распределения. Безвозмездная сделка это не отклонение от нормы, предопределяющее иной подход к ней в смысле снижения или смягчения ответственности за выполнение обязательства. Мы не говорим уже о том, что социалистический гражданский оборот по своей стройности и дисциплинированности должен стоять неизмеримо выше гражданского оборота классово-антагонистического общества, основанного на частной капиталистической собственности. Действительная свобода субъектов, вступающих в гражданские правоотношения, также обуславливает одинаковую ответственность, независимо от возмездного или безвозмездного характера сделки и не требует снисходительного отношения и особого подхода к тем, кто совершает безвозмездные сделки. Следовательно, не только по формальным соображениям, но и по существу мы приходим к выводу, что ответственность дарителя, как и продавца, наступает по принципу ответственности должника, не выполнившего обязательства.

Высказанные соображения в полной мере применимы и к договорам дарения с дополнительным отношением в виде обязательства одаренного содержать дарителя пожизненно.

Ответственность продавца за эвикцию выражается в том, что он обязан возместить покупателю убытки—как положительный ущерб в имуществе, так и упущенную выгоду (ст. 117 ГК)\*\*). Ответственность дарителя, заключившего договор о пожизненном содержании может заключаться, на наш взгляд, в вознаграждении, одаренного за отрицательный договорный интерес. Понятие отрицательного договорного интереса недостаточно разработано в науке советского гражданского права. Применительно к интересующему нас вопросу мы употребляем это понятие в том смысле, что одаренный, в случае эвикции, имеет право требовать

---

\*) Вышинский—Основные задачи науки Советского социалистического права, Юриздат 1938 год, стр. 33.

\*\*\*) Вопрос об упущенной выгоде остается спорным в советской литературе.

понесенные расходы на принятие имущества, затраты на внесенные улучшения имущества, судебные издержки по делу об эвикции и т. п., но он не может требовать стоимости самого имущества. Это нельзя рассматривать как отступление от высказанного выше взгляда на принцип ответственности по возмездной и безвозмездной сделке. Там речь шла об основаниях ответственности, здесь мы говорим о содержании ответственности. И этим содержанием может быть вознаграждение за отрицательный договорный интерес в указанном выше смысле. Иная постановка вопроса практически и немыслима. В самом деле, представим себе одинокого, нетрудоспособного человека, ищущего иждивения. Он получает это иждивение путем дарения дома. Затем, в связи с недостатком в праве на дом, одаренный, вследствие эвикции, лишается дома. Можно ли практически представить себе, чтобы одаренный требовал от дарителя стоимость дома? Если и представить себе такую возможность, то только в виде *ius pium*. Вот почему мы решаем этот вопрос в смысле права одаренного требовать возмещения за отрицательный договорный интерес. В связи с этим возникает другой вопрос, снимается ли с одаренного обязанность пожизненного содержания дарителя? Нам представляется, что на этот вопрос следует дать положительный ответ, так как разрушение основного договорного отношения, отпадение каузы в главном обязательстве автоматически должно повлечь, за собою и отпадение дополнительного обязательства. Кроме того продолжение иждивения увеличивало бы объем отрицательного договорного интереса, на возмещение которого имеет право одаренный, следовательно, иждивение перестало бы быть таковым и превратилось бы в возмездное содержание и в возмездное оказание услуг. Отсюда также следует, что, определяя объем вознаграждения, взыскиваемого с дарителя, одаренный имеет право также включить стоимость уже предоставленного иждивения к моменту эвикции с зачетом полученных выгод.

Гражданский Кодекс признает недействительным соглашение об устранении или ограничении ответственности продавца за отсуждение имущества от покупателя в пользу третьего лица, если продавец, зная о существовании права третьего лица, умышленно это скрыл. Следовательно, если продавец не знал о существовании права третьего лица и умышленно не скрыл этого, допустимо включение в договор оговорки об устранении или ограничении ответственности продавца. Полагаем, что это положение по аналогии применимо и к отношениям сторон по договору дарения, поскольку момент безвозмездности не меняет здесь положения, а принципиально ответственность за эвикцию

дарителя, как и продавца, мы выше признали. Если бы такая оговорка в договоре дарения была, то в случае эвкции право иждивения дарителя сохранилось бы, соответственно сохранилось бы и обязательство одаренного. Это обязательство пользовалось бы исковой защитой.)

Существенным для решения ряда вопросов является выяснение природы обязательства о содержании. Мы уже указывали, что оно является дополнительным отношением к главному обязательству по договору дарения.) Если в силу этого договора у одаренного возникает вещное право на имущество, чаще всего строение, то у дарителя возникает обязательственное право, выражающееся в праве требовать иждивения. Это длящееся право не ограничено определенным сроком. Оно прекращается со смертью. Поэтому оно и не может быть ограничено определенным сроком. Нам известны из практики случаи, которые весьма красочно иллюстрируют это положение. В 1918 году был заключен договор дарения с обязательством о содержании, а в 1945 дарительница Л. предъявила иск на том основании, что ее плохо кормят. Истица требовала отобрания дома. В течение 27 лет Л. получала иждивение, а потом потребовала расторжения договора. Другой пример: гр. Н. заключил договор дарения домостроения с обязательством одаренного о содержании дарителя. Через три дня после заключения договора даритель умер. Эти два, противоположных по своему содержанию примера показывают, в какой мере обязательства о содержании страдают неопределенностью.) В связи с этим и возникает вопрос, не является ли обязательство о содержании резолютивным (отменительным) условием дарения. Вообще возможность заключения дарения под резолютивным условием признается в законодательстве ряда стран (Франция, Швейцария и др.) В русском дореволюционном праве этот вопрос составлял предмет спора, исходя из различного толкования и соотношения между ст. ст. 975-977 ч. I тома X Свода Законов. В советском праве статьи ГК об условных сделках (41-43) не содержат каких-либо исключений. Следовательно, принципиально, полагаем, нет оснований считать невозможным заключение по действующему праву договора дарения с резолютивным условием. Однако, содержание дарителя нельзя считать отменительным условием дарения. Хотя здесь и существует неопределенность в том смысле, что неизвестно, когда обязательство прекратится, поскольку оно зависит от наступления смерти дарителя, но по справедливому замечанию Синайского „смерть лица будет сроком: она, наверно, наступит, хотя и неизвестно, в какой момент, между тем, условием будет только обстоятельство, в отношении которого



не известно, наступит ли оно или не наступит<sup>\*)</sup>. Но нас в данном случае интересует, не является ли само обязательство о содержании отменительным условием для дарения в том смысле, что невыполнение этого обязательства прекращает право собственности, полученное по дарению. На этот вопрос мы отвечаем отрицательно. Отказ одаренного в предоставлении иждивения дарителю дает последнему право требовать выполнения обязательства, и это право пользуется судебной защитой. Но отсюда не следует [что невыполнение обязательства отменяет право одаренного на полученное имущество]

Отвергая мысль о характере обязательства содержания дарителя как об отменительном условии, может, на первый взгляд, казаться, что мы здесь встречаемся с модусом или иначе возложением. В действующем праве мы с этим понятием не встречаемся. Ни термин (модус, возложение, наказ), ни содержание его в советском праве не разработаны. Возложением обязанности на контрагента, получающего имущество, не исчерпывается понятие модуса. Модус предполагает известное ограничение того, что получил контрагент. Исполнение модуса должно быть тесно связано с полученным имуществом. Обязанность, возложенная на контрагента, должна иметь своим содержанием определенное действие в отношении того же самого объекта, который был им получен. Поэтому, если, скажем, подарен дом с тем, что одаренный обязан предоставить [дарителю или третьим лицам право пожизненно проживать в этом доме, это будет модус, ибо обязанность одаренного имеет своим содержанием тот же объект, в отношении которого одаренный, вследствие модуса, испытывает некоторые ограничения (например, невозможность заселения всего дома по своему усмотрению). Но, если содержанием обязательства одаренного является иждивение дарителя, то объектом является уже не подаренный дом, и [обязанное действие имеет своим содержанием нечто иное. Если бы мы допустили, что иждивение дарителя идет за счет доходов, получаемых от дома, тогда можно было бы, пожалуй, говорить о модусе. Но такое допущение не имеет ни теоретических, ни практических оснований. Право собственности граждан на домостроения — это право личной собственности, назначение которого обеспечить жилищные потребности собственника домостроения. Не меняет положения и то обстоятельство, что собственник вправе часть помещения сдавать в наем, так как эта возможность лимитирована двумя не мало важными факторами: незначительностью размера домостроений и

\*) Синайский, Русское гражданское право вып. II, 1918 г., стр. 92.

нормированной законом квартирной платой. Потребительский характер права собственности на дом от этого не меняется. „Можно сдавать в аренду излишки жилой площади,— правильно замечает проф. Генкин,— но нельзя приобретать дом со специальной целью сдачи его в аренду, так как это противоречит социальному назначению личной собственности в условиях социализма“ \*). К тому же доходы, получаемые собственником от дома, как правило, столь незначительны, что они далеко не покрывают расходов по поддержанию дома в надлежащем состоянии. Поэтому усматривать в этих доходах источник иждивения дарителя, конечно, нельзя. Если бы дом мог быть действительно реальным источником такого иждивения, то собственник дома вряд ли прибежал бы к дарению с целью получения иждивения. В том то и дело, что, не имея этих источников, собственник дома дарит его другому лицу. Вот почему мы не рассматриваем обязательство о содержании дарителя до смерти как модус. Этим мы не отрицаем возможности заключения по советскому гражданскому праву *donatio sub modo*. Но обязательство о пожизненном содержании таковым не является. А раз так, то нет надобности останавливаться на последствиях невыполнения модуса—вопрос достаточно запутанный и сложный и требующий отдельного изучения.]

Все же остается неразрешенным вопрос о том, как быть в случае, если одаренный, к которому перешло право собственности на имущество, по большей части домостроение, не выполняет лежащей на нем обязанности.

Существенным и необходимым элементом всякой обязанности является санкция, без нее нет и самой обязанности. „Долг и ответственность являются не различными и не зависимыми друг от друга элементами обязательства, а лишь двумя аспектами одного и того же отношения“ \*\*). Известное раздвоение или расчленение этого единого отношения на долг и ответственность (*Schuld u Haftung*) уводит нас корнями к древнегерманскому праву и в настоящее время, по общему признанию, утратило свое значение. Неисполнение должником обязанности, непогашение долга, имеет своим неизбежным последствием действие санкций, т. е. применение средств, стимулирующих или понуждающих должника выполнить лежащую на нем обязанность. Если одаренный не выполняет своей обязанности по отношению к дарителю и не представляет ему условленного иждивения, то, естественно, он к этому должен быть принужден.

\*) Д. Генкин.—Право личной собственности. Журнал Соц. Зак. № 10 за 1946 г. стр. 20.

\*\*) Агарков, цит. соч. стр. 44.

Однако, это принуждение не может идти по пути колебания или лишения [одаренного вещного права на получение имущества] Обязанность содержания дарителя обременяет право одаренного [Но одаренный приобретает вещное право—право собственности на полученное имущество. Следовательно, он может им распоряжаться, в частности передавать это имущество третьим лицам] Но и после такой передачи обязанность одаренного по отношению к дарителю полностью сохраняет свою силу. Обязанность пожизненного содержания не подобна известным гражданскому праву вещным обременениям, например, залогу. Оно не переходит вместе с вещью. И понятно, это обязательственное отношение, которое сохраняет свою силу только по отношению к определенному лицу. Вещное право одаренного и обязательственное право дарителя, возникнув из одного и того же основания, в дальнейшем эту связь теряют и каждое из них имеет различные способы защиты. Вот почему при невыполнении одаренным своей обязанности, т. е. при недоставлении дарителю содержания или доставления ненадлежащего содержания, например, если одаренный плохо кормит дарителя, нельзя прибегать к средствам, колеблющим или, что еще хуже, лишаящим одаренного вещного права на полученное имущество [В противном случае мы пришли бы к практически нецелесообразным выводам. Достаточно вспомнить приведенный выше пример с договором дарения, заключенным в 1918 году. Мы уже не говорим о том, что даритель потерял право требовать возврата дома, так как после денационализации одаренный приобрел совершенно новый титул права собственности и, следовательно, его право не базировалось уже на договоре дарения. Но, если бы этого немаловажного факта и не было, то и тогда абсолютно нецелесообразно по практическим соображениям отбирать дом у одаренного, который на протяжении многих лет проявлял рачительное отношение к имуществу, поддерживал его в надлежащем, хозяйственном состоянии, платил государству установленные налоги и сборы и т. п. И все же, не посчитавшись со всем этим, Народный суд расторгнул указанный договор, постановив вернуть дарительнице дом. К сожалению, такие решения не являются единичными в нашей судебной практике. Истцы по таким делам всегда требуют возврата дара, а судебные органы эти требования удовлетворяют, не считаясь, между прочим, и с теми затратами по дому, которые были произведены за время действия договора. Нам известен случай, когда Народный суд в 1945 году постановил по делу К. и Т. вернуть дарителю дом, подаренный в 1932 году, несмотря на то, что дом был одаренным заново перестроен. Больше

того, Народный суд по этому делу постановил выселить одаренного с его семьей из этого дома. Определением Областного суда решение в части возврата дома было подтверждено, а в части выселения отменено. Основанием для удовлетворения иска послужило то обстоятельство, что одаренный плохо кормит дарителя.

Отсутствие в договорах дарения с обязательством о содержании точного определения, в чем именно должно выражаться иждивение дарителя придает этому обязательству несколько эластичный характер. Суд по обстоятельствам дела должен определить, как выполняется это обязательство. Даритель иногда предъявляет повышенные, а порой и неосуществимые требования. Например, по указанному выше делу на суде было установлено, что семья одаренного питалась также как и дарительница, но последняя считала это недостаточным.

Можно ли оправдать такую судебную практику? Мы считаем ее абсолютно неправильной! Прежде всего, наш закон не предусматривает возможности отмены дарения, вследствие неблагодарности одаряемого, причем безразлично, выражается ли неблагодарность в плохом отношении, скажем, непочтении к дарителю, или в чем-либо другом, более существенном. Буржуазные кодификации знают ряд оснований, по которым дар подлежит возврату. Наиболее распространенным является неблагодарность одаренного. И это вполне последовательно, если учесть то место, которое занимает безвозмездная сделка в буржуазном обществе. Но значит ли это, что мы должны следовать по этому пути? Конечно, нет. Мы должны исходить из принципиального положения о том, что дар возврату не подлежит. Если здесь и мыслимы отступления, то лишь в том случае, когда дарение находится в стадии обязательственного отношения, но если дар уже перешел в собственность одаренного, в частности, если дом уже передан и оформлен, а также и освоен одаренным, не может быть речи о возврате дома, даже в том случае, если одаренный не выполняет возложенной на него обязанности в силу договора.

Высказанные соображения отнюдь не означают, что одаренный свободен от выполнения обязанностей содержать дарителя до смерти. Выше уже было замечено, что санкция составляет необходимый элемент всякого обязательства, что долг и ответственность—неразрывные части единого целого и что, следовательно, одаренный может быть принужден к исполнению обязанного действия, каким является содержание дарителя. Право дарителя на иждивение может быть осуществлено путем принуждения к этому ода-

ренного. И это принуждение, на наш взгляд, может выражаться в обязанности судебным решением одаренного реально выполнить то действие, которое он обязан совершить, т. е. предоставить дарителю иждивение. [Но одаренный не может быть принужден к возврату того, на что он приобрел право собственности без каких-либо ограничений или вещных обременений. В праве распоряжения полученным имуществом одаренный не ограничен. Следовательно, в практике возможны случаи, и они имеют место, когда, подаренное имущество уже отчуждено третьим лицам, а обязательство о содержании продолжает действовать. Но от третьих лиц, получивших право на имущество, даритель, во всяком случае, не может требовать возврата имущества. Не может он также истребовать его и от одаренного. Любопытно, что Верховный Суд СССР, который высказывал свое отрицательное отношение к таким договорам, в своем определении по делу Громовой с 33-й Детской колонией не настаивает на возврате подаренного дома и считает возможным, „учитывая сложившиеся отношения, обязать колонию уплатить Громовой стоимость домовладения за вычетом фактически понесенных колонией расходов по содержанию Громовой“. К сожалению, на эту часть определения суды не обращают внимания и, сколько нам известно, суды, по большей части, удовлетворяют иски, возвращая дарителям подаренное имущество, в случае невыполнения одаренным своих обязанностей по отношению к дарителю. Такую практику оправдать нельзя. И всякая попытка оправдать ее обречена на неудачу. Так, например, В. Рясенцев \*) правильно считает, что обязанность предоставления пожизненного содержания не ограничивает права приобретателя строения. Тем не менее, В. Рясенцев допускает, в случае нарушения обязанности, расторжение договора и восстановление сторон в первоначальное положение. В чем же тогда выражается (неограниченное право приобретателя и что от этого права остается, если стороны восстанавливаются в первоначальное положение? Ошибочность этого взгляда коренится в том, что переход имущества к одаряемому и обязанность содержания дарителя рассматриваются как встречные обязательства в стадии их исполнения. Это видно хотя бы из ссылки В. Рясенцева на 144 ст. ГК. В том то и дело, что речь идет об уже совершившемся дарении, домостроение уже передано и никаких, собственно, обязательств даритель уже не имеет, подобно тому, как их не имеет займодавец, заключивший договор займа. Ни практическими, ни теоретическими

\*) Цит. статья.

соображениями нельзя оправдать обязанности одаренного возвратить имущество, на которое он имеет неограниченное право. Неисполнение одаренным обязанностей, т. е. непредоставление или не надлежащее предоставление иждивения дарителю дает последнему право, в силу ст. 117 ГК, требовать убытки, т. е. присуждение ему, в случае прекращения иждивения в натуре, периодических платежей. Суд в этом случае по своему справедливому усмотрению должен присудить дарителю алименты. С целью большего обеспечения интересов дарителя не исключается возможность капитализации алиментов уже в момент заключения договора. А в случае, если и в договоре об этом не упомянуто, этот пробел может быть восполнен судебным решением. Естественно, что при исполнении судебного решения может быть обращено взыскание и на подаренный дом, если он не перешел в собственность к третьим лицам. Последние пользуются защитой как законные и добросовестные приобретатели. Думается нам, что такое решение вопроса вытекает из природы договора дарения с обязательством о содержании дарителя и полностью отвечает интересам сторон. Наконец, такое решение вопроса соответствует также требованиям гражданского оборота.

---

*Доцент Д. Н. Розенберг*

## **О понятии имущественных преступлений в советском уголовном праве \*)**

**(ОБЪЕКТ И ПРЕДМЕТ ПОСЯГАТЕЛЬСТВА)**

Понятие „имущественное преступление“ в советском уголовном праве получает качественно иное содержание, чем в буржуазном уголовном праве.

Это качественно иное содержание определяется прежде всего различием общественных систем.

Посягательства на имущество занимают обширное место среди уголовных преступлений и соответственно отражены в нормах советского права.

Однако, не всякое посягательство на имущество охватывается понятием „имущественного преступления“.

Самое понятие „имущественное преступление“ является чрезвычайно сложным и нуждается в тщательном анализе.

При определении понятия имущественных преступлений в советском уголовном праве необходимо учитывать следующие моменты:

а) имущественные преступления посягают как на имущество социалистическое, так и на имущество личное.

Различие объектов посягательств непосредственно влияет на природу этих преступлений безотносительно к внешнему проявлению преступной деятельности. Вернее, при полном внешнем совпадении объективной стороны составов преступлений, имущественные преступления против социалистической собственности резко отличаются от посягательств на имущество отдельных лиц. Это отличие определяется иной

---

\*) В действующем законодательстве и уголовно-правовой науке принят термин „имущественные преступления для характеристики“ преступлений против собственности. Это неправильный термин. В этой статье приводятся соображения о необходимости изменения наименования этой категории преступлений. В настоящей работе мы продолжаем пользоваться принятым термином — „имущественные преступления“ — условно.

оценкой опасности посягательств на социалистическую собственность, а, следовательно, и особой правовой регламентацией этих деликтов.

б) Социалистическое имущество и личное имущество охраняются всей системой советского законодательства. Уголовному Кодексу известны нормы, предусматривающие ответственность за преступления, посягающие на имущество социалистическое или имущество отдельных лиц, и тем не менее отнесенные к категории других, неимущественных преступлений. Эти преступления выступают не как самостоятельные, а в сочетании с иными посягательствами (должностные, хозяйственные преступления, преступления против личности, против порядка управления).

В ряде случаев, независимо от того, что посягательство непосредственно направлено на имущество, все же социально-экономическая и правовая характеристика этого посягательства не охватывается понятием имущественного преступления (обмеривание и обвешивание, совершение обманных действий с целью возбуждения суеверия, для извлечения таким путем имущественных выгод и т. п.), а переходит в иную категорию преступных посягательств.

в) Имущественные преступления в условиях советской системы отношений приобретают особое социальное значение, определяемое с одной стороны социалистической экономикой, а с другой — социалистическим правосознанием трудящихся.

Приведенные выше положения настоятельно требуют рассмотрения и изучения всей совокупности вопросов, связанных прежде всего с определением самого понятия имущественных преступлений.

Понятие „имущественные преступления“ может быть раскрыто лишь при глубоком анализе тех явлений, которые составляют содержание деликтов этого рода.

Совершенно естественно при изучении какой-либо группы преступлений прежде всего исходить из характера этих преступлений. Только в таком случае можно, пользуясь научной методологией, дать правильный анализ различных сторон явлений и найти их правильную социально-экономическую и правовую оценку.

До настоящего времени известные нам законодательства не содержат определения понятия имущественного преступления.

В буржуазной теории права по этому вопросу намечаются два направления. Представители одного направления вовсе отказываются от определения понятия имущественных преступлений.

Так, Кестлин высказывается против общей характеристики всех преступлений против имущества, т. к. в этих



общих основаниях, по его мнению, лежит сущая абстракция, которая ведет к произвольным обобщениям, ложным положениям и повторениям.

Точно так же Бернер и Майер вовсе устраняют вопрос об определении понятия имущественных преступлений, как бы игнорируют его.

Лист вместо определения понятия имущественного преступления излагает систему этих преступлений, ограничиваясь указанием на то, что объектом посягательства являются как отдельные имущественные права, так и имущество вообще.

Другие представители буржуазной теории права не могут скрыть значения этой группы преступлений и делают попытку найти определение понятия имущественного преступления.

Тальберг в своей работе „Насильственное похищение чужого имущества“ (С.-Петербург, 1880 г.) пишет: „с тех пор, как существует институт собственности, чужое имущество не перестает быть объектом наибольшей суммы преступлений в обществе“ (предисловие).

Далее Тальберг указывает: „Всякое действие, нарушающее юридический порядок (подчеркнуто мною Д. Р.) жизни данного общества, вызывает реакцию со стороны государства и чем важнее нарушаемое благо, чем большую закоренелость обнаруживает виновный, тем тяжелее ответственность его, тем суровее и строже уголовная кара“ (там же, стр. 124).

После такой оценки социального значения имущественных преступлений и предварительного оправдания суровой репрессии Тальберг делает попытку дать определение этого понятия: „Под имущественным преступлением следует понимать, выражаясь словами Грольмана, всякое противозаконное действие, посредством которого право собственности человека нарушается или ограничивается“ (там же, стр. 124).

Такая характеристика имущественного преступления является классическим образцом формального определения юридического понятия. В данном случае внешняя правовая форма вуалирует действительную сущность явлений.

Некоторые буржуазные ученые, пытаясь найти определение понятия имущественного преступления, привлекают для этого учение об объекте. Проф. Круглевский в своей работе „Имущественные преступления“ (С.-Петербург, 1913 года) уделяет значительное внимание учению об объекте преступления (стр. 1—98 названной работы). Правда, подробный анализ понятия объекта преступления проф. Круглевский считает необходимым в целях классификации имущественных преступлений. Однако, совершенно естественно,

что независимо в данном случае от цели постановки им вопроса—изучение объекта имущественных преступлений и его определение означает, вместе с тем, определение сущности преступлений имущественного характера. Исходя из неправильной трактовки понятия объекта и устанавливая, что объектом имущественного преступления является правовое имущественное благо, проф. Круглевский считает задачу определения понятия имущественных преступлений разрешенной.

Буржуазная наука права лишена возможности раскрыть действительное содержание понятия имущественных преступлений, ибо это означало бы признать классовые противоречия в капиталистическом обществе и эксплуататорский его характер. Отсюда стремление либо вовсе отказаться от определения понятия имущественных преступлений, либо отыскивать формальные определения, пригодные для того, чтобы скрыть сущность и характер этих преступлений в капиталистическом обществе.

Проф. Немировский, излагая имущественные преступления, анализирует похищение и его виды, оставляя открытым вопрос о родовом определении понятия имущественных преступлений (Советское уголовное право. Общ. и особен. изд. 2-ое, 1926 г. стр., 343).

Проф. Позднышев подробно исследует имущественные преступления и при этом основное внимание уделяет анализу отдельных видов, их отличительных признаков и понятия имущества.

Сущность и характер всей группы преступлений и их социальная природа, а, следовательно, и самое понятие имущественных преступлений остаются неосвещенными (Очерк основных начал науки Уголовного права, Москва 1923 г., стр. 79—141).

Б. Змиев начинает изложение имущественных преступлений определением их понятия: „Под именем имущественных преступлений понимаются преступные посягательства, объектом которых является имущество, принадлежащее как отдельным лицам, так и общественным организациям или государству в целом“ (Уголовное право, ч. особен. в. I. Преступления против личности и имущественные 1923 г., стр. 37).

Не трудно усмотреть, что такое определение страдает неясностью и по сути является формальным, т. к. не раскрывает значения и понятия объекта имущественных преступлений.

Проф. Жижиленко в введении к своей работе, озаглавленном „Общее понятие имущественных преступлений“, не дает определения этого понятия. Вместо определения понятия имущественных преступлений проф. Жижиленко говорит об особенностях этой категории преступлений. При

этом автор допускает неправильное положение, утверждая, что природа этих преступлений не меняется от того, направлено ли это преступление против имущественных благ личности, либо общества. („Имущественные преступления“. „Наука и школа“ Ленинград, 1925 г. стр. 7). В дальнейшем автор объясняет, что „преступления против имущества имеют своим предметом то благо, которое именуется имуществом“ (стр. 9 названной работы). Такое определение пригодно разве только для того, чтобы установить, что имущество является благом. Но необъясненным осталось понятие объекта имущественного преступления. Попутно следует отметить, что проф. Жижиленко в одном случае говорит об имуществе, как о предмете преступления, а в другом — об имуществе, как об объекте преступления, по существу отождествляя понятия объекта и предмета преступления.

Впервые правильную постановку вопроса об имущественных преступлениях мы находим только в советской литературе, например, в учебнике уголовного права (Уголовное право, Особенная ч., Москва 1943 г., стр. 213—263), а также в работе проф. Исаева „Указы Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1947 г.“ ВЮЗИ Москва, 1948 г. стр. 7.

Автор, проф. Исаев, вначале правильно указывает, что объектом имущественных преступлений является собственность. Однако, в дальнейшем, анализируя отдельные составы имущественных преступлений, автор отходит от принятой им правильной позиции и объектом имущественных преступлений считает имущество.

Такое смешение понятий объекта (собственность) и предмета (имущество) уже исключает возможность правильной оценки характера и сущности имущественных преступлений.

Как это видно из изложенного, буржуазная наука уголовного права либо вовсе не дает определения понятия имущественного преступления, либо прибегает к формальным определениям, вуалирующим характер и природу этих преступлений.

В советской юридической литературе вопрос этот не разработан с достаточной полнотой и до настоящего времени, как это видно будет из дальнейшего изложения, наблюдается смещение понятия объекта и предмета имущественных преступлений, что само по себе препятствует теоретическому анализу этой категории преступлений.

\* \* \*

Определение понятия имущественных преступлений, как и характеристика понятия любой иной категории преступлений, возможно лишь при условии установления такого признака, который отвечает следующим требованиям:

а) признак должен характеризовать в основных чертах социально-политическое значение всей данной категории преступлений;

б) эта социально-политическая оценка должна относиться к каждому из видов этой категории преступлений, быть общей для всех этих видов;

в) признак должен давать возможность отделить эту категорию преступлений от смежных и родственных с ней иных групп преступлений.

Такой признак, в силу свойств, ему присущих, обращается в родовый признак. Этот признак заключается в объекте преступления.

К этому признаку прибегают большинство теоретиков права в целях характеристики отдельных категорий преступлений.

Отсюда, естественно, возникают те разногласия, которые проистекают из различного понимания объекта, как правовой категории. Стало быть, предварительным условием, предшествующим определению понятия какой-либо отдельной категории преступлений, должно быть определение понятия объекта преступления, как правовой категории.

Понятие объекта преступления, как правовой категории, связано с системой права. Формально юридические теории права выдвигали в качестве объекта преступления правовую норму.

Нормативная теория права Биндинга является классическим выражением этого направления.

Норма по Биндингу—это фактор, организующий общественные отношения, фактор, призванный установить правопорядок. Норма—это изначальное, а общественные отношения—производное. Преступление опасно только потому, что оно направлено против нормы.

Такую же позицию последовательно проводит проф. Таганцев: „преступное деяние не существует, как скоро не существует юридической нормы, которую бы нарушило действие, учиненное виновным. Какой бы вред не заключало в себе деяние, какое бы благо им не разрушалось, оно не почитается преступлением, коль скоро в нем нет посягательства на норму“; „объектом является норма права“. (Лекции по русскому уголовному праву, ч. о. т. II, стр. 516).

Такой взгляд на понятие объекта преступления характеризует правовой фетишизм. „Юрист воображает, что он действует с априорными положениями, а это всего лишь экономические отражения“, — говорил Энгельс. Действительно, социальное значение поглощается юридической формой. „Юридическая форма кажется всем, а экономическое содержание—ничем“ (Маркс и Энгельс, собр. соч. т. XIV, стр. 673).

Совершенно правильно проф. Пионтковский, оценивая этот взгляд, говорит, что идеологическое отражение от совершения преступления принимается за сущность преступления (Пионтковский, „Система особенной части“. Сов. право 1926 г. № 2/10). Нормативная теория объекта является ярко выраженным идеалистическим понятием об объекте преступления.

Некоторые представители нормативной теории права вносят видоизменения в понятие объекта. Проф. Фойницкий утверждает, что ближайшим объектом преступления является то отношение, которое составляет реальное содержание данной нормы (Фойницкий. Курс уголов. права, ч. особ. изд. 2, стр. 4—5).

Однако, отношение, о котором говорит Фойницкий, — это не отношение классового господства и подчинения, не производственные отношения; „отношение“ по Фойницкому — это должное поведение лица по отношению к другим. Эта теория, так же как и нормативная теория, вуалирует классовую сущность права.

Другим направлением в области определения понятия объекта является теория „защищенного интереса“ или „правового блага“ Иеринга. Это теория исходит из представления об обществе, как о совокупности людей, которые, „действуя для себя, действуют и для других“. „Правовое благо“ Иеринга — это интерес отдельной личности. Это — индивидуалистический взгляд на правовое благо.

Несмотря на противоположность взглядов этих теорий, их объединяет то общее, что они игнорируют классовую сущность права.

В буржуазной литературе мы встречаем стремление по-новому трактовать понятие объекта; при этом различают объект защиты, которым является защищаемое законом благо (собственность) и объект нападения (имущество при краже) (Майер). Эта теория не вносит существенных изменений в теорию „правового блага“ и „защищенного интереса“ и является только своеобразным видоизменением ее.

Маркс учит, что „правовые отношения, как и формы государства, не могут быть поняты ни из самих себя, ни из так называемого всеобщего развития человеческого духа; наоборот, они коренятся в материальных условиях жизни, совокупность которых Гегель, по примеру англичан и французов XVIII столетия, объединил под названием „гражданского общества“, а анатомию гражданского общества надо искать в политической экономии“ (Маркс и Энгельс, т. XII, ч. I, стр. 6).

Не закон определяет отношения между людьми, не закон является первичным в организации общества, а, наоборот.

„Общество покоится не на законе. Это фантазия юристов. Наоборот, закон, в противоположность произволу отдельного индивидуума, должен покоиться на обществе, он должен быть выражением его общих, вытекающих из данного материального способа производства интересов и потребностей“ (Маркс и Энгельс, т. VII, стр. 254).

Право—это возведенная в закон воля господствующего класса.

Социалистическое право—это возведенная в закон воля советского народа. „Воля, если она государственная, должна быть выражена как закон, установленный властью“ (Ленин, т. XX, стр. 532).

Уголовное право призвано охранять определенную систему общественных отношений. Преступление посягает на систему общественных отношений, установленную в интересах господствующего класса. Отсюда, объектом является не норма, а то, что охраняется нормой, т. е. та система общественных отношений, которая отражена в нормах права.

Для юриста-марксиста это положение является аксиомой. Это положение получило свое отражение в материальном определении понятия преступления (ст. 4 УК УССР).

Совершенно правильно проф. Трайнин утверждает, что „этим положением проблема объекта преступления в системе социалистического уголовного права отнюдь не исчерпывается. По существу она,—говорит он,—лишь здесь начинается, ибо для разрешения важнейших для судебной практики вопросов—вопросов классификации—необходимо изучение объекта, как элемента состава конкретного преступного действия“ (проф. Трайнин. „Учение о составе преступления“. Москва, 1946 г., стр. 73).

Это верно, но, вместе с тем, разрешение этой проблемы было бы невозможно без принципиальной исходной позиции.

Нельзя искать специальный объект, свойственный отдельной группе преступлений, не опираясь при этом на правильное понимание общего объекта.

Несмотря на то, что указанное положение об объекте преступления в советской науке права совершенно бесспорно,—все же в советской правовой литературе встречаются высказывания, свидетельствующие о неправильном приложении этой аксиомы к определению объекта имущественных преступлений.

Не избегает такой ошибки и профессор Трайнин в цитируемой нами работе.

Исследуя чрезвычайно подробно вопрос об установлении специального объекта как для отдельных составов, так и для группы преступлений, проф. Трайнин утверждает следующее: „Поучительно, что закон говорит „имущественные

преступления“, а не „преступления против имущества“. Это не случайное различие в формулировках, за этим кроется мысль, которую необходимо учесть при разрешении вопроса об объекте“.

Далее проф. Трайнин продолжает: „Объектом посягательства может быть лишь та ценность, против которой направлен удар, которая терпит или может потерпеть ущерб в результате преступного посягательства. В соответствии с этим имущество должно быть признано объектом (подчеркнуто мною Д. Р.) в таких составах, как, например, умышленное истребление или повреждение имущества“. (Проф. Трайнин, „Учение о составе преступления“, стр. 76).

Такая трактовка объекта имущественных преступлений вызывает серьезные возражения.

Объект не может быть уничтожен, он может быть только нарушен, т. к. объектом, как было установлено выше, является отношение.

Достоинно внимания, что в дальнейшем проф. Трайнин совершенно справедливо указывает, что объектом кражи является „...чужое имущество, как это прямо указано в ст. 162 УК. Здесь, следовательно, подчеркивается значение кражи, как посягательства против собственности“ (там же, стр. 76).

Но способ действия, объективная сторона состава имущественного преступления, не может влиять на изменение объекта.

С точки зрения установления объекта имущественного преступления безразлична форма преступного посягательства: уничтожение или повреждение имущества, равно как и хищение имущества, имеют не различные, а один и тот же объект. К какому выводу приводит позиция профессора Трайнина, легко убедиться, иллюстрируя его взгляд примером. Так, если уничтожена принадлежащая кому-либо по праву собственности ценность, то объектом этого посягательства является имущество. Если же эта самая ценность похищена, а не уничтожена, то объектом оказывается собственность.

В первом случае сама ценность „потерпела“ ущерб, а во втором—ценность ущерба не „потерпела“, а отнеслась безразлично к своему перемещению.

Такой взгляд несовместим с правильной оценкой объекта преступления, которую развивает сам проф. Трайнин.

Каковы же признаки, характеризующие группу имущественных преступлений?

Отправляясь от определения понятия общего объекта преступления (господствующая система отношений), следует признать бесспорным, что родовой признак группы

преступлений (специальный объект) также представляет собой отношение и относится к общему объекту, как часть к целому. Таким образом, специальным объектом группы имущественных преступлений являются отношения имущественного характера, но отнюдь не имущество.

Однако, отношения лица к имуществу могут быть двоякого характера:

а) отношение фактического характера, господство над вещью;

б) отношение между людьми по поводу вещей, отношения правового характера.

Первый вид отношения—господство над вещью возможен и в бесклассовом обществе.

Такое отношение не может быть признано объектом преступления—явления, известного только в классовом обществе.

Второй вид отношения—отношение между людьми по поводу вещей—является отношением общественным, регламентированным правом.

Поэтому объектом имущественных преступлений являются установленные господствующим классом отношения между людьми по поводу имущества.

Такое определение объекта имущественных преступлений не уясняет еще всей сущности этих преступлений и, главное, не вскрывает различия характера этих преступлений в капиталистическом и социалистическом обществе.

Имущественные преступления посягают на такие отношения, которые проистекают из понятия и существа собственности и права собственности.

Без уяснения этих основных положений природа имущественных преступлений остается скрытой.

\* \* \*

Маркс доказал, что собственность и право собственности не вытекают из „природы“ человека. „Природа не производит на одной стороне владельцев денег и товаров, на другой стороне владельцев одной только рабочей силы. Это отношение не является ни созданным самой природой, ни таким общественным отношением, которое было бы свойственно всем историческим периодам. Оно, очевидно, само есть результат предшествующего исторического развития, продукт многих экономических переворотов, продукт гибели целого ряда древних формаций общественного производства“ (К. Маркс, Капитал, т. I, Партиздат 1937 г., стр. 187, 188).

Маркс доказал не только процесс смены одной формы собственности другой, но показал последовательный переход к полному противопоставлению трудящегося собственнику.



Первоначальной формой собственности является общинная, основанная на общем труде. Объект этой формы собственности в основном земля, как естественное условие труда.

Собственность, как институт права, возникает в процессе разложения первобытной общинной собственности.

С наступлением экономических условий, создающих возможность для присвоения чужого труда, появляется эксплуатация. Эти условия вызывают к жизни правовые нормы, снабженные принудительными санкциями, закрепляющие отношения эксплуатации.

При рабовладельческом строе—это право на раба, который является объектом господства. „При рабовладельческом строе,—говорит тов. Сталин,—основой производственных отношений является собственность рабовладельца на средства производства, а также на работника производства—раба, которого может рабовладелец продать, купить, убить как скотину...“ (Сталин. Вопросы ленинизма, изд. 11-ое, стр. 604).

Раб отделен от средств производства. Он сам принадлежит рабовладельцу на праве собственности.

При феодальном строе положение меняется. „При феодальном строе,—говорит тов. Сталин,—основой производственных отношений является собственность феодала на средства производства и неполная собственность на работника производства, крепостного, которого феодал уже не может убить, но которого он может продать, купить... Частная собственность получает здесь дальнейшее развитие“. (Сталин. Вопросы ленинизма, изд. 11 стр. 555, 556).

Буржуазная частная собственность характеризуется полным отрывом производителя от средств производства.

„В каждую историческую эпоху собственность развивалась различно и при совершенно различном складе общественных отношений. Поэтому определить буржуазную собственность—значит сделать не что иное, как описание всех общественных отношений буржуазного производства“. (К. Маркс. „Нищета философии“ ОГИЗ 1938 г., стр. 122).

При всем этом формы собственности, свойственные рабовладельческому строю, эпохе феодализма и капитализма, имели то основное общее, что все они—лишь формы частной собственности.

Буржуазное право, буржуазная философия утверждают, что собственность является прирожденным, естественным правом, что она родилась вместе с человеком и является частью его естества. Буржуазный государствовед Чичерин пишет: „...собственность вытекает из природы человека, как разумно свободного существа“. „Согласие частной собственности с природой человека имеет за собой не одни выводы философии, но и мировой опыт. Собственность существует

везде, где человек вышел из первобытного состояния". (Чичерин. „Собственность и государство“, стр. 97, 99).

Вот какой аргумент приводит буржуазный государствовед; он апеллирует к мировому опыту. Его пугает, что „... уничтожение личной самостоятельности и личной собственности, неизбежно связанные с водворением социалистического строя, не может не действовать губительно на производство“ (там же, стр. 407).

Естественно, что выражение „личная собственность“ понимается Чичериним как частно-капиталистическая собственность.

Другой буржуазный ученый А. Тьер поучает: „собственность есть факт общий, всемирный, который распространяется, а не уменьшается“. Далее: „не могут ли философы, эти естествоиспытатели человеческой природы, столь же основательно сказать, что собственность есть закон для человека, который создан для собственности, что она есть закон человеческой природы. Но этого, продолжает Тьер, еще мало: собственность составляет закон всех живых существ“. (А. Тьер. „Право собственности“, изд. 2-ое, стр. 20).

В таких пламенных выражениях буржуазный ученый пытается доказать извечность права собственности, игнорируя историю развития человеческого общества, проходя мимо закономерности этого развития, наперекор этим закономерностям, опираясь на так называемое естественное право.

Докладывая в Законодательном корпусе главу проекта французского Уголовного кодекса о преступлениях и проступках против собственности, член Комиссии Луве восклицал: „Собственность, какое множество идей сразу возбуждает в вашем уме это слово! Вы призваны к священной миссии содействовать своим голосованием защите того права, без которого все на земном шаре было бы еще в диком состоянии и могло бы вернуться к этому состоянию“. (вступит. статья М. М. Исаева. Французский Уголовный кодекс 1810 г. ВИЮН стр. 62).

Собственность становится центром вселенной, центром бытия, центром, для которого создан сам человек.

Такое преклонение перед институтом частной собственности и такое его освещение вызывается интересами эксплуататорского общества.

Буржуазная философия и буржуазное право, выполняя волю господствующего класса, возводят частную собственность во всемирный исторический институт, в институт, продиктованный „разумом“. „Мы знаем теперь,—говорит— Энгельс, что это царство разума было ничем иным, как идеализированным царством буржуазии“. (Собр. соч. Маркс, Энгельс, т. XIV, стр. 18).

Манифест Коммунистической партии определяет буржуазную частную собственность, как право присвоения прибавочной стоимости. Это определение, данное сто лет тому назад, в полном объеме сохраняет свою силу в настоящее время.

Приведенные положения должны быть исходными при изучении понятия имущественных преступлений в капиталистическом обществе.

Мы установили, что объектом всякого преступления, в том числе имущественного, является существующая система отношений. Там, где эти отношения основаны на частной собственности на средства и орудия производства, объект имущественного преступления выступает в качестве такого отношения, при котором господствующий класс присваивает прибавочную стоимость. Частная собственность — это право присваивать чужой труд или его продукт, а имущество — это результат осуществления этого права.

„...Собственность для капиталиста есть право присваивать чужой неоплаченный труд или его продукт, для рабочего невозможность присваивать себе свой собственный труд“. (К. Маркс. Капитал т. I. стр. 451 изд. Пролет., 1923 г.). Имущественные преступления в условиях капиталистического общества посягают на общественные отношения, состоящие в праве присваивать прибавочную стоимость. Объектом имущественного преступления при этих условиях становится частная собственность.

Характер объекта не меняется при посягательствах против государственной собственности капиталистического общества. Здесь также господствует закон присвоения чужого труда, т. к. государство выступает как частный собственник. Наконец, нас не должно вводить в заблуждение то обстоятельство, что в условиях капиталистического общества охраняется и заработная плата рабочего. Это та же охрана отношений капиталистического общества, т. к. заработная плата рабочего — единственный источник воспроизводства рабочей силы, как необходимый элемент дальнейшего капиталистического производства.

\* \* \*

Понятие имущественных преступлений в советском уголовном праве определяется системой отношений, при которой основой строя является общественная собственность.

„Основой нашего строя является общественная собственность, так же как основой капитализма — собственность частная. Если капиталисты провозгласили частную собственность священной и неприкосновенной, добившись в свое

время укрепления капиталистического строя, то мы, коммунисты, тем более должны провозглашать общественную собственность священной и неприкосновенной, чтобы закрепить тем самым новые социалистические формы хозяйства во всех областях производства и торговли" (Сталин. Вопросы ленинизма, изд 11-ое, стр. 393).

Отношения между людьми в советском государстве регулируются на основе социалистической собственности на орудия и средства производства; этим самым обуславливается и распределение по принципу социализма. При характеристике социалистической собственности мы прежде всего устанавливаем, что эта форма собственности: а) исключает возможность эксплуатации, б) определяет безграничное развитие общественного производства и притом в) на основе планового хозяйства.

В капиталистическом обществе в качестве объекта имущественных преступлений выступает частная собственность; в условиях социалистического общества объектом имущественного преступления является социалистическая собственность и личная собственность.

Личную собственность нельзя оторвать от социалистической, т. к. социалистическая собственность является ее источником, а личная собственность производной от нее. Особенность природы личной собственности заключается в том, что она не может быть превращена в частную собственность.

Личная собственность, не будучи тождественной—однотипна социалистической. Личная собственность состоит: а) из трудового дохода; б) полученного в соответствии с количеством и качеством труда; в) предназначенного для потребления; г) в условиях все расширяющихся потребностей трудящихся.

Подводя итоги изложенному, мы имеем основания для таких выводов:

1. Объектом имущественных преступлений являются отношения между людьми по поводу имущества, вследствие чего они являются общественными отношениями.

2. Эти отношения различны на разных этапах развития общества и при различных экономических формациях, вследствие чего и меняется внутреннее содержание объекта.

3. В капиталистическом обществе объектом имущественного преступления является частная собственность, т. е. право присвоения прибавочной стоимости;

4. В социалистическом обществе объект имущественных преступлений определяется системой социалистических отношений и выступает как собственность социалистическая либо как собственность личная.

\* \* \*

В свете приведенных положений особенно рельефно выступает качественное различие объектов имущественных преступлений в капиталистическом обществе и в социалистическом обществе. При таких условиях глубоко ошибочным представляется нам наименование „имущественные преступления“, применяемое в одинаковом смысле при изучении явлений в сфере имущественных отношений в капиталистическом обществе и в социалистическом обществе.

Таким же ошибочным представляется это же наименование, применяемое в одинаковом смысле при анализе посягательств на социалистическую и личную собственность.

Во всех трех указанных случаях имеются различные объекты посягательства, определяющие различное содержание составов преступления.

Совершенно неправильным, скрывающим классовую природу имущественных преступлений следует признать утверждение, что объектом имущественных преступлений является имущество.

Объектом этого рода преступлений является собственность, как общественное отношение, — частная собственность в капиталистическом обществе и социалистическая или личная собственность в социалистическом обществе. Термин „имущественные преступления“, как неправильный указывающий разве только на формальный признак, относящийся к объективной стороне состава, должен быть заменен иным наименованием этой категории преступлений. Эти преступления представляют собою преступления против частной собственности в буржуазном праве, преступления против социалистической собственности и преступления против личной собственности в—социалистическом праве. Такое наименование этих преступлений будет соответствовать их социально-экономической и политической оценке.

\* \* \*

Выше было указано, какое значение приобретает для понимания природы имущественных преступлений разграничение понятий объекта и предмета преступлений и к каким последствиям приводит смешение этих понятий.

Но и сам по себе вопрос о том, что является предметом имущественных преступлений вызывает много споров. Почти общепризнано, что предметом имущественных преступлений является имущество, но само это понятие (имущество) получает различное содержание при его применении для характеристики предмета преступлений.

Наиболее принятым в буржуазном праве является тот взгляд, что оценка предмета посягательств зависит от харак-

тера нарушаемого имущественного блага. Проф. Фойницкий утверждает, что „можно нарушить право на имущество или в полном его объеме, образующем право собственности, или только в одной из частей собственности — праве владения, распоряжения или пользования.

Право собственности, в свою очередь, может быть нарушено или относительно данного конкретного предмета юридического господства вещи, или относительно совокупности предметов обладания, неопределенных индивидуально, но, тем не менее, подлежащих юридическому господству лица и составляющих его правовое состояние“. (Фойницкий. Курс уголов. права. ч. особенная—„Посягательства на личность и имущество“, изд. 2-ое, стр. 162).

Имущество, как предмет преступления, признается Фойницким лишь в таких преступлениях, которые выражаются в хищении либо уничтожении имущества.

Проф. Круглевский, исходя из целей классификации имущественных преступлений, заявляет: „Предметами посягательств при имущественных преступлениях могут быть следующие четыре категории явлений: 1) материальное имущество; 2) владение; 3) психическое имущественное благо; 4) имущественные действия“. (Круглевский „Имущественные преступления“. С.-Петербург, 1913 г., стр. 72—73).

При этом автор, принимая такое деление, исходит из того, что „право возводит на степень блага не только вещи, но и владение вещами“ (стр. 80 цит. работы).

Проф. Жижиленко следующим образом выражает свой взгляд на этот вопрос: „Имущество, как объект преступлений этого рода, может быть понимаемо в двояком смысле: а) в смысле материальной вещи, т. е. определенного предмета внешнего мира, являющегося объектом имущественных прав другого лица; б) в смысле имущества, понимаемого, как право на имущество или как совокупность имущественных благ, охватывающих собою как материальные вещи, так и те или иные права по имуществу. В соответствии с этим одни имущественные преступления характеризуются как посягательства на имущество в смысле материальной вещи, другие же направляются против имущества вообще“. (Жижиленко, цит. работа стр. 9).

Приведенные взгляды Круглевского и Жижиленко в основном отражают существующее в уголовно-правовой литературе мнение о том, что предметом имущественного преступления могут быть как имущество, так и имущественные права. Обоснование этого взгляда одни видят в том, что право на имущество становится самостоятельным благом, а другие исходят из догматического толкования текста отдельных уголовно-правовых норм об имущественных пре-

ступлениях. Так, анализируя статью о мошенничестве, проф. Жижиленко говорит, что предметом мошенничества является „имущество, понимаемое в смысле имуществ вообще и обнимающее собою наряду с материальными вещами и отдельные права по имуществу“. (Жижиленко, цит. работа, стр. 150).

При решении вопроса о том, что является предметом преступления имущественного характера, должно исходить из того твердо установленного положения, что право не может быть предметом посягательства.

Право, в данном случае имущественное, характеризует отношение между людьми и в этом качестве оно выступает, как объект, а не как предмет преступления.

Предметом преступления имущественного характера может быть только имущество, как вещь внешнего мира, обладающая определенными свойствами. Права на имущество подвергаются нарушению при имущественных преступлениях (при краже чужого имущества — государственная, общественная или личная собственность), но при совершении этого преступления воздействие направлено на имущество — на вещь, которая изымается у собственника либо владельца.

Сущность предмета преступления не меняется и тогда, когда чужое имущество изымается путем обмана либо угрозы, т. к. в конечном счете и обман и угроза, равно полученное путем обмана либо угрозы право на имущество — является ничем иным, как средством получения все того же имущества. Действия по изъятию имущества могут иметь значение лишь для характеристики объективной стороны состава. Способ незаконного перехода имущества должен расцениваться, как своеобразный процесс, имеющий свои разновидности, но этот процесс не затрагивает предмета преступления — имущества — центрального интереса всего преступного действия.

Если определение предмета преступления при всех имущественных посягательствах вызывает ряд разногласий, то вопрос о том, что является предметом хищения, повреждения или уничтожения имущества, разрешается почти всеми одинаково: хищение или повреждение имущества имеет своим предметом только имущество — как материальную вещь.

Проф. Фойницкий говорит о 3-х сторонах имущества, как предмета преступления при хищениях имущества: физической, экономической и юридической.

Со стороны физической выставляются требования, чтобы имущество было вещественным предметом.

Со стороны экономической — имущество должно быть предметом гражданского оборота, т. е. иметь ценность, при

этом имеется в виду объективный масштаб при определении этой ценности. Ценность должна быть рыночной, а не личной. Различается также ценность по существу, которая характеризуется стоимостью материала и формы, и ценность по содержанию, — выразитель ценности.

Со стороны юридической — имущество должно быть предметом правового обладания физического или юридического лица.

Оставляя вопросы оценки физической и юридической сторон понятия имущества для суждения о них при анализе соответствующих составов преступлений, — остановим наше внимание на изучении экономической стороны. Этот вопрос является центральным при анализе понятия предмета имущественных преступлений.

По Фойницкому экономическая сторона имущества предполагает: а) предмет гражданского оборота, т. е. ценность; б) ценность, определяемую объективным масштабом.

Такую точку зрения проф. Фойницкого поддерживают Меркель, Неклюдов, Тальберг и другие.

Некоторые криминалисты полагают, что вопрос о том, имеет ли имущество меновую ценность, не влияет на состав хищения. Так, профессор Лист в своем учебнике (не аргументируя) указывает: имеет ли вещь меновую ценность или нет — безразлично". (Лист. Учебник уголовного права, стр. 139). Познышев более подробно излагает этот взгляд: „Для хищения так же, как и для присвоения, не необходимо, чтобы вещь обладала рыночной стоимостью: возможно похищение чужих писем, документов и т. п. предметов, рыночной стоимости не имеющих". (Очерк основных начал уголовного права, ч. особ. изд. 1923 г., стр. 88—89).

Проф. Жижиленко также разделяет эту позицию, подчеркивая, что предметом хищения может быть вещь, имеющая ценность только для обладателя, например, частное письмо.

Наконец, проф. Исаев указывает, что „объектом кражи могут быть предметы и не обладающие какой-либо хозяйственной, экономической ценностью". (Уголовное право. Особенная часть — „Имущественные преступления", 1938 года, стр. 23).

В советской юридической литературе почти в одиночестве выступает проф. Немировский. „Объектом похищения, — говорит он, — должно быть имущество, т. е. все, что имеет экономическую ценность". (Немировский. Советское уголовное право стр. 346). Возражая противникам иного взгляда, проф. Немировский отмечает, что иначе личные письма входили бы в круг имущественных благ при конфискации.

Решение этого вопроса зависит от взгляда на понятие имущественных преступлений.



Выше было указано, что под имущественными преступлениями понимаются посягательства против социалистической либо личной собственности, как общественной категории. Вполне естественно, что, говоря о собственности, либо об отдельных частях этого права на имущество, как результат определенного производственного процесса, мы имеем в виду такие блага, которые охватываются представлением об их материальном значении, об их определенных материальных свойствах.

Экономическое значение предмета хищения вытекает из самой природы имущественных преступлений. С этой точки зрения нельзя назвать письмо друга, имеющее большую ценность для его получателя, либо грамоту, выданную ударнику за отличную работу, имуществом в смысле предмета похищения. Эти действия могут достигнуть в отдельных случаях при определенных условиях такой степени опасности, при которой они должны криминализироваться, но во всяком случае действия эти лежат вне понятия имущественных преступлений. То же положение и в отношении иных документов, напр., паспорта. Паспорт устанавливает факты не имущественного характера и поэтому не может быть предметом имущественного хищения. Не меняется положение от того, что в результате хищения паспорта лицо терпит материальный ущерб в виде штрафа, т. к. штраф связан не с документом, а с отношением к его охране. Даже в том случае, если паспорт похищается в целях его продажи, и то нет имущественного преступления. Здесь имущество выступает в качестве дополнительного объекта.

Наше законодательство действительно не содержит нормы, предусматривающей ответственность за хищение документов либо писем у частных лиц. Это существенный пробел, который следует восполнить.

Но отсутствие такой специальной нормы не является оправданием для того, чтобы признавать хищение документов у частных лиц преступлением против собственности.

Документы могут стать предметом имущественного преступления лишь тогда, когда они являются выразителем имущественных прав, дают право на получение имущества: например, чек на предъявителя, квитанция на сданный на хранение багаж, по которой этот багаж можно получить. Такое понимание предмета имущественного преступления совпадает с понятием имущественного преступления.

Остается разрешить последний вопрос — каков должен быть критерий оценки экономической стороны имущества.

В русской литературе известны два взгляда — объективный и субъективный. С точки зрения объективного взгляда ценность похищенного имущества должна соответствовать

цене наименьшего денежного знака, установленного государством (Фойницкий). С точки зрения субъективного взгляда — ценность определяется содержанием конкретного мотива. Оба эти взгляда, думается нам, неправильны: критерий экономической ценности нельзя связывать с мотивами хищения, т. к. может быть хищение значительной ценности при отсутствии корыстных мотивов. Точно так же нельзя исходить из формального признака ценности наименьшего денежного знака, в данном государстве. Возможны случаи, когда имущество меняет свою ценность в зависимости от условий и обстоятельств.

Определение ценности, как признака имущественного преступления, зависит от конкретных обстоятельств дела. Это является всецело вопросом факта.

Определение объекта и предмета преступлений против собственности разрешает также вопрос об отграничении этой категории преступлений от сходных преступлений.

При этом следует иметь в виду, что в одном и том же преступном поведении возможны два и более объектов, в зависимости от сложности явления, отраженного в правовой норме. Так, при ложном доносе объектами преступления являются нормальная деятельность органов борьбы с преступностью и интересы личности; при злоупотреблении служебным положением объектами являются нормальная деятельность государственного аппарата и наряду с этим, если причинен материальный ущерб этим преступлением государству, — государственная собственность.

Отсюда неизбежно деление объектов в этих случаях на основные и дополнительные. Всякое социальное явление многогранно. Не всегда законодателя интересуют в уголовно-правовом смысле в одинаковой мере все стороны данного явления. Во всех случаях наличия нескольких объектов происходит своеобразная конкуренция этих объектов и выбор определяется оценкой в конкретных исторических условиях степени опасности посягательства на эти объекты.

Дополнительный объект находится в подчинении у основного, но подчинение это условно. В другом месте этот дополнительный объект может выступать в качестве основного. Так, например, при незаконном получении имущества работником прилавка, путем обмеривания или обвешивания (обман покупателя) — подчеркивается опасность посягательства на хозяйственную функцию государства по распределению продуктов. Этот деликт определяется как хозяйственное преступление. Собственность потерпевших при этом лиц выступает как дополнительный объект. Этот дополнительный объект — собственность — становится основным (и единственным), если этот обман покупателя совершается при

иных условиях—вне государственной и кооперативной торговли.

Дополнительный объект не выступает как элемент, влияющий на характеристику родового признака, он поглощается основным объектом.

Преступления против собственности по своему характеру обладают тем свойством, что не допускают рядом с собой дополнительных объектов. Они имеют единственный и основной объект—собственность. Исключением является норма о разбое.

Вместе с тем, в качестве дополнительных объектов, как было указано выше, собственность выступает в целом ряде иных деликтов (хозяйственные преступления, преступления против порядка управления и другие). Таким образом, преступления против собственности отличаются от других тем, что они имеют единый объект—собственность—и не сочетаются с другими объектами.

Преступления против собственности в условиях советской системы отношений получают особую оценку. Эта оценка отражена в Указах Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1947 г. об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества и об усилении охраны личной собственности граждан. Эти Указы направлены на усиление охраны собственности социалистической, как экономической основы советского государства, и личной собственности, как производной от социалистической. Гармония интересов социалистического государства и личности выступает особенно рельефно при существующей социалистической системе производства и потребления. Это неразрывное единство интересов пронизывает все стороны жизни и человеческого сознания в социалистическом обществе.

Особенности, свойственные социалистической собственности и личной собственности, не только отражают экономические качества, но они сами входят в „реальный базис, на котором возвышается юридическая и политическая надстройка и которому соответствуют определенные формы общественного сознания“.. (Маркс, К критике полит. экономии. Партиздат 1938 г., стр. 38).

Посягательство на чужую собственность в условиях социалистического общества характеризует проявление пережитков капитализма в сознании людей. Беспощадная борьба с этими пережитками является задачей также и уголовно-правовой науки.

Правильное определение понятия преступлений против собственности и отграничение их от сходных преступлений обеспечивает надлежащую политическую и правовую оценку в теории и на практике важнейшей категории дел.

*Проф. С. И. Вильнянский*

## **Значение логики в применении правовых норм**

### **1.**

Господствующий в буржуазной юриспруденции метод применения и толкования правовых норм принято называть формально-догматическим методом. Применение правовой нормы к определенному конкретному случаю рассматривается, как силлогизм, в котором правовая норма представляет собою большую посылку, частный случай (фактический состав) — меньшую посылку, а решение или приговор суда — вывод или заключение. Такой силлогизм представляет собою дедуктивное умозаключение — умозаключение от общего к частному.

Само собою разумеется, что такого рода умозаключение может быть легко выведено, если в действующем праве всегда можно найти подходящую общую норму (большую посылку). Поэтому свести применение права к дедуктивной логике можно было бы только тогда, если бы для всякого частного случая была заранее дана уже в готовом виде подходящая общая юридическая норма. Тогда вся „юридическая“ логика сводилась бы к первому модусу первой фигуры силлогизма: Все люди смертны, Кай-человек, следовательно он смертен; противоправные сделки недействительны, данная сделка противоправна, следовательно она недействительна. В действительности процесс применения правовых норм значительно сложнее: во первых, из множества правовых норм нужно найти соответствующую норму, во вторых не для всякого частного случая можно найти правовую норму в действующем праве. Второе препятствие преодолевается буржуазной юриспруденцией посредством учения о беспробельности и логической законченности объективного права: объективное право содержит в себе все нормы права; одни из них прямо выражены в законе,

другие могут быть выведены из законов. Поэтому в основе формально-догматической юриспруденции лежит учение о логической законченности правовой системы, получившее свое развитие особенно в германской юриспруденции.

Однако, главным образом в германской же (и австрийской) литературе в конце 19 столетия и в начале 20 столетия начался поход против формально-догматического метода, который затем превратился в борьбу против юридической логики вообще. Этот поход был объявлен так называемой школой „свободного права“. При этом движение „свободного права“ в своем критическом наступлении на твердыни старой юриспруденции, в своем полемическом походе против „традиционного метода“ избрало две разных мишени для обстрела. Одни штурмовали закон: движение свободного права было направлено на освобождение судьи от строгого подчинения закону. Другие острее своей критики направили на юридическую логику. Так например, в своих ранних произведениях Эрлих\*) проповедывал свободу от закона. Но впоследствии он переменял свою мишень для обстрела. В своей „Социологии права“\*\*) он писал: „Свободное правонахождение обозначает не свободу от закона (как думали раньше), а такое правонахождение, которое свободно от бесцельного и ненужного применения абстракций и конструкций“. Еще позднее Эрлих объявил поход против юридической логики вообще\*\*\*). Но эта перемена фронта представляет собою только новую тактику борьбы против строгого подчинения закону. Также Канторович требовал свободы судьи от строгого подчинения закону\*\*\*\*). Напротив, Фукс, Гек, Эртманн (в особенности Фукс) ведут борьбу против „юриспруденции понятий“. Но и у тех и у других борьба против формально-догматического метода переплетается с борьбой за „свободное право“.

Таким образом поход против логики в германской юридической литературе есть только обратная сторона монеты и обозначает поход против принципа законности. В 1910 году В. И. Ленин писал:

„Ирония истории сделала то, что господствующие классы Германии, создавшие самое сильное во всей 2-й половине XIX века государство, укрепившее условия наиболее быстрого капиталистического прогресса и условия самой прочной конституционной законности, самым явственным образом подходят к положению, когда эту законность, и х

\*) Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903.

\*\*) Ehrlich, Grundlegung der Sociologie des Rechts, 1913, S. 274.

\*\*\*) Ehrlich, Die juristische Logik, 2 Aufl. 1925.

\*\*\*\*) Gnaeus Flavius. Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906.

законность приходится сломать, приходится — во имя сохранения господства буржуазии“. (Ленин соч. IV изд., том 16, стр. 283).

И действительно борьба против логики в применении правовых норм началась прежде всего в германской литературе.

Борьба с „юриспруденцией понятий“ ведет свое начало от Иеринга. Он первый противопоставил „юриспруденцию понятий“ — „юриспруденции действительности“. Правда, Иеринг сам был наиболее ярким представителем „юриспруденции понятий“. В своем произведении — „Дух римского права“ он сформулировал основные положения этого метода\*). Иеринг различает две формы юриспруденции — низшую и высшую. Деятельность низшей юриспруденции можно определить одним словом: толкование. Задача толкования состоит в том, чтобы разложить материал права на простые элементы, устранить кажущиеся противоречия, выяснить темные и неопределенные места, выделить посредством абстракции общее из частного, т. е. извлечь наружу полное содержание законодательной воли, следовательно в особенности извлечь из данных отдельных положений (норм права) лежащий в их основе принцип и, наоборот, из данного принципа вывести все последствия его. Толкование не представляет собою специальной юридической операции. Это не специально юридический прием, а общая логическая операция. Из всех приемов, предложенных Иерингом, наибольшее значение имеет юридический анализ („алфавит права“) и „логическая концентрация“, т. е. такая логическая операция, которая дает возможность из отдельных правоположений вывести определенный принцип, а затем этот принцип становится источником новых правоположений. В этом и состоит сущность современной юридической догматики.

Высшая юриспруденция, по Иерингу, представляет собою особое свойство юридического мышления, она имеет дело уже не с правовыми положениями, а с правовыми понятиями (правовыми институтами) и начинается с того, что эти правовые понятия становятся самостоятельными, рассматриваются, как „юридические тела“. Через это „осамостояительство“ правовые институты из обобщения правовых норм превращаются в юридические существа, наделенные самостоятельным существованием, ведут как бы самостоятельную жизнь. Такая юридическая конструкция дает возможность создавать новые понятия и нормы. Это и есть

\*) Ihering, Geist des römischen Rechts I S. 357 (3 Aufl.). Переведено на русский язык под названием „Юридическая техника“. 1906 г.

юридическое творчество в собственном смысле. Задачи высшей юриспруденции заключаются в точном исследовании строения, свойств и особенностей этих юридических тел, отношения их к другим телам и, наконец, в систематической классификации юридических тел, т. е. в их системе. Для этих операций Иеринг выдвинул несколько особых законов: закон покрытия положительного материала, который заключается в том, что юридические понятия должны обнимать и выражать содержание всех норм, имеющих отношение к данному предмету; закон непротиворечия или систематического единства, согласно которому юридические понятия должны находиться в полной гармонии с прочими понятиями и принципами права, и закон юридической красоты, согласно которому из нескольких удовлетворяющих двум первым законам конструкций предпочтение должно отдаваться той конструкции, которая проще, нагляднее, естественнее, понятнее.

В сущности Иеринг не отказался от своего учения о высшей юриспруденции и впоследствии и только видоизменил его в том смысле, что выводы из понятий должны уступать соображениям полезности (целевой момент), хотя и высмеял ее под именем „юриспруденции понятий“ или „юридической схоластики“.

Однако учение Иеринга о высшей юриспруденции большого влияния на буржуазную науку не оказало. По словам Васьковского объективирование и одухотворение юридических понятий вместе со всеми рассуждениями Иеринга о жизни, деятельности и свойствах юридических тел или организмов представляет собою „печальное заблуждение великого ума, сознательно покинувшего научную почву с целью забраться в дебри самой примитивной схоластической метафизики“<sup>\*</sup>). Современная наука права, по словам Васьковского, признает только „низшую юриспруденцию“. Но и этой „низшей юриспруденции“ было достаточно для того, чтобы превратить догматическую юриспруденцию в юридическую схоластику, оторванную от жизни.

„Низшая юриспруденция“, в том виде, в каком она господствует в буржуазной догматике, представляет собою ряд логических операций. Судебное решение рассматривается, как умозаключение и представляет собою подведение (Subsumption) фактического случая под закон. Но при отсутствии соответствующего закона (или соответствующей юридической нормы вообще) операция осложняется: сначала из отдельных норм права выводится принцип, создается юридическая конструкция, а затем из этой юридической

<sup>\*</sup>) Васьковский. Цивилистическая методология. 1901 г., стр. 357.

конструкции делается обратный вывод к данному частному случаю, не предусмотренному законом. В этом и состоит сущность юриспруденции понятий или юридических конструкций или, еще иначе, технической юриспруденции, которую также называют „обратным методом“ (Inversionsmethode).

Таким образом обратный метод представляет собою соединение индуктивного и дедуктивного метода. Сначала из отдельных частных положений, содержащихся в действующем законодательстве, выводят общее положение (индукция), а затем из этого общего положения выводят недостающее в действующем законодательстве противоположение (дедукция).

Наиболее ярким представителем такого логического метода являлся у нас Васьковский. Русский цивилист Васьковский, в отличие от иностранных буржуазных юристов, использовал приемы формальной логики для разработки правил „реального“, по его выражению, толкования законов. Его работы о толковании законов представляют собою наиболее тонкую в литературе разработку вопроса юридической техники. Но и Васьковский оставаясь на почве буржуазной юриспруденции, должен был все же констатировать ограниченность формальной логики.

Васьковский различает словесное (грамматическое) и реальное (логическое) толкование законов. Затем восполнение пробелов в праве он называет логическим развитием норм. Это логическое развитие норм, обнаруживая скрытое содержание права, извлекает из него неустановленные прямо, а лишь подразумеваемые нормы. Другими словами, из наличных норм можно извлекать новые нормы, прямо законодателем не установленные, но *implicite* содержащиеся в его прямых велениях и потому обязательные. Это извлечение „новых норм“ из действующих норм не является толкованием в строгом смысле и включается Васьковским в учение о применении права.

При помощи каких приемов извлекаются эти новые нормы? Васьковский относит сюда: заключение по аналогии, заключение по противоположности (*a contrario*) и, наконец, аналогию права. Хотя Васьковский указывает, что логическое развитие норм вызывается необходимостью восполнять пробелы в действующем праве и добывать из него недостающие нормы, т. е. признает неизбежность пробелов в праве, но собственно говоря Васьковский целиком примыкает к учению старой школы о беспробельности и логической законченности права, так как эти новые нормы, по его мнению, уже содержатся в праве в скрытом виде, и только нужно их оттуда извлечь при помощи логики. Для



этого из действующего права должны быть выведены общие принципы посредством одного из следующих приемов: посредством заключения от всех предметов данной группы к целой группе, т. е. от всех норм, относящихся ко всей данной группе частных случаев к общему принципу (полная индукция), посредством заключения от нескольких предметов группы ко всей группе (неполная индукция) и посредством заключения от одного предмета группы к целой группе (редукция). При помощи этих приемов добывается общий принцип, и следовательно применение аналогии права имеет место тогда, когда норма извлекается из общих принципов права \*).

Однако на обратном выводе из добытого общего принципа новой, вытекающей из принципа, нормы Васьковский почти не останавливается и концентрирует свое внимание преимущественно на заключении по аналогии, на заключении *a contrario*, *a fortiori*. Хотя, следуя общепринятому взгляду, Васьковский различает аналогию закона (т. е. распространение нормы, установленной для данного предмета на другой, непредусмотренный законом, но однородный предмет) и аналогию прав, но в более поздней своей работе \*\* он отступает от своего прежнего понимания аналогии права и понимает под последней не выведение новой нормы из общего смысла законов, а нечто иное. По мнению Васьковского аналогия права заключается в том, что при отсутствии в законодательстве готовой нормы, которая могла бы быть применена к данному случаю, предварительно добывается из наличных норм новая норма, относительно однородного случая, а затем эта новая норма по аналогии применяется к непредусмотренному законом случаю. Поэтому Васьковский и не проводит принципиального различия между аналогией закона и аналогией права и утверждает, что по своей логической природе аналогия права тождественна с аналогией закона и отличается от последней только большей обширностью материала, над которым она оперирует. А между тем это два совершенно различных понятия.

Таким образом та логическая операция, которая составляет основу конструктивной юриспруденции, у Васьковского не разработана. Хотя последнюю главу своей „Цивилистической методологии“ он отводит разработке юридических понятий и общих принципов под названием „догматическая переработка“, но эта догматическая переработка

\*) Васьковский. Цивилистическая методология, стр. 268.

\*\*\*) Васьковский. Руководство к толкованию и применению законов. 1913 г., стр. 140.

служит скорее научным, чем практическим целям. Поэтому и под юридической конструкцией он понимает не то, что принято понимать под конструктивно-догматическим методом, т. е. не построение общих понятий из существующих норм и затем выведение из этих общих понятий нормы, применимой к данному, непредусмотренному законом случаю, а подведение новых юридических норм под существующие понятия для того, чтобы отвести им место в системе права.

В иностранной же литературе под юридической конструкцией понимают „обратный метод“, т. е. особый процесс восполнения пробелов в праве\*). И в этом сущность юридической догматики. И при этом такой догматический метод характерен не только для континентального права. Вопреки принятому мнению он применяется и в англо-американском праве. Разница заключается только в том, что на континенте Европы общий принцип выводится из норм закона, а в Англии и Америке — из прецедентов. „Согласно традиционной теории, пишет Дикинсон, профессор Пенсильванского Университета, — право представляет собою законченное целое, содержит в самом себе все необходимое, и основания для разрешения непредвиденного случая нужно искать не за пределами прецедентов, — например, в естественном праве или в общепринятых понятиях о справедливом или несправедливом, а в совокупности тех правил, которые выражены в прецедентах. Вся совокупность прецедентов, посредством индукции откроет общие принципы, из которых затем можно посредством логической дедукции выводить правило, которое подойдет к каждому частному случаю, подпадающему под тот же принцип“ (\*\*).

Юриспруденция понятий, в том виде, в каком она господствовала на континенте, а в особенности в Германии, неблагоприятно отразилась на развитии гражданского права. На это жаловались многие (\*\*\*)). Указывают на оторванность конструктивной юриспруденции от жизни, ее беспринципность, схоластичность, шаблонный способ ее отношения к материалу. Конструктивная юриспруденция превратила применение элементарных приемов логики, неизбежных во всякой области человеческого мышле-

---

\*) Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 13.

\*\*) John Dickinson, The problem of the unprovided case, Recueil Gèny, II (1934), p. 508, Mitchell Franklin, M. Gèny and juristic Ideals and Method in the United States, *ibid.*, p. 40, Albert Kocourek, Libre recherche in America, *ibid.* p. 464.

\*\*\*) Heck, *op. cit.* S. 20, Géza-Kiss, *op. cit.*, Certmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit.

ния в логику „юридическую“, т. е. в логику формалистическую, отрывающую право от ее социально-экономической основы.

Вундт, который в своей „Логике“ находился под сильным влиянием юридической техники Иеринга, считал, что правовые нормы по своему логическому значению равносильны аксиомам в теоретических науках, что они являются непосредственным основанием и исходным пунктом для теоретической обработки права. Он указывал на то, что универсальный характер римского права в связи с его рецепцией, мог привести к убеждению, что вообще может существовать универсальное, одинаковое право для всех людей и народов, вытекающее из начала одинаковых свойств человеческой природы и что общий характер таких понятий, как личность, собственность, семья и т. п. приводят к тому, что основные понятия положительного права превращаются в необходимые логические категории, вытекающие из естественных потребностей людей. Поэтому Вундт сводил основные приемы юридической логики к юридической дедукции, представляющей собою подведение конкретного случая под юридическое определение (Subsumptionschlüsse), а основной и важнейшей формой юридической логики считал правовые определения, в которых осуществляется „сгущение“ (Verdichtung) правовых понятий, расширяющее и облегчающее их применение к отдельным случаям. Таким образом юридическая дедукция представляет собою подведение данного фактического состава под определенные понятия, установленные посредством определений\*). Здесь Вундт целиком поддерживает идеалистическую и вместе с тем формалистическую концепцию юридической логики. Однако впоследствии Вундт должен был признать, что наука права проглядела другие свои задачи, выходящие за пределы односторонней, формальной юридической логики и, что судя по некоторым признакам, пробил час для такого состояния этой науки\*\*).

И действительно, с точки зрения формалистической юридической логики законодательство превращается в самодовлеющую систему, оторванную от той материальной основы, из которой оно вытекает. Энгельс указывает на специфические свойства этого юридического мышления: „чем сложнее становится законодательство, тем более оно отличается своим способом выражения от того способа, в котором выражаются обычные условия жизни общества. Законодательство представляется как бы самодовлеющим

\*) Wundt, Logik, II Band (Methodenlehre) 1883, S. 596, 610.

\*\*) Wundt, Logik, 3 Aufl. III, S. 595, цит. по Heck'у.

элементом, который находит оправдание своего существования и обоснование своего дальнейшего развития не в экономических отношениях, а в собственных внутренних основах..." И далее: "С дальнейшим развитием законодательства в сложное, объемистое целое выступает необходимость в новом общественном разделении труда: образуется сословие профессиональных правоведов, а вместе с ним возникает и наука права. Последняя в своем развитии сравнивает друг с другом правовые системы различных народов и различных эпох не как отражения существующих экономических отношений, а как системы, заключающие свое обоснование в самих себе". (Маркс и Энгельс, Соч. т. XV, стр. 70).

Отсюда вытекает учение о логической законченности и о беспробельности правовой системы, о законодателе, который все предвидел, все предусмотрел. Это учение по общепризнанному мнению было создано исторической школой, хотя впоследствии развито Бергбомом (1892 г.). Но после появления работы Цительмана\*) о пробелах в праве, буржуазная литература признает факт наличия пробелов в законодательстве. Положение о беспробельности действующего права поддерживается догматической юриспруденцией скорее, как постулат, как методологический прием, как догматический принцип, как фикция, необходимая для толкования и применения права, не выходя за пределы закона\*\*).

## 2.

Представители школы „свободного права“ подняли знамя восстания против этой конструктивной юриспруденции. Они указывали на то, что конструктивная юриспруденция либо превращается в мертвую схоластику, либо под видом аналогии права протаскивает такие решения, которые из действующего права никак не вытекают. При помощи этого метода сначала вкладывают в действующее право то, что хотят в него вложить, а затем вынимают из него то, что вложили\*\*\*). В сущности говоря, аналогией пользуются для восполнения закона в соответствии с новыми потребностями жизни, под видом аналогии применяют оценочное восполнение закона. Юридическая техника соблюдает лишь видимость конструктивно-дедуктивного метода,

---

\*) Zitelmann, Lücken im Recht 1903, Гойхбарг. Что такое пробелы в праве, Вестн. гражд. права 1916, № 3.

\*\*) Фиолетов. Цит. соч.

\*\*\*) Schlossmann, Das Irrtum, 1903, S. 35.

а на самом деле отступает от него и под флагом дедукций проводит свободное правотворчество \*)).

Конструкции, пишет Жени, привели к отрицательным результатам в области толкования законов. Подставляя вместо элементов, действительно существенных в правовой жизни — мотивов нравственных, психологических, экономических, политических и социальных, которые действительно воодушевляют юридический мир, — понятия технические, абстрактные, холодные и лишённые реальности, наша интерпретация создала себе систему, состоящую целиком из формул и чистых категорий, и, в соединении с преувеличением значения современной кодификации, эта система сделала науку права не только бесплодной, но часто даже и враждебной прогрессу. Не отрицая необходимости конструкций, Жени настаивает на том, что они должны носить характер гипотез, уступающих фактам, применяемых лишь в той мере, в какой они облегчают телеологическое творчество, способных сгибаться и трансформироваться перед требованиями жизни и даже отступать без сопротивления перед очевидностью практической жизни, которая им противоречит \*\*).

Более резко выступают против юридической логики самые крайние представители школы „свободного права“. Канторович писал, что конструкция — ничто иное, как доказательство, что применение определенных правовых понятий обеспечивает желательные юридические последствия, так что конструкция есть только вывод из ее собственных выводов. Не логика, а воля подсказывает ту или иную конструкцию. Придерживаясь определенной конструкции, юрист сам привязывает себя к столбу, а затем с гордостью восклицает: „Здесь я стою, я не могу иначе“. Но как только придут к заключению, что такой вывод не подходит, сейчас же выдумывают другую конструкцию. Воля ведет разум на помочах. То же самое относится к аналогии и к распространительному толкованию. То, что нам подсказывает в одном случае распространительное толкование или аналогия, а в другом ограничительное или буквальное толкование, — это не закон и не логика, а свободное право или воля: либо воля добиться желательных результатов, либо воля избежать нежелательных результатов \*\*\*).

---

\*) Heck, op. cit. S 13, Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, 1909, S. 29, Тарановский. Учебник энциклопедии права. 1917, стр. 259.

\*\*) Génу, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1919, p 143 et ss., p. 186.

\*\*\*) Gnaeus Flavius, Der Kampf, S. 21 — 24.

Еще резче нападает на конструктивную юриспруденцию Фукс. Конструктивная юриспруденция — это „пандектология“, это шахматная игра параграфами, обостряемая с каждым днем все более и более сложной игрой с прецедентами, это „талмудически-иезуитская схоластика“. Своими дедукциями, своим помешательством на понятиях, мотивах и конструкциях она недалеко ушла от преклонения перед буквой закона. Каждому непредубежденному человеку она представляется, как особый вид логического одурачивания\*).

Эрлих опубликовал специальную работу, направленную против применения логики в праве. Он исходит из того, что существо юридической логики лежит в „государственном“ понимании права. Только убеждение в том, что всякое право исходит от законодателя, породило юридическую логику, оно поставило судью в такое положение, при котором в каждом конкретном случае, подлежащем его разрешению, он должен свое решение взять у законодателя и ни в каком случае не обращаться к собственному правонахождению. В слове „логика“ прежде всего выдвигается эта несамостоятельность судебной деятельности. Формальная логика (а слово „логика“ прежде всего обозначает формальную логику) исключает творческую мысль, она учит только тому, как выводить одни суждения из других суждений. Слово „логика“ приводит к сознанию, что судья должен только делать вывод из закона и что собственное суждение ему возбраняется. Однако, более глубокое исследование тех методов, которые применяются юридической логикой, доказывает, что эти методы не пригодны для этой цели. Законодатель всегда дает решение отдельных случаев или отдельных групп случаев; там, где он хочет дать больше, он ничего не дает. Правоположение дает только то, что в нем содержится, и больше того, что в нем есть, не может из него выжать никакая логика в мире\*\*).

Таким образом Эрлих довольно откровенно выбалтывает сущность этого поднятого им бунта против логики. В империалистический период развития капитализма логика стесняет буржуазный суд, который всегда был, по выражению Ленина, „тонким орудием беспощадного подавления эксплуатируемых, отстаивающим интересы денежного мешка“. Но в период империализма, в период обострения классовых противоречий и классовой борьбы, буржуазный суд нуждается в большей свободе маневрирования и в большей

---

\*) Fuchs. Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909, S.S. 5, 73.

\*\*\*) Ehrlich. Juristische Logik, S. 287 ff.

свободе усмотрения. Между тем подчинение логики требует подчинения закону.

Эти чуждые для советского права идеи, к сожалению, проникали и в нашу правовую литературу, в которой иногда высказывались взгляды, отрицающие значение логики или недооценивающие значения правильного толкования советских законов.

Взгляды Эрлиха были у нас подхвачены Фиолетовым, который в 1924 г. поставил вопрос о том, возможно ли расширение закона при помощи логики. По мнению Фиолетова „логика“ может содействовать технической обработке и приведению в ясность материала действующего права, но она оказывается бесполезной для его восполнения. Никакое логическое содержание не может дать больше того, что положено в основу. Общие принципы положительного права отвлекаются индуктивным путем от положительного правового материала и потому обобщают лишь то, что в нем содержится, но не могут дать ничего большего. Дедукция из этих принципов не может дать решения казуса, фактический состав которого не предусмотрен положительным правовым материалом. Конструктивно-дедуктивным путем невозможно восполнить пробел в положительном праве<sup>\*)</sup>.

Но возвратимся к Эрлиху. Он подвергает подробному разбору методы юридической логики. В основе „классической“ юриспруденции лежит „государственное“ воззрение: от суда требуется, чтобы он решал по закону. Поэтому все, что классическая юриспруденция может сказать о методе применения права, сводится к учению о толковании закона. Классики исходят из предположения, что как скоро смысл нормы может быть установлен посредством грамматического, логического, исторического, систематического, расширительного или ограничительного толкования, даны все основания для применения дедуктивной логики. Даже аналогию права некоторые (напр. Виндшейд) рассматривают, как толкование закона, которое отличается от распространительного толкования только тем, что распространительное толкование приводит к решению, которое законодатель хотел дать (но выразил свою мысль слишком узко), тогда как аналогия дает решение, которое законодатель дал бы, если бы имел в виду данный случай.

Но в тех случаях, когда несмотря на толкование закона невозможно отыскать соответствующую норму, классическая юриспруденция выхода не находит. В этих случаях

---

<sup>\*)</sup> Проф. Фиолетов, К вопросу о догматическом методе, Уч. Зап. Саратовского Университета, т. I, вып. 3, 1924 г., стр. 20.

прибегают к логическому развитию норм. Но в этом вопросе классическая юриспруденция принесла очень скромный вклад в методологию. Только относительно аналогии закона и аналогии права дана некоторая разработка вопроса. Но даже это немного приводит к отказу от основного положения, что в праве можно найти норму для каждого случая, потому что применение по аналогии обозначает признание, что нет нормы для данного случая.

Что касается других методов расширения норм, то они совсем не разработаны \*).

В конце концов Эрлих приходит к выводу, что для юридической логики ее время прошло. Она имела большое значение, когда при ее помощи содержание римского права было приспособлено к потребностям другой эпохи. Она возникла из определенных юридических предпосылок и сыграла большую историческую роль. Но эта работа уже сделана.

Таким образом Эрлих восстает против юридической логики потому, что логика держит судью на привязи закона. Свобода от юридической логики обозначает у Эрлиха свободу от закона.

Хоронит юридическую логику и венгерский юрист — Геца-Кисс. Он объясняет происхождение современной юридической логики извращением римского учения о толковании со стороны глоссаторов, комментаторов и канонистов. В то время, как Аристотель различал право писанное и право неписанное (*ἐπίεικεία* т. е. справедливость), при чем справедливое, с его точки зрения, есть ничто иное, как улучшение закона, в то время, как римские юристы клали в основу толкования справедливость (*aequitas*), — дальнейшее развитие юридической герменевтики представляет собою ничто иное, как извращение достижений римской юриспруденции. Внимание глоссаторов было направлено на установление и согласование правил толкования, изложенных в *Corpus juris*. Логический метод глоссаторов был воспринят без изменения школой естественного права, хотя теоретически естественно-правовому воззрению соответствовал бы такой метод толкования, который стремился бы дополнить действующее положительное право извне, из естественного права. Так же и историческая школа продолжала развивать господствующее учение о логическом толковании и о восполнении права из самого себя, хотя это находилось в резком противоречии с теоретическими положениями этой школы, рассматривающей право, как продукт духовного творчества самого народа. Так — пишет Кисс положение

\*) *Juristische Logik*, S.S. 224 ff.



гlossаторов о логической законченности права Савиньи возвел в юридическую систему. Так возникла теория толкования, созданная общим правом в связи с романистической „юриспруденцией понятий“, солнце которой, по выражению Гмюра, взошло вместе с Савиньи, между тем, как Виндшейда можно сравнить с его вечерней звездой\*).

Таким образом критическое отношение к применению логики в праве тесно связано с критическим отношением к закону. Конечно, это только одна из причин, вызвавших такой энергичный протест против юридической логики,— главным образом в Германии, но отчасти и во французской литературе.

Но не только на континенте Европы,— и в англо-американской литературе новые течения пробивают себе путь. Еще за двадцать лет до появления работы Жени, известный американский судья Оливер Холмес писал: „Для того, чтобы дать общий обзор „общего права“ нужны, кроме логики, еще и другие средства. Нужно показать, что согласованность правовой системы—это еще не все. Право развивалось не из логики, а из опыта. Потребности времени, преобладающие моральные и политические теории, требования политики, сознательные или бессознательно ощущаемые, даже предрассудки, которыми судьи заражены в такой же степени, как и другие люди,— все это в большей степени, чем силлогизмы, определяют содержание правовых норм. По форме развитие права было логическим. Согласно официальной теории каждое новое решение посредством силлогизма вытекает из прецедентов, но по содержанию развитие права было творческим. Хотя судьи об этом редко упоминают и при том каждый раз с извинениями, но в действительности в основе их решений лежат не прецеденты, а те таинственные корни, которые питают право своими жизненными соками, а именно: соображения целесообразности, более или менее отчетливые представления общественной политики, инстинктивные предпочтения и неясные убеждения... Этим объясняется неудача всех тех теорий, которые рассматривают право только со стороны формы и стремятся вывести все право, как целое, из априорных постулатов или допускают более скромную ошибку, считая, что задача правовой науки состоит в *elegantia juris* или в логической согласованности всех отдельных его частей“\*\*). Но утверждение Холмса о том, что в основе права лежит не логика, а опыт, отно-

\*) Geza-Kliss, *Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes“ Recht* 1911, Gmür Die Anwendung des Rechts. 1909, S. 9.

\*\*\*) Oliver Wendel Holmes, *The common law*. 37 print. P. 1, 35, 36.

сится скорее к образованию правовых норм, чем к их применению. В отношении применения правовых норм его метод основан на логике с применением всех общепринятых приемов формальной логики — аналогий, умозаключений и т. д. \*). Далее идет другой американский судья — Бенжамин Кардозо, который утверждает, что право основывает свои заключения не на логике уверенности, а на логике вероятности. Принципы и прецеденты рождаются не в поисках уверенности, а в поисках вероятности. Это только временные гипотезы. Победа достанется не сторонникам непреклонной логики, но и не тем, кто против всяких правил и прецедентов, а тем, кто сумеет сочетать эти две тенденции, приспособить правила и принципы к конечной цели, к соображениям целесообразности, полезности. Интуиция судьи приводит его к таким выводам, для которых он не может найти безупречных правовых оснований \*\*). Но и Кардозо не отрицает совершенно значения логики. Еще дальше пошли другие. Некоторые пошли так далеко, что отказываются от всяких правовых понятий. Судебное решение основано только на интуиции, на эмоциональных суждениях, а не на логике. Культ категорий и понятий, пишет Хетчесон (также судья в Америке), приводит к тому, что юридические понятия, которые представляются как постоянные, конструктивные и исчерпывающие, вдруг обнаруживают дыру, и из нее, как из разорванной сети, пойманная в нее рыба ускользает в юридическом море. В действительности судья решает чувством, а не суждением, интуицией, а не рассуждением; рассуждение появляется потом, для изложения мотивов решения; уже после того, как решение вынесено, начинается тяжелая работа — подогнать к желательному результату подходящие понятия и категории \*\*\*).

Центр идеологической реакции переместился из Германии в Соединенные Штаты Америки. Вместе с тем в Америку перекочевало и движение свободного права в несколько иной форме и с другими обоснованиями. В Америке новейшие течения буржуазной юридической мысли получили название школы реалистов. Школа реалистов в своих „философских“ предпосылках ведет свое начало от прагматизма, родоначальниками которого был Чарлз Пирс, а затем эта философия была развита Джемсом. Прагматизм от греческого слова *pragma* — действие, практика, представляет собою реакционное идеалистическое направление новой буржуазной философии, отрицающее объек-

\*) Kocourek, *Libre recherche in America*, Recueil Gény. II. p. 467.

\*\*\*) Cardozo, *The growth of the law* 7 print 1944. P. 33, 71, 85, 93, 143.

\*\*\*) Hutcherson. *The judgement intuitive*, Recueil Geny II. P. 534, 549.

тивность истины и утверждающее, что ценность и истинность всех суждений и теорий определяется исключительно тем, в какой мере они полезны, выгодны или удобны в жизненной практике. Отрицая существование объективной истины, прагматизм считает, что имеются якобы лишь отдельные конкретные истины, ценность которых определяется их полезностью, практической выгодой в данной конкретной обстановке, успехом.

В своих правовых воззрениях реалисты отправляются от положений американского юриста Грея, который перемещает центр тяжести правообразования от закона к судебной деятельности и подчеркивает огромное влияние на образование права личности судьи, его предрассудков и других нелогических факторов, а также от положений Холмеса, который дал следующие определение права: предсказание, как фактически поступит суд и ничего больше,— вот, что я называю правом. Реалисты повторяют самые крайние положения школы свободного права, требуя для судьи полной свободы усмотрения. Судья должен свободно выбирать между разными прецедентами и сначала решать дело по своему усмотрению, а затем уже подгонять к нему подходящий прецедент. С другой стороны реалисты не отрицают своей связи с социологической теорией Эрлиха. Различие заключается только в том, что американские юристы в центре помещают судебное решение (в связи с той ролью, какую играет судебный прецедент в англо-американском праве), тогда как Эрлих в основу кладет „живое право“, как оно складывается вне суда в поведении и действиях людей.

Реалисты занимаются чем угодно: статистикой, психологией, даже личной биографией судей для того, чтобы предсказать, как они будут реагировать на те или иные проблемы, но только не правом.

Итак реалисты вывели всю область правовой жизни из-под действия правовых норм. Нет никаких твердых правил, нет ни принципов, ни правовых категорий или понятий. По словам другого представителя этой школы (Франк) стремление к определенности, ясности, стабильности права есть ни что иное, как свойственная детскому возрасту слепая вера в авторитет родителей или старших. „Зрелый“ юрист свободен от всякого авторитета, это дает ему возможность приспособлять право к требованиям жизни. Мы, реалисты,— пишет Бингхэм,—утверждаем, что изучение права сводится к бесплодной технике, если оно ограничивается исследованием абстрактных форм, цели закона или судебных решений. Не законы управляют, а люди. Право состоит не в правилах или принципах. Тот, кто слепо поддается этой

фигуры, верит в то, будто нормальная человеческая деятельность подчиняется какой-то внешней системе правил и принципов. Но если законодательство не оказывает решающего влияния на судебные решения, то и судебные прецеденты уже не имеют той диктаторской власти, какую они имели раньше. Хотя судьи из вежливости и утверждают, что они связаны прецедентами, но это преувеличение, гипербола. Они в действительности не связаны прецедентами, так как они их часто отвергают\*).

Разновидностью реализма является „бихейвиоризм“ (от слова *behaviour* — поведение), который ведет свое начало от психологической школы, изучающей поведение людей. На правовом языке бихейвиоризм обозначает, что право заключается не в нормах и правилах, а в поведении судьи. Право в действии — это поведение людей, облеченных функциями осуществления правосудия, а потому оно не может отойти от социальных интересов (когда буржуазный юрист говорит о „социальных“ интересах, нужно иметь в виду интересы господствующих в данное время и в данном месте социальных групп). Поэтому, по словам Харпера\*\*), право — это то, что решает судья. Утверждения и формулировки положительного права — это скорее предсказания, что сделает суд в соответствующем случае. Таким образом право — это только официальное поведение (*official behaviour*). Право в том виде, в каком оно выражается в решениях низших судов, опирается на неопределенный суверенитет в том смысле, что власть закона и правительства определяется мерою повиновения подчиненных. Поэтому приходится отказываться от формальной концепции права, как императива, точно так же, как мы отказались от „общей воли“ Руссо. Бихейвиористская концепция права включает в себе как поведение органов власти, так и поведение подчиненных, но если право — это только предсказание, как будет поступать суд, то напрасны всякие попытки издавать законы, которые расходятся с волей „общества“ (т. е. господствующей в обществе верхушки), потому что судьи не будут их применять.

Другой разновидностью реализма является „инструментализм“ Джона Дьюи, американского философа и юриста. С точки зрения инструменталистов нормы права — это только рабочий инструмент, и подобно тому как в производстве инструмент может оказаться пригодным или бесполезным, практическая ценность правовых норм и принципов имеет

\*) Bingham в сборнике *My philosophy of law* 1941.

\*\*\*) Harper, *The forces behind and beyond juristic pragmatism*, *Recueil Gény*, II (1934), p. 243.

также относительное значение. Без их применения нормы права — только полосы бумаги или голоса в воздухе и больше ничего, пишет Дьюи<sup>\*)</sup>). Применение права не является процессом, следующим за изданием закона или правила, а составляет необходимую часть этого закона или правила, так что для того, чтобы сказать что есть право, нужно выяснить, как оно действует и как оно влияет на человеческую деятельность.

Таким образом, современная американская юриспруденция не отличается в этом вопросе особой оригинальностью. Она повторяет зады германской „школы свободного права“, выродившейся к этому времени в оголтелое реакционное мракобесие и окончательно обанкротившейся, когда она была использована для полного крушения всякой видимости законности и правопорядка в фашистской Германии. Но американская юриспруденция отражает в то же время модные течения самой пошлой американской идеалистической философии прагматизма, инструментализма, иррационализма, интуитивизма и т. д. Современный американский алогизм обозначает полный отказ от рационального научного познания, отказ от логики и научного мышления. Американский прагматизм и связанные с ним бихейвиоризм, инструментализм и т. п. — реакционное, опасное и вредное для передовой науки направление — отрицает объективность истины и утверждает, что ценность и истинность всех суждений и теорий определяются исключительно тем, в какой мере они полезны, выгодны или удобны в жизненной практике. Неудивительно поэтому, что философия прагматизма представляет большое удобство для американских буржуазных юристов, которые выводят всю область права из подчинения каким-либо принципам и приспособляют правовые категории к потребностям дня в судорожных попытках удержать существующий порядок против натиска новых прогрессивных сил на капиталистический строй. Деградация и маразм буржуазной философии оказывает свое влияние и на „философию“ американских юристов. Американские юристы договариваются до того, что логическое мышление вообще чуждо человеческому разуму.

По мнению Роджерса логика вообще не свойственна человеку. Метод больших и малых посылок современная психология отвергает, как искусственный и не свойственный человеческому разуму<sup>\*\*)</sup>).

Как видно из приведенных высказываний, американские юристы лет через двадцать повторяют то же, что раньше

<sup>\*)</sup> John Dewey в сборнике *My philosophy of law*, 1941.

<sup>\*\*)</sup> James Rogers, *A scientific approach to free judicial decision*, *Recueil Gény* II, p. 562.

утверждали Эрлих, Канторович и Фукс. Но если для последних свобода от логики обозначает свободу от закона, то в американской литературе берется под сомнение значение и сила прецедента. Общепринятый взгляд, что на континенте гражданское право дедуктивно, а англо-американское — индуктивно, опровергается критиками логического метода. По мнению Франклина юридический метод англо-американского права тот же, что и у романистов. Если последние обращаются к общим „принципам“ законодательства для обоснования применения по аналогии таких норм закона, которые собственно говоря к данному случаю не относятся, то юристы common law обращаются к общим принципам прецедента для той же цели\*).

### 3.

Таким образом в буржуазной юриспруденции идет борьба двух течений: одни признают или постулируют беспробельность права и подчиняют применение права правилам юридической логики, другие настаивают на существование пробелов в праве и восстают против юридической логики. Первые стоят за применение закона, вторые утверждают, что закон бессилён подчинить себе весь правопорядок, и требуют для судьи большей свободы в продуцировании права.

Противопоставление этих двух направлений становится особенно ярким в вопросе о способах правонахождения. В одном лагере отстаивается положение, что судебное решение выводится из закона, правонахождение представляет собою чисто интеллектуальный, исключительно логический процесс, существо которого состоит в дедуктивных заключениях из понятий, содержащихся в самом законе или из него выводимых. Другой лагерь выступает под знаменем, на котором написано: право нужно выводить индуктивно из потребностей оборота, посредством взвешивания интересов. Правонахождение есть окрашенное чувством волевое действие. Первое направление упрекают в том, что оно является юриспруденцией понятий или юриспруденцией буквоедства (Buchstabenjurisprudenz), оно пользуется натянутыми конструкциями, не учитывает потребностей жизни. Второе обвиняют в субъективизме, в том, что оно ничем не связывает суд, оно представляет собою юриспруденцию чувства, угрожающую предвидимости и обеспеченности права. Первое направление само себя на-

---

\*\*\*) Mitchell Franklin, M. Gény and juristic ideals and method in the United States, Recueil Gény II p. 40.

зывает историческим или классическим, второе — свободным правом или социологическим направлением \*)).

Но в буржуазной теории права и „юриспруденция понятий“ и „юриспруденция действительности“ служат в сущности говоря одной и той же цели.

Эти два метода, в зависимости от конкретных исторических, политических и экономических условий применяются попеременно или даже параллельно для защиты капиталистического строя и подавления сопротивления эксплуатируемых масс.

Когда буржуазия была еще прогрессивным классом, ее идеологи стремились обеспечить применение закона. Беккария писал: судья должен действовать на основании строгой логики. Большая посылка — это закон, малая посылка — действие, согласное или противное закону, заключением является оправдание или наказание \*\*). Такие же приблизительно мысли высказывал и Монтескье: судьи — это уста, которые произносят слова закона \*\*\*). Историческая школа эти ясные и четкие требования буржуазии заменила юриспруденцией понятий, извратила учение о толковании законов, оторвала логические выводы от действительности, разработала схоластическую теорию толкования, создала учение о логической законченности права, но в сущности историческая школа продолжала оставаться на позициях формальной логики. Иеринг своим учением о цели в праве сделал попытку приспособить толкование законов к практическим потребностям господствующего класса, но в сущности он не порвал с формальной логикой. Однако учение Иеринга было использовано впоследствии как исходный пункт для движения „свободного права“. Если в домонополистический период развития капитализма интересам господствующего класса служила логика, которая отправлялась от формального подчинения закону и от логических выводов из законченной, самой из себя порождающей все необходимые нормы права системы права, то в империалистический период (а в особенности это относилось к империалистической Германии) свобода от юридической логики и „телеологическая“ юриспруденция является только более откровенным и более удобным способом обращения с законом. Свобода от юридической логики есть в сущности свобода от закона и представляет собою другую сторону того процесса, который обозначает „растерянные потуги

\*) Walden, Grundlehre der Rechtsfindung Arch. für Rechts und Wirtschaftsphilosophie 1927, Heft 1, S. 91.

\*\*\*) Беккариа. „О преступлениях и наказаниях“, перв. Исаева, М. 1939, стр. 207.

\*\*\*\*) Montesquieu, *Ésprit des lois*, XI ch. VI.

буржуазии...“ „освободиться от ея же созданной и для нее ставшей невыносимой буржуазной законности“. (Ленин, Соч. IV изд. т. 16, стр. 284).

Но это не значит, что буржуазная юриспруденция полностью уже отказалась от формально-догматического метода. Когда это вызывается потребностью, формально-логическая, конструктивная юриспруденция служит для буржуазного суда отличным орудием для юридического крючкотворства. Достаточно указать, как посредством „логического“ толкования американской конституции, под видом применения конституции сводятся на нет гражданские свободы, декларированные в этой конституции\*). Безудержный произвол и насилие над законностью в американских судах проводится, как при помощи юридического крючкотворства, прикрываемого формальной логикой, так и при помощи „свободного права нахождения“ опирающегося на модные направления, отрицающие логику.

Различие между традиционным, формально логическим методом и „новым“ течением состоит не в том, что первое применяет, а второе отрицает логику, а в том, что первое в основу большой посылки кладет твердую правовую норму (закон, прецедент, судебную практику), а второе — незаконные, внеправовые критерии. В действительности, пишет Кардозо, логика — это такой инструмент, который нельзя игнорировать при применении любого из методов. Но самое главное — это природа посылки. Посылку можно взять в какой-нибудь предустановленной концепции, в принципе, прецеденте и разрабатывать ее при помощи чистого рассудка до ее логического конца. Но мы можем дополнять концепцию или принцип или прецедент обращением к внешним (т. е. лежащим за пределами права С. В.) источникам\*\*).

#### 4.

Нам не по пути с буржуазными критиками логики. Они нападают на логику, потому что логика требует подчинения закону. Их критика логики обозначает ослабление законности. Мы подходим к этому вопросу с совершенно иных позиций. Одной из важнейших задач советского права является укрепление советской социалистической законности.

В советской литературе вопрос о толковании закона совсем не разрабатывался. Одни вовсе не допускают толкования\*\*\*). Другие ограничиваются изложением кратких сведений о толковании законов по правилам формальной логики.

\*) См. ЛУНЦ, суд в Соединенных Штатах Америки на службе монополитического капитала, 1948 г.

\*\*) Cardozo, The growth of the law 1944, P. 62, 63.

\*\*\*) Теория государства и права 1940, стр. 256 и сл.



Конечно, невозможно отрицать необходимость применения правил элементарной логики всяким, кто применяет право, ибо всякий, кто применяет право, мыслит, а мыслить нужно правильно. Нельзя обойтись без силлогизмов, ибо судебное решение представляет собою умозаключение, в котором конкретные факты подводятся под общие нормы. Как и во всяких других областях человеческого мышления, и в праве необходимы обобщения, выработка понятий, определений систематизация, классификация этих понятий.

Но формальная логика имеет дело с понятиями, которые мыслятся как неизменные, всеобщие и существующие независимо от бытия. Классики марксизма-ленинизма не отрицают значения формальной логики, хотя и указывают на ограниченное значение ее. Формальная логика, по выражению Энгельса, представляет собою только „низшую математику“ логики. (Диалектика природы изд. 1930 г., стр. 3). Никто не станет заключать, что формальная логика — это чепуха (там же стр. 6).

Но от формальной логики нужно отличать логику формалистическую, метафизическую, которая представляет собою извращение логики Аристотеля, рассматривает формы мышления независимо от его содержания, отрывается от познания действительности, от истинности суждений и ограничивает задачи логики только формальной согласованностью суждений. Маркс указывал на таких идеологов, которые могли воображать, что право, закон, государство и т. д. возникли из какого-то всеобщего понятия. (Нем. идеол. М. и Э. т. IV, стр. 325), имея в виду метафизическую и идеалистическую концепцию права. Формально-юридическая логика буржуазной догматической юриспруденции исходит из абстрактных понятий, из „природы“ собственности, из „природы“ договора и т. п., как вечных и неизменных категорий, игнорируя социально-экономическую, классовую природу этих институтов, обусловленность их материальными условиями существования данного классового общества.

Но формальная логика является элементарной логикой, она представляет собою только первую ступень логики. Элементарная логика — это „самые обычные логические фигуры“, т. е. „самые обычные отношения вещей“. (Ленин. Филос. тетради, стр. 172). Энгельс, не отрицая значение формальной логики, указывал на ее ограниченное значение, „Даже формальная логика, — писал он — представляет прежде всего метод для отыскания новых результатов, для перехода от известного к неизвестному; то же самое, только в гораздо более высоком смысле, представляет диалектика, которая, к тому же, прорывая узкий горизонт формальной

логики, содержит в себе зародыши более широкого мировоззрения". (Энгельс, Анти-Дюринг, изд. 1938 г., стр. 111).

Логика формальная, которой ограничиваются в школах (и должны ограничиваться — с поправкой — для низших классов школы), берет формальные определения, руководствуясь тем, что наиболее обычно или, что чаще всего бросается в глаза и ограничивается этим... Логика диалектическая требует того, чтобы мы шли дальше, чтобы действительно знать предмет, надо охватить, изучить все его стороны, все связи и опосредствования". (Ленин, Соч. т. 26, стр. 184).

Элементарная логика необходима при применения права. Но одной элементарной логикой обойтись нельзя. Когда есть готовая и ясная норма и есть определенный конкретный фактический состав, целиком подпадающий под действие этой нормы, — при помощи элементарной логики можно вывести заключение. Задача значительно труднее, когда такой готовой нормы нет. Здесь приемы элементарной логики уже не помогут. Буржуазная догматика разработала целый ряд приемов для толкования и применения правовых норм и, нужно признать, дала тонкую разработку этих приемов, которую нельзя просто выбросить за борт, как негодное старье. Сюда относятся: понятие аналогии, применение закона *à contrario à fortiori*, конструкции, выведение принципов и т. д.

Но основной недостаток буржуазной догматики заключается в том, что эти обобщения, понятия, принципы выводятся из существующих норм закона как абстрактных положений, в отрыве от их содержания. Без образования понятий, без обобщений невозможна ни одна область человеческого мышления. Но в процессе образования понятий всегда возникает опасность оторваться от действительности. Формальная логика отвлекает понятие, как общее, от всего особенного, отдельного, между тем как всякое научно-правильное обобщение должно содержать в себе наряду с общим все богатство особенного, отдельного. „Отдельное не существует иначе, как в той связи, которая ведет к общему. Общее существует лишь в отдельном, через отдельное. Всякое отдельное есть (так или иначе) общее. Всякое общее есть (частичка или сторона или сущность) отдельного. Всякое общее лишь приблизительно охватывает все отдельные предметы. Всякое отдельное неполно входит в общее и т. д. и т. д. Всякое отдельное тысячами переходов связано с другого рода отдельными (видами, явлениями, процессами)". (Ленин. К вопросу о диалектике, т. XIII, стр. 297 и сл.). Задача применения права и состоит в применении общего к отдельному с учетом индивидуальных особенностей этого отдельного.

Современную юридическую логику (речь идет о применении логики в буржуазной юриспруденции) принято называть дедуктивной логикой. Это утверждение, что так называемая „юридическая“ логика есть логика дедуктивная, не совсем правильно, так как юридическая логика, как это было показано выше, применяет как дедуктивный, так и индуктивный метод: методом индукции из отдельных норм выводится принцип, а затем методом дедукции из этого принципа добывается недостающая норма. Как известно, разработка дедуктивного метода принадлежит Декарту, который считал, что основные аксиомы, лежащие в основе нашего познания, должны быть взяты не из действительности, а из самого разума, и следовательно не в опыте, а в математических аргументах и доказательствах нужно искать ключ к отысканию истины. В противоположность этому индуктивная логика обязана своей разработкой английской позитивной философии. (Бэкон, Дж. Ст. Милль). Энгельс предостерегал против одностороннего увлечения одним из этих методов. Он писал: „Индукция и дедукция связаны между собою столь же необходимым образом, как синтез и анализ. Вместо того, чтобы превозносить одну из них до небес за счет другой, лучше стараться применять каждую на своем месте, а этого можно добиться лишь в том случае, если иметь в виду их связь между собой, их взаимное дополнение друг другом“. (Диалектика природы изд. 1930 г., стр., 49).

Но утверждение, что современная юридическая логика есть преимущественно дедуктивная логика, правильно в том смысле, что современная догматическая юриспруденция, хотя и выводит общие принципы индуктивным путем, но она выводит их только из норм права, т. е. из абстрактных положений, оторванных от действительности. Отдельные нормы права рассматриваются, как аксиомы, из которых выводятся еще более абстрактная, еще более общая норма, а из нее уже добывается недостающая для разрешения данного случая норма. Эта индукция имеет мало общего с индукцией, применяемой в естествознании, где индукция обозначает наблюдение действительности, опыт, практику.

В письме к Конраду Шмидту Энгельс отмечал, что в „современном государстве“ право „должно быть внутренне согласованным выражением“ экономических отношений, которое „не шло бы против себя благодаря противоречиям“. Но „отражение экономических отношений в виде правовых принципов необходимо является стоящим вверх ногами. Это отражение совершается так, что этот процесс не доходит до сознания действующего. Юрист

воображает, что действует с априорными положениями, а это всего лишь экономическое отражение". (Маркс и Энгельс, Письма, изд. 1931 г., стр. 382, 383). Таким образом специфическую особенность „юридического мышления“, которое Энгельс называет также „идеологическим воззрением“, составляет кажущаяся априорность, аксиоматичность правовых принципов.

Правильное, диалектическое сочетание индукции и дедукции в применении права требует наблюдения реальных отношений, живой действительности, обобщения не только норм, но и практики, практических решений возникающих вопросов.

В учении классиков марксизма-ленинизма даны основы для разработки положений диалектической логики. Задача советских юристов заключается в том, чтобы применить эти положения к конкретному материалу советского права.

Для выведения принципов советского права, из которых затем дедуцируются недостающие нормы, недостаточно обобщения норм как таковых, в отрыве от их классового, социально-экономического содержания. Необходимо для этих обобщений брать материал из непосредственного наблюдения тех реальных отношений, которые регулируются этими нормами, изучать те цели, на достижение которых направлено советское социалистическое законодательство, изучать причины, вызвавшие издание закона в сопоставлении с этими целями, изучать эти цели в связи с системой социалистического хозяйства, с задачами построения коммунистического общества, с учением марксизма-ленинизма о путях и способах построения коммунистического общества.

Право имеет дело с суждениями, понятиями, определениями, умозаключениями. Поэтому в применении права, как и во всякой другой мыслительной деятельности необходима логика. Но положение осложняется тем, что право имеет дело не просто с суждениями и понятиями, которые отражают существующее, а с такими суждениями и понятиями, которые выражают должное. Независимо от того, представляет ли собою норма суждение безусловное (категорическое) или условное (гипотетическое), — этот вопрос является в литературе спорным\*) — правовая норма говорит не о сущем, а о должном, она содержит в себе не только мысль, но и волю, она представляет собою веление и обращается не только к человеческой мысли, но и к человеческой воле.

\*) Тарановский, Энциклопедия права стр. 137

Между тем обобщения, принципы есть результат научной мысли. Как же научные положения, которые добываются из изучения и обобщения юридических норм, превращаются в такие положения, которые затем применяются как должное?

По мнению Эрлиха, величайшее противоречие (антиномия) юриспруденция заключается в том, что положения, добытые наукой права, затем превращаются в нормы, что таким образом формы мышления (*Denkformen*) превращаются в правила поведения, независимо даже от воли и сознания самой юриспруденции. Эта правообразующая сила „права юристов“ представляет собою, по выражению Эрлиха нечто загадочное<sup>\*)</sup>. Эрлих, как, впрочем, и большинство немецких ученых, не проводит различия между наукой права и судебной практикой и, по установившейся в немецкой литературе традиции, объединяет оба эти понятия в общем понятии „права юристов“. Хотя он и употребляет слово „юриспруденция“ (*Jurisprudenz*), но не в смысле судебной практики, которая во французской литературе называется юриспруденцией (*jurisprudence*) в отличие от „доктрины“, т. е. от науки права, — а скорее в смысле науки права. Эрлих, как и большинство представителей школы „свободного права“ в вопросе о значении судебной практики, стоит на позициях старой школы и не признает за судебной практикой нормативного значения. Только законодатель имеет власть проводить свою волю. Работа судьи и ученого имеет значение только в зависимости от ее ценности. Если выдвинутое ими правоположение хорошо и практично, то оно будет иметь такой же успех и будет также признано, как и всякая хорошая и практичная мысль в какой-либо другой области. Поэтому судья должен применять только законы и обычное право, он не может следовать тем положениям, которые установлены другим судьей. И здесь же, в противоречии с самим собою, Эрлих пишет: „если от судьи требуется, чтобы он не отходил от прежних решений в интересах постоянства судебной практики, то все же эти предшествующие решения — больше, чем литература, больше, чем необязательные литературные взгляды относительно толкования законов и конструкций, это — судебное право“<sup>\*\*)</sup>.

При таком взгляде на юриспруденцию, как на литературу, неудивительно, что для Эрлиха превращение положений, выработанных юриспруденцией в нормы права, — это антиномия, противоречие, загадка, которую можно объяс-

\*) Ehrlich, *Sociologie des Rechts*, S. S. 258, 292, 293.

\*\*\*) Ehrlich, *Sociologie*, S. S. 142, 143.

логики, содержит в себе зародыши более широкого мировоззрения". (Энгельс, Анти-Дюринг, изд. 1938 г., стр. 111).

Логика формальная, которой ограничиваются в школах (и должны ограничиваться — с поправкой — для низших классов школы), берет формальные определения, руководствуясь тем, что наиболее обычно или, что чаще всего бросается в глаза и ограничивается этим... Логика диалектическая требует того, чтобы мы шли дальше, чтобы действительно знать предмет, надо охватить, изучить все его стороны, все связи и опосредствования". (Ленин, Соч. т. 26, стр. 184).

Элементарная логика необходима при применения права. Но одной элементарной логикой обойтись нельзя. Когда есть готовая и ясная норма и есть определенный конкретный фактический состав, целиком подпадающий под действие этой нормы, — при помощи элементарной логики можно вывести заключение. Задача значительно труднее, когда такой готовой нормы нет. Здесь приемы элементарной логики уже не помогут. Буржуазная догматика разработала целый ряд приемов для толкования и применения правовых норм и, нужно признать, дала тонкую разработку этих приемов, которую нельзя просто выбросить за борт, как негодное старье. Сюда относятся: понятие аналогии, применение закона *à contrario à fortiori*, конструкции, выведение принципов и т. д.

Но основной недостаток буржуазной догматики заключается в том, что эти обобщения, понятия, принципы выводятся из существующих норм закона как абстрактных положений, в отрыве от их содержания. Без образования понятий, без обобщений невозможна ни одна область человеческого мышления. Но в процессе образования понятий всегда возникает опасность оторваться от действительности. Формальная логика отвлекает понятие, как общее, от всего особенного, отдельного, между тем как всякое научно-правильное обобщение должно содержать в себе наряду с общим все богатство особенного, отдельного. „Отдельное не существует иначе, как в той связи, которая ведет к общему. Общее существует лишь в отдельном, через отдельное. Всякое отдельное есть (так или иначе) общее. Всякое общее есть (частичка или сторона или сущность) отдельного. Всякое общее лишь приблизительно охватывает все отдельные предметы. Всякое отдельное неполно входит в общее и т. д. и т. д. Всякое отдельное тысячами переходов связано с другого рода отдельными (видами, явлениями, процессами)". (Ленин. К вопросу о диалектике, т. XIII, стр. 297 и сл.). Задача применения права и состоит в применении общего к отдельному с учетом индивидуальных особенностей этого отдельного.

Когда нужно применять распространительное, а когда — ограничительное толкование? На этот вопрос не всегда можно ответить, исходя из правил элементарной логики. Иногда возможны два или несколько одинаково правильных, с точки зрения элементарной логики, толкований. Какое из этих толкований нужно выбрать?

Васьковский в своем руководстве к толкованию законов рекомендует следующие правила толкования двусмысленных норм: 1. Двусмысленные нормы следует толковать в смысле, наиболее соответствующем общему духу законов. 2. Из двух одинаково возможных смыслов отдавать предпочтение более справедливому. 3. Из двух одинаково возможных и справедливых смыслов выбирать тот, который будет наиболее целесообразным. 4. Из двух одинаково возможных, справедливых и целесообразных смыслов избрать тот, при котором норма будет милостивой. 5. И, наконец, если и это не помогает, нужно выбрать наиболее вероятный смысл \*).

Из формальной логики все эти рекомендации и советы не вытекают. Почему не следует раньше всего выбрать наиболее вероятный смысл, а потом наиболее справедливый или целесообразный. Справедливое, целесообразное, милостивое — это вообще не логические категории.

Это была попытка, обреченная заранее на неудачу, найти объективные критерии, так как в условиях классового, антагонистического общества совершенно безнадежными являются поиски объективно-справедливого и объективно-целесообразного.

Только в праве социалистическом можно найти объективно-правильный критерий для выбора из нескольких формально допустимых выводов из закона.

Возьмем, например, норму, карающую (у нас) выпуск недоброкачественной продукции из промышленных предприятий (ст. 128-а УК РСФСР). Что понимать под выпуском продукции? Выпуск из цеха, из завода, на продажу? Толкование по способу, предложенному Васьковским, ничего не дает. Едва ли здесь можно принять толкование, наиболее милостивое к обвиняемому. Но толкование с точки зрения наиболее эффективного достижения цели закона — повышения качества продукции и удовлетворения спроса потребителя дает определенный признак и этот признак принят судебной практикой, и утвердилось положение (правоположение), что моментом выпуска является тот момент, когда продукция окончательно предназначена к выпуску, например, прошла через отдел технического

\*) Васьковский, Руководство к толкованию и применению законов.

контроля. Только применение метода материалистической диалектики способно дать здесь правильные указания.

Среди приемов юридической герменевтики большое значение имеет аналогия: аналогия закона и аналогия права. Аналогия закона, собственно говоря, выходит за пределы толкования, а аналогия права вообще не является аналогией, так как здесь нет применения по сходству. Аналогией в логике называется такое индуктивное умозаключение, в котором из сходства двух предметов в одних признаках делается вывод о сходстве этих предметов во всех других признаках. Между тем аналогия права применяется посредством дедуктивного умозаключения.

Аналогия закона — не логический прием, а нечто большее. Поэтому здесь элементарная логика мало помогает. Когда нужно применить закон по аналогии, а когда — *à contigatio*? В литературе указывались, что это не всегда ясно. Возьмем, напри<sup>м</sup>, вопрос об аналогии в уголовно-процессуальном праве\*). УПК РСФСР указывает основания для отмены приговоров в кассационном порядке (ст. 413): недостаточность или неправильность проведенного следствия, существенное нарушение форм судопроизводства, нарушение или неправильное применение закона и др. Ст. 441 того же Кодекса предусматривает опротестование приговоров в порядке надзора, но не указывает оснований для отмены приговоров в этом порядке. Можно применить по аналогии ст. 413 и сказать: основания те же. Можно из заключения по противоположности сказать: основания не могут быть те же, ибо ст. 413 предусматривает обычный порядок проверки приговоров, а ст. 441 имеет в виду исключительный, чрезвычайный порядок проверки. Следовательно для применения ст. 441 требуются какие-то исключительные основания. Но где их взять? Если обратиться к ГПК РСФСР, то мы увидим, что для опротестования вступивших в законную силу решений требуются исключительные основания. Согласно ст. 237 ГПК РСФСР, основанием к отмене решений в кассационном порядке служит нарушение или неправильное применение действующих законов или противоречие решения фактическим обстоятельствам дела, между тем как по ст. 254-б ГПК РСФСР для отмены решения в порядке надзора требуется „особенно существенное нарушение действующих законов или явное нарушение интересов Рабоче-Крестьянского Государства или трудящихся масс“. Таким образом ГПК РСФСР рассматривает опротестование в порядке надзора как исклю-

\*) Гродзинский—Аналогия в уголовно-процессуальном праве, Уч. Зап. Харьковского Юридического Института, вып. 3.



чительное, чрезвычайное меропрятие и требует для этого более важных оснований, чем для кассации. Для разрешения вопроса о том, какую аналогию выбрать: со ст. 413 УПК или со ст. 254-б ГПК, недостаточно простых логических операций. Нужно взять все явления в их взаимосвязи, проследить эволюцию и тенденции развития нашего процессуального права и решить вопрос в свете целей и задач рассматриваемого института. Если до издания Закона о судоустройстве судебный надзор был децентрализован и самая мысль об исключительности, экстраординарности этого порядка проверки решений и приговоров была извращена, а отмена в порядке надзора мало отличалась от проверки кассационной, то Закон о судоустройстве установил, что надзорными инстанциями могут быть только высшие судебные органы, а приносить протесты в порядке надзора могут только определенные высшие должностные лица суда и прокуратуры. С этой точки зрения следует сделать вывод, что не ст. 413 УПК следует применить по аналогии, а ст. 254-б ГПК.

Заключением по аналогии, пишет Васьковский, называется разрешение непредусмотренного действующим правом случая на основании нормы, определяющей сходный случай. При этом если эта норма выражена в законе, то распространение ее на сходный случай будет аналогией закона. Если же она должна быть предварительно извлечена из общих принципов действующего права, то получается аналогия права<sup>\*)</sup>. Но, во первых, аналогия права ничего общего не имеет с аналогией, так как она не распространяет закон на сходный случай, а извлекает необходимую норму из общих принципов права, из общих начал законодательства. А во-вторых, „аналогия права“ является основой современной юридической герменевтики, конструкций, дедукций и т. д., центральным пунктом судебного правотворчества. При помощи так называемой аналогии права осуществляется развитие права. Этим путем идет судебное правотворчество.

Нет никаких сомнений, что так называемая аналогия права является необходимым средством для восполнения пробелов в праве. Но извлечение принципов из одних только норм без привлечения реальных отношений будет всегда абстрактным, сухим, схоластичным. Поэтому „социологическое“ направление в буржуазной литературе требует обращения к жизни: „Центр тяжести правового развития лежит не в законодательстве, не в юриспруденции, не в судебной практике, а в самом обществе“, пишет Эрлих

<sup>\*)</sup> Васьковский—Пивилистическая методология, стр. 268.

в предисловии к своей Социологии права. Право не управляет обществом, оно его выражает, нишет Крюэ\*). Но эти квиви отсылают к социальным явлениям только для того, чтобы вывести правовую жизнь из подчинения закону, для того, чтобы подчинить буржуазную законность другими, более гибкими способами служения суда интересам „дежного мешка“ (Ленин).

Замена логики „взвешиванием интересов“ (а теория „взвешивания интересов“ получила наиболее широкое распространение в германской литературе) дает буржуазному суду, в условиях обострения классовых противоречий и борьбы между различными социальными группами внутри господствующего класса, возможность маневрировать, приспособляться к конъюнктуре, отдавать предпочтение интересам одной группы перед интересами другой.

Аналогия права не только необходима, но и предписана ст. 4 ГПК РСФСР и соответствующими статьями гр. проц. кодексов других союзных республик. Но марксистской-юридической мысли нужно искать свои пути для применения аналогии права. В ст. 4 ГПК предуказано, по какому пути нужно идти для исследования этого вопроса. При отсутствии закона нужно руководствоваться общими началами советского законодательства и общей политикой Рабоче-Крестьянского правительства. Таким образом общие принципы советского права нужно изучать в связи с политикой партии и правительства, их нужно извлекать из действующего законодательства в свете тех задач, которые осуществляются советским государством, в свете тех задач и целей, которые стоят перед советским социалистическим обществом—завершения построения социализма и постепенного перехода к коммунизму. Практические выводы из принципов советского права проводятся в жизнь (в числе других факторов) и судебной практикой, которая содействует таким образом творческому развитию советского права на основе советских законов и закрепляет результаты этого развития в вырабатываемых ею правовоположениях, ибо „практика человека и человечества есть проверка, критерий объективности познания“. (Ленин, Философские тетради стр. 202).

При помощи аналогии закона и в особенности аналогии права и подобных приемов производится не толкование закона, а восполнение пробелов в законе. Но такая восполнительная деятельность суда не представляет собою только логическую операцию. Это не толкование. Тот, кто восполняет пробел в определенном комплексе мыслей или норм,

\*) Cruet La vie de droit 1908 p. 336

не толкует их, а добавляет к ним нечто новое. Иногда говорят в этом случае о восполнительном толковании. Но это выражение неадекватно его содержанию, ибо оно скрывает в себе особую деятельность, которая только с точки зрения тех, кто ее осуществляет, может представляться толкованием, в действительности же толкованием не является \*).

Теперь все признают, что законодательство не беспробельно, а те, которые отрицают пробелы в праве, говорят уже не о беспробельности закона, а о беспробельности права. Но как было указано выше, беспробельность права — не утверждение, а постулат, фикция, необходимая для восполнения пробелов при помощи аналогии закона, аналогии права и другими способами.

Что применение аналогии закона и аналогии права представляет собою правотворческую, созидательную деятельность, никто (или почти никто) теперь не оспаривает, но что создается этой деятельностью — общая норма права или конкретная индивидуальная норма, этот вопрос вызывает разногласия. По мнению Бирлинга, ничем впрочем не обоснованному, такое восполнение пробелов представляет собою „мгновенное“ (momentane) предположение правовой нормы, не содержащейся в законодательстве, оно превращает фактически пробельное право в более полное, но только для данного отдельного случая и, в отличие от подобных приемов римского претора или английского судьи, не имеет значения для последующей практики \*\*). Также и Кисс считает, что в этом случае судья устанавливает для данного конкретного случая недостающую норму, но только для данного случая. Он создает новое право для сторон и такое новое „судебное право“ (Richterrecht) тем и отличается от закона, что оно действует для данного случая. Закон — есть общая норма, судебное право — индивидуальная правовая норма \*\*\*).

Но приведенные выше утверждения исходят из отрицания правотворческого значения судебной практики и из признания только непосредственного, конкретного судебного правотворчества.

Если признавать за судебной практикой нормативное значение, то нельзя отрицать, что такая „найденная“ судом норма путем судебной практики может превратиться в правоположение, которое будет применяться в аналогичных случаях, когда перед судом предстанет такой, непре-

---

\*) Bierling, *zuristische Prinzipienlehre* IV, S. S. 197. 200.

\*\*\*) Bierling, *ibid* I. 411, 412.

\*\*\*\*) Kiss *op. cit* S. 55.

дусмотренный в законе, но уже разрешенный в судебной практике случай. В каждой правовой системе можно найти такие положения, которые были выведены посредством аналогии закона или аналогии права, а затем превратились в правоположения, принятые в судебной практике. У нас Пленум Верховного Суда СССР довольно часто применяет аналогию, и его руководящие указания обязательны для всех судов, но и в практике других судебных органов мы встречаем применение аналогии, распространительного толкования, ограничительного толкования и т. д. и такие полученные посредством этих приемов выводы могут утвердиться в судебной практике в качестве общепринятых, вошедших в состав объективного права положений.

Можно привести следующие примеры аналогии закона и аналогии права, применяемые в нашей судебной практике. Согласно ст. ст. 413 и 414 ГПК органы социального страхования, при известных условиях, имеют право регресса к лицам и предприятиям, причинившим вред. Президиум Верховного Суда РСФСР разъяснил, что такое же право регресса принадлежит и кассам взаимного социального страхования в промысловой кооперации\*) (аналогия закона). Затем Судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда СССР на основании анализа нашего законодательства пришла к выводу, что вообще лица, организации и учреждения, по тем или иным основаниям возместившие вред, причиненный другим лицом, имеют к причинившему вред право обратного требования в случаях, предусмотренных ст. ст. 413 и 414 ГК. Из этого принципа выведено положение, что такое же право регресса принадлежит и органам социального обеспечения\*\*) (аналогия права).

Таким образом нельзя отрицать значение логики для толкования и применения правовых норм. Поход против логики в буржуазной теории права обозначает прежде всего стремление освободить правовую сферу от строгого подчинения закону. Эти два процесса—проповедь свободного права и отрицание логики—идут параллельно. Наконец, эта критика является до известной степени отражением общего кризиса буржуазной философии, свидетельствует об упадочных настроениях. Если „телеологическое“, социологическое направление тщетно пытается найти другие, неправовые критерии для судебной деятельности, то „юриспруденция чувства“, отсылающая судью к непосредствен-

\*) Пост. Президиума Верховного Суда РСФСР от 22 февр. 1932 г. прот. № 6.

\*\*) Опред. Судеб. Колл. по гражд. делам Верховного Суда СССР от 13 января 1939 г. по делу ф-ки „Госзнак“.

ному чувству справедливого, к интуиции, связана с упадочнической философией интуиции Бергсона.

В то время как на капиталистическом Западе подтачиваются основы буржуазной законности, которая подменяется субъективным произволом и интуицией судьи, в советском социалистическом государстве укрепляется законность социалистическая. Поэтому объективно правильное применение законов требует применения логики. Пренебрежительное отношение к логике в некоторых наших учебниках является отзвуком правового нигилизма. Но законность вовсе не обозначает формально-догматического отношения к букве закона. Социалистическая законность обозначает правильное, однообразное, политически выдержанное понимание и толкование всего советского права в целом с применением правил формальной логики, но под контролем диалектики. Такое творческое применение права обеспечивает развитие советского социалистического права в направлении, необходимом для построения бесклассового коммунистического общества.

---

*Проф. В. Трахтеров*

## К вопросу о критериях невменяемости

(К РАЗРАБОТКЕ ПРОЕКТА УК СССР)

### 1.

Понятие невменяемости обрисовано в советском уголовном законодательстве при помощи формулировок так называемого „смешанного“ типа. Это значит, что в них содержатся указания как медицинских, так и юридических критериев.

Обе группы критериев имеют, очевидно, неодинаковое значение. Медицинские критерии определяют различные психические расстройства и аномалии в качестве источников, причин невменяемости. Так, Основные начала уголовного законодательства Союза ССР и Союзных Республик (ст. 7) и действующие уголовные кодексы (ст. 11 УК УССР, ст. 10 УК РСФСР) говорят о „хронической душевной болезни“, „временном расстройстве душевной деятельности“, „болезненном состоянии“ („ином болезненном состоянии“). Юридические же критерии, подчеркивая разрушительное влияние этих расстройств и аномалий на психические силы и способности человека, определяют подлинное содержание, сущность невменяемости. Так, в приведенных статьях советского уголовного законодательства речь идет о неспособности лица „отдавать себе отчет в своих действиях или руководить ими“.

В последующем изложении рассматривается главным образом вопрос о медицинских критериях невменяемости, притом, под углом зрения сохранения или желательных каких-либо изменений в ныне разрабатываемом проекте УК СССР обрисовок медицинских критериев, содержащихся в действующем ныне законодательстве — „Основных началах“ и уголовных кодексах.

### 2.

Рассмотрение этих критериев начнем с „временного расстройства душевной деятельности“.

Это наименование не означает какой-либо особой конкретной формы расстройства душевной деятельности. „Временное расстройство душевной деятельности“ обнимает весьма разнообразные формы временных расстройств \*). Их объединяет наличие — в течение более или менее короткого отрезка времени — нового психического процесса, — нового по отношению к предшествовавшему состоянию психики данного лица.

Эти разнообразные расстройства можно представить себе в виде „горизонтальной“ классификации, которая ограничивает их друг от друга, как нозологические, номенклатурные единицы, а также от „хронической душевной болезни“ и от „иного болезненного состояния“. В этом смысле и значении „временное расстройство душевной деятельности“ — обобщение, охватывающее такие, например, отдельные группы расстройств временного, преходящего характера: аффекты, сумеречные состояния сознания, состояния опьянения, те реактивные состояния, которые „возникают вследствие травмирующих переживаний и связаны только с временными функциональными нарушениями“ \*\*), просонки.

В связи с приведением этого перечня разрешается вопрос о болезненном и неболезненном характере тех или иных групп расстройств, даже тех из них, которые относятся к „бесспорным“, „тягчайшим“ случаям той или иной группы расстройств. Такие состояния, как сумеречные состояния сознания, — это болезненные расстройства в самом прямом и точном смысле этого слова. Но такие состояния, как просонки, скажем, не могут считаться расстройствами болезненного характера. И то обстоятельство, что „временное расстройство душевной деятельности“ в статьях действующих УК о невменяемости поставлено рядом с „иным болезненным состоянием“, отнюдь не должно означать, что „временное расстройство душевной деятельности“ также мыслится законодателем только как болезненное. Подтверждением того, что критерий „временное расстройство душевной деятельности“ охватывает как расстройства болезненные, так и расстройства неболезненные, может служить и соображение о трудности установления отличительных особенностей болезненного и неболезненного расстройства. „Состояние сна, сновидений, просонок (момент перехода от сна к бодрствованию)“ представляет „достаточно яркие аналогии к различным картинам расстроенного сознания

\*) Судебная психиатрия, учебник, 2 изд., стр. 336.

\*\*\*) Разумовская, Временные расстройства душевной деятельности и их судебно-психиатрическая оценка, ж. Советская Юстиция, 1927 г. № 20.

вследствие патологических причин, что, между прочим, и нашло свое терминологическое выражение в соответствующих обозначениях (например, „сновидно-расстроенное сознание“) \*).

Этот критерий должен быть включен, вслед за действующим законодательством, и в проект УК СССР, ныне разрабатываемый. Мы не видим оснований к другой регулировке в нем этого вопроса. Считаю только, что именно вследствие широты рамок этого критерия (включающего указание на болезненные и на неболезненные расстройства) следовало бы перечню медицинских критериев невменяемости придать другую последовательность, переместив „временное расстройство душевной деятельности“ на первое место.

Но разнообразие временных расстройств душевной деятельности мы можем представить себе и в другом, „вертикальном“, аспекте — как расстройства, отличающиеся друг от друга по тяжести, интенсивности, „удельному весу“. Разнообразие „временных расстройств душевной деятельности“ в этом смысле постоянно подчеркивается в судебно-психиатрической литературе. „Патологический аффект и реакция „короткого замыкания“ находятся в очень близком родстве друг к другу... Известное различие имеется в степени расстройства сознания, которое представляется более глубоко измененным при патологическом аффекте, нежели в случаях „короткого замыкания“; „картины сумеречных состояний при органических изменениях центральной нервной системы могут быть очень разнообразны как по форме своего проявления, так и по длительности и глубине расстройства сознания“: \*\*) „психогенные расстройства могут быть различной интенсивности“ \*\*\*). Можно сказать даже, что „временное расстройство душевной деятельности“ охватывает целую лестницу, скалу этих расстройств — расстройства с различным „удельным весом“. В этом отношении оно характеризует поразительно широкую область психических состояний. Здесь находят себе место не только „бессознательные состояния“, понимаемые буквально, т. е. состояния полной остановки сознания, и не только „тяжкие помрачения сознания“, — толкование, придаваемое обычно предыдущему выражению, но здесь также найдут себе место более легкие расстройства сознания и аффекты всякого рода и степени, несомненно вызывающие некоторое расстройство нормальной психической жизни. При этом, впрочем, самые

\*) Судебная психиатрия, учебник, стр. 150.

\*\*) „Судебная психиатрия“, учебник, стр. стр. 339, 346.

\*\*\*) А. Н. Бунеев, Психогенные реакции и их судебно-психиатрическая оценка, Проблемы судебной психиатрии, Сборник пятый, 1946 г., стр. 178.



границы, рубежи, разделяющие расстройства разной степени и силы, устанавливаются с большими трудностями.

Такой диапазон области временных расстройств душевной деятельности не может быть безразличен для решения вопроса об уголовной ответственности лиц, совершивших общественно-опасные деяния в состоянии временного расстройства той или иной степени. Это положение скрадывается, бледнеет при представлении о факте постепенности, незаметности переходов скалы временных расстройств. Но оно сейчас же становится ясным до очевидности, если иметь в виду конкретные случаи, расположенные на более удаленных друг от друга ступеньках лестницы „временных расстройств душевной деятельности“.

Гр. В. 12. IX 1937 г., вечером, как видно из материалов следственного производства, появился на станции Харьков—Балашовка в пьяном виде, голый, в одних трусах, с камнем в руках, напал на продавца арбузов, пытался порезать продавца, разбил окна в билетной кассе, проходящему пассажиру порезал чемодан, которым тот защищался при нападении на него, гонялся с ножом в руках за милиционером, неизвестному мальчику разрезал ногу выше колена, имел разъяренный вид, бросал камни в проходящую публику; бросив нож, начал набрасываться на публику без ножа, ударил одного рабочего головой. Из истории болезни № 3736 центрального психиатрического пункта видно, что гр. В. был доставлен туда для вытрезвления „в связанном виде“, в состоянии резкого психомоторного возбуждения и затемненного сознания. Проснувшись в вытрезвителе, испытуемый заявил, что не помнит, как туда попал, равно как не помнит периода, последовавшего после опьянения. В момент амбулаторного освидетельствования испытуемый спокоен, правильно оценивает окружающую обстановку, дает о себе связные и логические анамнестические сведения. Бредовых идей не высказывает, галлюцинации у него не отмечаются. На основании данных анамнеза, материалов дела и медицинской документации, комиссия экспертов приходит к заключению, что в момент совершения общественно-опасных действий гр. В. находился в состоянии патологического опьянения („или в состоянии приближающемся к нему“). В пользу этого диагноза говорит то, что поведение испытуемого в этот момент характеризовалось внезапно наступившим после принятия алкоголя крайне интенсивным психомоторным возбуждением со склонностью к бессмысленному разрушению, немотивированному нападению на окружающих, тяжелым насильственным актам. В пользу означенного диагноза говорит, и продолжительность этого состояния в несколько часов

а также то, что оно закончилось сном, с последующим отсутствием воспоминаний о происшедшем\*).

Легко представить себе также случай, относящийся к группе „временных расстройств душевной деятельности“, но расположенный на одной из низших ступеней лестницы таких расстройств, например, опьянение в самой слабой форме.

Что объединяет между собой приведенный выше и легко вообразимый случай? То, что тот и другой относятся, как сказано, к группе временных расстройств душевной деятельности. Что отличает и требует дифференциации их друг от друга с точки зрения уголовной ответственности? Значительность, серьезность, глубина „временного расстройства душевной деятельности“ в первом случае, сравнительная незначительность, поверхностность его во втором.

Это положение получило надлежащее отражение в нашем уголовном законодательстве: так, ст. 11 УК УССР разграничивает — по вертикали — область „временного расстройства душевной деятельности“, относя к невменяемости не всякое „временное расстройство“ — каковы бы ни были его степень, интенсивность, развитие, „удельный вес“, а временное расстройство при определенном условии, выраженном в словах „если эти лица не могли отдавать себе отчет в своих действиях или руководить ими“. Юридические критерии, таким образом, являются по отношению к медицинскому не экспликативными (разъяснительными), а рестриктивными (ограничительными) или, что то же самое, „временное расстройство душевной деятельности“ является лишь возможным (потенциальным) источником невменяемости.

Ограничительное значение должны сохранить юридические критерии и в проекте УК СССР, ныне разрабатываемом, независимо, притом, от перестановки, перемещения в тексте статьи о невменяемости обеих групп критериев, — от отнесения юридических критериев на первое место, медицинских — на второе\*\*).

---

\*) По материалам судебного отдела Центрального Психоневрологического Института (в Харькове).

\*\*) При наличии „временного расстройства душевной деятельности“ специальное указание на „бессознательное состояние“, содержащееся в проекте УК 1938 г., является непримлемым. „Бессознательное состояние“ расположено на верхней ступени лестницы „временных расстройств“, и, следовательно, находится не вне, а в пределах „временного расстройства душевной деятельности“, объемлетя этим понятием. Указание на „бессознательное состояние“ нарушило бы самую структуру формулы невменяемости, исключив необходимость обращения к вопросу о степени, об „удельном весе“ этой крайней формы временного расстройства — к юридическим критериям.

„Хроническая душевная болезнь“ — важнейшая группа перечня медицинских критериев в статьях о невменяемости.

К „хронической душевной болезни“ относятся здесь психозы, т. е. такие психические заболевания (расстройства психической деятельности), которые появляются (имеют определенное начало), дают болезненные изменения, могут закончиться выздоровлением; эти расстройства психической деятельности вызваны производящими болезнью экзогенными или эндогенными воздействиями. Группа „хроническая душевная болезнь“ обнимает такие отдельные заболевания, как, например, прогрессивный паралич, эпилепсия, шизофрения, маниакально-депрессивный психоз и т. д.

Для всех психозов очень характерен признак „нового“, „другого“ в личности, вызванного заболеванием, но это „новое“, „другое“, в отличие от „временного расстройства душевной деятельности“, носит не кратковременный, проходящий, а длительный характер.

Но что представляет собой это „новое“, „другое“? Новое представляет собой — исподволь или внезапно наступающее — изменение личности и характера, что вовсе не означает с другой стороны, противоположения нового и преморбидного (препсихотического) состояния личности, вовсе не исключает наличия связи между ними, и, притом, даже тогда, когда речь идет о ярко выраженных, „классических“ случаях.

Но этот последний тезис нельзя только констатировать, его необходимо объяснить. А научное объяснение его возможно только с точки зрения диалектики, этого „единственного пригодного на высшей ступени развития метода мышления“ (Энгельс): с этой точки зрения и становится понятным, что наряду с противоположностью между старым, прежним, и „новым“, „другим“ в личности, существует, не может не существовать также связь между тем и другим, — связь, находящая отражение в основных контурах клинической картины психоза (содержании бреда, галлюцинаций, мышления, искаженно отражающего личный опыт данного душевно-больного человека).

Буржуазные психиатры „новое“, „другое“ в личности понимают обычно грубо метафизически, упрощенно. Здесь, по их словам, развивается у человека в тот или иной период его жизни душевное заболевание, которое не имеет ничего общего с первоначальной личностью. В тех же случаях, когда такая связь все же усматривается,

буржуазная психиатрия ограничивается лишь констатацией этой связи.

„Хроническая душевная болезнь“ — понятие, обнимающее, как сказано, психозы. Но не все психозы, заметим, имеют характер „процесса“, „процессуального заболевания“.

В этом отношении в советской судебнопсихиатрической литературе нет, подчас, надлежащей четкости и ясности; так, душевное заболевание, психоз, отождествляется с „болезненным процессом“ \*).

Вслед за действующим законодательством, будущий УК СССР должен также включить в перечень медицинских критериев „хроническую душевную болезнь“ и, притом, в охарактеризованном выше ее значении психоза, психического „заболевания“ \*\*).

Но хронические душевные болезни — так же, как и временные расстройства душевной деятельности, — мы можем представить себе не только с точки зрения той или иной их классификации (по „горизонтали“), но и в другом аспекте (по „вертикали“). „Хроническая душевная болезнь“ — это не только высшие стадии „классических“ психозов. Внимание советской судебной психиатрии уделяется различию между более или менее серьезными степенями, стадиями в рамках одной и той же нозологической группы хронических душевных заболеваний. Приведем некоторые высказывания. При эпилепсии „мы встречаемся с различными степенями изменения характера, равно как и различной глубиной деградации...“ При шизофрении „степень... поражения (основных психических функций) бывает крайне различна, начиная от легких, малоуловимых дефектов психики до более или менее глубокого ее распада и оскудения“. „Ремиссии (улучшения) шизофрении с дефектным состоянием“ и „легкие неактивные формы“ — „это именно случаи с наиболее благоприятным исходом шизофренического процесса, в отличие от тех тяжелых исходных состояний, когда наступает глубокое психическое отупение и оскудение с утратой возможности возврата в жизнь: между теми и другими наблюдается ряд промежуточных ступеней“. „Критерием для решения вопроса о вменяемости по отношению к неактивным формам и к дефектным состояниям при шизофрении является степень сохранности данной личности, активная ее приспособленность к жизни и к работе, установление

---

\*) Учебник Судебной Психиатрии, 1 изд., стр. 321.

\*\*\*) Мы приведем в дальнейшем изложении доводы за сохранение данного понятия в тех же рамках, т. е. против придания ему слишком широкого значения, охватывающего также и „иное болезненное состояние“.

определенных социальных связей, при соответствующей компенсации имеющихся дефектов психики" \*\*).

Наличие „лестницы“ хронических душевных болезней, отличающихся друг от друга по силе, степени, высоте, интенсивности, не может быть безразлично для решения вопроса об уголовной ответственности лиц, совершивших общественно-опасные деяния в состоянии хронической душевной болезни того или иного „удельного веса“. Этот тезис как бы скрадывается при представлении о постепенности, незаметности „переходов“, „скалы“ хронических душевных болезней. Но он становится ясным по отношению к тем конкретным случаям хронической душевной болезни, которые расположены, так сказать, на значительно удаленных друг от друга ступеньках „лестницы“.

Представим себе, с одной стороны, эпилепсию с глубокими и стойкими изменениями всей личности больного. Но, с другой стороны, можно иметь в виду и эпилепсию с легким течением процесса. Пример таковой находим в акте судебно-психиатрической экспертизы, где говорится: „Испытуемый Г. страдает эпилепсией без грубых нарушений личности и без явлений слабоумия. За весь период пребывания его в клинике, с 10 апреля по 27 мая, имел два припадка судорожного характера... Инкриминируемое ему правонарушение совершено в состоянии ясного сознания“ \*\*\*.

Что объединяет между собой обе конкретные формы эпилепсии? То, что та и другая относятся к одной нозологической единице в пределах психозов; диагноз той и другой—эпилепсия. Что отличает и требует дифференциации их друг от друга с точки зрения уголовной ответственности? Значительность, серьезность „хронической душевной болезни“ (в уголовно-правовом, а не в строго-клиническом смысле) в первом случае и сравнительная легкость ее во втором.

Это положение и получило надлежащее отражение в нашем уголовном законодательстве в таких словах юриди-

\*) „Судебная психиатрия“, стр. стр. 193, 158, 178, 179.

\*\*\*) По материалам судебного отдела Украинского Психоневрологического Института (1947 г.). Проф. Халецкий приводит следующий пример шизофрении с „легким течением процесса“. „Учитывая, что заблуждение Н-ва в течение ряда лет не обнаруживает нарастания психических расстройств, что дефект выражается, главным образом, в психопатизации личности, что Н-в правильно оценивает свои действия, что он прибегает к усилению свойственных ему патологических черт в расчете на невменяемость, что в основном нужно отметить достаточную сохранность „я“ (отношение к себе и к окружающему),— решение комиссии (признавшей Н-ва вменяемым) следует считать в этом случае правильным“. Вопросы вменяемости при шизофрении, Проблемы судебной психиатрии, Сборник 3, стр. 78.

ческих критериев: „если эти лица не могли отдавать себе отчет в своих действиях или руководить ими“. Этому указанию вполне соответствуют высказывания судебных психиатров: „Один только медицинский (или биологический) критерий не дает необходимых ограничений для признания невменяемости... Большое значение имеет юридический или психологический критерий“ \*). „Оба эти критерия сочетаются не механически, а органически“ \*\*).

Такое же — ограничительное — значение должны сохранить юридические критерии (сочетаемые с „хронической душевной болезнью“) и в ныне разрабатываемом проекте УК СССР.

#### 4.

С выделением „временного расстройтва душевной деятельности“ и „хронической душевной болезни“, — к „иному болезненному состоянию“, отойдут состояния психического уклонения от нормы — олигофрения с одной стороны и психопатические состояния с другой \*\*\*).

„Под олигофренией надо понимать общую задержку развития.. Основным признаком олигофрении является умственная недостаточность“ \*\*\*\*). „Психопатичность выражается... в особенностях самой личности... Психопатические личности обнаруживают нарушения со стороны темперамента и характера“ \*\*\*\*\*), т. е. со стороны эмоционально-волевой \*\*\*\*\*).

Отличие между „иным болезненным состоянием“ в этой обрисовке от „временного расстройтва душевной деятельности“ не требует разъяснения по своей очевидности. Отличие это сохраняется в полной мере и не может быть

---

\*) А. М. Халецкий, Вопросы вменяемости в советском законодательстве, журн. „Соц. Зак“. 1939 г., № 7.

\*\*\*) См. Ц. М. Фейнберг, Учение о вменяемости в различных школах уголовного права и в судебной психиатрии, Проблемы судебной психиатрии, Сб. 5. 1946 г.

\*\*\*\*) „К медицинским основаниям (невменяемости), читаем в комментарии к Уголовному Кодексу РСФСР, 1946 г., стр. 14, относятся: а) хроническая душевная болезнь, б) временное расстройство душевной деятельности, в) иное болезненное состояние, например, состояние так называемого патологического аффекта, когда человек под влиянием большого потрясения на некоторое время теряет власть над своим поведением“. Здесь — очевидная опечатка: патологический аффект относится к временному расстройству душевной деятельности.

\*\*\*\*\*) Судебная психиатрия, стр. 207.

\*\*\*\*\*) Там же стр. 270.

\*\*\*\*\*) Несколько уже характеристика психопатических состояний у проф. Осипова (в предисловии к книжке Ленца „Социопаты“, 1928 г.): „недостаточное образование эмоциональных или чувственных реакций“.

игнорировано при осложнении „иногo болезненного состояния“, в особенности, психопатии, „временным расстройством душевной деятельности“, например, патологическим аффектом, который „сводится к бурной агрессивной реакции, наступающей как по серьезному, так и по сравнительно ничтожному поводу“ \*). Именно такие случаи имеет, очевидно, в виду проф. Краснушкин, говоря о „психике, склонной падать еще в настоящую глубокую психопатологическую пропасть или впадать в исключительные, переходящие состояния“ \*\*). В качестве соответствующего примера, Гаккебуш и Залкинд приводят некоего Мат.— психопатическую личность, характеризующуюся „легкостью возникновения... патологических реакций по самому незначительному поводу“ \*\*\*). Сюда же можно отнести блестящую экспертизу д-ра Кандинского по делу Губаревой \*\*\*\*). Но даже признание „готовности“ некоторых психопатов впадать во „временное расстройство душевной деятельности“ не устраняет отличия между психопатией и временным расстройством душевной деятельности.

Обратимся к установлению отличия между „иным болезненным состоянием“ и „хронической душевной болезнью“. „Иное болезненное состояние“, в отличие от „хронической душевной болезни“, лишено признака „нового“ в личности. Оно обнимает состояния психического отклонения от нормы, аномалии, носящие стационарный характер. Это — психические уродства. Такое отличие не умаляется представлением, что „новое“ при душевной болезни не исключает, как мы видели, связи между тем и другим состоянием личности. Если в душевной болезни многое связано с преморбидным состоянием, то, все же, душевная болезнь от „иногo болезненного состояния“ отличается. В связи с изучением олигофрении и психопатии и выдвинулось стремление к уяснению этого отличительного их признака.

Такое именно отличие между олигофренией и „хронической душевной болезнью“ (психозом) установлено в психиатрической науке с достаточной ясностью: „Существенным признаком всех случаев олигофрении является отсутствие прогрессирования явлений собственно слабоумия. Это недостаточность интеллекта... которая принципиально отличается от все нарастающего оскудения психики, свойственного, например, шизофрении или эпилепсии“ \*\*\*\*\*). „У гр.

\*) Ленц, указанная выше работа.

\*\*\*) Психиатрическая экспертиза в современном суде, Ежегодник Советской Юстиции, 1925 г., № 34, стр. 1139.

\*\*\*\*) Курс судебной психопатологии, стр. 361 сл.

\*\*\*\*\*) К вопросу о невменяемости, 1890 г.

\*\*\*\*\*) В. А. Гиляровский, Психиатрия, 3-ье издание, стр. 723.

Наз. отмечаются явления выраженного интеллектуального снижения (дебильности). Каких-либо психотических явлений испытуемый не обнаруживает — вот указание в акте судебно-психиатрической экспертизы, из которого легко усмотреть отличие между олигофренией и „хронической душевной болезнью“ (психозом).

Что касается отличия между психопатическим состоянием и „хронической душевной болезнью“ (психозом), то оно также не вызывает сомнений в психиатрии. Впрочем, в учебнике Судебной психиатрии, 1 изд., стр. 111, встречаем иное указание: „Благодаря применению нозологических критериев были выделены из всего многообразия форм психозов — процессуальные и непроцессуальные психические расстройства... В группе непроцессуальных, прогрессирующих форм выделены: олигофрении, психопатии...“ Значит, олигофрении и психопатии — тоже психозы, но только „непроцессуальные“. А между тем, в других местах учебника — и это совершенно правильно — психозы, психические расстройства четко противопоставляются аномалиям — олигофрении и психопатическому состоянию. Этот критерий — „иное болезненное состояние — также должен быть включен в статью о невменяемости УК СССР и, притом, без дальнейшего дробления „иного болезненного состояния“ \*).

„Иное болезненное состояние“ — олигофрению и психопатическое состояние — мы можем себе представить и в таком аспекте, — в виде „лестниц“, ступеньки которых отличаются друг от друга по силе, по интенсивности патологических черт, и незаметно, постепенно переходят друг в друга.

Для олигофрении этот аспект очень характерен. „Мы различаем три степени слабоумия — идиотизм, это самое глубокое слабоумие; затем тупоумие или имбецильность и самое легкое состояние умственной отсталости — малотупоумие или дебильность. Провести границы между этими различными степенями слабоумия бывает очень трудно, тем более, что между ними существуют незаметные переходы“ \*\*). В зависимости от степеней, от глубины слабоумия различают идиотизм, имбецильность и дебильность. Деление олигофрении на три группы, исходящие от степени интеллектуальной отсталости, является условной схемой. Никаких точных границ для установления этих степеней, разумеется, нет“ \*\*\*). „Степени интеллектуальной задержки

\*) Соответствующие доводы мы приведем в дальнейшем изложении.

\*\*\*) Краснушкин, Судебно-психиатрические очерки, стр. 29.

\*\*\*) Судебная психиатрия стр. стр. 207, 208.



чрезвычайно различны... Можно констатировать все переходы от крайне глубокого слабоумия, граничащего с полным отсутствием какого бы то ни было психического функционирования, до незначительной отсталости, не отличимой от состояния умственной ограниченности<sup>\*)</sup>).

Что касается области психопатий, то в советской психиатрической литературе также постоянно подчеркивается наличие скалы их, различие градаций, степеней, „количественное отличие от нормального“<sup>\*\*)</sup>,— „более или менее значительная дисгармония всей психической личности“<sup>\*\*\*)</sup>— даже то, что „в зависимости от биологических и, особенно, социальных факторов один и тот же субъект в течение своей жизни в смысле психических уклонов может то доходить до степени психопатических состояний, то оставаться в пределах или на границе нормы“<sup>\*\*\*\*)</sup>).

Наличие градаций в области „инного болезненного состояния“ и постепенность, незаметность переходов в этой области аномалий отнюдь не устраняет факта значительных клинических отличий между случаями, расположенными на удаленных друг от друга ступенях „лестницы“, отличий, которые не могут быть безразличны с точки зрения уголовной ответственности их носителей за совершенное ими общественно-опасное деяние.

Это относится, прежде всего, к олигофрении, диапазон которой значителен.

Это относится в равной степени и к психопатическому состоянию. Остановимся на этом последнем. С одной стороны, дело идет здесь о (весьма редких, впрочем) случаях психопатии, характеризующихся чрезвычайным скоплением, конденсацией патологических черт, максимумом патологических особенностей, глубиной патологических проявлений. Эти тягчайшие случаи психопатии, заметим, должны быть отличаемы от „осложнений“ психопатии,—от сочетания ее либо с временным обострением,—„исключительным состоянием“, либо со слабоумием (малоумием), либо с „хронической душевной болезнью“. С другой стороны,—дело идет о тех, гораздо более многочисленных (при всем ограничении круга психопатии, устанавливаемом советской наукой психиатрии) случаях психопатий, которые расположены на противоположном конце „лестницы“, на грани с „нормой“.

Необходимость дифференциации в пределах „инного болезненного состояния“ получило надлежащее отражение в нашем уголовном законодательстве в таких, сочетаемых с

\*) Гиляровский, Психиатрия, Учебник, стр. 721.

\*\*) „Судебная психиатрия“, стр. 293.

\*\*\*) Гиляровский, Психиатрия, стр. 620.

\*\*\*\*) Гуревич и Серейский, Учебник психиатрии, стр. 435.

„иным болезненным состоянием“ словах закона: „если эти лица не могли отдавать себе отчет в своих действиях или руководить ими“.

Такое же - ограничительное - значение должны сохранить юридические критерии (сочетаемые с „иным болезненным состоянием“) и в ныне разрабатываемом проекте УК СССР, независимо, притом, от перемещения, перестановки в тексте статьи о невменяемости обеих групп критериев сравнительно с формулами невменяемости в действующем законодательстве, - от отнесения юридических критериев на первое место, а медицинских на второе.

## 5.

В статью о невменяемости будущего Уголовного Кодекса СССР следует внести перечень медицинских критериев действующего советского уголовного законодательства (в значении их, притом, в качестве возможных источников невменяемости), т. е. „временное расстройство душевной деятельности“ „хроническую душевную болезнь“ и „иное болезненное состояние“. „Ст. 11 (УК РСФСР) ни в каких исправлениях не нуждается... Эта формулировка выдержала 20-летний стаж и правильно устанавливает критерии невменяемости“ \*).

О „временном расстройстве душевной деятельности“ мы уже говорили. Вопрос о сохранении этого критерия и, притом, в существующих его границах, сомнений не вызывает.

В будущем Уголовном Кодексе должны найти себе место и оба других медицинских критериях: „хроническая душевная болезнь“ и „иное болезненное состояние“, - каждый в обрисованных выше его рамках.

Прежде всего, это относится к „хронической душевной болезни“ и означает недопустимость придания этому понятию слишком широкого значения, охватывающего также и „иное болезненное состояние“ - олигофрению и психопатическое состояние, независимо от того, что между этими аномалиями и психозами существует тесная связь, часто затрудняющая постановку дифференциального диагноза. Защита этой точки зрения мы придаем важное значение.

Соответствующие доводы сводятся обычно к указанию, что между „хронической душевной болезнью“ и „иным болезненным состоянием“ есть отличие в „горизонтальном“ аспекте. Это отличие - по существу - постоянно учитывается в психиатрических классификациях; оно же должно найти отражение и в перечне медицинских критериев невменяемости. Такое указание на различие обоих сопоставляемых

\*) М. М. Исаев, Проблемы Судебной психиатрии, Сб. 6, 1947 г., стр. 445.

нами медицинских обобщений не может само по себе противостоять предложениям иной классификации, — включения, например, „иного болезненного состояния“ (или части его — психопатического состояния) в широкое понятие „хронической душевной болезни“, — тем более, что вопрос о неменяемости решается ведь на основании функционального аспекта — критериев юридических.

Вот почему в пользу сохранения в формуле неменяемости критерия „хроническая душевная болезнь“ в обрисованных его рамках — психоза, необходимо привести и иную — решающую — аргументацию.

Следует вернуться к „вертикальному“ аспекту обоих медицинских критериев.

До сих пор мы указывали только, что понятие, обобщение „хроническая душевная болезнь“ обнимает душевные заболевания различного удельного веса, различной степени, — и более тяжкие, и менее тяжкие, и легкие: это указание важно для обоснования положения, что не всякая „хроническая душевная болезнь“ равносильна неменяемости. Но о „вертикальном“ аспекте допустимо говорить и в совершенно другом смысле, в том, что даже „легкая“ степень психоза оказывает глубокое разрушительное влияние на психические силы и способности лица — вызывает неменяемость. Число вменяемых в группе несомненной шизофрении — незначительно. Число вменяемых шизофреников в Институте Судебной Психиатрии... не превышает 1-2% к их общему числу \*).

Выше указывалось также, что „иное болезненное состояние“ характеризуется разнообразием аномалий по тяжести, удельному весу, степени, и что этим обосновывается необходимость ограничительного — юридического — критерия. Но „вертикальная“ характеристика „иного болезненного состояния“ — олигофрении и психопатического состояния, имеет и другое значение. Оно состоит в том, что лишь более тяжелая форма олигофрении и, в особенности, психопатического состояния оказывает такое разрушительное влияние на психические способности лица, которое определяется юридическими критериями неменяемости. По данным Института Судебной Психиатрии им. проф. Сербского, процент психопатов, признанных неменяемыми, равнялся в 1945 г. 12% (по отношению к общему числу испытуемых этой группы). В соответствии с этим указанием, оказывается нужным особо подчеркивать, что установка на вменяемость психопатов „не сни-

---

\*) Проф. А. М. Халецкий, Клиника шизофрении на основе судебно-психиатрических наблюдений, Проблемы судебной психиатрии, Сб. 6, 1947 г., стр. 178.

мает необходимости индивидуального подхода при судебно-психиатрической оценке „пограничных состояний“ (А. Н. Бунеев).

Эти соображения имеют, с моей точки зрения, решающее значение для надлежащей обрисовки и классификации медицинских критериев в формуле невменяемости. Такая обрисовка и классификация их выполняет особую задачу—служить практике, помогать ей находить надлежащую демаркационную линию между невменяемостью и вменяемостью в каждом отдельном случае, а тем самым последовательно осуществлять принцип вины, лежащий в основании советского социалистического уголовного права. В самом деле.

Если казуистичность медицинских критериев является, как известно, серьезным недостатком их законодательной обрисовки, то и чрезмерная обобщенность их также имеет отрицательное значение. „... Слишком короткие определения хотя и удобны, ибо подытоживают главное,— все же недостаточны, раз из них надо особо выводить весьма существенные черты того явления, которое надо определить“ \*).

Данная же дифференция медицинских критериев (имеющих весьма существенные черты различия) лишена таких недостатков. Она обращена к эксперту с требованием подводить каждый конкретный случай под ту или иную законодательную обрисовку, что является одной из его задач (часто пренебрегаемой). Она стимулирует, таким образом, эксперта к установлению надлежащего диагноза.

Тем самым надлежащая дифференциация критериев направляет внимание эксперта в сторону признания невменяемости при одном диагнозе, в сторону признания вменяемости—при другом. Дело не в презюмировании в одном случае невменяемости, в другом вменяемости, а в особом отношении со стороны эксперта и суда к возможным, но различным по „вертикальному“ аспекту и, следовательно, по экскульпативному значению, источникам невменяемости.

Особый же подход в этом смысле будет содействовать правильному конечному выводу по вопросу о вменяемости. Юридические критерии невменяемости мы называем так потому, что наличие или отсутствие их решает вопрос о виновности, как условия уголовной ответственности в советском социалистическом уголовном праве. Медицинские критерии, надлежащим образом обрисованные и дифференцированные, также не могут быть безразличными с точки зрения подхода к разрешению вопроса о

\*) Ленин. Соч., т. XIX, стр. 142.

виновности, поскольку они имеют различное экскульпативное значение: они в этом смысле становятся своего рода „юридическими“ критериями.

## 6.

Взгляд, согласно которому и в будущем УК СССР должен сохраниться трехчленный перечень медицинских критериев, в котором, притом, „хроническая душевная болезнь“ ограничена рамками болезни в тесном смысле слова — психоза, не является общепризнанным.

Так, прежде всего, в статье „Вопросы вменяемости в советском законодательстве“) проф. А. М. Халецкий находит излишним в перечне медицинских критериев ст. 11 УК РСФСР (ст. 10 УК УССР) указание на „иное болезненное состояние“.

Сюда, по его мнению, можно было бы отнести: глухонемому, сопровождаемую „значительной психической отсталостью, врожденным слабоумием“, „психические изменения, наблюдающиеся у некоторых женщин в период истощения, некоторые физические страдания и проч.“. „Но ведь во всех этих случаях невменяемость возможна только тогда, когда тяжесть расстройства такова, что они должны рассматриваться как хроническая душевная болезнь или же как временное душевное расстройство“. „Едва ли можно привести пример „иного болезненного состояния“, при котором неспособность понимать свои действия и руководить ими отличалась бы от того, что можно отнести к хронической душевной болезни или к временному расстройству душевной деятельности“. „Понятие это... может вести к широкому признанию невменяемости, ибо и психопатия, и врожденная умственная отсталость, и легкие органические заболевания, конечно, являются болезненными состояниями“. „Не проще ли было бы сформулировать ст. 11 в этой части так, чтобы остался один медицинский критерий — „болезненное состояние“? Разве душевная болезнь и временное душевное расстройство не покрываются этим всеобъемлющим понятием“?

Рассмотрим эти доводы автора против критерия „иное болезненное состояние“ и, значит, в пользу широких рамок „душевной болезни“. Приведенные автором в начале примеры „иного болезненного состояния“ с одной стороны необходимо увеличить (как это, впрочем, и делается им в дальнейшем), указав, что сюда относятся олигофрении, вклю-

\*) Журнал „Социалистическая законность“ 1939 г., № 7.

чающие глухонемому при известных условиях, и психопатические состояния, а с другой—сократить, исключив все приведенные случаи временного расстройства душевной деятельности. Отнесение олигофрении и т. д. к „хронической душевной болезни“ аргументируется не по соображениям принципиального, классификационного порядка, а путем указания на тяжесть аномалии или на тяжесть влияния аномалии на психические способности. Но вопрос идет не о тяжести аномалии и не о степени оказанного ею эффекта, а совсем о другом,—о значении надлежащей, наиболее правильной классификации медицинских критериев, как возможных источников невменяемости. Понятие „иное болезненное состояние“ не может „вести к широкому признанию невменяемости“—юридические критерии в статье о невменяемости и соблюдение их в судебно-психиатрической и судебной практике служат гарантией против произвола в этом отношении.

Таким образом, вопрос о необходимости соответствующей дифференциации медицинских критериев в связи с различием расстройств и аномалий в статье не ставится.

Отметим, затем, предложение включить в статью о невменяемости проекта УК СССР такой перечень: „временное расстройство душевной деятельности“, „хроническую душевную болезнь“ и „слабоумие“, т. е. все же, расширить понятие „хронической душевной болезни“, которая должна охватить психозы (заболевания) и психопатические состояния, но не слабоумие, оставляемое в качестве отдельного критерия. Харьковские психиатры А. А. Лещинский и М. И. Клейман писали по поводу проекта УК 1938 г.: „Рубрика „иное болезненное состояние“... нам кажется излишней, особенно если учесть, что в проекте статьи специально выделяется рубрика „слабоумия“. В этом случае психиатрическая расшифровка „иного болезненного состояния“ может идти только по линии включения сюда группы психопатий. Однако современная судебно-психиатрическая оценка психопатий этого не требует, так как в подавляющем большинстве случаев (более 90%) психопаты вменяемы. В тех же исключительно редких случаях, когда психопат является невменяемым, речь идет либо о столь тяжелой, глубокой, органической психопатии, которая без натяжки может рассматриваться, как хроническая душевная болезнь, либо о временном обострении психопатических черт, достигающем степени психопатической вспышки: но тогда это будет предусмотренное проектом „временное расстройство душевной деятельности“. Таким образом, мы рекомендуем оставить в качестве медицинских критериев только хроническую душевную болезнь, временное рас-

стройство душевной деятельности или слабоумие\*\*).

Оценка этой аргументации не вызывает затруднений. Правильным является утверждение, что психопаты в подавляющем большинстве случаев (более 90%) являются вменяемыми. Правильно и то, что временное обострение психопатических черт, достигающее степени психопатической вспышки, покрывается „временным расстройством душевной деятельности“. Но неправильным является утверждение, что очень тяжелая, глубокая, органическая психопатия без натяжки может рассматриваться как „хроническая душевная болезнь“: различие между душевной болезнью и психопатией существует, и речь может идти лишь о сопоставлении с точки зрения ответственности, а не об отождествлении по существу болезни и психопатии, этих двух возможных источников невменяемости. Можно ли при этих условиях утверждать, что „психопатия без натяжки может рассматриваться как хроническая душевная болезнь“? Неправильно было бы также придавать значение в этом смысле тому обстоятельству, что психопаты признаются невменяемыми „в исключительно редких случаях“; оно является доводом как раз в пользу взгляда противоположного, т. е. необходимости наряду с „хронической душевной болезнью“ особо предусмотреть „иное болезненное состояние“.

## 7.

В подтверждение основной мысли этой работы, что в статью о невменяемости будущего УК следует внести тройной перечень медицинских критериев, указывающий на „временное расстройство душевной деятельности“, „хроническую душевную болезнь“ и „иное болезненное состояние“, рассмотрим еще один вариант перечня их, состоящий в дроблении „иного болезненного состояния“, — в выделении отсюда олигофрении под наименованием „слабоумия“. Мы находим его в материалах к разрабатываемому ныне проекту УК СССР.

Обе группы, входящие в „иное болезненное состояние“, глубоко сходны между собой по существу, как состояния психического отклонения от нормы, носящие стационарный характер. Это — психические уродства, глубоко этим объединяющим их признаком отличающиеся от заболевания, болезни.

Обе группы, поэтому, глубоко сходны друг с другом и по характеристикам их в „вертикальном“ аспекте, в виду

\*) Замечания по поводу статьи о невменяемости в проекте УК СССР 1938 г., разработанном Всесоюзным Институтом Юридических Наук.

того, что более легкая степень олигофрении сближается с более легкой степенью психопатического состояния по влиянию на психические силы и способности лица.

По этим соображениям в отдельном указании той и другой из этих групп, в отдельном перечислении каждой из них и нет надобности. Едва ли, прежде всего, можно утверждать, что такая дифференциация в законодательной формуле невменяемости так же, как и при выделении „иного болезненного состояния“, а не поглощении его „хронической душевной болезнью“, будет стимулировать эксперта к установлению надлежащего, правильного диагноза—олигофрении или психопатия?: задача эта—по очевидности, наглядности специфических признаков каждой из групп аномалий (отнюдь, повторяем, не ослабляющих сходства их между собою)—легка и так. Едва ли, затем, можно защищать дробление критериев указанием на необходимость особого подхода, особого отношения со стороны эксперта и суда к обеим этим группам отклонений от нормы по соображениям различия их экскульпативного эффекта, хотя последнее и существует.

Выделение олигофрении в особый критерий вызывает возражения еще и со стороны обозначения ее в материалах к проекту УК СССР термином „слабоумие“. Такая характеристика выделяемой из „иного болезненного состояния“ группы психического недоразвития, слабоумия, способна была бы создавать разнобой в подведении конкретного случая невменяемости под соответствующий медицинский критерий, чему, как указывалось, следует придавать значение в актах судебно-психиатрической экспертизы. То случай олигофрении был бы отнесен к „слабоумию“, то—к „иному болезненному состоянию“, поскольку „слабоумию“ будет придано значение симптома „хронической душевной болезни“, психоза.

---



Проф. С. Л. Фукс

## „Барымта“

(ОЧЕРК ОБЫЧНОГО ПРАВА КАЗАХОВ XVIII—XIX в.в.)

„Если есть храбрец в твоём роде,  
не останется твой иск за чужим  
родом“.

(Казахская пословица)

У большинства народов ранняя стадия развития судебного процесса характеризуется тем, что в процессе легализуется прямое насилие со стороны истца в отношении ответчика, что допускается самоуправство, самопомощь, как способ обеспечить интересы сильных и богатых над немощными и эксплуатируемыми при первоначальной слабости государственного аппарата принуждения. На основе самопомощи, совместно со своими сородичами, истец ведет следствие, добивается согласия ответчика на судебное разбирательство и его явки в суд, представляет суду доказательства и осуществляет вынесенное в защиту его права решение. Среди многообразных видов самопомощи всюду на этой стадии развития процесса большую роль играет захват имущества ответчика для того, чтобы понудить его уплатить долг, согласиться на судебное рассмотрение претензии, либо для того, чтобы заставить его выполнить уже состоявшееся судебное решение. Требуя возврата долга, гильяк явно или тайно отпрягает собаку из нарты должника. (Л. Штернберг. Семья и род у народов северо-восточной Азии. Л. 1933, стр. 13). В древнем Риме кредитор без всякого участия органов власти захватывал в аналогичном случае какое-либо имущество должника, и только произносимые им „*certa et solemnia verba*“ свидетельствовали о том, что это не акт

грабежа, а „*pignoris capio*“, легальный захват, как способ взыскания. В древнем памятнике ирландского права *Senchus mór* (около 800 г. н.э) мы находим конкретный пример захвата родом или отделением фэнов коров, принадлежащих подданым короля Ульстера Фергюса. Цель захвата — получение композиции за убийство Фергюсом женщины рода фэнов. После того, как фэны осуществили этот захват, ответчик в лице преемника Фергюса соглашается на судебное разбирательство спора, возникшего в связи с убийством. (H. d'Arbois de Jubainville. *Le Senchus mór. Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*. 8 anné. 1884. № 1, т. VIII, стр. 35 и сл.). Совершенный в данном случае захват коров отнюдь не был актом произвола; ирландское право устанавливало многочисленные правила, которыми этот захват регулировался. По сравнению с *Senchus mór*, Варварские Правды франков и германцев отражают, как справедливо указывает Jubainville, более развитую позднейшую форму легального захвата. Здесь для захвата имущества ответчика требуется предварительное согласие суда. Однако, эти же источники подтверждают, что легальный захват, не связанный предварительной санкцией органов государственной власти, был ранее хорошо известен также франкам и германцам. Так из *Lex Visigothorum* видно, что до него не требовалась предварительная санкция суда на захват имущества ответчика, и что такое требование *Lex Visigothorum* вводит впервые. Эдикт Ротаря запрещает „частный захват“ только в отношении лошадей, коров и свиней, в остальных случаях предварительная санкция суда все еще не обязательна (там же стр. 43 и сл.). Тот же институт легального, не связанного санкцией судебных органов, захвата мы находим в постановлениях кайтагского уцмия Рустем-хана. (Сборник сведений о кавказских горцах, вып. 1, 1868 г., стр. 80—88). Институт этот, называемый „ишкиль“, А. В. Комаров определяет как „право истца, потерявшего надежду на миролюбивое удовлетворение со стороны ответчика, нападать на его родственника или односельца и силою отнимать у него какую-нибудь вещь, которую не возвращать до тех пор, пока ответчик, понуждаемый в таких случаях родственником своим или односельцем, не удовлетворит истца“. На Украине еще в XIX в. сохранились остатки обычая, именуемого „грабуванням“, и заключавшегося в том, что при просрочке долга кредитор сам брал во дворе должника или в ином месте принадлежащую должнику вещь и не возвращал ее до уплаты долга. В 1703 г. гетман предоставил одному лицу право „грабувать“ своих неисправных должников и „грабежей не ворочать до выкупления их“. („Киевская старина“ 1889 г., т. XXIV, март, стр. 670).

Можно умножить число примеров, показывающих, что легальный захват имущества ответчика, как способ понуждения ответчика к судебному разбирательству или к непосредственному удовлетворению претензии, представляет собой стадийный институт, т. е. институт, неизбежно возникающий на определенных ранних стадиях развития суда и процесса у большинства народов. Мы находим его также в виде „баранты“ у горцев Кавказа, его знает ойратский устав взысканий 1640 г. Но, пожалуй, нигде, разве только в памятниках древнего ирландского права, рассматриваемый нами институт не описан с такой обстоятельностью, как „барымта“ в памятниках казахского права. Крайний консерватизм обычного права казахов обусловил сохранение в нем даже в XIX в. норм и целых институтов, корни которых уходят в глубочайшее историческое прошлое. Мы имеем возможность проследить по материалам казахского права, хотя не с одинаковой для всех этапов полнотой, развитие и разложение института легального захвата, — „барымты“. Это дает возможность конкретизировать на основе исторически достоверных источников наши представления о данном институте и тем самым отчасти пополнить известные науке истории права данные о генезисе суда и процесса в целом.

## 1.

Барымта—один из наиболее характерных институтов и важнейшее звено всей системы казахского обычного права. Она является порождением патриархально-феодального строя Казахстана, „родовой“ организации, слабости центральной государственной власти и крайней децентрализации власти. С другой стороны, широкое распространение барымты серьезно ослабляло государственную власть и обусловило своеобразие всего казахского судоустройства и судопроизводства.

При изучении барымты, как процессуального института, как легального захвата имущества, цель которого—защита своего права, нужно иметь в виду, что термин „барымта“ имел у казахов самый разнообразный смысл. Значение этого термина настолько широко, что он употребляется для обозначения почти всякого насильственного овладения чужим имуществом, независимо от цели захвата. Задача историко-юридического исследования барымты, как процессуального института, осложняется, следовательно, необходимостью выделить в имеющихся у нас источниках барымту, как процессуальный институт, отмежевать его от прочих видов имущественного захвата, покрываемых тем же термином: „барымта“. Задача эта тем более не легкая, что общность

термина здесь, разумеется, не случайна и отражает как тесную генетическую связь обозначаемых этим термином явлений, так и отсутствие четких между ними границ.

„Барымта“ есть захват чужого имущества, главным образом, скота. Цель захвата может быть различна. Это может быть акт междуродовой борьбы и эпизод феодальной войны. Барымтой называли разграбление аулов ответчика-обидчика, как акт внесудебной расправы со стороны потерпевшего, игнорирующего суд или не рассчитывающего на помощь суда. Под барымтой понимали и дозволенное самоуправство против убийцы, до того как преступление станет предметом судебного разбирательства. Барымта может быть, наконец, правомерным способом понудить ответчика явиться в суд, она может быть способом заставить его выполнить приговор суда или вынудить его согласие на пересмотр уже состоявшегося судебного решения. Иногда под именем „барымты“ фигурирует простой грабеж. Таким образом, термин „барымта“, казахов имеет такое же широкое значение, как так называемая „баранта“ у кавказских горцев, которая, как отмечает Леонтович, могла означать: 1) скот; 2) преступление в смысле обыкновенного грабежа, насильного отнятия и завладения чужой вещью; 3) военный захват, угон скота или пленение людей; 4) наказание в смысле „потока и разграбления“ „Русской Правды“ или позднейшей конфискации имущества; 5) арест (до суда) чужого имущества в обеспечение прав кредитора или претензии, связанной с личной обидой либо материальным ущербом; 6) меру обеспечения исполнения судебного приговора; 7) право родных убитого до исполнения кровомщения „барантовать“ имущество убитого; 8) право князя отбирать имущество у подвластных людей—узденей и чагар. (Ф. Леонтович. Адаты кавказских горцев, ч. I, стр. 366).

Чем же объяснить столь широкий характер этого понятия? Почему один и тот же термин, и не только у казахов, охватывает явления столь противоположные, как нарушение права с одной стороны, и тщательно регулируемый и рекомендуемый законом способ восстановления нарушенных прав, с другой. Очевидно, многообразное значение этого термина есть результат исторического развития барымты, результат различной роли насильственного захвата имущества на отдельных этапах истории казахского общества. Необходимо, следовательно, обратиться к истории имущественного захвата.

К сожалению, у нас почти нет источников, освещающих моменты возникновения барымты, и ее раннюю историю приходится восстанавливать ретроспективным анализом источников XVIII и XIX веков, в которых обнаруживаются пережитки или отражение отношений предшествующего периода.

В литературе встречается указание на то, что барымта казахского обычного права имеет свои корни в Ясе Чингизхана. Ф. Леонтович, например, писал, что барымта, как и кровная месть законов Тауке „позволяет сблизать это уложение... с „великой Ясой „Чингиза““. (Ф. Леонтович. К истории права русских инородцев. Древний монголо-калмыцкий или ойротский устав взысканий. „Цааджин-Бичик“, стр. 224). К этому выводу Леонтович пришел попутно с ошибочным утверждением, что ойротский „Цааджин-Бичик“ есть развитие той же Ясы Чингиза. Общая концепция Леонтовича была основательно опровергнута еще А. Ф. Кистяковским. (Юридический Вестник 1880 г. № 1). Применительно к барымте соображения Леонтовича опровергаются просто тем, что Яса (см. фрагменты, приведенные самим Леонтовичем) вообще не знает этого института. Гурлянд, однако, повторил утверждение Леонтовича в еще более категорической форме: „баранта киргизов вполне сходна с барантою Ясы“. (Изв. об-ва археологии, истории и этнографии при Казанском университете, т. XX, стр. 154). В связи с этим следовало бы отметить также, что институт барымты вообще противоречит духу чингизова законодательства, которое исходит из наличия сильной, деспотической государственной власти и стремится к ее укреплению. Барымта же всюду сохраняется, как следствие слабости центральной государственной власти.

В своем первоначальном наиболее древнем значении барымта была вооруженным набегом враждующих племён и родов, сопровождаемым захватом скота и людей.

В одной казахской легенде сохранился даже отголосок тех далеких времен, когда воинственная молодежь отделялась от общества, образуя особую прослойку воинов, особые дружины, промышлявшие барымтой—ограблением соседей. В легенде о происхождении казахов, сообщенной Г. Потаниным, рассказывается, что посланные Котан-баем за Алашем и не вернувшиеся три его сына, каждый с сотней товарищей, все были холостяками, и барымта была их повседневным занятием. („Живая старина“ 1916, вып. II—III, стр. 55). В легендарных сыновьях Котан-бая с товарищами отражено явление, общее многим народам на ранней ступени их общественного развития, т. е. выделение особой группы молодых воинов, холостяков, занимающихся набегам на соседей, пограничной войной. Таковы „косууны“, долган, el-moran у восточноафриканских кочевников-масаев, „ак-уйло“ у туркмен. (С. П. Толстов. К истории древне-тюркской социальной терминологии. „ВДИ“ № 1—38 г.). Сюда же примыкает возникновение дружин как „частных объединений для ведения войны за свой страх и риск“. (Энгельс. М. и Э. Соч. т. XVI, ч. I, стр. 121). Барымта была средством обогащения

вождей таких дружин. Только как исключение из общего правила упомянутая казахская легенда отмечает некоего Булат-мурзу, который не брал себе ничего, не наживался, когда другие совершали барымту, и потому был назван Булат-ходжей, т. е. благочестивым.

Барымта была первоначально формой войны родовых коллективов, войны, которую Маркс характеризует как „один из самых первобытных видов труда каждого из этих естественно сложившихся коллективов как для отстаивания собственности, так и для приобретения ее“. Здесь у Маркса речь идет о собственности в самой первоначальной форме, об „отношении человека к его естественным условиям производства, как к принадлежащим ему, как к своим“. (Маркс. Формы, предшествующие капиталистическому производству. ОГИЗ. 1940 г., стр. 24). Этот ранний этап существования барымты вряд ли можно документировать. Но из казахского предания, сообщаемого Тевкелевым, мы видим, что и во времена Тауке, законы которого рассматривали барымту как легальный и строго регулируемый способ восстановления нарушенного права и политика которого была направлена на обуздание межродовой борьбы для укрепления государственности, барымта продолжает прочно держаться также и в значении формы межродовой борьбы. Предание объясняет происхождение казахского рода Джетиру („семиродцы“) тем, что у каждого из этих семи родов сильный соседний род алчин брал барымту—захватывал скот—они же „по одиночке у алчинцев, по их киргискасацкому обычаю, для возвращения своей обиды от них брать баранту были не в состоянии...“ Хан Тауке, к которому они обратились за помощью, не нашел никакого иного способа помочь им, как только соединить семь родов в один, „чтобы они все семь родов, соединяясь вместе, от алчинцев брать баранту были в состоянии...“. („Красный Архив“ № 2/87 1938 г., стр. 154). Мысль о возможности бороться за полное прекращение межродовой барымты не приходила в голову этому практическому политику, очевидно, потому, что межродовая барымта—взаимные набеги—были древнейшей и прочной традицией, соответствовавшей интересам патриархально-феодальной знати.

Древнейшее существование барымты, как военного набега для угона скота, подтверждается в известной мере также и тем, что впоследствии, в XIX веке, барымта стала синонимом феодальной войны, сопровождаемой захватом скота, и даже просто синонимом грабежа. До этого, в начале XVIII в., в период укрепления казахской государственности при Тауке, барымта характеризуется, как мы увидим ниже, ограничением элементов произвола, регулированием ее и превращением ее в легальный способ защиты правопорядка.

Если бы барымта всегда была как в законах Тауке, только легальным способом защиты правопорядка, то термин „барымта“, должно быть, оказался бы неприложимым к кулачному праву феодальной войны, и тем более неприложимым к простому грабежу.

Барымта вообще теснейшим образом связана с междуродовой борьбой. Ее существование в XVIII и в XIX в. с полным основанием связывают с сохранением пережитков родовой коллективности. Так в рукописи „О киргизских законах“, свода, составленного в 1809 г. Путинцевым, отмечается, что барымта, отгон скота, связанный с наличием какой-либо претензии, производится „не только у виновного, но и всей волости, где способнее может отогнать; например: виновной от Атагаевской волости; атагаевский род разделяется на части так, что друг от друга берут в замужество девок—сие значит, что уже они по поколению не родственники, но только носят имя роду Атагаевскому. Претендатель отгон делает и у сих последних...“ (Ленинградский Архив ВПК и Б. Ф. I. Сиб. Комитет оп. 54 д. № 28, 1821 г. л. л. 21 об.—22. Принадлежность рукописи Путинцеву и дата ее устанавливается в деле того же фонда оп. 54 д. 30—1819 г. л. 1). Здесь подчеркнуто, следовательно, что барымтою связаны в порядке коллективной ответственности даже такие отделения, которые давно утратили кровнородственную связь и связаны только общим наименованием рода. Акад. В. Радлов прямо объясняет существование барымты тем, что взыскание обращается на стада аула или „рода“ в целом. (В. Радлов. Образцы народной литературы тюркских племен, ч. III, СПб, 1870 г., с. XVI). Он же указывает, что оседлое население, не знающее пережитков родовой коллективности, считает кочевников просто грабителями и ворами, потому что ему чуждо понимание принципов барымты, оно не представляет себе, как можно угнать стадо у одного соседа за ущерб, причиненный другим. (W. Radloff. Aus Sibirien. Leipzig 1884. В. I, стр. 517—518). То обстоятельство, что царизму между 1844 и 1868 гг. удалось добиться некоторого сокращения барымты, так что, по словам А. М. Добромыслова, „родовая баранта почти исчезла и стала заменяться сильно развивающимся конокрадством“. (А. И. Добромыслов. Суд у киргиз Тургайской области в XVIII и XIX вв. Казань. 1904, стр. 30—31) может быть объяснено не „миротворческой“ ролью царской администрации и даже не успехом применяемых репрессий, а быстрым разложением пережитков родовой коллективности. В качестве института, регулирующего отношения между индивидуальными собственниками, института, вовсе не связанного „родовыми“ отношениями, мы у казахов барымту встречаем только в конце XIX в.

Первоначальное значение барымты, как формы межродовой и межплеменной борьбы за естественные условия производства, должно было претерпеть существенное изменение в ходе развития частно-собственнических отношений в казахском обществе. Развивается право. Из формы межплеменной, межродовой борьбы за естественные условия существования, барымта, делается средством решения конфликтов между собственниками (или их родовыми коллективами), регулируется государством и тем самым превращается в правовой институт. Но и при новом содержании прежняя организация барымты, прежняя ее форма все же сохраняется, так как в казахском патриархально-феодальном обществе развитие частно-собственнических отношений не устраняет форму коллективной „родовой“ собственности.

Превращение барымты, отгона скота, из средства междуродовой борьбы в юридический институт, имеющий своей целью восстановление нарушенного права, первоначально выражается только в появлении новых оснований и целей барымты, наличие которых обеспечивает отгоняющим скот признание их действий правомерными и некоторую поддержку государственной власти, которая, впрочем, не располагает достаточным и бесперебойно действующим механизмом государственного принуждения и именно потому предоставляет дело восстановления нарушенного права в основном самопомощи заинтересованных в каждом отдельном случае лиц. Наличие обоснованной претензии, отказ ответчиков от судебного ее рассмотрения, потворство ответчикам со стороны тех лиц, от которых зависит понудить их к судебному разбирательству или к удовлетворению претензии, отказ судей в правосудии или нетерпимая проволочка дела, обнаружившееся бессилие суда, отказ ответчика исполнить уже состоявшееся решение—таковы те основания, которые дают истцу право барымтовать и делают отгон скота у противника мероприятием, санкционируемым государственной властью. Памятники истории обычного права казахов XVIII и XIX в., как это ниже будет показано, перечисляют эти условия. Не останавливаясь пока на подробной юридической характеристике барымты, как способа защиты нарушенного права, продолжим рассмотрение путей возникновения и развития этого института в целом.

Как способ защиты права барымта была, очевидно, первоначально „грабежом“ в том смысле, в каком этот термин употребляется еще в „Русской Правде“, где „грабеж“ означает не преступление, а санкционированную государственной властью кару для разбойника и поджигателя и, в то же время, способ удовлетворения потерпевшего: „на грабеж дом его, переди пагуба исплатившую, а в проце



князю поточити“ (ст. 83 троицкого списка). Судя по характеру этой кары („разграбление“) и по тому, что представлял собою „поток и разграбление“ у других народов, (см., например, описание этого института у албанцев или у горцев Хунзаха. М. Ковалевский. Родовой быт., стр. 9. Сборник сведений о кавказских горцах. вып. IV. 1870. „Горская летопись“, стр. 64) „разграбление“ осуществлялось не князем, а, как и барымта, потерпевшей общиной, либо потерпевшим со своими сородичами. В шведском праве в конце XII столетия „грабежом“ называлось взыскание с имущества должника в пользу кредитора, которое осуществляла сотня-община. (H. Brunner. Deutsche Rechtsgeschichte т. II, стр. 595). Термином „strud“, означающим „грабеж“, именовалось в праве франков изъятие судом имущества у уклоняющегося от платежа должника (там же). Вспомним, что, как уже было отмечено, и на Украине в XVIII и XIX в. „грабуваньям“ называли обычно—правовой захват должником имущества кредитора. Все это хорошо объясняет, почему термин „барымта“ впоследствии мог применяться одновременно к обозначению одного из способов защиты права и к грабежу в современном значении слова. Казахская барымта развивалась в том же направлении, что и „грабеж“ у славян, шведов и франков. Термины эти означали некогда всякое насильственное овладение имуществом. В догосударственный период это могло иметь место лишь в межплеменных или междуродовых отношениях. С возникновением частной собственности и государства те же термины стали означать захват имущества, допускаемый государственной властью для защиты интересов имущих, поскольку государство не могло обеспечить эту защиту судебным порядком. Далее сфера применения „барымты“, „грабежа“ суживается по мере усиления судебной власти, которая берет на себя функции „грабежа“ „барымты“ (strudis legitima—„легальный грабеж“ „Рипуарской Правды“) и отстраняет, но лишь постепенно, самопомощь потерпевшего, пока, наконец, самоуправное восстановление своих действительных или мнимых прав не начинает рассматриваться как вовсе недопустимое, вследствие чего „грабеж“, „strud“ делаются уголовным преступлением. Этой высшей ступени, полного запрещения барымты казахское право не достигло.

История постепенного ограничения барымты—самопомощи потерпевшего у казахов отражена очень отчетливо в сохранившемся до XIX в. институте „канджугды“ („обмытая кровь“), „канжуар“ („обмыть кровь“). При определении размера куна, т. е. платы за кровь, причитающейся сородичам убитого, если сородичи не прибегали к барымте, а прямо обращались к суду, бий устанавливал прибавку

к нормальному куну в несколько голов скота на „канжуар“, а также „девятку от лошади“ (т. е. девять голов разного скота, среди которых самая ценная—лошадь), в качестве „выкупа за юрты“. Прибавка эта делалась для того, чтобы компенсировать имущественный ущерб сородичей, воздержавшихся от барымты и ставших на путь судебного взыскания. Ибо в древнейшее время сколько бы они до суда ни отбарымтовали скота, десятки или сотни голов, суд при разборе дела об убийстве, захваченное на барымте не учитывал и не засчитывал в счет погашения кровного долга, куна. Захваченным на барымте до суда потерпевшие как бы „обмывали кровь“, удовлетворяли свою жажду мщения. „Обмывая кровь“, они выполняли священный долг мести. Если же они отказывались от материальной выгоды, которую могла дать им предварительная, до судебного разбирательства, барымта, то следовало, чтобы поощрить такой отказ, по крайней мере, компенсировать невыгодность отказа, почему суд и делал описанную надбавку к куну „канжуар“. С отказом от предварительной барымты была связана еще одна приплата к куну, именуемая „выкупом за юрты“. Сородичи убитого, решив отказаться от барымты и передать дело суду биев, все же проделывали некоторый обряд, символизирующий барымту. Приехав в аул ответчика для судебного разбирательства, они набрасывались на юрты с криком „баврым“, и ударяли по юртам саблями и другим оружием, как бы громя аул. Сородичи ответчика, прося их не ломать юрты, платили за это указанную „девятку от лошади“. (Изразцов Н. Обычное право киргизов Семиреченской области. „Этнографическое обозрение“ 1897 г. № 4, стр. 16). Можно положительно утверждать, имея в виду эти пережитки, что на первых порах государственная власть в борьбе с барымтой, как „поток и разграблением“ не запрещала еще таковую полностью, а довольствовалась тем, что после первого акта возмездия, барымты со стороны потерпевших, дальнейшие взаимные расчеты сторон рассматривались судом. Это и было, очевидно, самое важное с точки зрения государственного порядка, т. к. главная опасность барымты заключалась всегда в том, что за первым актом ее следовала бесконечная цепь актов взаимной контрбарымты и тянувшиеся десятилетиями междуусобия.

Такое примирительное отношение к первому акту барымты объясняется явной невозможностью для казахского государства помешать расправе в тот первый момент, когда неостывший труп убитого сородича вызывает к мести. В аналогичном институте у горцев Кавказа мотив этот выступает чрезвычайно выпукло. Как сообщается в адатах малкарцев, приводимых Леонтовичем, в случае убийства, „виновный и

его родственники стараются как можно скорее, через кого следует, похоронить павшего, а родственники убитого стараются медлить, потому что до предания тела земле все родственники убитого делают набег на дом и кутаны убийцы, захватывают сколько могут баранты и все, что успеют забрать, оставляют в свою пользу; назад из взятого не требуется ничего, и во время уплаты за кровь не полагается даже в цену". (Ф. Леонтович. Адаты кавказских горцев, ч. I, стр. 284). Здесь крайним моментом дозволенного самоуправления является погребение убитого, как и в древнем праве Англии, где мстить за убийство разрешалось лишь до тех пор, пока на следующий день не будет погребен труп убитого. В Грузии в средние века поток и разграбление допускались до момента вмешательства органов государственной власти или уполномоченных ею лиц. Так, по законам грузинского царя Акбуги (ст. 2) сородичи убитого могут жечь имущество убийцы и причинять ему любой вред до прихода людей Ацхурского архиерея с образом богородицы, и весь причиненный ими убийце до этого момента ущерб не идет в зачет причитающегося с него взыскания за кровь.

Постепенное вытеснение барымты судебной властью, выразившееся в допущении ее лишь на первом этапе разделки за обиду с обязательным прекращением ее в дальнейшем и переходом к судебному разбирательству, создавало как будто бы условия для полного запрещения барымты — самоуправления и для замены ее судом. Но для этого нужно прежде всего, чтобы государственная власть располагала аппаратом, способным обеспечить принудительное привлечение ответчика к суду и выполнение им судебного решения. Представим себе, с одной стороны, слабость центральной власти в патриархально-феодальном Казахстане, с другой стороны, истца и ответчика, кочующих на расстоянии многих сотен верст от ставки хана или султана, и нам станет ясно, что в феодальном Казахстане судьба барымты должна была сложиться по иному. Ведя борьбу против барымты, как самоуправления, ограничивая его всячески в интересах укрепления начал государственности, казахское государство не отказывалось от использования барымты — самопомощи, восполняющей слабость судебной власти. Чтобы такой институт укоренился нужно было только отказаться от упомянутой выше древнейшей традиции — исключения результатов первой барымты из взаимных расчетов сторон — и ответчик, у которого забарантовали лишнюю против куна сотню баранов, делался заинтересованным в передаче дела в суд. Барымта делалась, таким образом, способом понуждения его к судебному разбирательству.

В результате описанного развития барымта из средства междуусобной, междуродовой войны превращается сперва в „разграбление“ ответчика, как наказание и способ удовлетворения претензий, осуществляемые самим истцом, потерпевшим, а затем — путем ограничения и строгого нормирования условий допустимости и самого порядка такого „разграбления“ — в легальный захват имущества ответчика для понуждения его к удовлетворению претензии, к явке в суд или к исполнению судебного решения. В этом своем значении строго регулируемого обычным правом процессуального института барымта выступает уже в законах хана Тауке. Постановления законов Тауке о барымте могут быть без всякого искажения исторической перспективы дополнены имеющимися у нас материалами XIX в., поскольку из содержания этих материалов не видно, чтобы какие-либо положения законов Тауке подверглись впоследствии существенным изменениям. Обычное в литературе утверждение, что барымта после Тауке потеряла свой прежний характер, основано на смешении барымты, как способа защиты права, с барымтой грабежом и феодальной войной. Между тем, господство барымты-феодальной войны не устранило вовсе барымты, как допущенного законами Тауке способа защиты права.

Бесспорно, что постановления Тауке в целом направлены к укреплению государства и повышению роли органов государственной власти. Несомненно, что и регулирование барымты носит здесь характер ограничения самоуправства и внедрения начал законности. Постановления Тауке пытаются поэтому точно определить условия, делающие барымту дозволенной. Перечень этих условий показывает и причину, вынуждавшую государственную власть допускать барымту — самопомощь в процессе. Такой причиной была слабость государственной власти, ее неспособность обеспечить судебное принуждение.

По законам Тауке в записи Гавердовского барымта допускается, „когда удовлетворение или пеня по суду положенная обвиненными не совершается и когда родоначальник скрывает преступника и сам уклоняется разбирать дело“. (Архив Ленинградского отделения института истории АН СССР № 495. Г. Гавердовский. Обзорение киргиз-кайсацкой степи. (Рукопись) л. 51). Это условие почти дословно воспроизводится в записи законов Тауке, сделанной Левшиным. (А. Левшин. Описание киргиз-казачьих орд и степей. ч. III, стр. 170 и сл.). В записи тех же законов Шукуралиева право производить барымту представляется „убиенных на-

следникам“ либо „похищенному хозяевам“ в том случае когда они „не могут и не в силах виновных привести к разбирательству беям, а хан и беи не имеют для взятия их при себе войска“. Здесь гораздо выразительней, чем в редакции Гавердовского и Левшина, подчеркнуто бессилie ханов и биев—самостоятельно обеспечить всем правосудие, что и является причиной санкционирования легальной барымты.

В источнике наиболее близком к временам Тауке в характеристике барымты, даваемой Тевкелевым в его „Описании казахских родов“ допущение барымты объясняется теми же мотивами: „а неволею никто никого ниже хан, в суд привести не может и в таком случае, ежели кто кого обидел, а добровольно разделаться не хочет, тогда за обидимого его род весь вступится и станут брать баранту... и потом тот, (в тексте „того“) кто обидел, принужден будет со всем своим родом искать третейского суда... („Красный Архив“ № 2 (87) 1938 г., стр. 154). Такое же объяснение сущности барымты мы находим в „Кратком описании о положении и состоянии киргиз-кайсацкого народа“, документе, относящемся к 1796 г. и в этой части воспроизводящем „описание“ Тевкелева, которое было уже, кажется, в 1783 г. „обработано“ генерал-губернатором Апухтиным в представлении его Екатерине II 16 сентября (текст у А. Добромыслова. Тургайская область вып. II, 1901 г., стр. 177—182). Здесь повторяется ссылка на то, что и сам хан не может принудить обидчика к суду „а дабы обидчика заставить самого искать суда, то весь род обиженного делает над улусами его репресаль и забирает от него скота такое количество, чтоб могло его самого принудить искать суда“. („Красный Архив“ № 5 (78) 1936 г., стр. 210). К барымте прибегают вместо обращения непосредственно к суду, когда суд отсутствует или бездействует. Поводом для обращения к барымте может быть волокита. „Нередко случается,—пишет Путинцев в своей записи „О киргизских законах“,—так, что год от году идет проволочка, чрез что начать должен в возврат скота своего барымтою (отгоном)“ (Ленинградский Архив ВПК и Б. Ф. I. Сибир. Ком. от 54 д. № 28—1821 г. л. 21). В таком же смысле в середине XIX в. разъяснял Гейнсу содержание барымты султан Чингис Валиханов. Она применяется, указывал Валиханов, при наличии долга либо иной какой „обида“, „если суд биев не хочет или не может помочь“. (А. Гейнс. Собрание литературных трудов. СПб. 1897 г. ч. I., стр. 252). Такое же значение барымты отмечается и в материалах, собранных по распоряжению А. Баллюзека. Она рассматривается здесь как оплата вору „когда он, пользуясь отсутствием всякой власти или покровительствуемый

родовичами, отказывается от удовлетворения за похищенное и от явки на суд для объяснений, когда при том никто не принимает к склонению или побуждению его к законному расчету надлежащих мер“. В этих случаях казах берется за барымту, „которая как единственный и естественный исход вышеприведенного безначалия и отсутствия всякой власти, обязанной заботиться о доставлении обиженному удовлетворения—не возбраняется последнему обычаями“. (Записки Оренбургского отд. ИРГО по отд. этнографии, вып. II, 1871 г., стр. 12). Во всех приведенных характеристиках барымты допускается, несмотря на наличие органов суда, вследствие бессилия судебных органов. Недаром казахская пословица говорит: „Если есть храбрец в твоём роде, не останется твой иск за чужим родом“. (Юридический Вестник 1890 г., т. V, кн. I, стр. 139).

Бессилие судебных органов отчасти объясняется „родовым“ устройством казахского общества и вытекающими отсюда особенностями в осуществлении уголовного преследования и имущественного взыскания. Выше уже была отмечена связь самого существования барымты с пережитками родовой коллективности, с родовым бытом патриархально-феодалного казахского общества. Наказать виновного, заставить его платить либо явиться в суд биев и выполнить решение можно только при содействии его аульных, „родовых“ властей. Поэтому барымта направляется не против конкретного виновника-должника, а против „рода“, „отделения“, аула в целом. Мы отметили уже сообщение Путинцева, что барымта производится „не только у виновного, но и всей волости, где способнее может отогнать“. Роль барымты, как средства воздействия на аульные „родовые“ власти ответчика-обвиняемого подчеркнута у Гавердовского. Допускается „совершать наказание (здесь имеется в виду пеня. С. Ф.) над ближним его родственником, или разве весь аул заплатит определенную мзду и обяжется под опасением нового взыску, сыскав виновного совершить над ним определение суда“ (цитированная рукопись стр. 51). Такое положение вполне понятно, ибо барымта по Гавердовскому совершается „когда родоначальник скрывает преступника и сам уклоняется разбирать дело“. Еще резче значение барымты, как способа воздействия на ответчика через его же аульные власти, выражено в записи законов Тауке у Шукуралиева: допускается, чтобы „обиженные с отделения причиняющего человека от сильных и хороших людей на четвертую часть против потери отогнали в баранту скотом... дабы хозяева отогнанного скота вора отделения своего насильно могли представить на разбирательство беям“. (Сибирский Вестник. 1820 г., ч. IX, стр. 13).

Обычное право ограничивает применение барымты определенными целями. Барымта может применяться для понуждения ответчика к судебному разбирательству претензии, для того, чтобы заставить его выполнить уже состоявшееся решение суда или чтобы заставить его согласиться на пересмотр уже состоявшегося решения. Барымта может быть предпринята и для непосредственного удовлетворения обоснованной претензии. Различные источники подчеркивают одни или другие цели барымты.

У Шукуралиева на первом плане понуждение ответчика барымтою к судебному разбирательству „когда убиенных наследники, а похищенному хозяева не могут и не в силах виновных привести к разбирательству беям“. Гавердовский отмечает, как цель привлечения к судебному разбирательству, так и цель исполнения состоявшегося решения: „если обвиняемый преступник по позыву судей к разбирательству не явится“ либо „когда удовлетворение или пеня по суду положенная обвиненными не совершается“. У Путинцева барымта также предпринимается и тогда, „когда год от году идет проволочка“ в разбирательстве дела, и тогда, когда ответчик не выполняет добровольно решение султана“. (Ленинградский Архив ВПК и Б. Ф. I. Сиб. Ком. оп. 54 д. 28—1821 г. л. 21 и 21 об.).

В изложении законов Тауке у Левшина на первом плане понуждение к исполнению приговора. „Если осужденный не исполняет приговора суда...“— вот первое условие легальной барымты. В цитированном уже выше „Кратком описании о положении и состоянии киргиз-кайсацкого народа“ также указывается: „обвиненный редко повинуется судейскому приговору, а получает обиженный удовольствие захватом же скота, в каковом случае и другие делают иногда оправданному помощь...“. („Красный Архив“ № 5/78, 1936 г., стр. 210). Самопомощь, как средство осуществления судебного решения, отмечается исследователями и у кавказских горцев. О последних Броневский сообщает, что для выполнения решения кадиев „нужно набирать войско и вступать в сражение, в противном случае спор между двумя сильными соперниками остается нерешенным“. („Новейшие географические и исторические известия о Кавказе, собранные и пополненные Семеном Броневским“ т. II, М. 1823 г., стр. 116). Эту же сторону казахской барымты отмечают и другие авторы, описывающие ее (например: Энцикл. Словарь Березина 1873 г., А. К. Гейнс. Собр. литер. трудов т. I, стр. 69—70, Гродеков. Киргизы и каракиргизы, стр. 170 и др.).

Барымта была также способом заставить ответчика согласиться на пересмотр дела; это отмечает Ибрагимов, указывая,

что недовольная решением сторона вызывает своего противника вторично на суд посредством барымты. (Записки ИРГО по отд. этнографии т. VIII, 1878 г., стр. 235). Апеллировать можно было только один раз, вторичная апелляция с применением барымты влекла за собой оштрафование апеллирующего. Применение барымты в качестве средства апелляции, очевидно, вошло в практику уже в XIX веке, т. к. ранний казахский процесс вообще относится к апелляции отрицательно.

По законам Тауке барымта дозволялась лишь при наличии обоснованного требования. Ее могли совершать наследники убитого, требующие куна, обокраденные, требующие возмещения за кражу, и т. д. В материалах второй половины XIX в. собранных Гродековым, подчеркивается, что не всякая вообще обида, а лишь обида, дающая повод к требованию материального возмещения, может быть основанием барымты. (Гродеков. Киргизы и каракиргизы Сырь-Дарьинской области, стр. 170). Это заслуживает быть особо отмеченным потому, что М. Ковалевский, ссылаясь на несоответствие производимого при барымте захвата размерам причиненного вреда, вызвавшего барымту, сомневается в том, чтобы барымта преследовала цель возмещения ущерба и считает, что в барымте „надо видеть не более как мечь“. (М. Ковалевский. Современный обычай и древний закон т. I, М. 1886, стр. 189).

Все почти источники согласно подтверждают, что осуществление барымты, как легального захвата, требует соблюдения определенного порядка и формы, гарантирующих наличие достаточных для барымты оснований, позволяющих отличить ее от простого грабежа. В записи законов Тауке у Левшина барымта производится „с позволения своего старейшины“ совместно „с родственниками или ближайшими своими соседями“. В другом месте Левшин сообщает, что она производится „только по приговору судей или старейших“. (Левшин. Описание, ч. III, стр. 84—85). По Путинцеву „барымта такова, что он один сделать никак не может, должен пригласить родственников“. Это делается не потому только, что ему нужна родственная помощь, а потому что родственники имеют право участия в барымте и право на долю в добыче: „делят полученное в добычу частями, преимущество однако ж дают большую часть первому“. По Шукуралиеву поездка на барымту сопровождается объявлением об этом „родовым старшинам и вероятия достойным людям“. По Броневскому „замысел на баранту определяется в тайном совещании старейшин и почетных людей целой волости“. По Гавердовскому распоряжение барымтовать дает сам бий. В XIX в., кажется, не требовалось



уже для производства барымты формальное разрешение нульных властей. По крайней мере Чингис Валиханов подчеркивал лишь фактическую невозможность барымтовать без их согласия (см. А. К. Гейнс. Собрание литературных трудов т. I, стр. 252), т. к. барымта не была индивидуальным актом, а требовала организованного содействия одноаульцев. Для понимания причин отказа от требования формального разрешения следует иметь в виду формальное же запрещение барымты русским уголовным законодательством.

Предъявление предварительно требования об удовлетворении претензии либо о судебном рассмотрении ее и отказ в этом ответчиков—одно из необходимых условий барымты. Если ответчик другого „рода“, „тогда бий посылает истца с детьми к старейшине одного рода требовать удовлетворения“ и велит барымтовать, только убедившись в нежелании противной стороны дать истцу законное удовлетворение. (Гавердовский, указ. рукопись). Угон скота без предварительного обращения к родовичам вора об удовлетворении за кражу превращает барымту из способа защиты своего права в правонарушение. (Записки Оренбургского отд. ИРГО, вып. 2, 1871 г. Казань, отд. этнографии. „Народные обычаи, имевшие, а отчасти и ныне имеющие в Малой Киргизской Орде силу закона“.—А. Баллюзек, стр. 126). Почти во всех относящихся к этому вопросу материалах подчеркивается, что барымта мыслится как крайнее средство, допустимое лишь при установленной полной невозможности мирного или судебного разрешения конфликта. В материалах А. Баллюзека подчеркивается, что казах прибегает к барымте „побывав везде и у всех, кто может иметь малейшее влияние на вора и видя у одних нежелание содействовать, а у других действительную невозможность помочь“. Гейнс и Добромыслов одинаково описывают процедуру, предшествующую барымте против вора. Потерпевший сперва ведет переговоры с похитителем его имущества о возврате похищенного миром. Если переговоры не дают результатов, он жалуется всем власть имущим, всем кого считал в каком-либо отношении начальством—бию, аксакалам своего рода, султану и т. д. Не получив помощи, он едет к сородичам похитителя с просьбой указать средство возмещения. В некоторых случаях бий посылал его с детьми к старейшим рода ответчика требовать удовлетворения. И лишь, когда все эти мирные попытки кончались крахом, потерпевший вправе был барымтовать. (Гейнс А. К. Собр. литературных трудов, т. I, стр. 69, т. II, стр. 643 и сл. А. И. Добромыслов. Суд у киргизов Тургайской области в XVIII и XIX вв., стр. 23). Точно так же обрисованы условия барымты у Маковецкого. Имеющий к кому-либо требование „обращается к последнему

и просит рассчитаться миром. При нежелании обязанного он обращается к родственникам его, а в конце к почетным аксакалам рода того, с кого следует получить удовлетворение. Переговоры тянутся иногда по нескольку лет и только, потеряв надежду на сведение счетов мирным путем“, обиженный обращается к барымте. (П. Е. Маковецкий. Материалы для изучения юридических обычаев киргизов, вып. 1. Материальное право. Омск. 1886. стр. 73).

Легальный характер барымты должен быть обеспечен также сообщением о производящейся барымте всем попадающимся навстречу аулам и людям и вторичным заявлением о произведенной барымте своему старшине по возвращении домой. „По прибытии с оным (отогнанным скотом С. Ф.) в свое жилище должно тотчас объявить старейшине о сем и на пути встречающимся почетным людям“. (Гавердовский, указ. рукопись). Это требование имеет своей целью проверку наличия оснований для барымты со стороны органов власти, недопущение, следовательно, грабежей и разбоев под видом барымты. Сообщение о барымте всем встречным на обратном пути должно еще сильнее подчеркнуть отличие не таящегося барымтовщика от вора. У Левшина также отмечена обязательность по возвращении с барымты „объяснить о том своему начальнику“, „который наблюдает, чтобы количество возмездия соразмерно было иску“.

В записи Левшина законы Тауке не дают ясного ответа на вопрос, для чего нужна эта соразмерность отгоняемого скота сумме претензии. Ответ содержится у Шукуралиева, который фиксирует, что „обиженный получает в барымту толикое число, сколько ему следует“. Отсюда видно, что барымта могла быть способом непосредственного и окончательного погашения претензии. Об этом говорит также запись Броневского: „Кто сделает баранту в отмщение за таковую же и отгонит более, нежели сколько у него было угнато, то излишнее возвращает претендателям, и тем дело оканчивается“. („Отечественные записки“. 1830 г., ч. 43, стр. 275). У Броневского здесь под термином „баранта“ фигурирует также первоначальное хищение, но смысл постановления совершенно ясен. П. Небольсин видел даже причину разгара барымты в том, что при барымте угоняли лишний против действительной претензии скот. (Записки ИРГО, кн. 10-я, 1855 г., П. Небольсин. Очерки торговли России с Средней Азией, стр. 79). Это, конечно, ошибка, но возможность покрыть непосредственно путем барымты свою претензию и требование, чтобы барымтующий не обогащался, отмечены им правильно. Вместе с тем явка забарымтованного скота старшине имеет в виду и другой случай,

когда целью барымты является понуждение ответчика к судебному разбирательству и это видно из записи Шукуралиева, хотя она довольно противоречива и не совсем сводит концы с концами.

Наряду с нормой, дающей право истцу покрыть свою претензию угнанным барымтою в соразмерном количестве скотом, у Шукуралиева есть указание и на другую форму барымты, служащую не способом непосредственного удовлетворения претензий, а средством привлечения ответчика к суду. В этом случае скот отгоняется не у ответчика а у „сильных и хороших людей“ его отделения, причем лишь в размере четвертой части суммы претензии. Цель отгона—„дабы хозяева отогнанного скота вора отделения своего насильно могли представить на разбирательство беям“. Именно к этому случаю, и только к нему, очевидно, относится и заключительное положение Шукуралиева, гласящее, что тот, „кто потаенно пригнав из того скота сколько возьмет себе в барымту, задержит или куда продаст“, карается как вор. Ибо отогнанный в этом случае скот служит только средством понуждения аульных властей ответчика заставить последнего согласиться на судебную процедуру, это только внесудебный, принудительно взятый залог, подлежащий, очевидно, возврату по решению суда. Что такой возврат во многих случаях предполагается видно из другой статьи законов Тауке в записи Левшина, гласящей, „что скот, бывший в чужих руках, возвращается с приплодом кроме скота барантою угнатою“. Здесь, очевидно, приплод остается в вознаграждение лицу, вынужденному прибегнуть к барымте и хранить этот скот, как залог. На полный возврат скота после примирения указывает Чокан Валиханов. (Сочинения, стр. 174). О такой форме барымты говорит и Маковецкий. Скот отгоняют „у одного из аксакалов того рода, к которому принадлежит ответчик для того, чтобы заставить аксакала вмешаться в дело и доставить обиженному удовлетворение. Когда удовлетворение доставлено, то угнанный скот возвращается и стороны мирятся“. (Маковецкий, ук. соч. стр. 73). При этой второй форме барымты явка забарымтованного скота аульным властям преследует цель сохранности залога, а форма эта в целом, в отличие от ранее указанной есть не способ удовлетворения претензии, а средство понуждения к суду, к примирительному разбирательству спора.

Касааясь условий, обеспечивающих публичность барымты, отметим сообщение Гродекова, что на барымту нужно было выходить днем, а не ночью (Гродеков. Киргизы и кара-киргизы. стр. 170), Однако, сомнения Словохотова (Труды Оренб. Ученой Архивной комиссии вып. XV. 1905 г. стр. 50) по поводу допустимости производить барымту ночью не-

обоснованы. Речь идет лишь, очевидно, о необходимости выйти на барымту явно, днем, подчеркнув тем легальность своих намерений перед своим и соседними аулами. На возможность как явной дневной, так и тайной ночной барымты прямо указывает такой знаток вопроса, как Чокан Валиханов, отмечая, что во втором случае следует лишь в течение 3-х дней известить потерпевшего, за что произведена барымта. (Валиханов Чокан. Сочинения, стр. 174). В XIX в. формы проведения барымты явным образом изменились по сравнению с древнейшими временами. По причинам, которые освещаются ниже, открытое выступление истца, применяющего силу в защиту своего права, сменяется вылазкой, во время которой он стремится избежать вооруженного столкновения и достичь нужного ему результата скорее ловкостью и хитростью, нежели применением силы. Может быть, поэтому теперь предпочитают ночную барымту дневной. Ночью легче избежать вооруженного столкновения и осуждаемых обычаем жертв. Указанная эволюция барымты, как процессуального института, стирание граней между барымтой, кражей и грабежом, измельчание барымты отражены в записи Гавердовского, которую следует привести здесь полностью. Бий, указывает Гавердовский „велит барантовать, т. е. следующий иск отнять силой“. „А если невозможно будет совершить сие явным образом, иногда производят хищничество, нападая тайно на табуны или дождавшись в скрытых местах выезда самого обвиняемого, снимают с него оружие, одежду и уводят лошадь. Сей род похищения нередко основывается на личных и несправедливых претензиях, а потому и подает право к отмщению, которое таким образом, переходя из рода в род, сделало между киргисцами повсеместное хищение за обиды дедов и прадедов и вместо того, что прежде баранты совершались с воли родоначальников под управлением почтенных людей и производимы были только за великие претензии, то-есть за воровство ста и более лошадей, ныне один баран, обидное слово в сию производит баранту“. (Указ. рукопись л. л. 72—об. 73).

Успешные действия истца часто заставляют ответчика пойти на мирное окончание спора. Барымта вовсе не предполагала непременно ожесточенной и непримиримой вражды, хотя таковая часто была ее последствием. Характерно в в этом смысле описание одной барымты в определении Оренбургской Пограничной Комиссии от 25-VIII. 1799 г. Обвиняемые по этому делу показывали, что они прибыли для „взятия взаимной барымты“ в каракитинском роде. Отбив 200 лошадей, они направили некоторых участников барымты к каракитинцам с требованием вернуть им еще 600 лошадей, (Истарх. Каз. ССР. Фонд 4 оп. I св. 2 д. 10 л. 57 об.).

Следовательно, участники барымты отнюдь не опасались за жизнь и неприкосновенность своих товарищей, только что совершивших с ними барымту, поскольку правосознание казахов признавало легальную барымту законным способом решения спора, удачная барымта могла повлечь за собой примирение или контр-барымту, а не личную расправу.

Объектом захвата по записям как Левшина, так и Спасского является индивидуализированная частная собственность. Различие объектов захвата также связано с описанными выше двумя видами легальной барымты. В одном случае это скот ответчика, в другом случае—скот „сильных и хороших людей“ его аула. Такое различие объектов сохраняется и в конце XIX века. Гродеков указывает (Киргизы и кара-киргизы Сыр-Дарьинской области стр. 170), что скот обидчика является средством компенсации ущерба, а скот сородичей—залогом получения удовлетворения. Вообще скот является специфическим объектом захвата при барымте. Даже там, где барымту трудно отличить от грабежа, часто сохраняются любопытные следы этого обычно-правового воззрения. О значении барымты для безопасности купеческих караванов тот же Гавердовский писал, „киргисцы орды средней иногда совершали ее в виду купцов и даже отнимали тех самых верблюдов, на которых везлись тюки, не трогая несколько товара“. (указ. рукопись л. 27).

Что касается захвата людей, о котором так часто говорят источники, то такой захват с барымтой, как процессуальным институтом, не имел ничего общего. Хотя ханы, султаны и старшины, обращаясь к царской администрации с просьбой задерживать на линии их политических противников, обычно называли это барымтою и ссылались на то что „сие дело в народе их издавна употребляемое и обыкновенное“, однако, в этих случаях речь идет о захвате заложников, „аманатов“, и термин „барымта“ применяется здесь лишь постольку, поскольку под „барымтою“ в широком смысле слова понимали, как увидим ниже, всякий захват, всякое насилие.

Описанными условиями барымта в обычном праве казахов отличается от грабежа и кражи. В памятниках обычного права барымта нигде не смешивается с кражей и грабежом, всюду резко им противопоставляется. „Под словом барымта,— читаем у Путинцева,—разумеется отгон скоту, а хотя по нашему было бы то воровство, грабеж, кража, доказательством можно поставить то, что за краденную лошадь по их закону платить трижды девять, т. е. 27 лошадей, а за баранованную платить лошадь за лошадь, да и то еще с уменьшением лет... и вор в краже изобличенной презирается, а отогнавший барымту почитается за человека расторопного“.

Отличая барымту от кражи и грабежа, обычное право по-иному относится к преступлениям против личности, совершаемым во время барымты. По Броневскому при столкновениях во время барымты „дерутся жестоко, но всегда помнят, чтобы отнюдь не убить человека; — редко употребляют при сем оружие“, потому что „кто ранил кого на баранте неврдно, иску нет, как и за легкий знак; а ежели убьет, платит полный кун“. („Отечественные записки“ 1830 г., ч. 43, стр. 81 и 268). У Гавердовского имеется конкретный пример кровомщения на почве случайного убийства во время барымты. Но не очень тяжкое ранение, как видим, считалось допустимым и не наказывалось (ср. также в материалах Баллюзека стр. 126 и 133). Впрочем, даже и убийство на барымте, по словам авторов записки к проекту положения об управлении в Тургайской области, „не считается в народном сознании преступлением, подходящим под один уровень с видами убийства при других обстоятельствах“. (Истарх. Каз. ССР. Ф. 5. св. 122 д. № 1623 л., 11).

Остается еще рассмотреть вопрос о последствиях нарушения норм обычного права, регулирующих барымту. Законы Тауке прямо не устанавливают этой ответственности, но можно считать само собою разумеющимся, что совершение барымты без предусмотренных обычным правом оснований или без соблюдения требуемых условий, указанных выше, влекло за собою приравнение барымтовщиков к грабителям и ворам. Вряд ли, впрочем, требования, предъявляемые к соблюдению формальностей, отличались особым ригоризмом.

В „Сборнике обычного права сибирских инородцев“ Самоквасова (§ 142) указывается, что по обычному праву казахов совершивший барымту „безвинно“, т. е. при отсутствии для нее обычно-правовых оснований, должен полностью вернуть все забарантованное и удовлетворить требования потерпевших о возмещении всякого рода ущерба, связанного с увечьем или повреждением имущества при погоне за барымтовщиками. Это очень далеко от квалификации необоснованной барымты как грабежа или кражи, что, как указано выше, логически вытекало бы из постановлений Тауке. Однако, материалы Самоквасова недостаточны для вывода о принципиальной безнаказанности необоснованной барымты. Другие источники иначе решают этот вопрос. В хранящихся в Истарх. Каз. ССР черновиках свода казахских обычаев, составленного в 1846 г. д'Андрэ, при перечислении наказаний за различные виды кражи скота читаем: „буде угнан целый табун... то сверх возвращенных голов полагается тугуз“ (т. е. штраф, взимаемый с вора, чем подтверждается принципиальный взгляд на необоснованную барымту как на кражу)... „Но подобные кражи, — сообщает

далее д'Андрэ, — именуются барантами и буде возвратить ворам невозможно по отдаленности или не хотят, если отбить впоследствии таун, то тем и оканчивается, но взыскание за подобную кражу тугузом затруднительно“. Несмотря на это, далее указывается положенное за барымту наказание, заключающееся в том, что с каждого барымтовщика взыскивается за солидарной ответственностью „ат-тун“, т. е. более легкий штраф, взимаемый обычно, за малозначительные преступления. (Истарх. Каз. ССР, Фонд 4, св. № 247 д. № 2794. 1846 г. л.л. 70 и 70 об.). Тем самым устанавливается, что необоснованная барымта в середине XIX в., а значит, тем более, по законам Тауке, наказывалась как кража. Только фактическая невозможность покарать барымтовщиков заставляла потерпевшего мириться с более легким наказанием или даже ограничиться простым возвратом похищенного. Такое отношение к преследованию необоснованной барымты нужно считать следствием массового распространения в степи почти безнаказанного хищничества. В это время даже пострадавший от кражи чаще всего считал наилучшим выходом из положения договориться с вором о добровольном возврате украденного. Тем более понятным делается такое же отношение к барымте.

Наказуемость необоснованной барымты подтверждается также условиями, выработанными съездом биев в августе 1865 г., которые приводит Гейнс. (Гейнс. Собрание литературных трудов, т. I, стр. 123 и сл). Пункт 7-й этих условий гласит: „Если кто-либо, желая вернуть от кого-нибудь долг, угонит скот у невинного (не должного ему киргиза), то платит проторы, убытки и штраф“; п. 9-й: „Угнавший скот барантою судится как вор“. Пункт 9-й явно ориентирован на формальную поддержку русского закона, вообще запрещавшего всякую барымту. Но п. 7-й устанавливает конкретное наказание именно за необоснованную барымту, что не имело бы вообще смысла, если бы бии не различали наказуемой и ненаказуемой барымты.

Одним из правовых последствий этого различия была также различная судьба исков о куне за убитого во время барымты барымтовщика. Кун, этот выплачивался только за законного барымтовщика. (Записки Оренбург. отд. ИРГО, вып. 2, 1871 г. по отд. этнографии, стр. 133). Незаконный барымтовщик приравнивался к грабителю, по отношению к которому любые меры сопротивления считались дозволенными. Только в этом смысле нужно понимать сообщение рапорта губернского секретаря Биглова от 12-III-1846 г., что за убийство грабителя и барымтовщика кун не взыскивается (Истарх. Каз. ССР Ф. 4, св. 248 д. 2798. 1845—1846 г. л.21), и, что, следовательно, барымтовщика можно убить безнаказанно.

Приравнение барымтовщика к грабителю, с точки зрения казахского обычного права, имело смысл только по отношению к незаконному барымтовщику.

### 3.

В конце XVIII и начале XIX в. барымта начинает терять свое преимущественно судебно-процессуальное значение, значение института легальной самопомощи, и ее все чаще отождествляют с феодальной войной. Это изменение содержания барымты порождено было ускорением и углублением процесса феодализации в казахском обществе. Феодализм всюду и везде порождает на определенном этапе господство кулачного права, вытесняющего или суживающего сферу патриархального обычного права. Обычно—правовой институт барымты, как формы самопомощи в междуродовых спорах, оказался чрезвычайно подходящим для осуществления феодалами в этой форме кулачного права. Казахские феодалы нуждались в подобном институте так же, как их западно-европейские собратья. Интересно, что западно-европейские юристы обосновали справедливость, необходимость и „законность“ „частной войны“, а также формулировали условия допустимости такой войны почти так же, как казахское обычное право формулировало допустимость барымты. Итальянский юрист XVI в. Якоб Менохий в трактате о владении и восстановлении нарушенного владения выдвигает тезис: „позволительно творить себе суд, если не оказана помощь судебными властями“ (*liceat enim jus sibi dicere, cum iudicis auctoritate succursum non est*). Он поясняет этот тезис конкретным примером, не оставляющим сомнения в том, что речь идет именно о праве феодальной войны: справедливо, если обобранный собственник, у которого отняли крепость, захватит ее при случае, если он замечает, что обращение к судье не послужит ему помощью, т. к. судья не в силах будет привести в исполнение постановленный приговор, или когда захватчик обладает такой властью и могуществом, что не признает над собою высших (цит. у П. Пусторослева. Незаменимая саморасправа, как учреждение уголовного права. М. 1889, стр. 19). При таком определении условий феодальной „частной войны“ не приходится удивляться тому, что казахским феодалам для нужд феодальной войны оказался чрезвычайно полезным дофеодалный по своему происхождению институт барымты. Но это повлекло за собой изменение сущности барымты, не ускользнувшей от внимательных наблюдателей.

Левшин, изложив содержание барымты по законам Тауке, и в частности требование „чтобы количество возмездия



соразмерно было иску“, делает тут же следующее примечание: „Сие последнее обстоятельство показывает, что барымта была допущена древними постановлениями киргизскими совсем не в том виде, в каком ныне существует“.

В каком виде существовала барымта во времена Левшина (начало XIX в.), и несколько раньше, об этом убедительно и ярко рассказывает „Обет“, принятый султанами и старшинами Младшего жуза в 1803 г. Здесь барымта, бывшая при Тауке способом утверждения правопорядка и защиты нарушенных прав, характеризуется уже как источник разорения и анархии. „С давних пор впитавшаяся в нашу среду барымта, — пишут авторы „Обета“ — приносит ли она нам какую-нибудь пользу. Не ведет ли она наши общины к разорению и разрушению. Разве мы не видим, что барымта со стороны башкир и др. отдирает наше тело от костей (а производимая) нами же в нашей среде, она разрывает нам сердце и печень. Не потому ли наше население скитается нищенствуя... А некоторые из нас ввиду беспомощности разве не продают своих детей в рабство. И разве не потеряли мы больше половины нашего скота“. („Материалы по истории Казахской ССР“, т. IV, стр. 214). Разорительные последствия барымты отмечаются и царской администрацией. Из сообщения командующего сибирским корпусом Штрандмана генерал-прокурору Самойлову в феврале 1795 г. видно что барымта-феодалная война представляла собою иногда крупное военное предприятие. На барымту, по словам Штрандмана, „съезжаются иногда более двух и трех тысяч“ из захваченных при этом десятков тысяч голов скота огромное количество просто погибало в дороге от форсированных перегонов, скот беспощадно резали и т. д. Штрандман склонен был даже видеть в это время в барымте основную причину упадка скотоводства и довольно наивно полагал, что казахи „употребляя большую часть летнего времени на баранту... не имеют достаточно времени обработать землю“. (Архив Ленингр. отд. Института истории. Архив Воронцовых № 553. „Торговля Азиатская“, т. I, л. 265).

Так как при барымте-феодалной войне, как и всюду при феодальных войнах, больше всего страдало хозяйство рядовых казахов-скотоводов, то разгул барымты этого типа повлек за собою массовое разорение населения, довел его до нищенства, до продажи в рабство детей. Барымта-феодалная война была также удобной формой экспроприации казахскими феодалами рядовых скотоводов. Здесь произошло то же, что имело место в разгаре феодальной войны в Кабарде, где кабардинские князья присвоили себе право отбирать у своих подвластных баранов и прочее имущество, поставив собственность своих подданных вне всякой защиты

от произвола. (Сборник сведений о кавказских горцах, вып. IV, 1870 г., стр. 47). Тем самым барымта сыграла важную роль в процессе концентрации феодальной собственности, в ускорении развития феодальных отношений.

Когда произошло отмеченное Левшиным изменение в содержании барымты? В источниках есть некоторая точка опоры для утверждения, что это имело место в середине XVIII столетия. Ясно, во всяком случае, что в начале XIX в. население относило появление барымты этого нового типа, барымты, ставшей общественным бедствием, к недавнему прошлому. Так Шангину, бывшему в Казахстане в 1816 г., сообщили, будто бы начало „барымты“ было положено тем, что 35 лет тому назад Старший жуз отбарантовал скот у Среднего, за этим последовала „барымта“ между родами, а отсюда уже и господство ее в степи. („Сибирский Вестник“ 1820 г., т. IX, стр. 86—87). В упомянутом уже „Обете“ 1803 года о происхождении „барымты“ сказано, что „начало свое получила она более 50 лет тому назад от башкирского народа, который донимал тогда ею наших предков“. („Материалы по истории Казахской ССР“, т. IV, стр. 219). Броневский в 1830 году сообщал что „начало баранты или набегов для отбития скота известно более 70 лет“. („Отечественные записки“, 1830 г., ч. 43, стр. 81). Герман относит начало расцвета барымты к известному столкновению между казахами и башкирами, спровоцированному в 1755 г. оренбургским губернатором Неплюевым, отдавшим детей и жен восставших башкир в руки казахов и тем разжегшим многолетнюю жестокую борьбу между башкирами и казахами, в которой взаимная барымта играла большую роль. („Вестник Европы“, 1821 г. № 21). Все это, конечно, очень наивно. Происхождение одного из древнейших казахских установлений почти единогласно относится к 50-м годам XVIII в. Но наличие такой устойчивой традиции безусловно заслуживает внимания. Ее подлинный смысл заключается в том, что, сообщая о недавнем появлении барымты в степи, казахи имели в виду не барымту вообще, а то новое содержание барымты, которое в то время, когда эти заявления делались, стояло в центре внимания населения, причиняя ему столь тяжкие невзгоды, т. е. барымту-феодальную войну.

Под давлением этого нового содержания старый смысл барымты начинает выветриваться, отступать на второй план. У авторов „Обета“ 1803 г. в глазах, которых барымта ассоциируется с бедствиями феодальных усобиц, существует, правда, еще и представление о том, что барымта есть способ борьбы за право, легальный правовой институт. Но в то же время несоответствие современной им барымты какому-либо

правопорядку заставляет их противопоставлять барымту, как произвол, праву и закону. Они требуют поэтому прекращения, запрещения барымты. „Отныне не вести споров по барымте, а если на стороне кого-либо из нас будет право, то добиваться удовлетворения, ведя переговоры в своей же среде или путем соглашения, т. е. заканчивать по правилу и закону, отдавая друг другу дочерей (замуж), рогатый скот и коней и не прося помощи из других мест“. („Материалы по истории Казахской ССР“, т. IV, стр. 214, подчеркнуто мною С. Ф.). Не отрицая, следовательно, что барымта есть традиционный способ борьбы за право, они объявляют этот способ отныне противоправным. Споры должны решаться мирными расчетами без применения насилия и захвата, и в этом-то отныне будет заключаться новое „правило и закон“. Поэтому „никто не должен, имея какой-либо долг за другим или еще какую-либо тягбу с ним, выставлять себя судьей по своему делу и нарушать спокойствие, прибегая к барымте“. Нарушители этого постановления подлежат наказанию, а „украденные или захваченные путем барымты имущество и скот должны быть немедленно возвращены владельцу“ (там же). Новый взгляд на барымту, как видим, проявляется особенно ярко в том, что она частично отоджествляется с кражей, что, с точки зрения обычного права времен Гауке, представляло бы собою вопиющее смещение правомерного действия и преступления.

Отныне правящие группы казахского общества стремятся уничтожить барымту и достоинства верховной власти видят в том, чтобы она энергично боролась с барымтой. В августе 1817 г., делая представление о замене хана Ширгазы ханом Арынгазы, султаны, бии и старшины аргументируют свою просьбу тем, что при Ширгазы „барымта и воровство в нашем журте разрослись и перешли (всякие) границы“ (там же, стр. 314). Что же касается Арынгазы, то он будет приносить пользу „...уничтожая воров, искореняя барымту...“. Сам Арынгазы видит в борьбе с барымтой важнейшую сторону своей деятельности и постоянно подчеркивает это в обращениях к русским властям. Так в мае 1816 г. он сообщает Волконскому: „у легкомысленных киргисцов через устрашение уничтожили междуусобную баранту и с таковым при том подтверждением, что буде кто во время здравствования нашего пуститься на оную, то в таком случае оной будет умерщвлен, а имение будет разграблено, что уже над несколькими ворами и исполнили“ (там же, стр. 297). У алтын-джабассцев прекращена была барымта и распри „по закону нашему“—сообщает Арынгазы. Новое право, которое безуспешно, впрочем, пытался внедрить Арынгазы,

считало барымту преступлением, заслуживающим смертной казни, и сближало ее с кражей-грабежом.

В связи с тем, что барымта теряет характер дозволенного правом акта самопомощи, способа защиты права и становится преимущественно формой феодальной войны, вскоре обнаруживаются и губительные последствия такой „частной войны“, постоянных междуусобиц и взаимных грабежей для устойчивости отношений собственности, для неприкосновенности позиций господствующего класса, словом, для общественного строя в целом. Правда, феодальные войны, осуществляя „право“ сильнейшего, содействовали концентрации частной собственности путем экспроприации слабых владельцев, скота рядовых скотоводов и захвата пастбищ. Но легализация грабежа в форме барымты-феодальной войны становилась уже опасной для класса собственников в целом в связи с небывалой до того времени остротой классовой борьбы. Обострение классовой борьбы (особенно в конце XVIII в. в массовом движении, связанном с восстанием Срыма Датова), должно было по-иному поставить и вопрос о путях и методах защиты частной собственности. Старые способы защиты ее, опиравшиеся на помощь однородцев, оказались теперь неудовлетворительными потому, что острота классовой борьбы превращала однородцев из помощников в опасных противников собственника. Об этом очень выразительно говорит донесение письмоводителя Габейдуллы Феткуллина военному губернатору Вязмитинову о результатах страшного жута 1796 г. В донесении Феткуллин указывает, что „киргисцы, у которых скот прозимовал благополучно, опасаются, говоря, что между ними спокойствия уже быть не может, ибо лишившиеся скота своего киргисцы будут делать великое воровство и барымту“ (там же, стр. 187). Чрезвычайно интересно сообщение Гавердовского об использовании барымты неимущими казаками. Отметив, что удачливые предводители грабительских наездов пользуются доброй славой и получают титул „батыра“, Гавердовский продолжает: „Бедные, соединяясь с ним, составляют особое общество, которое иногда делается довольно знаменито. Они в сотовариществе с другими под видом баранты часто угоняют скот от аулов богатых“ и нападают на купеческие караваны. Получаемая при этом добыча „составляет существенное пропитание многих киргисцов“. (Архив Ленингр. отдел Института истории АН СССР № 495. Гавердовский. Обзорение киргиз-кайсацкой степи, (рукопись) л. 73, подчеркнуто мною С. Ф.). Беднота, как мы видим здесь, пыталась использовать барымту как форму экспроприации богачей. Позже на это указывал и Гейнс, сообщив, что в прежнее время неимущие, „чтобы

добыть себе пропитание невольным образом влеклись к хищничеству...". (А. Гейнс. Собрание литературных трудов, т. I, стр. 59). То, что к барымте, к захвату скота стала прибегать теперь также беднота, для которой барымта была временами единственным способом обеспечить свое существование, именно это обстоятельство поставило в глазах господствующего класса барымту на одну доску с „воровством“ - грабежом и вынудило его объявить войну барымте, как институту угрожающему частной собственности.

В начале XIX в. феодальные войны пошли на убыль, и господствующие классы стали вздыхать о преимуществах порядка, о сильной власти, способной обеспечить неприкосновенность собственности. Несущиеся со страниц „Обета“ 1803 г. вопли об ужасах барымты,—это декларация неприкосновенности частной собственности и увековечивания уже сложившегося ее распределения. Использование барымты для феодальной войны уже сыграло свою историческую роль. Собственность концентрировалась в руках сильнейших. Барымта разорила трудящихся, пострадал при этом кое-кто и из старой знати. „Разве глаза не видят, что те наши люди, которые прежде ездили на хороших конях и гнали много табунов, ныне ездят, оседлав быка, или же (ходят) пешком“, (там же, стр. 214). Продолжение барымты угрожало позициям старой знати, вытесняемой батырами. Положение о Ханском Совете 31 мая 1806 г. требует прекращения самоуправства и барымты, „чтобы не допускали возникать и усиливаться батырам“. (А. И. Добромыслов. Суд у киргиз Тургайской области, Казань, 1904 г., стр. 18). Испытываемый теперь знатью „белой кости“ страх перед барымтой был вскоре ловко использован царизмом для того, чтобы заставить эту знать поддерживать мероприятия царизма, направленные к окончательной ликвидации остатков политико-административной самостоятельности казахов. Осуществляя реформу 1822 года, открывая в Среднем жузе новые округа, правительство в инструкции чиновникам, занятым организацией этих округов, предписывает внушать казахам, что с открытием новых округов будет уничтожена барымта, в чем заинтересована в первую очередь знать. „От недостатка у них внутреннего устройства, — говорится в инструкции, — известные государю роды в степи: Валихана, Букея, Ханбабы, Турсунихана и Ишимхановых и проч., беднеют и наглými барантовщиками не уважаются, тогда как начальство отличает всегда кровь сию благородную“. (Ленинградский Архив ВПК и Б. Ф. Земск. отдел. 8-е делопроизв. № 88 л. л. 25—25 об).

Но не только знать „благородной крови“, а весь класс феодалов увидел уже, что разгул барымты-феодальной войны, пробудил опасные и глубоко враждебные ему силы.

Господство барымты-кулачного права поощрило и бедноту к попыткам использования барымты для осуществления своих классовых целей. Поэтому правящим классам нужно было отказаться от барымты. Она объявляется преступлением, „воровством“, грабежом и когда на сцене появляется сильная власть, стремящаяся к устойчивому классовому порядку, вроде Арынгазы, она карает барымту смертью.

#### 4.

Почти в то же самое время войну барымте в Казахстане объявляет царское правительство. Отношение его к барымте изменялось в зависимости от задач, методов колониальной политики, и в зависимости от указанных выше изменений, в характере самой барымты.

На первых этапах борьбы за колониальное подчинение Казахстана российское правительство не отвергало барымту, рассматривая ее как „репресаль“. Оно весьма умело использовало наличие такого института. „Описание казахских родов“ Тевкелева, „представление“ 1789 г. Апухтина и, наконец, „Краткое описание о положении и состоянии киркиз-кайсацкого народа“ 1796 г. не случайно, нужно думать, применяют термин „репресаль“ для характеристики междуродовой барымты. Коллегия Иностранных дел, ведавшая в то время казахстанскими делами, не без умысла усмотрела в барымте признание самими казахами международно-правового института репресалий. В наличии, будто бы, такого института у казахов видели прекрасный повод для легализации вооруженного насилия и ограбления казахского населения, для так называемых „воинских поисков“, „пограничной баранты“, бывших важнейшим орудием всей колониальной политики царизма. В самом деле, не удобно же было воевать с народом, который числился подданным, или, во всяком случае, вассалом „его императорского величества“. Осуществлять „репресаль“ было все же пристойней, особенно, если этот метод урегулирования взаимных претензий у казахов якобы является традиционным и широко практикуется.

Об истории появления „барымты“ в русской административной практике Оренбургское Областное правление 5 декабря 1861 г. сообщало Областному Правлению сибирских киргизов: „В официальный русский язык слово это вошло в употреблении с 1740 гг., с тех пор как хан Абул-Хаир стал требовать у русского правительства, чтобы оно в отмщение за грабежи и разбой киргизцев на Оренбургской линии задерживало, по указаниям его, тех из них, которые будут приезжать в Оренбург. В то время под барантою

разумелось единственно „задержание киргизов на линии за грабежи и разбои“ (Истарх. Каз. ССР. Ф. 5. оп. I св. 26 д. 431, 1862—1863 г., лл. 9 об. 10). Барымта—„репресаль“ практикуется царской администрацией во второй половине XVIII в. чрезвычайно широко. Указами Коллегии Иностранных Дел 1749, 1760, 1776, 1779 и 1783 годов неуклонно подтверждается, что „для восстановления спокойствия при границах“ для борьбы с набегами, „воровством“ и прочими „продерзостями“ со стороны казахов следует „чинить репрессалию, т. е. захват людям и скоту“, „управляться с ними... обыкновенным у них средством, т. е. захватом и задержанием правых и виновных, пока обида будет удовлетворена“, приступать к „баранте“ — „баранта же разумеется—захват или задержание людей, также лошадей и скота“.

Превратив, таким образом, барымту в „репресаль“, царское правительство нашло ему юридическую формулу для осуществления политики колониального грабежа и насилия над казахским народом. „Пограничная баранта“, „воинские поиски“ стали источником величайших бедствий для казахского народа, источником его хозяйственного разорения и физического уничтожения, особенно при таких губернаторах как А. Р. Давыдов, который считал, что лучший способ управиться с казахами—это „резать их“ (М. Вяткин. Очерки по истории Казахской ССР, стр. 16). Далеко не всегда соответствуя даже планам правительства и без пользы для него обостряя сопротивление казахов, „пограничная баранта“ часто применялась только для того, чтобы дать возможность пограничному начальству пограбить. Оренбургский военный губернатор Бахметев вынужден был признать, что барымта „позволяла составлять состояния“ (там же, стр. 170). Какой ценой при нем эти состояния составлялись, видно из записки Тимковского от 29 мая 1821 г. В ней Тимковский писал: „Опустошительные баранты, или в подлинном смысле неимверные грабительства произведенные в Меньшей орде под руководством генерал-майора Бахметева, привели киргисцев в бедственное состояние“ (Ленинградский Архив ВПК и Б. Ф. Земский отдел 8-е делопр. № 1291, д. 73—1821 г., л. 90). Такой прекрасный знаток нравов оренбургской администрации как Левшин должен был поэтому высказать пожелание, „чтобы военные отряды, которые будут в степь посылаться, обращали более внимания не отыскание виновных киргизов, нежели на стада, ближайшим аулам принадлежащие“ („Материалы по истории Каз. ССР“, т. IV, стр. 437). Дикий разгул пограничной царской администрации, разорявшей и уничтожавшей казахов, вышел даже за пределы, допустимые интересами колониальной политики царизма, и Екатерина II вынуждена была в указе 1784 г. генерал-

губернатору Апухтину потребовать, чтобы военные начальники „не попускали подчиненных им ни на какие своевольства против киргисцев“, „подвергли под суд и жесточайшие наказания всякого, кто станет поступать вопреки сему, яко злейшего преступника, который поведением своим дает причину к нарушению спокойствия подданных наших“. Указ признавал также, что мнимые репрессалии были простым грабежом и носили провокационный характер: „ибо,—говорилось в нем,—мы не имеем ни малого сомнения, что собственные поступки в прежнее время начальствовавших навлекали от киргисцев воровства и грабежи из мщениа“. (ПСЗ. Собр. I, т. XXII, № 15991).

Не следует, впрочем, думать, что царская администрация действительно увидела в степи только один вид барымты—„репрессаль“. Когда оренбургский губернатор Неплюев, не желая усиливать хана Нуралы, счел более выгодным отказаться от „пограничной баранты“; он, возражая против ее применения, обнаружил и более точные представления по этому вопросу. Он писал, что „баранта киргиз-кайсаков подлинно употребительна только в одних партикулярных делах, т. е. когда у кого делается ссора или убийство, или из одного улуса в другой подбегами воровство“... (В. Н. Витевский, И. И. Неплюев и Оренбургский край в прежнем его составе до 1758 г. Казань 1889. стр. 794). В этой аргументации за устранение барымты из сферы внешней политики утверждение Неплюева, что она применяется у казахов „только“ в частных взаимоотношениях, было продиктовано, быть может, задачами чисто полемическими. Но, если бы для своего времени, когда законы Тауке не были еще одним преданием, Неплюев подчеркнул, что область дел „партикулярных“ есть основная сфера применения барымты, он, должно быть, правильно охарактеризовал бы значение „барымты“ для середины XVIII века. Позже, в 60-х гг. XIX века, компетентные органы царской администрации совершенно точно знали, что представляет собою барымта у казахов. В упомянутом уже разъяснении Оренбургского Областного Правления от 5 декабря 1861 г. сообщалось, например, что под барымтой разумеются „наезды, совершаемые значительными скопищами одного рода или отделения против людей другого рода или отделения, вследствие первоначальной обиды, нанесенной которою либо из враждующих сторон“. Таким образом—разъясняло Областное Правление—„воровство, похищение женщины, захват мужчины, грабеж или разбой, произведенные одними киргизами в аулах других в первый раз, не суть баранта; барантою становятся эти преступления тогда лишь, когда в мести за обиженного или обиженных первоначальным наездом



примут участие родственники сих последних и в свою очередь нападут на обидчиков, а эти ответят новым наездом и так далее". (Истарх Каз. СССР Ф. 5. оп. I св. 26 д. 431, 1862—1863 гг. л. 9 от и 10).

Царское правительство решило отказаться от „пограничной барымты“ тогда же, когда собрание казахских султанов, старшин и биев, принявших „Обет“ 1803 г., объявило войну всякой барымте. Отказ этот со стороны правительства объясняется, прежде всего, тем, что правительство серьезно усомнилось в целесообразности продолжать политику опоры на ханов. Между тем, „пограничная баранта“ одной из своих задач имела усиление власти хана, т. к. задержание людей и скота происходило сплошь и рядом по его просьбам и указаниям и служило для него средством использовать правительственные вооруженные силы для борьбы со своими противниками внутри жуза. (См. соображения Коллегии Иностранных Дел—„Красный Архив“ № 2/87 1938 г. стр. 160 и указ Екатерины II 25. VI. 1776 г. у И. Крафта. Из киргизской старины). Нуралы заявлял, что без барымты он чинимых ему повелений исполнять не в состоянии. (П. И. Рычков. История Оренбургская (1730—1750). 1896 г. стр. 90). С другой стороны, правительство не могло не видеть, что разбойничья деятельность чиновных барымтачей отнюдь не способствует подготовке условий для прочного господства царизма в Казахстане. Данная 16 сентября 1803 г. оренбургскому военному губернатору „высочайшая“ инструкция говорит об этом достаточно откровенно, объясняя набеги казахов на линию „взаимством за отгон скота и за иные преступления подчиненных начальников наших, кои, руководствуясь с командами своими видами корысти или упования награды за мнимые подвиги свои, нередко сами покушались на действие противу киргизцов без всякого со стороны их повода и представляли потом их во образе вынужденного опротивления“ (ПСЗ. Сбр. I. т. XXVII № 20938). Тактика „пограничной баранты“ не могла обеспечить полное подчинение Казахстана царизму, она лишь озлобляла казахов, активизировала их борьбу и тем затрудняла осуществление стоявшей перед царизмом основной задачи. Новый и отрицательный взгляд правительства на „пограничную баранту“ не означал, конечно, полного ее прекращения. Грабеж казахского скота и захват людей продолжал широко практиковаться при военных действиях и карательных экспедициях против восставших казахов, да и прилинейная российская администрация долго еще не отказывалась от возможности поправить свои дела за счет казахских стад. Но отказ от „пограничной баранты“ сделал для царского правительства возможным отрицательное отношение к барымте в целом,

во всех ее формах и проявлениях. Это было весьма своевременно накануне первых серьезных шагов по превращению Казахстана во внутреннюю колонию Российской империи, ибо введение в Казахстане царской администрации казалось несовместимым с самоуправством-барымтою даже в делах „партикулярных“.

При запрещении в 1806 г. Александром I „внешней барымты“ указывалось, что государь „тем более найти изволил несообразным, чтобы внутри империи допускаемо было распоряжение, толико противное всякому благоустройству“ („Материалы по истории Казахской ССР“. т. IV, стр. 32). Кстати барымта со стороны казахов отнюдь не ограничивалась делами „партикулярными“, т. е. отношениями между казахами, и от нее временами, особенно во время массовых антиколониальных восстаний, изрядно доставалось и пограничному русскому населению. „Устав о сибирских киргизах“ 22 июля 1822 г., ликвидируя окончательно казахскую государственность в Среднем жузе, одновременно (§ 206) относит „грабежи и баранту“ к числу тех еще пока немногочисленных преступлений, которые „относительно к киргизам“ считаются уголовными и потому изымаются из ведения казахского суда биев и относятся к юрисдикции царских судов, где рассматриваются по уголовным законам империи (ПСЗ. Собр. I. т. XXXVIII № 29127).

С тех пор уголовное законодательство царской России многократно подтверждает свой взгляд на барымту, как на уголовно-наказуемое деяние, преступление, отождествляемое с грабежом для всех казахов Средней, Малой и Букеевской Орды и наказуемое в большинстве случаев военным судом (2-е ПСЗ. т. XII отд. II прибавл. к т. XI № 9711 а 18.XI.1836 г.; т. XII ч. II № 10659 3.XI.1837 г.; т. XIV № 12811 25.X.1839 г.; т. XIX отд. I № 17998 14.VI.1844 г. и № 18509 11-XII 1844 г.; т. XX отд. I № 19282 15.VIII.1845 „Уложение о наказаниях уголовных и исправительных“ Приложение IV, т. XXVII отд. I № 26831 3.XII.1852 г.; т. XXXVII отд. II № 39088 25.XII.1862 г. № 41 и 42 и „Временное положение об управлении в степных областях“ 21 октября 1868 г. (А. Добромыслов, Тургайская область, стр. 427—457). Однако, эта точка зрения не была проведена последовательно и до конца. Привлечение к военному суду лиц, виновных в проведении барымты вообще имело место главным образом в тех случаях, когда барымта затрагивала интересы русского населения или непосредственные интересы царской администрации, когда, например, „преданные“ царизму, обычно, прилинейные аулы делались объектом нападения со стороны аулов „мятежных“. Привлечение к уголовной ответственности за барымту, не затрагивавшую непосред-

венно правительственные интересы, было практически почти невозможным. Даже в конце XIX века, когда царская администрация и суд значительно укрепились, в Тургайском суде не было ни одного дела о барымте, хотя в области она практиковалась широко и повсеместно, (И. Крафт. Судебная часть в Туркестанском крае, стр. 63). Виновные были трудно досягаемы для суда и следствия, ни один уважающий себя казах не пошел бы по этому делу в свидетели, следствие тянулось бы годами, пока не погиб бы спорный скот, и поэтому потерпевшие не менее самих виновных стремились к сокрытию факта барымты от русской администрации, которая могла неуместно жестоко, с точки зрения обычного права, покарать виновных, приравняв их к грабителям, но лишила бы потерпевших материального возмещения, обеспеченного им разбирательством в суде биев или при контрбарымте. По мере того, как завершалось колониальное подчинение Казахстана, по мере подавления освободительной борьбы масс и их вооруженного сопротивления барымта переставала быть опасным орудием сопротивления политике правительства, и вопрос о борьбе с ней переносился в плоскость поддержания административного порядка. Здесь острые меры борьбы, вроде военного суда или непосредственной генерал-губернаторской расправы, (2-е ПСЗ т. XXXVII, отд. II, № 39088 25.XII.1862 § 42), далеко не всегда оказывались наилучшими. Для решения задач чисто полицейского порядка можно было найти другие меры, и правительство, не отменяя уголовного закона, в ряде случаев фактически становится на путь легализации внутренней „частной“ барымты. Начиная с 1859 г. и особенно в 1862 г. между казахами Оренбургского и Сибирского ведомств имели место многочисленные острые столкновения из-за спорных пастбищ, которые сопровождались барымтой, угоном скота, ранениями и даже убийством. Понимая, что никакое уголовное преследование барымтующих не в состоянии прекратить взаимную барымту, царское правительство стало на другой путь улаживания конфликтов, уже испробованный и до этого в 1847 г. Оно назначило съезд представителей сторон для примирения их и расчета претензий на основе казахского обычного права. При этом правительство четко расписалось в признании банкротства уголовного преследования барымты царским судом. Администрация испрашивала „высочайшее“ прощение убийцам, т. к. „преследование преступников законным порядком по окончании их претензий народным судом на основании киргизских обычаев, будучи несогласно с сими обычаями, могло бы возбудить новые раздоры со стороны родственников обвиняемых и их однородцев и возобновить беспо-

рядки...“ (2-е ПСЗ т. XXXVIII, отд. II № 40333 29.XI.1863 г.). Практика такого рода примирительных съездов, зачастую созываемых самой царской администрацией, укоренилась очень прочно. В Семипалатинской области губарнаторы устраивали так называемые „топы“, т. е. мировые съезды влиятельных лиц и биев от обеих спорящих сторон. Вне-сенная в Комитет Министров 30.VI.1867 г. военным министром записка вновь констатирует, что „преследование баранты уголовным порядком, как доказал опыт, не прекращает этого рода дел, и все расчеты по баранте решались особыми съездами биев“. (И. Крафт. Судебная часть в Туркестанском крае. 1898 г., стр. 57).

## 5.

Если царское правительство расписалось в своем бессилии бороться с барымтой, то и в самом казахском обществе не оказалось сил для этой борьбы. Почва из-под барымты-феодальной войны, проводимой в широком масштабе, была вырвана в конце первой четверти XIX в. тем, что царизм, все глубже и глубже приныкая в степь, получил возможность поддержать своими отрядами того или иного „владельца“ и сравнительно быстро предрешить исход междоусобия. Феодалная война не может иметь места при наличии сильной власти. Но бороться с барымтой более мелких масштабов в степи было некому. Предельное ослабление ханской власти накануне ее ликвидации реформами 1822 и 1824 гг. еще более уменьшило те (и без того небольшие) возможности регулировать барымту, которыми казахское государство располагало в XVIII столетии. Отсюда для барымты в XIX столетии характерно ее „измельчание“ с одной стороны и существование рядом с барымтой — как традиционным правовым институтом — под тем же названием барымты-многочисленных краж и грабежей, которые превратились в величайшее бедствие для населения.

В XIX в. учащаются случаи совершения краж и грабежей под видом барымты. Причины роста преступлений против собственности понятны. Процесс укрепления начал индивидуальной частной собственности, упадок значения „родовой“, коллективной собственности повлекли за собою и обнищание экспроприруемых масс и одновременно лишение их той минимальной „помощи“ со стороны сородичей, которая в прошлом хотя и была способом закабаления, но давала, по крайней мере, некоторые гарантии от голодной смерти. Чем быстрее шел этот процесс, а он, естественно, шел быстрее в прилинейных аулах, нежели в глубине степи,

тем в более безвыходном положении оказывалась беднота. О положении находившихся в глубине степи бедняков оренбургский военный губернатор Волконский в марте 1806 г. сообщал, что „бедность их, быв иногда поддерживаема другими исправными киргизцами, не столь для них чувствительна...“ („Материалы по истории Казахской ССР“ т. IV, стр. 34). Что же касается прилинейных, которые как сообщает рапорт Троицкой таможни „многое множество в разодранных рубищах, почти нагие, шатаясь все вообще, как мужской, равно и женский пол, с их детьми и родственниками в крепостях снискивают мирское подаяние“ (там же стр. 30), то им царское правительство „помогало“ только разрешением продавать своих детей русским помещикам в крепостное рабство. Авторы „Обета“ 1803 г. прекрасно понимают, что бедняки эти „в силу своей нужды привыкают к занятию воровством“ (там же стр. 215).

Различие в характеристике положения разных групп бедноты здесь выступает как территориальное (прилинейные и глубинные районы). Можно, однако, с полным основанием утверждать, что такое же в общем и целом различие имело место в положении казахской бедноты в XVIII и в XIX веке. В XVIII в. казахская беднота в рамках „рода“ пользовалась еще „поддержкой“ со стороны „исправных“ сородичей. В XIX в. в связи с разложением родовой коллективности беднота стала терять эту „поддержку“ и, значительная часть ее стала перед необходимостью воровать, если не хотела умереть с голода. Так возникает в XIX в. прочная база для роста имущественных преступлений, для краж и грабежа.

Особенность этих имущественных преступлений в Казахстане заключается в том, что они используют старую легальную форму барымты и не всегда легко отделимы от нее. Это и понятно. Буржуазное общество преследует всякое самоуправное распоряжение чужой собственностью, даже и в защиту своего действительного права. Оно делает борьбу против самоуправления и самопомощи универсальной потому, что в форме самоуправления может иметь место нарушение священных интересов частной собственности. Кража и грабеж преследуются здесь, как наиболее одиозные формы недозволенного распоряжения чужой собственностью. В феодальном казахском обществе самопомощь, введенная в некоторые легальные рамки барымты, была слишком долго нормальным способом борьбы против всякой обиды личной или имущественной. Даже в XIX в. отсутствие сильной административной и судебной власти не позволяет господствующему классу отказаться от этого способа защиты своих личных и имущественных интересов, почему самопомощь и теперь принципиально не отрицается. С внешней

стороны только соблюдение процессуальной формы (как-то заявление старшине о готовящейся барымте, явка ему угнанного скота и т. д.), отличает барымту от разбоя и грабежа. Использование барымты для феодальной войны сопровождалось уже отказом от этих процессуальных форм со стороны самого господствующего класса. Безнаказанность феодальной войны - грабежа поощряла к покушениям на чужую собственность и все население. При этих условиях любой обездоленный казах, которого обстоятельства вынуждали стать на путь угона скота из табунов и стад богатого соседа, называл свой набег барымтой, тем более, что в обидах здесь, очевидно, никогда недостатка не было. И в глазах общественного мнения, привыкшего этим путем решать все споры, угон чужого скота, независимо от поводов к этому и соблюдения или несоблюдения традиционных процессуальных форм, далеко не всегда был предосудительным поступком, а часто характеризовался как удалество, молодечество. Но такое положение неизбежно приводило к тому, что под одним и тем же именем барымты понимали и легальную самопомощь и просто грабеж или кражу.

Не удивительно, что царская администрация, воспитанная на законодательстве, веками жестоко преследовавшем любое малейшее покушение на неприкосновенность частной собственности, и к тому же в большинстве случаев неспособная разобраться в особенностях общественного строя казахов, иногда усматривала во всем этом лишь „природную склонность“ казахов к грабежам и хищничеству. Часто вовсе не отличали барымту от грабежа, называя „барымтой“ любой грабеж и лицемерно используя этот более удобный термин для оформления самых возмутительных актов колониального ограбления. Так, например, Терентьев пишет об ограблении войсками городского населения: „8 и 9-го июня войска барантовали, в лагере открылся базар и началась торговля. 10 числа баранта была воспрещена и прекратилась“. (М. Терентьев. История завоевания Средней Азии. 1906 г., т. I, стр. 470—471).

В XIX в. имеет место „измельчание“ барымты. Выше было приведено ценное сообщение об этом Гавердовского. Левшин замечает, что в отличие от прежних времен, когда возможность барымты связывалась либо с наличием обычно-правовых для нее оснований, либо с произволом сильных владельцев (феодальная война) „ныне всякий обиженный, обокраденный или недовольный...“ приступает к барымте. Гейнс для второй половины XIX в. констатирует полное исчезновение межродовой барымты и сохранение ее только во взаимоотношениях между отдельными лицами, что он не без основания связывает со слабостью судебной власти

(Гейнс, указ. соч. т. II, стр. 643 и сл.). Если прежде, указывает Гейнс барымта производилась с воли родоначальников, под управлением почетных людей и только в случае значительных претензий (например, 100 лошадей и более), то впоследствии „один баран, обидное слово и т. п. все служило поводом для производства барымты“. В результате „воровство скота в степи перестало, наконец, считаться пороком“ (там же, т. I, стр. 70). Чокан Валиханов видит измельчание барымты в том, что в отличие от прежних времен в середине XIX в. барымта производится „большею частью тайно, воровски“. (Валиханов Чокан. Сочинения стр. 174). Ю. Шмидт нарисовал очень выразительную бытовую картину этой измельчавшей, но чрезвычайно распространенной в конце XIX в. барымты, которая имела обычно место во время зимовок. „Между соседними аулами... имеется достаточно прошлых счетов и накопленных обид, скука и монотонность жизни на одном месте вызывают старые воспоминания, к которым зачастую примешиваются и свежие мелкие счета, вроде, например, того, что один угостил другого бараном, а другой не ответил тем же и ограничился предложением кирпичного чаю и т. п. Начинаются пререкания, взыскиваются старые долги; зачастую вспомнят, что соседняя волость, когда-то забарантовала несколько коней, словом, набирается достаточно горячего материала и, в заключение, обиженная сторона со своими сторонниками решается свести счета обычной барантой“. „Обыкновенно одна баранта вызывает другую-третью и в заключение всей местностью овладевает барантчная эпидемия, которая прекращается лишь с наступлением первых теплых дней... когда кочуют на джайляу“. (Записки Зап. Сиб. отд. ИРГО кн. XVII. 1895 г., вып. II, стр. 116).

Крафт, для которого точка зрения царского суда является определяющей, решается даже утверждать, что к концу XIX в. от былой барымты осталось только сильно развитое конокрадство. (И. Крафт. Судебная часть в Туркестанском крае, стр. 3. Он же. Из киргизской старины, стр. 92). Но это утверждение Крафта нельзя признать основательным, поскольку любая запись обычного права казахов в конце XIX в. продолжает констатировать живучесть института барымты и как способа осуществления своего права.

Одной из причин распространенности барымты, используемой для грабежей и воровства, является дезорганизация общественно-политической жизни Казахстана под воздействием колониальной политики царизма и деморализация господствующих классов казахского общества. Лишенные своей национальной государственности, казахские феодалы потеряли возможность консолидировать свои интересы фео-

далов-собственников в единый классовый интерес, воплощаемый в государственном порядке, при котором интересы отдельных собственников подчинялись бы интересам господствующего класса в целом. Здесь некому было обеспечить государственный порядок, принципиальную защиту частной собственности, преследование нарушителей права собственности. А так как каждый в отдельности взятый феодал уважает лишь свое право собственности и чтит любой грабеж, если грабеж может его обогатить, то сами феодалы стали поощрять своих подвластных к угону скота у соседей по любому, даже мнимому, поводу, признавая его той же барымтой. Это не было феодальной войной. Совершенно правильно подметил М. Вяткин. (Очерки, стр. 301), что если в начале XIX в. знать прикрывала барымтой феодальные войны, то в середине XIX в. султаны и бии не были организаторами барымты, а только не мешали отдельным аулам ее производить, получая за это значительную часть отбарантованного скота. Гавердовский сообщает, что барымта производится по указанию бия „а потом судья и истец отнятое разделяют поровну“. (Архив Ленингр. отдел. Института истории АН СССР. № 495. Г. Гавердовский. Обзорение киргиз-кайсацкой степи, рукопись (л. 72 об). Так обстояло дело в начале XIX в. Ничего в этом отношении не изменилось через 50 лет. Гейнс, как и Гавердовский, указывает, что бий, разрешающий истцу барантовать, делит с ним отбарантованный скот пополам. (А. Гейнс. Собр. матер. трудов т. I, стр. 69).

Мы рассмотрели основные этапы истории барымты в целом, т. е. этапы развития тех разнообразных и часто противоречивых явлений, которые выступали в разные времена и одновременно под именем барымты. Историческое рассмотрение является необходимым условием изучения барымты, как непосредственно интересующего нас легального способа защиты права, обеспечения правосудия и в этом смысле юридического института, тщательно регулируемого обычным правом. Из предшествующего изложения видно, что только таким путем можно выяснить генезис данного института и отмежевать его от внешне похожих на него, но по существу совершенно отличных явлений, как-то грабеж, феодальная война и др.

---



*Проф. М. В. Гордон*

## **К истории возникновения авторского права в России**

Возникновение авторского права в России шло своеобразным путем. Нормы авторского права в России появились не в результате заимствования или перенесения на русскую почву западно-европейских образцов. Авторское право в России появилось в результате своеобразного процесса общественно-политического развития, оно появилось, когда классовые отношения в русском обществе создали возможность появления книгоиздательства как особой предпринимательской деятельности, когда автор литературных и иных произведений мог стать лицом, постоянно получающим доходы от этой профессии.

Конечно, общность законов общественного развития и сходные черты развития феодального и капиталистического строя в разных странах приводят к тому, что общественный базис для развития авторского права в разных странах имеет много сходных черт. Однако, в развитии отношений по авторскому праву в России сказывались прежде всего особенности развития издательского дела и специфическое положение литераторов в России.

Книгопечатание появилось в России в середине XVI века, во всяком случае первая московская датированная книга выпущена была в 1564 году. В литературе высказывается, впрочем, предположение, что еще до этого года в Москве было выпущено несколько так называемых анонимных изданий \*).

Появление книгопечатания, однако, в течение долгого времени никакого особенного переворота в книжном деле не создало. Легенда о том, что печатный двор первопечатника Ивана Федорова был разрушен переписчиками, бояв-

\*) Зернова А. С. Начало книгопечатания в Москве и на Украине. М. 1947, стр. 7.

шимися конкуренции, вряд ли является исторической правдой Первоначальные типографии не устраняют переписки книг, и до середины XVII столетия печатные книги были не ниже по цене, чем книги писанные, а писанные книги представляют собою, по данным истории, еще в течение всего XVII века значительную ценность. Даже во второй половине XVII века переписка книг зачастую проводится по особому царскому указу. Примером может служить указ царя Алексея Михайловича, датированный 1670 г. (7178 г. по принятому тогда летоисчислению).

Указ говорит о том, что „послан подъячий Андрей Семенов, а с ним посланы от нас великого государя сверху 2 книги, а вы бы по сему нашему великого государя указу с тое книги велели в новую книгу написать слово в слово иконописным самым добрым письмом“ \*). За написание книги тут же установлено вознаграждение „кормовые деньги из оружейные палаты против московского иконописца первой статьи“. При таком положении дела с производством книг нельзя, конечно, говорить о сколько-нибудь частом появлении писателей — авторов новых книг. Тем более не может быть и речи о появлении авторского права. Такое положение вещей не мешало впрочем ряду буржуазных исследователей утверждать, что уже в XVII веке мы как бы встречаем следы частной литературной собственности“ \*\*).

В течение долгого периода, по существу, весь XVII и почти весь XVIII век, в России нет частных типографов. В связи с таким положением не возникает в этот период и проблема привилегий, так волновавшая в течение этих же веков умы людей в Западной Европе. Книгопечатанием в течение этих двух столетий занимается почти исключительно государство, поэтому, когда законы того времени говорят о привилегиях, дело идет о привилегиях на открытие типографий либо на печатание какого-либо произведения, данных разного рода организациям: академиям либо правительственным учреждениям. Привилегий, подобных тем, которые имели место во Франции, в Англии или Германии, Россия не знает.

Правда, Петр I дал в свое время особую привилегию голландцу Тессингу \*\*\*). Однако, ближайшее ознакомление

---

\*) Материалы для истории книгопечатания и книжной торговли в России (сообщены И. Е. Забелиным) „Библиографические заметки“ 1861 г., стр. 133.

\*\*\*) Калмыков. О литературной собственности. Журнал министерства народного просвещения 1851 г., том. 72, стр. 40.

\*\*\*) Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения, стр. 121.

с содержанием привилегии показывает, что привилегия эта не имеет ничего общего с теми, которые выдавались в Западной Европе издателям. Голландцу Тессингу была выдана в 1698 г. и подтверждена вновь в 1700 г. привилегия сроком на 15 лет. Она заключалась в праве завести в Амстердаме русскую типографию и ввозить напечатанные в ней материалы в пределы России. При этом Тессингу обеспечивалось исключительное право, ибо, как говорила грамота „иному никому из иноземцев таких карт, чертежей и книг не печатать и в российское царство не привозить“. Значит, эта привилегия была привилегией на ввоз напечатанных в Голландии произведений, а не на печатание произведений подобно тем, которые выдавались в Западной Европе. Таким образом, при Петре I, да и его ближайших преемниках, не было частных издательских предприятий. Государство печатало книги, которые по тем или иным соображениям нужны были для правительства или отдельных правительственных учреждений. Печатание иных книг было, видимо, редкостью. Такое печатание, как и переписка книг в XVII столетии<sup>4</sup> производилось „по императорскому указу“. Особых прав у автора при этом, конечно, не возникало. Сохранилась, например, жалоба писателя начала XVIII столетия Антиоха Кантемира. Книга этого писателя „Симфония на псалтырь“ была одной из первых, напечатанных в России книг, которую можно было отнести к разряду художественной литературы. Писатель жалуется не на нарушение авторского права, он сообщает лишь о том, что при напечатании этой книги в количестве 1250 экземпляров ему должны были выдать 10, и вот этих то 10 экземпляров он у управляющего типографией получить не может; нужно сказать, что выдача этих экземпляров не является заменой авторского гонорара, ибо, как видно из текста жалобы, сам Кантемир должен был для того, чтобы получить эти экземпляры, представить в типографию соответствующее количество бумаги<sup>5</sup>).

Все XVIII столетие в издательском деле проходит под знаком государственной монополии. В 1710 году учреждена первая типография в Петербурге, затем до 1725 года учреждены типографии при Александро-Невской лавре, при Сенате, при Морской Академии. Первое разрешение на открытие частной типографии было выдано только в 1771 году. Это разрешение, которое можно с некоторым правом назвать привилегией, выдано иностранцу Гартунгу. Надо отметить, что текст привилегии обращает особое

---

<sup>4</sup>) Грид, Тренин, Никитин. Словесность и коммерция. М. 1929, стр. 63.

внимание на ограничение прав Гартунга: разрешение относительно только к книгам на иностранных языках. Относительно же книг на русском языке указ говорит: „на русском языке никаких книг, ни сочинений не печатать, дабы прочим казенным типографиям в доходах их подрыву не было“<sup>\*)</sup>). Выдавая эту и некоторые, очень немногочисленные, разрешения на открытие типографий, царское правительство ссылается на необходимость оградить монополию казенных типографий. На самом деле причины чрезвычайно слабого развития частного издательского дела в России XVIII века лежат значительно глубже.

Во второй половине XVIII века в России господствует еще феодально-крепостнический строй, феодальные силы, сохраняют свое социально-политическое первенство. Однако, внутри этого феодального строя складываются уже и капиталистические отношения, феодальные силы утрачивают некоторые свои экономические позиции. Соответственно этому происходит и расслоение идеологическое. Реакционной феодально-крепостнической идеологии противостоит уже прогрессивная идеология „третьего сословия“, которая выступает в виде мирного просветительства Новикова и других, а также революционное просветительство Радищева, направленное против самодержавия и крепостничества.

Отношение царского самодержавия к этим новым явлениям общественной жизни не является стабильным. В первый период царствования Екатерины II в правительственной политике выступают черты „просвещенного абсолютизма“. Самодержавие не видит особой опасности в разрозненных пока еще выступлениях русских просветителей. Екатерина II стремится сама упрочить свое положение, снискав себе репутацию „просвещенного монарха“.

Этими особенностями общественного развития России объясняется ряд специальных указов, несколько облегчивших открытие типографий. Особенно интересен в этом отношении указ от 15 января 1783 года, который разрешил учреждение типографий во всех городах империи. Однако, этот указ, разрешивший создание частных или, как их тогда называли, „вольных“ типографий, отнюдь не устанавливал какой бы то ни было „свободы“ для книгопечатания. Этим же указом предписано было управам благочиния иметь наблюдение за тем, чтобы в типографиях не печаталось ничего „противного законам Божиим, гражданским или к явному соблазну клонящегося“. В указе нет также

---

<sup>\*)</sup> Краткие исторические сведения о петербургских типографиях с 1711 года. СПб. 1895 г., стр. 17, 21.

никаких указаний на права издателей или авторов в отношении появившихся в этих типографиях произведений. Указ создавал право предпринимателя, но не право на произведение. Указ не создавал для каждой такой типографии монополии на выпускаемые произведения, иные частные типографии не лишены были права перепечатывать те книги, которые уже были выпущены какой-либо типографией.

Однако, и этот указ вскоре оказался слишком либеральным. В конце восьмидесятых годов прежняя политика правительства, представлявшая собой отдельные периоды просвещенного абсолютизма, заменяется откровенно реакционной политикой. После крестьянской войны под руководством Пугачева, правительство не считает столь безопасной для себя деятельность русских просветителей. Но особенно усилился террор самодержавия в те годы, когда до России докатились отзвуки французской буржуазной революции. Правительство Екатерины II принимает самые жестокие репрессивные меры против деятелей просвещения, воспользовавшихся в свое время указом от 15 января 1783 года. В 1792 году происходит арест Новикова. Выдвинутые против него обвинения формально были малозначительны, первоначально его обвинили лишь в нарушении специального указа от 5 августа 1786 года о монопольном праве правительственной комиссии по установлению народных училищ на издание учебников<sup>\*</sup>). Столь смехотворное обвинение должно было скрыть, по видимому, существо преследования Новикова за его антиправительственную деятельность в области книгопечатания. Несмотря на то, что органы, проводившие следствие, не смогли выдвинуть против Новикова сколько-нибудь ясно сформулированного обвинения, он был личным распоряжением Екатерины II приговорен к 15-летнему заключению.

Такая же судьба постигла и другого деятеля русской передовой просветительной мысли. 24 июля 1790 года Радищев приговорен был к смертной казни, (замененной затем десятилетней ссылкой в Сибирь) за издание книги своей „Путешествие из Петербурга в Москву“. Екатерина лично требовала ареста Радищева, считая что он „бунтовщик хуже Пугачева“.

При таком отношении к любому проявлению свободной мысли не удивительно, что правительство отменяет и те незначительные возможности для открытия типографий, которые содержатся в указе 1783 года. 16 сентября 1796 года издается указ, вводящий строжайшую цензуру и упраздняющий все частные типографии. Указ повелевал

<sup>\*</sup>) Калмыков, ук. соч., стр. 100.

„частными людьми заведенные типографии, в рассуждении злоупотреблений от сего происходящих.. упразднить...“ и таким образом положил конец этому периоду развития частного книгоиздательского дела.

Совершенно ясно, что при описанном положении вещей в течение всего XVIII столетия не возникало вопроса о взаимоотношениях издателей и авторов. Вознаграждение авторов было в большинстве случаев совершенно не связано с вопросами об издании той или иной книги. Правда, в ряде случаев автору разрешалось получить вознаграждение в виде части тиража, напечатанного в казенной типографии. Так, переводчик Волчков получал от сенатской типографии  $\frac{1}{12}$  тиража напечатанных в типографии своих переводов. Повидимому, продажа этих книг составляла его заработок. При Академии наук и при Сенате существовала группа лиц, специально занимавшаяся переводами иностранных книг. В Петербурге с 1768 до 1783 г. существовало даже своеобразное общество переводчиков „Собрание, старающихся о переводе иностранных книг“<sup>\*</sup>). Переводчики получали вознаграждение за свою работу, но вознаграждение это совершенно не было связано с авторством на произведения. Они считались просто служащими того или иного учреждения.

Прочие авторы должны были получать вознаграждение какими-либо иными путями. Во всяком случае, в конце XVIII века при императорском дворе образуется специальная группа лиц, постоянно работавших в области литературы. В 1793 году Державину был даже подан особый проект создания общества русских писателей<sup>\*\*</sup>). Повидимому, группа писателей была не так уж мала. Однако, хотя в конце XVIII столетия и существовали люди, систематически занимавшиеся писанием литературных произведений, люди эти жили не от плодов своего литературного труда или во всяком случае не могли на результаты этого труда рассчитывать.

Из тех, кто занимался писательской деятельностью, часть лиц вообще не заинтересована была в каком-либо вознаграждении. Большинство же писателей того времени рассчитывало на известное вознаграждение от царского двора и от вельмож, при которых эти писатели состояли. Характерно в этом отношении прошение, поданное А. Сумароковым графу Шувалову и датированное 13 июня 1771 года. Сумароков жалуется на плачевные результаты своей писательской деятельности — „а я и ныне совсем беден, ничего

<sup>\*</sup>) Литературная энциклопедия, т. VII, стр. 522.

<sup>\*\*</sup>) Начертания к заведению и установлению общества писателей (сообщил Грот). „Библиографические записки“, 1861 г., стр. 194.

на свете не нашёл, кроме знания стихотворства, которое не нужно, ибо у нас наши стихотворцы, не только не зная наук, но и грамоте не зная, стихи пишут и от публики похвалу заслуживают, а я уповаю на милость вашу и на мою музу стихи пишу<sup>a</sup> \*)). Перед нами типичный документ той поры, когда писатели состояли в свите феодального двора. Писатель не имеет права на вознаграждение, а ждёт подарка от императора или вельможи. За произведение расплачивались целым рядом наград; особенно часто раздавались табакерки и перстни. Такую табакерку получил в своё время Княжнин. Те же табакерки встречаются в литературном гонораре Сумарокова, Державина и Храповицкого \*\*).

При таком развитии издательского дела в XVIII веке не создались ещё профессиональные писатели как не было, собственно говоря, и профессиональных издателей. Если в истории литературы мы встречаем ссылку на то, что Ломоносов и его современники Третьяковский и Сумароков были уже профессиональными писателями \*\*\*), то это говорит, пожалуй, о постоянном занятии литературой, но не о том, что эти писатели могли жить на свой литературный заработок. Для появления авторского права была ещё недостаточна производственная база. Статистические данные о количестве книг, выпущенных в России в течение XVIII в., говорят о том, что в первой четверти в год выпускалось в среднем 15 книг, в последней четверти количество книг растёт, что видно из следующей таблички \*\*\*\*).

За пять лет — 1771—	75	выпускалось в среднем	135	книг в году		
1776—	80		178		”	”
1781—	85	”	”	210	”	”
1786—	90	”	”	362	”	”
1791—	95	”	”	320	”	”
1796—1800.		”	”	248	”	”

Как видно, количество выпускаемых книг настолько ограничено, что говорить о каком-либо значительном развитии издательского дела не приходится.

Некоторые изменения в русском книгоиздательском деле наступили в начале XIX века. Император Александр I взошёл на престол в результате дворцового переворота, совершенного дворянскими заговорщиками. Он должен был сразу же показать отрицательное отношение своё к крайностям реакционного направления политики Павла I и последних лет правления Екатерины II. Одним из мероприятий, направленных на смягчение крайностей прежнего царство-

\*) „Библиографические записки“, 1861 г., стр. 590.

\*\*) Гриц, Тренин, Никитин, ук. соч., стр. 99.

\*\*\*) Там же, стр. 91.

\*\*\*\*) Большой энциклоп. словарь Брокгауза и Эфрона, т. 27, стр. 415.

вания, явился указ 1801 года, которым вновь разрешается образование частных типографий. Растущее буржуазное предпринимательство требует большей, чем прежде, свободы в создании предприятий, в том числе и предприятий издательских. Число книгоиздательских предприятий растет, особенно во втором десятилетии XIX века.

Государство, однако, и в этот период стремится сохранить свое доминирующее положение в издательском деле. Эта работа сосредоточивалась во вновь учрежденном министерстве народного просвещения. Министерство руководит с одной стороны деятельностью цензуры. В силу такой функции через органы министерства проходят так или иначе все издаваемые книги. Вместе с тем министерство само является организатором ряда изданий. В связи с этим создаются своеобразные отношения государства с авторами; материалы министерства за данный период позволяют судить о социальном и правовом положении авторов в это время \*).

Прежде всего в начале XIX столетия сохранилась в полной мере та система вознаграждения, которая особенно была характерна в XVIII столетии. Архивы министерства за 1815—1820 гг. изобилуют „прошениями“ о выдаче награды за написание книг. Авторы впрочем, чаще всего не рассчитывают на получение денег, а довольствуются получением подарков в виде перстней или табакерок. Так, например, перстень получил А. С. Шишков за „Рассуждения о древнем и новом слоге российского языка“. Такую же награду получил Шрадер за „Практическую немецкую грамматику“, академик Круг—за книгу о древней России и академик Гурьев—за свой труд „Основания дифференциального исчисления\*\*). Наиболее известен впрочем, случай получения наград в виде золотой табакерки и перстня—двумя издателями альманаха „Полярная звезда“ будущими декабристами Бестужевым и Рылеевым. Надо отметить, что это же издание имело и большой по тому времени коммерческий успех. В три недели было продано 1500 экземпляров. Правительство начинает явно тяготиться обязанностью раздавать в такой форме награды за сочинения. Появляются сведения об особо расторопных сочинителях, рассылающих свои произведения чуть ли не по всем королевским дворам. Для того, чтобы прекратить этот поток сочинений, „подносимых“ императору для получения

---

\*) Настоящая работа написана на основании материалов архивов Министерства Народного Просвещения, хранящихся в Ленинградском Государственном Архиве. Поэтому в дальнейшем будут указываться только №№ дел по описям архива 1929 г.

\*\*\*) Дела №№ 10043, 10070.



награды, в 1817 году издается даже специальное распоряжение о том, чтобы „желающие посвятить труд государю императору“ \*) представляли его сначала на рассмотрение министерства народного просвещения. Очевидно, слишком много лиц пыталось обеспечить себя в этой форме вознаграждением. Впрочем, некоторые авторы были скромнее в своих просьбах. Так, например, некий Пожарский просил за краткую русскую грамматику только о выдаче похвального листа\*\*).

В течение первого 20-летия появлялись уже и иные отношения авторов с министерством, отношения, касающиеся не вопроса о награде, а вопроса об издании книги. В министерство поступают просьбы об отпуске средств на печатание разных книг. Так, например, некий Всеволожский просил отпустить средства на издание его перевода сокращенной „Патологии скотоврачебной науки“. Другие авторы просят только о ссуде на печатание. Поступила, например, просьба проф. Кукольника о ссуде в 2 тыс. рублей сроком на год на печатание произведения\*\*\*; проф. Грефе просил о займе в 6 тыс. рублей на печатание перевода греческой поэмы\*\*\*\*). Впрочем, этот должник вернул только 1 тыс. рублей, остальные пришлось списать. В некоторых случаях авторы предлагают министерству своеобразное соглашение по поводу издания. Некий губернский секретарь Штуцер просит напечатать произведение свое с тем, что и он пожертвует на это дело 500 рублей\*\*\*\*\*). Здесь предполагалось своеобразное сочетание расходов государства и автора по изданию произведения. К концу 20-летия отношения с авторами, однако, несколько изменяются. Министерство все реже отпускает средства на печатание произведений или на выдачу награды. Иногда авторы получают поддержку путем дачи из министерства подписки на данную книгу для училищ. Бывает и так, что министерство и само выступает в качестве заказчика. Так, например, в 1818 году дан специальный заказ на печатание основ механики для инженерного училища\*\*\*\*\*). В этом же году заключается своеобразный договор министерства с проф. Забловским. По этому договору автор уступает министерству „собственное свое и никому не принадлежащее сочинение: „Землеописание Российской империи

---

\*) Распоряжение Главного Правления Училищ от 31 марта 1817 г.

\*\*\*) Дело № 10245 за 1815 г.

\*\*\*\*\*) Дело № 10382/к 293 за 1817 г.

\*\*\*\*\*\*) Дело № 10194 за 1813 год,

\*\*\*\*\*\*) Дело № 10328/к 223.

\*\*\*\*\*\*) Дело № 10209.

всех сословий\* \*\*). В этом случае мы имеем по существу уже издательский договор. Наконец, по просьбе „бывшего гражданского губернатора“ П. И. Сумарокова принимается особо интересное решение. Сумароков просил об отпуске 8500 рублей для напечатания 2 х тыс. экземпляров „Новгородской Истории“ \*\*). В ответе Сумарокову министерство указало, что „разрешения на выдачу денег не последовало“, а император увидит, „какое суждение будет о ней иметь публика, когда издана будет в свет“. Тем самым оценка качества сочинения передается книжному рынку. Известно, что на книжный рынок рассчитывают также и авторы, пишущие даже по специальному заказу. Так, например, Карамзин получил от правительства специальную пенсию написание „Истории Государства Российского“, но вместе с тем он рассчитывал на вознаграждение от продажи книги.

Все приведенные материалы говорят о том, что, стремление к изданию сочинений по сравнению с XVIII веком значительно возросло, однако, при той форме вознаграждения, которая имела место в этот момент, авторское право еще не было создано. Правда, случались споры, которые как будто бы относились к авторскому праву. Однако это были споры по поводу права называться автором \*\*\*). Борьба против лиц, присваивающих себе авторство на чужие произведения, проводится также университетами. Устав Дерптского университета предписывал, например, профессорам доносить во всех случаях выдачи труда другого за собственное сочинение с тем, чтобы выставлять на черную доску имя „наглеца присвоющего чужой труд“ \*\*\*\*). Однако, при выдаче издателем разрешений цензура не проверяла вопроса о правомерности издания книг и о принадлежности их тому автору, который был указан на обложке. Также как французское правительство XVIII в. не интересовалось вопросом об авторе при выдаче привилегий, так и русские цензурные органы выдавали разрешение на выпуск книги определенному издателю, совершенно не интересуясь его правами на эту книгу, тем как обстоит дело с правами автора, а иногда и тем, кто собственно является автором.

---

\*) Дело № 464/222.

\*\*) Дело № 10383/223.

\*\*\*) Министерство разбирает еще в 1811 г. спор некоего Александра с Вигилянским по поводу того, кто из них является автором „Похвальной речи князю Пожарскому“. Вигилянским был признан плагиатором. Его издание было предано огню, а ему „по учинении заслуженного выговора оставлен в наказание стыд, который он навлек на себя таковым поступком“ (Дело № 10074, 220).

\*\*\*\*) Калмыков, указ. соч., стр. 133.

Только в случаях явного мошенничества, направленного на то, чтобы обмануть публику, министерство считало возможным вмешиваться. Такие проделки как замена заглавных листов нераспроданного издания, с целью выдать книгу за новую или иную по содержанию, были нередки. После одного особенно яркого случая\*) министерство издало распоряжение о том, чтобы при представлении рукописей к ним прилагались доказательства на право издателя к подаче рукописи для напечатания. Это распоряжение на первый взгляд ставит вопрос о правах издателя в зависимости от авторского права. Однако, на самом деле это был лишь способ борьбы против приемов недобросовестной конкуренции среди издателей. Такое распоряжение охраняло издателя от конкурента, а не автора от напечатания произведения книги без его согласия.

Мы видим, что к 1820 г. в издательском деле намечается значительный перелом. Государство начинает сокращать выдачу вознаграждений в старой форме, не усиливая вместе с тем издательской деятельности, как это требовал рост литературы, а ограничивая свои органы ролью цензора. Частные издательства в этот период еще только складывались; издательская деятельность носила случайный характер. Не наладились поэтому и отношения издателей с авторами.

Значительный сдвиг во взаимоотношениях авторов и издателей имеет место в течение периода 1820—1840 гг. Этот сдвиг можно проследить на примерах из жизни и деятельности А. С. Пушкина. Широкая литературная деятельность Пушкина, популярность его произведений приводили к тому, что книги Пушкина стали объектом значительной издательской деятельности. Пушкин оказался одним из первых русских литераторов, получавших значительный авторский гонорар от издателей. Этим он участвовал в создании того нового направления в использовании литературных произведений книгоиздательствами, которое впоследствии было названо „торговым направлением“

---

\*) Случай, послуживший поводом для издания этого распоряжения заключался в следующем: в 1816 г. в московский цензурный комитет поступило 2 книги, из которых одна носила название „Адель и Фаия или странное приключение 2-х любовников, заключенных в темницу“ Августа Лафонтена. Вторая называлась „Юлия или прогулка на берегу Гаронны“ Шписса. Цензура обратила внимание на то, что книги эти представляют собой текстуально, слово в слово одно и то же. Заподозрив мошенничество, цензор произвел более детальное исследование, причем выяснилось, что книги не принадлежат ни Лафонтену, ни Шписсу. Выяснилось также, что самое их название не имеет никакого отношения к содержанию: в темницу никто из героев не попадает; в равной мере никто из них не гуляет по берегам Гаронны. (Дело № 10342/к 223).

Первая попытка Пушкина получить известные выгоды от своих произведений была довольно неудачна.

Сборник своих стихотворений, который был подготовлен к печати, Пушкин в 1820 году отдал Н. Всеволожскому в счет карточного долга\*). Это был своеобразный литературный гонорар, ибо Пушкин заплатил рукописью свой карточный долг, который иначе пришлось бы покрывать наличными. Уже в следующем 1821 году Пушкин вступает в деловые отношения с Н. И. Гнедичем. Гнедич был литератором, а не издателем-профессионалом. Однако Гнедич выступал уже в 1817 году в качестве издателя произведений Батюшкова, причем известно, что это издание принесло значительные выгоды именно Гнедичу, а не Батюшкову. Теперь Гнедич оказался первым издателем Пушкина. Он выпустил поэму „Руслан и Людмила“, заплатив Пушкину лишь незначительную сумму, несмотря на то, что поэма была раскуплена скоро и дала издателю несомненно крупный доход\*\*). Через год, т. е. в 1822 г., перед Пушкиным возник вопрос об издании поэмы „Кавказский пленник“, и Пушкин вновь обращается к Гнедичу. Новое издание, с точки зрения материальной, привело примерно к тем же результатам, что и первое. Гнедич заработал на издании до 5 с половиной тысяч рублей, а Пушкину заплатил 500 рублей ассигнациями и выдал один печатный экземпляр поэмы. После этого Пушкин решил отказаться от дальнейшего сотрудничества с Гнедичем и стал издавать произведения иным порядком\*\*\*).

К этому времени относится первое нарушение (правда не существовавших еще формально) авторских прав Пушкина. Пока готовилось новое издание „Кавказского пленника“, некий Евстафий Ольдекоп получил от цензурного комитета разрешение на выпуск „Кавказского пленника“ с приложением немецкого перевода. По просьбе А. С. Пушкина, отец его, Сергей Львович, заявил протест против такого разрешения и подал в цензурный комитет просьбу о том, чтобы „не печатать никаких сочинений сына без письменного позволения самого автора“\*\*\*\*) Однако, от цензурного комитета последовал ответ, который единственно и можно было ожидать при тогдашнем состоянии законов. Комитет ответил, что нет законоположения, которое обязывало бы цензурный комитет входить в рассмотрение прав издателей. Таким образом, авторское право

\*) Гессен, С. Книгоиздатель Александр Пушкин. Лен. 1930 г., стр. 31.

\*\*\*) Там же, стр. стр. 32 и 33.

\*\*\*\*) Там же, стр. 40.

\*\*\*\*\*) Там же, стр. 43.

Пушкина оказалось без защиты, ввиду отсутствия законов по авторскому праву. Пушкин попробовал было еще раз подать заявление по поводу дела с Ольдекопом Бенкендорфу, но и из этого ничего не получилось.

Можно думать, что жалобы авторов носили не единичный характер. Цензурный комитет имел дело только с издателями, ибо они представляли произведения для получения разрешения. Однако имеются сведения о том, что жалобы органам власти на нарушение авторского права поступали не только от Пушкина. К этому же примерно периоду относится заявление украинского писателя Котляревского, поданное полтавскому полицмейстеру В этом заявлении Котляревский сообщает: иностранец Иван Штейн играет „Полтавку“ без моего согласия. Мне не известно, как он ее достал, но я удостоверяю, что он пользуется непозволительно чужим добром, и опера моя Штейном не приобретена“ \*). Котляревский просил оперу у Штейна отобрать и отдать ему, обязав его, чтобы он ее не играл. Ясно, что и это заявление не могло получить удовлетворительного разрешения при отсутствии законодательства об авторском праве. Впрочем, отсутствие закона, защищавшего авторов, не препятствовало дальнейшему росту изданий. Дабы не допустить нарушения своих интересов, авторы пока что могли только стараться как можно скорее издать свои произведения, в расчете на то, что двух изданий на рынке не разместить. Иногда это приводит к изданиям за свой счет, иногда к укреплению системы договоров с издателями.

Развитие таких отношений мы можем проследить на действиях А. С. Пушкина. После разрыва отношений с Гнедичем и неудачной попытки отстоять свои интересы по делу с Ольдекопом, Пушкин приступает к изданию „Бахчисарайского фонтана“ (1824 год). На этот раз издание поручено Вяземскому. Между А. С. Пушкиным и П. А. Вяземским не было того, что мы сейчас называем издательским договором. Вяземский нес хлопоты по изданию из дружеских чувств к Пушкину. Он вложил в это издание свои средства и, не в пример Гнедичу, оказался „издателем“ добросовестным, выплатив Пушкину даже больше того, что последний ожидал. Это было, таким образом, почти издание самого Пушкина. С распространением издания трудностей не было: все напечатанные стараниями Вяземского экземпляры закупил за 3000 рублей А. Смирдин — в будущем

---

\*) Савченко, Ф. І. Котляревський в обороні своїх авторських прав. Збірник „За сто літ“, книга 4, ДВУ, 1929 г., стр. 1. В 1820 г. Котляревський через Мельгунова предпринимав спроби домовитися з видавцями по поводу продажи „Єнеїди“ („Життя і Революція“, 1928 г. № 2).

издатель ряда сочинений Пушкина. Затем Пушкин в 1826-27 годах издает ряд своих произведений, в частности, отдельные главы „Евгения Онегина“, занимаясь организацией издания сам, при помощи Плетнева \*). Все издания, предпринятые Пушкиным за свой счет и отчасти при помощи друзей, в материальном отношении себя оправдали. Все же в 1828 году Пушкин решает обратиться для издания своих произведений к профессиональному издателю. Таким издателем Пушкин выбрал известного в этот период А. Смирдина. Выбор оказался удачным и отношения закрепились. В 1830 году Пушкиным заключен со Смирдиным общий договор, по которому Смирдин приобрел на 4 года право издавать все ранее вышедшие произведения Пушкина, а Пушкин должен был получать от Смирдина по 600 рублей ежемесячно \*\*). Свои последующие произведения Пушкин также почти все издает у А. Смирдина.

Таким образом, Пушкин оказался не только основателем новой русской литературы, но и пионером новых отношений между писателями и издателями. Деятельность Пушкина привела к тому, что в русской литературе появились высокие гонорары. Сам Пушкин так отзывался об этом изменении положения литератора: „С некоторых пор литература стала у нас выгодным ремеслом и публика в состоянии дать более денег, нежели его сиятельство такой-то или его высокопревосходительство такой-то“ \*\*\*). Это изменение в положении писателя, конечно, произошло не сразу, но уже в 30-х годах ряд писателей мог иметь постоянный доход от своих произведений. Второе 20-летие XIX века ознаменовалось, таким образом, в русской литературе появлением совершенно новых возможностей, как для издателей, так и для авторов. Само собою напрашивалось сравнение с предыдущим периодом. „10 лет тому назад,—писал А. С. Пушкин, литературой занималось у нас весьма малое число любителей, они видели в ней приятное благородное упражнение, но еще не отрасль промышленности“ \*\*\*\*). Теперь к началу 30-х годов XIX столетия издательское дело стало на твердые промышленные рельсы. Соответственно этому и автор оказался в новом положении, литературный гон-

\*) Гриц, Гренин, Никитин, указ. соч., стр. 256. Попытки самостоятельно издавать книги мы встречаем и у других писателей. Такие издания выпускал Гоголь. Из украинских поэтов самостоятельно издавал свои произведения Г. Квитка (1773—1843) см. Книга и Революция, 1928 г., № 2. В качестве вспомогательной меры применялась система предварительной подписки; см. Булгарин „Подписка на журналы“ Собр. соч., т. VII, стр. 137, изд. 1830 г.

\*\*) Там же, стр. 237.

\*\*\*) Пушкин, А. С. Мысли в дороге.

\*\*\*\*) Пушкин А. С. Письмо к Бенкендорфу.

рар сделался неотъемлемой частью писательской работы. Говоря о заслугах А. Ф. Смирдина, писатели отмечали в свое время, что именно Смирдин был тот, кто „дал этому началу первое движение“<sup>\*)</sup>). Вопрос, конечно, не в том, был ли именно Смирдин первым издателем, начавшим систематически оплачивать литературный труд, важно то, что эта система отношений стала господствующей в России. Для появления авторского права эти новые отношения автора к издателю создали, таким образом, совершенно естественную базу.

Стремление издателей к тому, чтобы закрепить за своими предприятиями права на выпускаемые ими произведения, оказались в соответствии с интересами правительства.

Практика издательской деятельности государства в начале XIX века показала, что для осуществления контроля за направлением литературы государство может и не сохранять за собою монополии издательской деятельности. Интересы господствующих классов в борьбе с прогрессивными идеями в литературе могут быть вполне обеспечены и при широком развитии частной издательской деятельности, если только государство сможет вмешиваться в вопросы книгоиздания своим аппаратом принуждения, осуществляющим контроль за содержание издаваемых книг. Таким органом воздействия на издательства является цензура. Правительство Александра I и Николая I стремится поэтому всячески расширить функции цензуры и точно регламентировать книгоиздательское дело в этих цензурных интересах. Напуганное восстанием декабристов, царское правительство учреждает 1826 году известное III отделение императорской канцелярии и одновременно принимается за разработку ограничительных мер против печати. В 1826 году издается особый Цензурный устав, а в 1828 году новый, еще более подробный Цензурный устав. Последний содержит впервые в истории русского законодательства положения, касающийся авторов произведений. Самое местонахождение этих правил — „о правах сочинителей“ — показывает, что царское правительство заботилось в этом случае не об охране прав авторов, а о точной фиксации личности сочинителя, на которого можно было бы воздействовать при нарушении правил устава.

Ответом на новое положение автора и, главным образом, на промышленное развитие издательского дела явилось создание правовых положений, касающихся авторского права. Разработка этих положений началась еще в 1827 г., хотя были, повидимому, сторонники того, чтобы вопрос о

---

\*) „Похороны книгопродавца А. Ф. Смирдина“. „Русский инвалид“ 1857 г. цит. по книге Гриц, Тренин, Никитин, ук. соч. стр. 273.

правах авторов разрешен был одновременно с общим пересмотром гражданских законов. Во всяком случае, в докладной записке к проекту цензурного устава 1828 г. говорится о необходимости немедленного урегулирования вопроса. Показателен самый порядок разрешения проблемы прав авторов. Проект рассматривал авторов в числе прочих лиц, имеющих дело с цензурой. Часть IV, говорит объяснительная записка, касается лиц, имеющих сношения с цензурой, а именно о пограничных начальствах, о сочинителях и издателях книг, о содержателях типографий, о книгопродавцах... „В сию часть включены и некоторые постановления, ограждающие права авторов и издателей, хотя оные принадлежат, собственно, к общим законам о благоприобретенном имуществе. Нужда в таковых постановлениях весьма настоятельна и полезно было бы удовлетворить в сем отношении желания всех, занимающихся словесностью и художествами, не ожидая общего уложения\* \*\*). И действительно, в законодательном порядке вопрос об авторском праве был разрешен при издании очередного цензурного устава. Утвержденный 22-го апреля 1828 г. цензурный устав содержал специальную главу, в которой значились первые в России правила по авторскому праву. Эта глава носит общее название „О сочинителях и издателях книг“. В развитие 4-х статей устава, относящихся к авторскому праву, с этот же день было утверждено особое положение о правах сочинителя. Это положение уже несколько расширяет правила цензурного устава; в его 18-ти параграфах содержатся правила, касающиеся не только авторского права в целом, но и вопросов издательского договора. § 135 цензурного устава и § 1 положения о правах сочинителей указывает на то, что „Сочинитель или переводчик книги имеет исключительное право пользоваться во всю жизнь свою изданием и продажей оной по своему усмотрению, как имуществом благоприобретенным\*\*\*). Это постановление по авторскому праву, во всяком случае, дало возможность оформить создавшиеся отношения между автором и издателем. Срок защиты авторского права установлен в 25 лет со дня смерти автора. После этого произведения „становятся собственностью публики“ (§ 137). Довольно широко допускаются заимствования. Не считается, например, контрафакцией ссылки, если в них выписано не более одной третьей части книги и если текста самого сочинителя вдвое больше против ссылок из одной какой-либо книги (§ 11

---

\*) Дело Государственного Совета; Докладная записка к проекту цензурного устава, стр. 7.

\*\*) Поли. Соб. законов. №№ 1979 и 1980.



Положения о правах сочинителей). Наказание за контрафакцию состоит в том, что контрафактор платит законному издателю „вдвое против издержек нужных для напечатания 1200 экземпляров“, а все экземпляры отбираются у контрафактора в пользу законного издателя. Из штрафа  $\frac{2}{3}$  поступает в пользу законного издателя, а  $\frac{1}{3}$  в приказ общественного призрения (§ 16 Положения). Интересно, что защита авторского права ставится в связь с соблюдением цензурных правил. Напечатавший книгу без наблюдения правил цензурного устава лишается всех прав на оную (§ 17).

Законодательство об авторском праве, далее, в течение XIX века изменялось мало. Положение о правах сочинителей 1828 года было, правда, вскоре пересмотрено. 8 января 1830 г. утверждено новое положение „О правах сочинителей, переводчиков и издателей“. Это положение содержало уже 40 параграфов и уточняло ряд правил, в частности, решен вопрос о журнальных статьях, о хрестоматиях, об опубликовании частных писем.

Правила эти включены в составе Цензурного Устава в Свод законов; в 1887 г. они перенесены в т. X в состав гражданских законов в виде приложения к ст. 420 примечание 2. Ст. 420 говорила о первом приобретателе имущества.

Несколько позже прав „сочинителей“ урегулирован вопрос о правах на произведения изобразительно искусства. В проектах законов 1828 и 1830 г. соответствующие правила были, но каждый раз Государственный Совет их исключал. Поэтому еще в 30-х годах и в начале 40-х годов XIX в общей защиты авторов художественных произведений не было. В отдельных случаях здесь появляются привилегии: так, 22-го октября 1835 г. издано запрещение частным мастерам отливать или повторять художественные произведения барона Клодта, 20-го декабря 1840 года запрещение повторять и продавать без согласия скульптора Жака статую Петра 1-го; 17-го апреля 1841 г. воспрещено воспроизведение литографированных видов города Санкт-Петербурга, сделанных художником Перро\*). Только 1 января 1846 г. утверждено „Положение о собственности художественной“, являющееся как бы дополнением к правилам 1830 года.

В течение XIX века был пересмотрен закон о сроке действия авторского права. Закон 1828 года установил, что авторское право принадлежит автору пожизненно и переходит к его наследникам на 25 лет после смерти автора. Положение 1830 г. установило возможность увеличения

\*) Коптев (сост.) Закон об авторском праве. СПб, 1911 г., стр. 3.

этого срока до 35 лет в тех случаях, когда новое издание выйдет в течение последних пяти лет, до истечения 25-летнего срока. Вопрос о сроке пересмотрен в 1857 году, причём тут, уже косвенным образом, влияние оказало творчество Пушкина. Инициатива постановки вопроса о продлении срока авторского права принадлежала Наталье Пушкиной, по второму мужу графине Ланской. Она подала министру народного просвещения просьбу и продлении срока авторского права. Министерство народного просвещения представило в Государственный совет детально разработанное объяснение, в котором ссылались на пример ряда иностранных государств, защищавших авторское право в течение 50-ти лет со дня смерти автора\*).

Новое положение авторов, оформившееся в 30-х годах XIX в. и послужившее базой для появления авторского права, вызвало самые противоположные оценки со стороны представителей общественной мысли различных направлений.

С одной стороны, ряд писателей реакционного толка высказывали сожаление о том времени, когда литературная работа осуществлялась без особого вознаграждения. Консервативный писатель Шевырев в специальной статье „Словесность и торговля“ писал о том, что звание литератора сделалось у нас не только почетным званием, но и званием выгодным. Теперь литератор уже не бесприютный бобыль нашего общества, . . . одним словом, литератор у нас получил свою собственность\*\*). Далее Шевырев жалеет о „славной бедности“ прежнего времени, когда „под маской литератора не было видно спекулятора“. Это нападение консерватора на новые условия литературного труда, однако, встретило дружный отпор среди прогрессивной части писателей. Белинский не раз выступал в защиту нового торгового направления в литературе. Белинский подчеркивал, что: „плата за честный труд нисколько не унижительна, унижительно злоупотребление труда. И по нашему мнению гораздо честнее продать свою статью журналисту или книгопродавцу, нежели кропать стишонки в честь какого-нибудь мецента „милостивца и покровителя“, как это делалось в невинное и бескорыстное время нашей литературы“ \*\*\*).

Неправы были те, кто жалел о прежней „славной бедности“ литераторов. Неверным было и мнение литераторов,

---

\*) Дело Департамента законов Государственного Совета за 1857 г. № 17.

\*\*\*) Шевырев. „Словесность и торговля“, Московский Наблюдатель 1836 г.

\*\*\*\*) Белинский, В. Г. Сто русских литераторов. Сбор. соч. т. IX. стр. 195. цит. по Гриц, Тренин и Никитин, указ соч. стр. 286.

вроде Ф. Булгарина, о том, что литература сделалась свободной и независимой.

Писатель получил, конечно, возможность специально заниматься литературным трудом, не считая его способом заполнить досуг. Но независимой литературы не получилось. Освободившись от служения вельможе-меценату, литератор, не обеспеченный иными путями, попал в зависимость от капиталистических предприятий. К последней четверти XIX в. успело выявиться, что русский писатель — профессионал в большинстве своем, как и писатель западно-европейский, оказался втянутым в орбиту капиталистических издательских предприятий. История русской литературы показывает, что большое количество писателей зависело от литературного заработка. Известно, что Достоевский зачастую спешно заканчивал произведение для того, чтобы успеть к указанному издателем сроку. Известен также кабальный договор Чехова с издателем А. Ф. Марксом, по которому издателю были проданы в 1899 г. все написанные и будущие сочинения Чехова. Связанность этим договором доставила впоследствии много неприятных минут Чехову\*). Даже буржуазные литературоведы конца XIX в. вынуждены были признать, что „почти вся русская литература (т. е. ее главнейшие представители) находится на откупе“\*\*). Полученное авторами „право собственности“ перекочевывало, таким образом к издателям и для них имело значение. Конечно, это отнюдь не общее правило, относящееся к любому писателю. Рядом с литературными пролетариями были лица, материальное положение которых не зависело вообще от литературного гонорара. Наконец, отдельные такие литературные пролетарии вырастали в мелких литераторных хозяйчиков, сами становились эксплуататорами литературного труда в буквальном смысле этого слова. Пример такого перерастания представляет нам известный издатель 40-х годов XIX века, он же менее известный литератор А. А. Краевский. Он виднелся на видное место в 30-х годах в качестве автора ряда работ по истории. В 1839 году он приобрел от Свинына право на издание „Отечественных Записок“. Журнал был в момент его приобретения в плачевном положении. Краевский проявил себя талантливым администратором и финансистом: он вывел хозяйство журнала из кризиса. Однако, на этот же литературном посту он проявил себя требовательным и жестоким эксплуататором; от лиц, живших исключительно

\*) Письма А. П. Чехова под ред. М. П. Чеховой, т. V (1897-1899), стр. стр. 302, 315, 329, 343, 355.

\*\*\*) Бахтияров. История книги на Руси, СПб. 1890, стр. 221.

трудом в его журнале, он требовал непомерного напряжения умственных сил. Особенно тяжело было положение Белинского, который наконец порвал с Краевским \*).

К XX-му столетию в царской России наступает концентрация издательского дела. Авторское право на все почти произведения русских классиков оказалось в руках нескольких крупных издательств. К этому времени закон 1830 года, включенный в т. X Свода Законов в виде приложения к ст. 420, значительно устарел. Правила закона построены были исходя из мысли об авторском праве как о праве собственности; это, в связи с устаревшими общими правилами о переходе собственности затрудняло судебную интерпретацию законов в направлении, необходимом для развивающегося издательского дела. Правда, практика Сената внесла некоторые новые положения относительно авторского права; так было признано наличие у автора личных интересов, ибо, как указал Сенат, „Труд может иметь значение для автора и вне той материальной выгоды, которую таковой приносит ему“ \*\*). Вместе с тем судебная практика была бессильна устранить стеснительный для автора и издателей порядок заключения издательских договоров; для совершения таких договоров требовалось особое засвидетельствование у маклера. По известному делу издателей Лисенкова и Кожанчикова, у первого из них был договор с Т. Г. Шевченко на уступку „в вечное и потомственное владение“ „Кобзаря“ и „Гайдамаков“. Но договор этот оформлен был лишь надписью на экземпляре сочинения и написанным на гербовой бумаге и нигде не засвидетельствованным договором. Все же выступавший со стороны ответчика Спасович ссылаясь на недействительность договора, ибо соглашение не было записано в маклерскую книгу, а после смерти автора, издатель, вопреки требованию цензурного устава, не сделал объявления о приобретении прав на сочинения \*\*\*).

Приведенный пример показывает, насколько правила закона устарели и не отвечали требованиям развивающегося издательского дела.

Работа по составлению проекта нового закона началась еще в 90-х годах XIX века. Понадобилось, однако, почти 18 лет работы, прежде чем 11-й по счету проект стал в 1911 г. законом. Проект был подвергнут самому детальному об-

\*) Энциклопедия Брокгауза и Эфрона, т. XVI, стр. 484.

\*\*) Решение Гражд. Касс. Департ. № 110 за 1909 г. цит. по книге С. Беляцкина Новое авторское право в его основных принципах. СПб. 1912, стр. 33

\*\*\*) Гражд. Касс. Департамент 23 февраля 1899 г. „Судебный Вестник“ 1869 г. №№ 50 и 51.

суждению, причем живое участие приняли представители издательских кругов\*).

Ряд вопросов, выдвинутых законопроектом, был предметом горячей дискуссии. Так например, по вопросу о свободе перевода горячие споры шли в комиссии СПб литературного общества и докатились до Государственной Думы\*\*).

Закон, утвержденный 15 марта 1911 г. отличался детальностью разработки; он охватывая все объекты авторского права и все виды использования права (за исключением разве только кинематографии). Этот закон был уже типичным для капиталистического государства сводом правил об авторском праве.

Закон об авторском праве 1911 года построен целиком на основах защиты частных интересов издателей. Права авторов охраняются в нем лишь в той мере, в которой они могут быть полезны для издателей, приобретающих права на издаваемые произведения. В этом смысле закон оказал отрицательное влияние на судьбы русской литературы и русских литераторов.

Таким образом, по поводу возникновения авторского права в царской России мы можем сделать следующие выводы:

1) Россия не знала системы издательских привилегий, которая так характерна для Западной Европы. Вместо этого в России XVIII в. особенное значение получила издательская деятельность государства (казны), во многом определявшая собою положение авторов в течение почти всего XVIII в.

В XVIII в. существует характерная для феодальных стран, зависимость авторов от меценатов. Авторского права в XVIII в. не существует.

2) В течение 20-х и 30-х годов XIX столетия устанавливаются новые отношения между авторами и издателями. Эти новые отношения, заключавшиеся в усилении производства книг, укреплении позиции писателя-профессионала и появлении издателя-капиталиста явились основой для возникновения авторского права в России.

3) Авторское право сформулировано было, как право собственности автора. Однако, по существу защищало оно

---

\*) Бессель, В. „По поводу проекта статей об авторском праве“. СПб. 1906, Бессель (председатель правления русского общества издателей музыки, требовал значительного расширения прав композиторов и их правопреемников, в частности права запрещать копирования партитур, запрещать перевод текстов, написанных для музыки, на другой язык и т. д.

\*\*) Авторское право. Доклад комиссии СПб литературного общества по поводу проекта закона об авторском праве. СПб. 1908.

не столько автора, сколько издателя, в зависимость от которого попадает основная масса работников интеллектуального труда. Для авторов появление авторского права означало введение новой, соответствующей капиталистическим условиям, системы оплаты труда.

4) Нормы авторского права, существовавшие в царской России, были созданы и существовали не в интересах авторов и для их защиты, а для обеспечения прав издателей, для охраны группы предпринимателей, связанных с использованием литературных и иных произведений. Авторское право до 1917 года не было правом авторов, а создавало для авторов положение, наиболее выгодное капиталистам, эксплуатировавшим труды этих авторов.

---

*Доцент В. П. Колмаков*

## **К вопросу о судебной сфрагистике**

Среди преступных посягательств на деятельность советского государственного аппарата особое место занимает подделка документов, предоставляющих права или освобождающих от тех или иных обязанностей. Документ, как удостоверительное средство юридических фактов, отношений или событий, имеет исключительно важное значение в деятельности органов государственного управления, в хозяйственной и общественной жизни страны. Он имеет большое значение в жизни граждан СССР. В социалистическом обществе документ призван к налаживанию учета, к подтверждению материально-денежных расходов, к определению доли участия каждого гражданина СССР в строительстве коммунистического общества, к решению вопроса о праве гражданина на вознаграждение за его труд, о его морально-политическом облике. Документ подтверждает определенные права или освобождение от обязанностей, подтверждает различные обстоятельства, вытекающие из деятельности органов государственной власти, хозяйственных, общественных и кооперативных учреждений и организаций. Паспорта, справки, различного рода удостоверения, трудовые книжки, доверенности, счета, наградные удостоверения, свидетельства, дипломы, аттестаты, членские билеты и т. д. и т. д. — вот далеко не полный перечень документов, являющихся, удостоверительными средствами юридических фактов, отношений и событий.

Одним из основных реквизитов документа, свидетельствующим о его публично-правовом происхождении, является наличие в надлежащем месте на документе оттиска печати, а в ряде случаев и штампа, соответствующего учреждения или организации. Без оттиска печати, а в необходимых случаях и штампа, документ теряет всякое официальное значение.

Преступные элементы стремятся овладеть подлинными документами либо изготовить фальшивые документы, сходные

с соответствующими, законно выданными теми или иными учреждениями и организациями. Подделка документов может заключаться как в полном изготовлении фальшивого документа, так и во внесении в официально выданный документ ложных сведений, путем подчистки, поправок, дописок и иными способами.

Опыт работы следственных и судебных органов в период Великой Отечественной войны и в послевоенное время показывает, что документ является далеко не последним средством в арсенале шпионов, диверсантов, убийц, которых разведки империалистических государств снабжают фальшивыми документами. Академик А. Я. Вышинский, в своем выступлении на заседании III комитета Генеральной Ассамблеи ООН, разоблачил фашистско-белогвардейские организации, действующие под покровительством и руководством англо-американских оккупационных властей в Западной Германии, где эти организации фабрикуют подложные документы для фашистского отребья\*). Главари гитлеровской группировки, раскрытой в марте 1947 г. в Западной Германии, имели поддельные документы и резиновые печати для изготовления документов, которыми они снабжали своих соучастников из других зон\*\*).

Следовательно, не исключена возможность, что снабженные различными документами, агенты иностранных разведок будут пытаться проникать в наши тылы.

С другой стороны, различного рода преступники-расхитители социалистической собственности, разбойники и т. п. элементы используют фальшивые документы, как средства совершения преступления, сокрытия своих действий и избежания ответственности.

Для подделки документов преступники стремятся изготовить разнообразными способами удостоверительные знаки — клише печатей, штампов, их оттиски либо овладеть подлинными удостоверительными знаками. Разоблачение этих преступлений, установление факта подделки удостоверительных знаков сопряжено со значительными трудностями. Эти трудности, в основном, заключаются в следующем:

1. Использование преступниками подлинных печатей и штампов или их оттисков, вследствие беспечности должностных лиц, которым доверено хранение и пользование удостоверительными знаками.

2. Применение преступниками для подделки документов искусно изготовленных клише (типографский набор, вырезывание на резинке, фотоклише и т. п.).

---

\*) „Правда“ 9 ноября 1946 г. № 267 (10349).

\*\*) „Правда“ 28 марта 1947 г. № 75 (10466).



3. Отсутствие единого государственного стандарта для удостоверительных знаков.

4. Отсутствие разработанных научных приемов и методов исследования удостоверительных знаков.

В криминалистической литературе вопросу экспертизы удостоверительных знаков уделено мало внимания. Между тем, следственно-судебная и экспертная практика, особенно за последнее время, показывает, что фальсификация удостоверительных знаков стала занимать значительное место среди подделки документов. В связи с этим возникает настоятельная необходимость разработки особого вида криминалистической экспертизы документов — исследования оттисков, печатей, штампов и их клише. До настоящего времени этот вид экспертизы рассматривался, как часть судебно-графической экспертизы. Однако, с этим положением согласиться нельзя, т. к. объектом судебно-графической экспертизы является почерк человека, в то время, как оттиски печатей, штампов и клише их имеют иное происхождение.

Наука о печатях и штампах называется сфрагистикой. В дореволюционной русской литературе сфрагистике уделяли внимание А. Лакиер\*), Абрамов\*\*), Родзевич\*\*\*) и др. Эта наука изучает удостоверительные знаки с историко-археологических позиций. Изучением печатей, штампов и их оттисков в судебно-следственных целях занимается криминалистика, и ныне вполне назрела необходимость поставить вопрос о разработке новой отрасли криминалистической экспертизы документов — судебной сфрагистики. Этот вид экспертизы имеет свою специфику, свои задачи, приемы и методы исследования\*\*\*\*).

Судебная сфрагистика, с нашей точки зрения, должна иметь своим предметом и задачами:

1. Обобщение литературных данных и законодательства об удостоверительных знаках.

2. Ознакомление следственных и судебных работников с существующими удостоверительными знаками и способами их изготовления.

3. На основе обобщения следственно-судебной и экспертной практики изучения способов подделки оттисков, печатей, штампов, штемпелей, а также иных удостоверительных знаков (сургучных печатей, пломбир, компостеров).

\*) А. Лакиер. Русская геральдика. СПб 1885 г.

\*\*) Абрамов Сибирские печати „Тобольские Губ. Вед.“ № 47—1858 г.

\*\*\*) Родзевич. О русской сфрагистике, ж. „Вестник археологии и истории“ СПб вып IV. 1886 г.

\*\*\*\*) См. нашу работу „К методике криминалистического исследования оттисков печатей, штампов и клише их. в сборнике „Проблемы Криминалистики и Суд. Эксп.“ Харьков 1948 г.

4. Разработку методических положений о целях и задачах судебно-сфрагистической экспертизы и порядке подготовки материалов для нее.

5. Разработку методики и техники исследования достоверительных знаков (методика и техника экспертизы).

6. Разработку профилактических мероприятий, предупреждающих подделку достоверительных знаков.

Судебная сфрагистика должна вооружить судебно-следственных работников и экспертов-криминалистов знанием способов подделки достоверительных знаков, применяемых преступниками, и знанием методов распознавания подделки. Она должна разработать методические и технические приемы экспертизы по делам о подделке печатей, штампов и их оттисков, что, несомненно, улучшит качество судебно-следственной работы по делам этой категории.

---

## СОДЕРЖАНИЕ

	Стр.
Проф. М. М. Гродзинский — Аналогия в советском уголовно-процессуальном праве .....	3
Доц. М. И. Бару—Договорное обязательство о содержании .....	25
Доц. Д. Н. Розенберг — О понятии имущественных преступлений в советском уголовном праве (объект и предмет посягательства) .....	55
Проф. С. И. Вильнянский — Значение логики в применении правовых норм .....	77
Проф. В. С. Трахтеров — К вопросу о критериях невменяемости .....	111
Проф. С. Л. Фукс — Барымта. (Очерк обычного права казахов XVIII —XIX вв.) .....	131
Проф. М. В. Гордон — К истории возникновения авторского права в России .....	171
Доц. В. П. Колмаков — К вопросу о судебной сфрагистике .....	193

Сдано в набор  
4-XI-1948 г. Подписано  
к печати 10-II-1949 г. Объем  
12<sup>1</sup>/<sub>2</sub> печ. л. Формат бумаги 1<sup>1</sup>/<sub>16</sub>. В печ. л.  
40 000 тип. знаков. Учетно - авторских листов 12<sup>1</sup>/<sub>2</sub>.  
БЦ 05188. Заказ № 1079. Тираж 1000. Типография  
Харьковского ордена Трудового Красного Знамени  
сельскохозяйственного института  
имени В. В. Докучаева.  
г. Харьков, улица  
Артема № 44.