Л. Я. Тауберъ,
приватъ-доцентъ Харьковскаго университета.

ЖАЛОБА ПОТЕРПѢВШАГО

при

преступленіяхъ неоффиціальныхъ.

БИБЛИОТЕКА
Всесоюзного
научно-исследовательского ин-та
Советского законодательства

ХАРЬКОВЪ.
Типографія и Литографія М. Зильбербергъ и С-вья.
Рыбная улица, № 30.
1909.

Оглавленіе.

Стр.

Предисловіе . . . . . I—V

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Понятіе потерпѣвшаго . . . . . 1—75
I. Постановка вопроса 1
II. Опредѣленіе понятія потерпѣвшаго отъ преступленія въ криминалистической литературѣ . . 4
III. Ученіе о различіи понятія потерпѣвшаго въ матеріальномъ и процессуальномъ правѣ . . 14
IV. Связь понятія потерпѣвшаго съ ученіемъ объ объектѣ преступленія и различныя направленія въ этомъ ученіи 19
V. Субъективное право, какъ объектъ преступленія 48
VI. Содержаніе понятія субъективнаго права . . . 48
VII. Опытъ опредѣленія понятія потерпѣвшаго . . 71
VIII. Писатели, отрицающіе возможность опредѣлить понятіе потерпѣвшаго 73

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Жалоба потерпѣвшаго при преступленіяхъ неоффиціальныхъ въ положительномъ правѣ . . . . 76—334

Глава первая.

Римское право . . . . . 76—87

Глава вторая

Германское и австрійское право . . . . . 88—175
I. Исторія неоффиціальныхъ преступленій въ Германіи 88

Стр.

II. Неоффиціальныя преступленія по партикулярнымъ нѣмецкимъ законодательствамъ XIX в. и по дѣйствующему имперскому германскому праву 100
III. Неоффиціальныя преступленія по дѣйствующему австрійскому праву и по проекту новаго австрійскаго уложенія 155

Глава третья.

Французское и бельгійское право . . . . . 176—195

Глава четвертая.

Уложенія венгерское, голландское, итальянское, норвежское и швейцарскій проектъ . . . . . 196—216

Глава пятая.

Русское право . . . . . 217—334
I. Исторія неоффиціальныхъ преступленій въ Россіи 217
II. Неоффиціальныя преступленія по дѣйствующему русскому праву и по проекту новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства въ связи съ уголовнымъ уложеніемъ 232

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ.

Основаніе права жалобы и выводы de lege ferenda 335—403
I. Постановка вопроса 335
II. Критическій обзоръ теорій, объясняющихъ институтъ неоффиціальныхъ преступленій . . . 336
III. Теорія пощады потерпѣвшему, какъ основаніе для реформы института неоффиціальныхъ преступленій, и вытекающія изъ нея выводы de lege ferenda 365

Предисловіе.

Работая надъ вопросомъ объ участіи потерпѣвшаго въ уголовномъ преслѣдованіи и о различныхъ формахъ частнаго обвиненія, мы натолкнулись на болѣе или менѣе тѣсную связь, наблюдаемую въ современныхъ законодательствахъ между частнымъ обвиненіемъ и такъ называемыми неоффиціальными преступленіями [1]). Для выясненія характера этой связи пришлось заняться изученіемъ юридической природы неоффиціальныхъ преступленій. Однако по мѣрѣ углубленія въ эту тему становилось все болѣе и болѣе ясно, что она не можетъ разсматриваться какъ вводный эпизодъ при изслѣдованіи частнаго обвиненія. Довольно обширная, преимущественно нѣмецкая литература о неоффиціальныхъ преступленіяхъ изобилуетъ контроверзами по самымъ основнымъ моментамъ интересовавшаго насъ уче-

---

[1]) Указанное наименованіе для преступленія, соотвѣтствующихъ тѣмъ, которыя въ германской литературѣ носятъ названіе Antragsdelicte, Antragsverbrechen, было впервые предложено А. К. фонъ-Резономъ въ его монографіи „О преступленіяхъ, наказуемыхъ только по жалобѣ потерпѣвшаго“, 1882 г., стр 12. Вообще терминологія въ нашей литературѣ не можетъ считаться установившейся: проф. Таганцевъ (Русское Уголовное Право 1902 г. п. 1, стр. 124), проф. Кистяковскій (Элементарный учебникъ 1931 г., стр. 263) и Спасовичъ (Учебникъ уголовнаго права, стр. 87) всѣ преступленія, преслѣдуемыя не иначе, какъ по жалобѣ, называютъ *уголовно-частными*, проф. Будзинскій—*исковыми* (Начало уголовнаго права, 1870 г., стр. 303); другіе писатели различаютъ среди нихъ оканчиваемыя и неоканчиваемыя примиреніемъ, называя первыя *частными*, а вторыя *частно-публичными* (проф. Фойницкій, Ученіе о наказаніи, 1889 г., стр. 129; проф. Сергѣевскій—Русское уголовное право, 1901 г., стр. 361), или первыя *чисто-частными*, а вторыя *публично-частными* (проф. Бѣлогорицъ-Котляревскій, Учебникъ русскаго уголовнаго права, 1903 г., стр. 107) или первыя *чисто-частными*, вторыя же *частно-общественными* (Неклюдовъ, Общая часть уголовнаго права, 1875 г., стр. 15), или первыя *частными*, а вторыя *частно-общественными* (Арефа Жур. Гражд. и Уг. пр. 1878 г. № 4).

нія, начиная съ вопроса о природѣ жалобы потерпѣвшаго и объ уголовно-политическихъ основаніяхъ всего института. Законодательства представляютъ не меньшую пестроту въ своихъ положеніяхъ. При такихъ условіяхъ уяснить себѣ природу неоффиціальныхъ преступленій и ихъ отношеніе къ частному обвиненію, очевидно, не представлялось возможнымъ безъ детальнаго изслѣдованія института жалобы, доступнаго только въ работѣ, спеціально ему посвященной.

Съ другой стороны и нѣкоторыя объективныя соображенія, казалось, говорили за умѣстность и своевременность появленія такого изслѣдованія въ русской литературѣ. 22 марта 1903 г. удостоилось Высочайшаго утвержденія новое уголовное уложеніе, въ которомъ, въ противоположность уложенію о наказаніяхъ, не содержится опредѣленій о порядкѣ преслѣдованія неоффиціальныхъ преступленій: эти опредѣленія, по мысли редакторовъ уложенія, должны быть отнесены къ уставу уголовнаго судопроизводства [1]). Такимъ образомъ нашему законодателю предстоитъ, до введенія въ дѣйствіе уголовнаго уложенія, выработать особую новеллу или внести въ текстъ устава уголовнаго судопроизводства постановленія, регулирующія жалобу потерпѣвшаго при неоффиціальныхъ преступленіяхъ. И дѣйствительно, комиссія для пересмотра законоположеній по судебной части среди другихъ постановленій, подлежащихъ внесенію въ проектъ устава уголовнаго судопроизводства при дѣйствіи уголовнаго уложенія, проектировала рядъ статей (29^1—29^6), посвященныхъ интересующему насъ институту и вводящихъ весьма существенныя измѣненія въ дѣйствующее право. Ясно такимъ образомъ, что вопросъ о неоффиціальныхъ преступленіяхъ поставленъ у насъ въ законодательныхъ сферахъ на ближайшую очередь и что пересмотръ всего ученія объ этихъ преступленіяхъ имѣетъ не только теоретическое, но и практическое значеніе. Правда, въ нашей литературѣ, кромѣ ряда журнальныхъ статей и соотвѣтственныхъ мѣстъ въ курсахъ, уже имѣется обстоятельная монографія А. К. фонъ-Резона, относящаяся къ 1882 г., и обшир-

---

[1]) Объясненія къ проекту редакціонной коммиссіи. Глава первая, стр. 600.

ная записка В. К. Случевскаго, составленная въ 1891 г. Но существованіе этихъ почтенныхъ трудовъ не дѣлаетъ, смѣемъ думать, наше изслѣдованіе излишнимъ, ибо не говоря уже объ изданіи на западѣ послѣ появленія въ свѣтъ этихъ трудовъ ряда законодательныхъ работъ и о не прекращавшейся разработкѣ вопроса въ европейской литературѣ, наша отправная точка зрѣнія на изслѣдуемый институтъ оказалась противоположной точкѣ зрѣнія А. К. фонъ-Резона, а планъ работы совершенно отличнымъ отъ плана записки В. К. Случевскаго, представляющей сводку законодательнаго и литературнаго матеріала.

Въ самомъ началѣ изслѣдованія намъ пришлось остановиться довольно подробно на выясненіи понятія потерпѣвшаго отъ преступленія, ибо законодательства въ огромномъ большинствѣ случаевъ предоставляютъ право жалобы при неоффиціальныхъ преступленіяхъ потерпѣвшему, не опредѣляя ближайшимъ образомъ, кого слѣдуетъ разумѣть подъ этимъ наименованіемъ. Отсутствіе въ этомъ пунктѣ положительно правового матеріала вынудило насъ заняться догматическимъ анализомъ понятія потерпѣвшаго въ связи съ понятіемъ объекта преступленія, а бѣдность криминалистической литературы и неудовлетворительность результатовъ, которые ею достигнуты, побудили использовать по мѣрѣ силъ для рѣшенія этого вопроса данныя, даваемыя общей теоріей права.

Всѣ остальные вопросы ученія о жалобѣ потерпѣвшаго мы пытались разрѣшить при помощи сравнительнаго метода, изслѣдуя отдѣльныя стороны изучаемаго института въ положительномъ правѣ европейскихъ народовъ, и извлекая изъ этого изученія нѣкоторыя общія черты, позволяющія выяснить истинную юридическую природу этого института, намѣтить то направленіе, въ которомъ совершается его развитіе и выставить извѣстныя пожеланія de lege ferenda.

Менѣе всего вниманія нами удѣлено исторіи неоффиціальныхъ преступленій за время до XIX в., какъ потому, что центръ тяжести нашего изслѣдованія лежалъ въ догматической обработкѣ дѣйствующихъ законодательствъ, преимущественно отечественнаго, въ критической оцѣнкѣ ихъ

основныхъ положеній и въ указаніи желательныхъ реформъ, такъ и потому, что преступленія эти являются почти исключительно продуктомъ новѣйшаго развитія законодательствъ. Если мы въ старомъ правѣ встрѣчаемъ множество дѣяній, преслѣдуемыхъ единственно по иниціативѣ и силами потерпѣвшихъ, то сходство ихъ съ современными неоффиціальными преступленіями, если оставить въ сторонѣ нѣкоторыя промежуточныя формы, лишь кажущееся. Въ старомъ правѣ дѣянія противъ частныхъ лицъ преслѣдовались потерпѣвшими потому, что государство не имѣло достаточно развитыхъ органовъ преслѣдованія и самое сознаніе публичнаго значенія этихъ дѣяній было весьма слабо или вовсе отсутствовало у законодателя. Нынѣ же нѣкоторыя изъ этихъ преступленій не преслѣдуются безъ жалобы потерпѣвшаго или потому, что судебная огласка ихъ была бы пагубна для интересовъ потерпѣвшаго, или потому, что государство, вообще заинтересованное въ преслѣдованіи всѣхъ преступленій, по исключенію признаетъ, что данное преступленіе нарушаетъ только интересы частнаго лица и что доколѣ потерпѣвшій не считаетъ нужнымъ реагировать на это нарушеніе, государство также не имѣетъ основанія приводить въ дѣйствіе свой карательный аппаратъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ въ старомъ правѣ преслѣдованіе преступленій ex officio составляло исключеніе, въ новомъ, напротивъ, оно составляетъ общее правило, а преслѣдованіе не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго—исключеніе [1]). Это исключительное положеніе неоффиціальныхъ преступленій въ общей системѣ уголовно-наказуемыхъ дѣяній сообщаетъ имъ особую юридическую окраску, отличающую ихъ отъ частныхъ деликтовъ стараго права. Въ виду этого мы не считали нужнымъ останавливаться на тѣхъ процессуальныхъ порядкахъ, при которыхъ всѣ преступленія противъ правъ частныхъ лицъ преслѣдовались самими потерпѣвшими, ибо они представляютъ лишь отдаленную аналогію съ порядкомъ преслѣдованія современныхъ неоффиціальныхъ преступленій. Мы ограничили наши историческіе экскурсы лишь тѣми эпо-

---

[1]) Ср. Faustin Hélie, Traite de l'instruction criminelle 1866, t. II, стр. 231.

хами, въ которыя начало преслѣдованія преступленій ex officio получило полное признаніе, ибо только въ эти эпохи могутъ появиться отдѣльныя преступленія, составляющія изъятіе изъ общаго начала и приближающіяся по характеру своему къ современнымъ неоффиціальнымъ преступленіямъ. И дѣйствительно, въ положительныхъ законодательствахъ при этихъ условіяхъ мы находимъ дѣянія, отмѣченныя именно такими свойствами и находящіяся въ несомнѣнной генетической связи съ современными неоффиціальными преступленіями. Но и здѣсь мы не считали входящимъ въ нашу задачу самостоятельное изслѣдованіе историческихъ памятниковъ, а старались тамъ, гдѣ это было возможно, воспользоваться существующими въ литературѣ результатами чужихъ изслѣдованій, поскольку они были полезны для нашей спеціальной цѣли—установленія происхожденія современныхъ неоффиціальныхъ преступленій и выясненія общаго направленія, въ которомъ совершается ихъ эволюція. Лишь въ тѣхъ немногихъ случаяхъ, гдѣ мы встрѣчались съ пробѣлами въ исторической литературѣ, мы пытались ихъ восполнить по мѣрѣ силъ.

Въ заключеніе не можемъ не указать, что печатаніе настоящей работы затянулось, вслѣдствіе чего нами не могли быть приняты во вниманіе нѣкоторыя новѣйшія работы, въ томъ числѣ интересная статья Allfred'a („Antrag und Ermächtigung“, въ Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts B. II), нѣкоторыя положенія которой представляютъ значительное сходство съ выводами настоящей работы.

Январь 1909 г.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Понятіе потерпѣвшаго.

I.

Преступленіе есть посягательство на норму въ ея реальномъ выраженіи, говоря иначе, на тѣ блага и интересы, которыя защищаются нормой. Блага эти и интересы защищаются нормами права не ради самихъ себя, а ради тѣхъ лицъ физическихъ или соціальныхъ организацій, которымъ они принадлежатъ. Эти послѣднія и являются потерпѣвшими отъ преступленій, нарушающихъ соотвѣтственныя нормы права.

При болѣе детальномъ анализѣ понятіе потерпѣвшаго распадается на слѣдующіе моменты. Для того, чтобы быть признаннымъ потерпѣвшимъ, лицо или организація должны понести ущербъ въ своихъ интересахъ. Этотъ ущербъ можетъ быть какъ матеріальный, такъ и нематеріальный; онъ можетъ заключаться въ имущественномъ вредѣ, ущербѣ, причиненномъ жизни, здоровью и проч., въ опасности, въ которую поставлены эти или иныя блага, въ особомъ неблагопріятномъ психическомъ состояніи, возбужденномъ въ извѣстномъ лицѣ или неопредѣленномъ кругѣ лицъ, и проч. Съ этой стороны характеръ ущерба можетъ быть самый разнообразный и понятіе потерпѣвшаго является очень широкимъ.

Но понятіе это находитъ извѣстныя ограниченія съ другой стороны. Ущербъ долженъ быть причиненъ именно тому интересу, который охраняется данной нормой [1]) и именно тому лицу, которое въ силу данной нормы является его носителемъ. Иными словами, нужно различать по-

---

[1]) Kessler—„Die Einwilligung des Verletzten“ 1884 г. стр. 49 · выражаетъ эту мысль такъ: „Es kommt darauf an, dass *der Schutz dieses Interesses der Zweck* und nicht etwa bloss eine unbeabsichtigte Folge *der Strafbestimmung war*“.

терпѣвшаго отъ даннаго преступленія и потерпѣвшаго отъ тѣхъ или иныхъ дѣйствій и событій, сопровождавшихъ данное преступленіе. Отсюда различіе между *бытовымъ понятіемъ потерпѣвшаго и понятіемъ юридическимъ.*

Такъ, напримѣръ, лицо, сдѣлавшееся жертвою крупнаго мошенничества и потерявшее все свое состояніе, можетъ быть принуждено жить вмѣстѣ со своей семьей въ такихъ неблагопріятныхъ условіяхъ, что у него и его близкихъ разовьются тяжкія хроническія заболѣванія, которыя окончатся для нѣкоторихъ изъ членовъ семьи даже смертью. Съ бытовой точки зрѣнія можно говорить, что вся семья потерпѣла отъ учиненнаго мошенничества и при томъ не только въ своихъ имущественныхъ, но и личныхъ интересахъ, что здоровью и жизни членовъ семьи причиненъ ущербъ. Но съ точки зрѣнія юридической это будетъ невѣрно. Мошенничество есть преступленіе имущественное. Нарушаемая имъ норма охраняетъ имущественныя права. Въ данномъ случаѣ права эти принадлежали только главѣ семьи, а не ея членамъ. Такимъ образомъ имущественные интересы послѣднихъ, хотя и были нарушены, но они въ данномъ случаѣ правомъ не охраняются, и лица, въ нихъ потерпѣвшія, не могутъ считаться юридически потерпѣвшими. Тѣмъ менѣе можно говорить о лицахъ, понесшихъ въ этомъ случаѣ ущербъ въ здоровьи или даже поплатившихся жизнью, какъ о потерпѣвшихъ, ибо юридически отъ мошенничества можно потерпѣть лишь въ имущественныхъ правахъ. Такимъ образомъ юридическое понятіе потерпѣвшаго находитъ свои предѣлы въ составѣ (точнѣе—въ объектѣ) преступнаго дѣянія, о которомъ идетъ рѣчь.

Конечно, если бы въ разбираемомъ примѣрѣ можно было обвинять лицо, учинившее мошенничество, и въ разстройствѣ здоровья, причиненномъ членамъ пострадавшей семьи, члены эти могли бы быть признаны юридически потерпѣвшими. Но это является невозможнымъ по условіямъ, лежащимъ въ ученіи о границахъ уголовной отвѣтственности за результатъ,—о причинной связи и вмѣненіи.

Возьмемъ другой примѣръ. Главѣ семьи причинено увѣчье, препятствующее ему работать. Вслѣдствіе этого остальные члены семьи лишились насущнаго пропитанія.

Несомнѣнно, фактически они пострадали въ своихъ имущественныхъ правахъ, но юридически мы имѣемъ одного потерпѣвшаго — лицо, получившее увѣчье. При этомъ его нужно признать потерпѣвшимъ только въ личныхъ своихъ правахъ, ибо причиненіе увѣчья есть преступленіе противъ личности, посягательство на норму, защищающую здоровье.

Такъ вопросъ рѣшается съ точки зрѣнія уголовнаго права. Иное получится съ точки зрѣнія права гражданскаго, которое разсматриваетъ причиненіе увѣчья не столько какъ посягательство на личные, сколько на имущественные интересы. Можно даже, пожалуй, сказать, что тутъ въ гражданскомъ правѣ имѣется отдѣльная норма, отличная отъ той, которая лежитъ въ основѣ соотвѣтственныхъ уголовно-правовыхъ постановленій. Ея содержаніе — запретъ причинять вредъ имущественнымъ правамъ лица путемъ поврежденія здоровья. Такимъ образомъ одно и тоже дѣйствіе, причиняющее увѣчье, нарушаетъ двѣ различныя нормы, охраняющія два различныхъ интереса. Носители этихъ двухъ интересовъ могутъ быть тождественны, но могутъ быть и различны. Такъ, если мы имѣемъ случай увѣчья со смертельнымъ исходомъ, близкіе умершаго признаются потерпѣвшими, но, конечно, только съ точки зрѣнія гражданскаго, а не уголовнаго права.

Такимъ образомъ криминалистическое понятіе потерпѣвшаго дается анализомъ состава даннаго преступленія, главнымъ образомъ изслѣдованіемъ его объекта. Конечно, законодатель по соображеніямъ уголовно политическаго свойства въ томъ или иномъ случаѣ можетъ искусственно расширить или съузить это догматическое понятіе, но при правильной редакціи закона такое съуженіе или расширеніе должно быть ясно въ немъ выражено.

Изложенное, конечно, не представляетъ собою опредѣленія понятія потерпѣвшаго[1]), а лишь указаніе на то, что

---

[1]) Поэтому, если мы до сихъ поръ говорили безразлично о благахъ и интересахъ, защищаемыхъ нормами права, то только провизорно, не предрѣшая вопроса о томъ, являются ли именно блага или интересы истинными объектами преступленія, или лишь находятся къ этимъ объектамъ въ извѣстномъ, подлежащемъ ближайшему опредѣленію, отношеніи.

такое опредѣленіе является дѣломъ въ высшей степени необходимымъ и вмѣстѣ съ тѣмъ далеко не легкимъ, требующимъ внимательнаго анализа какъ общаго понятія преступленія, такъ и состава отдѣльныхъ преступленій. Къ этой задачѣ намъ и придется подойти въ дальнѣйшемъ изложеніи, тѣмъ болѣе, что литература (къ обозрѣнію которой мы теперь приступаемъ) не даетъ готоваго, сколько нибудь удовлетворительнаго отвѣта на интересующій насъ вопросъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ потерпѣвшимъ отъ преступленія.

II.

Обращаясь прежде всего къ литературѣ преступленій неоффиціальныхъ и частнаго обвиненія, мы въ ней не находимъ готоваго общепринятаго опредѣленія понятія потерпѣвшаго. Напротивъ, мнѣнія ученыхъ на этотъ счетъ весьма расходятся.

Одни при опредѣленіи понятія потерпѣвшаго отправляются отъ той мысли, что понятіе потерпѣвшаго отъ того или иного преступнаго дѣянія зависитъ отъ обрисовки послѣдняго въ законѣ и что потерпѣвшимъ въ юридическомъ смыслѣ этого слова является лишь ***непосредственно потерпѣвшій*** отъ даннаго преступленія. Это матерьяльно-правовое понятіе потерпѣвшаго кладется ими въ основу своихъ выводовъ и при разсмотрѣніи процессуальной роли потерпѣвшаго (Reber, Dochow, Schwarze, H. Meyer, фонъ Резонъ).

Другіе держатся того мнѣнія, что матерьяльное и процессуальное значенія понятія потерпѣвшаго существенно различаются, что первое является гораздо болѣе узкимъ, чѣмъ второе, обнимающее ***какъ непосредственно, такъ и посредственно потерпѣвшихъ*** (Rosenfeld, Случевскій).

Третьи, наконецъ, полагаютъ, что понятіе потерпѣвшаго вовсе не поддается опредѣленію (Gneist, Liszt [1]), Olshausen [2]).

Переходя къ болѣе подробному изложенію этихъ мнѣній, мы считаемъ цѣлесообразнымъ *мнѣнія, отрицающія по-*

---

[1]) Въ статьѣ въ Geriehtssaal B. 29, иначе въ Lehrbuch.

[2]) Во второмъ изданіе Commentar, иначе въ позднѣйшихъ изданіяхъ.

нятіе потерпѣвшаго (ибо считать это понятіе не поддающимся опредѣленію—все равно, что отрицать его логическое существованіе) разсмотрѣть послѣ всѣхъ и даже послѣ того, какъ нами будетъ дано посильное опредѣленіе интересующаго насъ понятія, ибо ученіе отрицателей въ сущности сводится къ критикѣ положительныхъ теорій, приводящей къ выводу, что поставленная ими себѣ задача не разрѣшима. Ясно, что послѣдовательность требуетъ изложить сначала критикуемыя положенія. а потомъ ихъ критику. Съ другой стороны сопоставленіе нашего опредѣленія съ возраженіями отрицателей будетъ лучшимъ испытаніемъ его правильности.

Среди *теорій первой группы* (унитарныхъ) наибольшаго вниманія по своей обстоятельности заслуживаютъ теоріи Ребера, фонъ Резона и Кесслера.

Объектомъ преступленія, *по ученію Ребера* [1]), является не человѣкъ, не лицо, а сущность, вещь (ein Wesen ausser dem Menschen, eine Sache), стоящая въ извѣстномъ отношеніи къ лицу.

Это отношеніе именуется Реберомъ Relat, но тотъ же терминъ въ переносномъ смыслѣ (uneigentlich) употребляется имъ и для обозначенія лица, стоящаго къ объекту посягательства въ упомянутомъ отношеніи, т. е. лица потерпѣвшаго. Такимъ образомъ центральнымъ пунктомъ въ ученіе Ребера о потерпѣвшемъ является опредѣленіе отношенія его къ вещи, бывшей предметомъ посягательства. Отношеніе это можетъ быть выяснено лишь въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, изъ разсмотрѣнія объективнаго состава деликта. Бываетъ оно не только частно-правовымъ но и публично-правовымъ, даже нравственнымъ и религіознымъ; во всякомъ случаѣ оно должно заключаться въ правѣ распоряженія (Dispositionsrecht) вещью (Sache), являющейся предметомъ посягательства. Мысль эту Реберъ иллюстрируетъ рядомъ примѣровъ: такъ, отношеніе человѣка къ собственной жизни и къ тѣлу имѣетъ не чисто правовой, а нравственный и религіозный характеръ. При прелюбодѣяніи по-

---

[1]) Reber—„Die Antragsdelicte des Deutschen Strafrechts“ 1873 г. стр. 150—151

терпѣвшимъ (Relat) является не обладатель проституированнаго тѣла, а супругъ, которому принадлежитъ гражданское право на неприкосновенность этого тѣла; объектомъ кражи является право собственности на вещь, а потому потерпѣвшимъ будетъ то лицо, которому принадлежитъ право распоряженія вещью, т. е. собственникъ, а не пользовлядѣлецъ, наниматель, коммододатарій, страховщикъ и пр. [1]).

Разбираемое отношеніе, по мнѣнію Ребера, одновременно составляетъ естественное основаніе права мести (der natürliche Titel zur Rache [2]) и права жалобы. Самый терминъ „потерпѣвшій (Verletzte)“ Реберъ считаетъ недостаточно точнымъ, ибо нельзя говорить о потерпѣвшемъ при покушеніи. Реберъ рекомендуетъ различать понятія посредственно и непосредственно, прямо и косвенно потерпѣвшаго. Посредственно (mittelbar) потерпѣвшимъ будетъ тотъ, кому причиненъ вредъ чрезъ нарушеніе правъ третьяго лица, т. е. потерпѣвшій отъ дѣйствія, направленнаго противъ отношенія третьяго лица къ извѣстной сущности, причемъ этотъ посредственно потерпѣвшій находится самъ въ извѣстныхъ отношеніяхъ къ правамъ третьяго лица, не будучи, однако, полнымъ ихъ распорядителемъ.

Напротивъ, косвенно (indirect) потерпѣвшимъ будетъ тотъ, кто потерпѣлъ въ своемъ правѣ распоряженія (Disposition) извѣстной вещью, но только вслѣдствіе вреда, нанесеннаго другимъ (folgerungsweise).

Уполномоченнымъ на принесеніе жалобы, т. е. по нашей терминологіи, потерпѣвшимъ юридически, будетъ потерпѣвшій непосредственно прямо или косвенно. Напротивъ, посредственно потерпѣвшій никакими правами, съ точки зрѣнія Ребера, пользоваться не долженъ [3]).

Право жалобы естественно (natürlich) принадлежитъ потерпѣвшему юридически въ изложенномъ выше смыслѣ, но положительное право можетъ предоставить таковое и лицамъ, не отвѣчающимъ указаннымъ условіямъ — ohne

---

[1]) стр. 296 и слѣд.

[2]) стр. 296.

[3]) Reber, стр. 300—301.

Rücksicht auf die natürliche Disposition über das verletzte Recht [1]).

Изложенное ученіе, не говоря уже о туманности и схоластичности изложенія, вызываетъ цѣлый рядъ возраженій. Центръ его, какъ уже было указано, составляетъ опредѣленіе того отношенія объекта посягательства къ лицу, при которомъ только и можно считать послѣднее потерпѣвшимъ. Но авторъ, пускаясъ въ поиски за этимъ опредѣленіемъ, съ первыхъ же шаговъ дѣлаетъ ихъ безплодными, ибо признаетъ, что въ цѣломъ рядѣ случаевъ это отношеніе является не юридическимъ, а нравственнымъ или религіознымъ, и такимъ образомъ содержаніе *юридическаго понятія* потерпѣвшаго ставитъ въ зависимость отъ весьма спорныхъ *нормъ морали или религіи*. Очевидно, что класть въ основу юридическаго опредѣленія такого конкретнаго понятія, какъ потерпѣвшій, нравственно-философскій или богословскій анализъ, всегда дающій недостаточно опредѣленный и безспорный результатъ,—пріемъ едва ли научный и правильный. Къ какимъ результатамъ можетъ привести такой анализъ — какъ нельзя лучше можно иллюстрировать примѣромъ, приводимымъ самимъ Ребером. Не подлежитъ сомнѣнію, что потерпѣвшимъ отъ убійства является самъ убитый, но съ точки зрѣнія изложенной теоріи этотъ выводъ неожиданно является сомнительнымъ и спорнымъ. Дѣйствительно, потерпѣвшимъ можетъ быть признано лишь лицо, которому принадлежитъ право распоряжаться объектомъ посягательства—въ данномъ случаѣ жизнью. Но именно съ точки зрѣнія нравственной и религіозной является особенно спорнымъ—можетъ ли человѣкъ распоряжаться своей жизнью, является ли, напр., самоубійство актомъ грѣховнымъ и безнравственнымъ, или нѣтъ. Съ точки зрѣнія христіанской морали отвѣтъ долженъ быть данъ утвердительный. а слѣдовательно и убитый или сдѣлавшійся жертвою покушенія не есть потерпѣвшій—выводъ, съ которымъ едва ли кто согласится. Впрочемъ, Реберъ не выдерживаетъ послѣдовательно своей точки зрѣнія на характеръ отношенія потерпѣвшаго къ объекту посягательства, именуя его часто

---

[1]) Reber, стр. 311.

юридическимъ (rechtliche Beziehung) независимо отъ рода объекта.

Но и тамъ, гдѣ отношеніе потерпѣвшаго къ объекту посягательства, по мнѣнію Ребера, является чисто юридическимъ, опредѣляетъ онъ это отношеніе такъ, что далеко не разрѣшаетъ всѣхъ возникающихъ трудностей. По его мнѣнію отношеніе это сводится къ праву распоряженія объектомъ, причемъ, конечно, подъ правомъ распоряженія (Disposition) онъ разумѣетъ нѣчто отличное отъ того, что, положимъ, въ гражданскомъ правѣ извѣстно подъ этимъ наименованіемъ. А если это такъ, то можно ли считать это понятіе достаточно опредѣленнымъ? Можно ли говорить, какъ это дѣлаетъ Реберъ по поводу прелюбодѣянія, о правѣ распоряженія мужа половой неприкосновенностью жены?

Но несмотря на сдѣланныя возраженія, нельзя отрицать, что въ теоріи Ребера содержится и зерно истины. Онъ первый вполнѣ правильно указалъ, что опредѣлить, кто является потерпѣвшимъ въ данномъ случаѣ, возможно, лишь анализируя объектъ посягательства и его отношеніе къ тѣмъ или инымъ лицамъ, что отношеніе это опредѣляется тѣми нормами частнаго и публичнаго права, которыя защищаются уголовнымъ закономъ. Далѣе, цѣнно его указаніе на то, что законодатель иногда искусственно суживаетъ или расширяетъ естественное понятіе потерпѣвшаго по соображеніямъ цѣлесообразности, но что такія отступленія не предполагаются, а должны быть выражены положительно (positiv) въ законѣ [1].

---

[1]) Менѣе интереса представляетъ собою изложеніе большинства другихъ авторовъ, писавшихъ объ Antragsdelict'ахъ, ибо они ограничиваются указаніемъ, что право жалобы принадлежитъ непосредственно потерпѣвшему, не поясняя, чѣмъ таковой отличается отъ потерпѣвшаго посредственно и каково содержаніе понятія непосредственно потерпѣвшаго. Напримѣръ, Dochow („Die Antragsdelicte im Reichsstrafrecht" 1877 г. въ Holtz. Handbuch) считаетъ возможнымъ выставить въ качествѣ общаго правила, что право жалобы принадлежитъ тому, кто непосредственно потерпѣлъ или подвергся опасности (unmittelbar verletzt oder gefährdet ist) отъ преступнаго дѣянія. Опредѣленія того, кто долженъ считаться непосредственно потерпѣвшимъ, онъ не даетъ, считая, что вопросъ этотъ при большинствѣ неоффиціальныхъ преступленій не представляетъ трудностей, а ограничивается рядомъ примѣ-

Фонъ Резонъ считаетъ ошибочнымъ мнѣніе составителей Устава Угол. Судопр., (ст. 5 и 6), что потерпѣвшимъ признается всякое лицо, имѣющее право предъявить гражданскій искъ, и что право потерпѣвшаго на возбужденіе уголовнаго преслѣдованія по неоффиціальнымъ преступленіямъ тождественно въ своемъ юридическомъ основаніи съ правомъ потерпѣвшаго на гражданскій искъ. Возможно, что то и другое право принадлежатъ различнымъ лицамъ. Потерпѣвшими, уполномоченными на принесеніе жалобы признаются не всѣ, понесшіе какой-либо вредъ или убытокъ, а только тѣ, права и интересы коихъ

ровъ, изъ которыхъ лишь одинъ нѣсколько освѣщаетъ его общую точку зрѣнія на этотъ вопросъ, подразумѣваемую, но прямо не высказываемую. Именно, разбирая вопросъ о томъ, кто долженъ считаться потерпѣвшимъ отъ кражи– собственникъ вещи или ея владѣлецъ (Inhaber), онъ рѣшаетъ его въ пользу перваго, потому что кража по своему юридическому характеру направляется противъ собственности, похищеніе же является лишь формой посягательства.

Засимъ Доховъ указываетъ, что, въ видѣ исключенія, законъ не предоставляетъ права жалобы (Antrag) въ нѣкоторыхъ случаяхъ потерпѣвшимъ (напр., малолѣтнимъ, сумасшедшимъ и проч.) и предоставляетъ таковое и не потерпѣвшимъ напр., законнымъ представителямъ потерпѣвшаго, его начальнику и проч. (стр. 265 – 268)

Такимъ образомъ Доховъ весь вопросъ о потерпѣвшемъ разсматриваетъ лишь въ предѣлахъ неоффиціальныхъ преступленій и притомъ весьма бѣгло. Онъ указываетъ на естественную связь между правомъ жалобы и понятіемъ потерпѣвшаго, но это послѣднее вовсе не опредѣляетъ, упоминая лишь вскользь по поводу частнаго случая. что оно зависитъ отъ юридической природы преступленія даннаго вида. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ подчеркиваетъ, что законодатель, отправляясь отъ того положенія, что право жалобы принадлежитъ потерпѣвшему, устанавливаетъ въ силу извѣстныхъ мотивовъ отступленія отъ него въ ту и другую сторону, суживая или расширяя кругъ лицъ, управомоченныхъ на принесеніе жалобы.

Schwarze (Commentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich 1879) даетъ почти тождественныя положенія относительно потерпѣвшаго, добавляя лишь къ нимъ, что право жалобы не принадлежитъ тому, чьи права пострадали не непосредственно отъ деликта, а вслѣдствіе присоединенія другихъ промежуточныхъ причинъ (durch den Hinzutritt anderer Zwischenursachen), и что самое поврежденіе, понесенное потерпѣвшимъ, должно соотвѣтствовать существу даннаго деликта (das Wesen des fraglichen Delicts—§ 61 n. 5).

нарушены *тѣмъ особеннымъ способомъ, который соотвѣтствуетъ сущности даннаго преступнаго дѣянія* или, какъ обыкновенно говорятъ,—*непосредственно потерпѣвшіе*. Лицо, потерпѣвшее вредъ или убытокъ лишь вслѣдствіе нарушенія правъ другого лица, съ коимъ оно находится въ правовыхъ отношеніяхъ, не можетъ считаться потерпѣвшимъ [1]).

Такимъ образомъ г. фонъ Резонъ дѣлаетъ попытку опредѣлить понятіе непосредственно потерпѣвшаго, принимая за основаніе этого опредѣленія, хотя и не выражая этого вполнѣ опредѣленно, ту норму, которая охраняется

Въ частности только это положеніе и при имущественныхъ преступленіяхъ рѣшаетъ, кто долженъ считаться потерпѣвшимъ; напротивъ, обязанность въ гражданскомъ порядкѣ возмѣстить собственнику убытки не имѣетъ значенія (ibid).

Fuchs („Anklage und Antragsdelicte“ 1873) также ограничивается употребленіемъ выраженія unmittelbar durch die Strafthat Verletzte, (стр. 17) и комментаріями на отдѣльныя статьи закона, конкретно описывающія субъекта жалобы (стр. 86 и слѣд.).

Напротивъ, Oppenhof (Das Stgafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund 1871 г.; менѣе опредѣленно въ позднѣйшихъ изданіяхъ. См. испр. изд. 1901 г. § 65 n. I и 3) шире понимаетъ терминъ „потерпѣвшій“, признавая таковымъ каждаго пострадавшаго въ своихъ правахъ отъ преступнаго дѣянія (der durch die Strafthat in seinen Rechten Gekränkte), причемъ безразлично, пострадалъ ли онъ непосредственно или посредственно—лишь бы безъ содѣйствія постороннихъ присоединившихся событій (ohne Mitwirkung fremder hinzutretender Ereignisse стр. 147). Послѣднее ограниченіе, очевидно, имѣетъ лишь значеніе требованія, чтобы причинная связь между преступнымъ дѣяніемъ и наступившимъ вредомъ не была прервана. Соотвѣтственно этому болѣе широкому пониманію потерпѣвшаго Опенгофъ считаетъ при имущественныхъ преступленіяхъ таковымъ не только собственника, но и третье лицо, отвѣтственное передъ нимъ за вещь (стр. 148).

Еще болѣе бѣглыя замѣчанія по поводу понятія потерпѣвшаго мы встрѣчаемъ у H. Meyer (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1905 г. стр. 303—304), Binding (Handbuch des Strafrechts 1885 г. стр. 115—116), Hälschner (Das Gemeine Deutsche Strafrecht 1881 г. B. I. стр. 715), Bar (Ueber die réchtliche Natur des Strafantrags des Verletzten bei den sogenannter Antragsdelicten въ Archiv für das Preussische Strafrecht B. XIX стр. 648), Finger (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1904 г. стр. 192—194). Oppenheim („Die Nebenklage 1889 г. стр. 26) и друг.

[1]) Фонъ Резонъ „О преступленіяхъ, наказуемыхъ только по жалобѣ потерпѣвшаго“ 1883 г. стр. 127—130.

данным уголовным закономъ и тотъ особенный способъ посягательства, который соотвѣтствуетъ данному преступленію. По его ученію отъ преступленія должно пострадать именно то право, которое основано на такой нормѣ.

Г. фонъ Резонъ правильно выдвигаетъ впередъ при опредѣленіи понятія потерпѣвшаго норму, защищаемую закономъ, но онъ не останавливаетъ своего вниманія въ достаточной мѣрѣ на объектѣ посягательства, на томъ, что составляетъ предметъ охраны со стороны нормы, а именно установленіе этого объекта и особаго его отношенія къ тѣмъ или инымъ лицамъ только и можетъ привести къ точному опредѣленію потерпѣвшаго. Правда, указаніе на объектъ посягательства можно видѣть въ словахъ автора, утверждающаго, что должны быть нарушены *права* лица, основанныя на данной нормѣ [1]), но это указаніе, не будучи подкрѣплено какой либо аргументаціей въ пользу того положенія, что каждое преступленіе составляетъ посягательство на чьи либо права, теряетъ значительную долю своей цѣнности. При крайней спорности въ литературѣ вопроса о томъ, что является объектомъ преступленія—блага, интересы или права,—такое необоснованное утвержденіе является мало убѣдительнымъ и даже внушаетъ сомнѣніе относительно того, употреблено ли г. фонъ Резономъ выраженіе „права“ въ техническомъ значеніи субъективныхъ правъ, или въ другомъ какомъ либо гораздо менѣе опредѣленномъ. Съ другой стороны употребленіе имъ въ одномъ случаѣ вмѣсто него словъ „блага и права“ [2]), а въ другомъ—„права и интересы“ [3]) и отсутствіе какихъ либо поясненій относительно того, каждое ли преступленіе нарушаетъ одновременно и права и блага (или интересы) или одни преступленія нарушаютъ блага, а другія—права, служитъ также подтвержденіемъ того, что авторъ употреблялъ всѣ эти термины безразлично, не придавая каждому изъ нихъ вполнѣ опредѣленнаго и притомъ особаго значенія. При такихъ услові-

---

[1]) Стр. 129.

[2]) Ibid. 129.

[3]) Стр. 130.

яхъ есть полное основаніе сказать, что г. фонъ Резонъ въ анализѣ понятія потерпѣвшаго остановился на полпути [1]).

---

[1]) Въ общемъ тѣ же положенія развиваетъ г. фонъ Резонъ и въ позднѣйшей своей статьѣ „О потерпѣвшемъ по уставу уголовнаго судопроизводства“ (Юридическая лѣтопись 1892 г. № 12 стр. 361 и слѣд.), подкрѣпляя ихъ съ точки зрѣнія нашего дѣйствующаго права, ссылками на Мотивы Госуд. Канцеляріи къ уставу уг. суд. (стр. 133 135) и на ст. 644 и 645 ч. I т. X. Подтвержденіе своей мысли о томъ, что потерпѣвшимъ по нашему праву долженъ считаться непосредственно потерпѣвшій, онъ видитъ въ выраженіяхъ „Мотивовъ“ – „лица *противъ коихъ* преступленія совершены“ — „дѣла уголовныя, *прямо до нихъ* (т. е. потерпѣвшихъ) касающіяся“, а также въ томъ, что „Мотивы“ ожидаютъ отъ потерпѣвшихъ объясненія, въ чемъ состоитъ преступное дѣяніе, ибо такое объясненіе, по мнѣнію автора, могутъ дать лишь непосредственно потерпѣвшіе. Что касается ст. 644 ч. I т. X, то г. фонъ Резонъ указываетъ, что въ силу этой статьи отвѣтственность на виновнаго ложится лишь за вредъ и убытки, *непосредственно* причиненные его дѣяніямъ, а слѣдовательно и право требовать вознагражденія принадлежитъ непосредственно потерпѣвшему (стр. 370 - 374). Но приведенныя выраженія мотивовъ являются настолько неопредѣленными, что основывать что либо на нихъ нѣтъ никакой возможности. Непосредственно потерпѣвшій далеко не всегда можетъ дать свѣдѣнія о совершившемся дѣяніи (напр. лицо, оглушенное внезапнымъ ударомъ). Что же касается ст. 644 ч. I т. X, то она говоритъ о *непосредственномъ причиненіи* дѣяніемъ вреда, а не о непосредственно потерпѣвшемъ, т е. о характерѣ причинной связи, а не о свойствѣ самаго вреда. Въ силу, напр., ст. 665 того же X т. непосредственнымъ вредомъ почитается и тотъ, который причиненъ семейству противозаконно лишеннаго свободы. Ясно, однако, что съ точки зрѣнія уголовнаго права это семейство не является непосредственно потерпѣвшимъ. Толкованію г. фонъ Резона противорѣчитъ и буквальный смыслъ ст. 645 ч. I т. X, возлагающей отвѣтственность въ нѣкоторыхъ случаяхъ и за убытки болѣе отдаленные, чѣмъ, однако, не предрѣшаются права посредственно потерпѣвшихъ. Всѣ попытки автора weginterpretieren слова закона „отдаленные убытки“ остались безуспѣшными. Вообще ст. 644—645 ч. I. т. X имѣютъ въ виду *гражданскую* отвѣтственность преступника предъ извѣстными лицами, а потому нельзя безъ дальнѣйшаго анализа примѣнять эти постановленія для опредѣленія лицъ, являющихся потерпѣвшими съ точки зрѣнія *уголовнаго* права.

Но во всякомъ случаѣ г. фонъ Резонъ даетъ наиболѣе полное въ русской литературѣ разсмотрѣніе вопроса о понятіи потерпѣвшаго. Сходныя мысли высказываетъ и г. Случевскій („Учебникъ русскаго уголовнаго процесса 1895 г. стр. 538), утверждающій что „точно также, какъ современное уголовное право вмѣняетъ виновнику посяга-

Сходной съ только что изложенной теоріей фонъ Резона является и *теорія Кесслера* [1]), исходящая изъ тѣхъ же основныхъ положеній, но отличающаяся гораздо большей послѣдовательностью въ своихъ выводахъ. Правда, Кесслеръ анализируетъ понятіе потерпѣвшаго не для того, чтобы опредѣлить участіе послѣдняго въ уголовномъ преслѣдованіи преступленій неоффиціальныхъ или вообще въ уголовномъ процессѣ; ему нуженъ этотъ анализъ для того, чтобы разрѣшить вопросъ о вліяніи согласія потерпѣвшаго на преступность дѣянія. Тѣмъ не менѣе добытые имъ результаты имѣютъ несомнѣнное значеніе для нашего изслѣдованія, ибо, какъ мы постараемся показать ниже, понятіе потерпѣвшаго для уголовнаго права и процесса едино.

Кесслеръ признаетъ потерпѣвшимъ отъ преступленія того, *чей интересъ* долженъ былъ быть охраненъ соотвѣтствующимъ уголовнымъ закономъ (Strafbestimmung). При этомъ существенно важно, *чтобы охрана этого интереса составляла цѣль, а не случайное послѣдствіе уголовнаго закона.* Такимъ образомъ понятіе потерпѣвшаго основывается на понятіи интереса. Интересъ лица въ отношеніи извѣстнаго факта есть отношеніе его къ этому факту, въ силу коего наступленіе такового имѣетъ вредныя послѣдствія для блага лица. Подъ благомъ же Кесслеръ разумѣетъ все, что

тельства не всѣ результаты его преступной дѣятельности, а ограничиваетъ вмѣняемое извѣстными объективными и субъективными условіямъ, точно также признаетъ оно и право быть признаннымъ по уголовному суду потерпѣвшимъ отъ преступленія лицомъ не за всѣми тѣми, которые въ какомъ бы то ни было отношеніи испытали на себѣ вредъ отъ причиненнаго преступленія, а только за тѣми, въ *нарушеніи субъективныхъ правъ и интересовъ которыхъ выражается преступное посягательство на охраняемую уголовнымъ закономъ правовую норму*". Но онъ далѣе (стр. 539—540) указываетъ что право на гражданскій искъ не всегда еще открываетъ право на подачу частной жалобы и наоборотъ, ибо понятіе потерпѣвшаго, какъ субъекта жалобы, и потерпѣвшаго какъ субъекта гражданскаго права, осуществляемаго гражданскимъ искомъ въ судѣ уголовномъ, не совпадаетъ.

Другіе писатели даютъ еще болѣе бѣглыя замѣчанія о потерпѣвшемъ. См. фонъ Резонъ ук. стат. стр. 365—369.

[1]) Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung 1884 г.

можетъ служить тѣлесному или духовному благополучію лица. И такъ, дабы опредѣлить, кто потерпѣвшій отъ даннаго преступленія, нужно рѣшить, въ чьемъ интересѣ изданъ соотвѣтствующій уголовный законъ [1]).

Строго говоря, интересы могутъ имѣть только физическія лица, но въ переносномъ смыслѣ интересы могутъ принадлежать также и лицамъ юридическимъ, въ томъ числѣ государству. Но интересъ государства, нарушаемый извѣстнымъ преступленіемъ, нужно отличать отъ такъ называемаго публичнаго интереса, нарушаемаго всѣми преступленіями. Послѣдній есть ничто иное, какъ интересъ неопредѣленнаго числа лицъ, заключающійся въ томъ, чтобы преступленія не совершались, нѣчто въ родѣ ius cuiusve tertii. Поэтому, не нужно забывать, что этотъ субъективно неограниченный интересъ не есть тотъ, который законодатель спеціально охраняетъ, воспрещая, напримѣръ кражу. Это интересъ лишь фактическій, а не правоохраненный [2]).

Но предметомъ охраны закона могутъ быть такіе интересы, которые не являются интересами одного опредѣленнаго лица, напр., интересы, нарушаемые поджогомъ собственнаго имущества, возбужденіемъ публичнаго соблазна (Aergerniss) любострастными дѣйствіями и проч. Субъектомъ этихъ интересовъ является неопредѣленный кругъ лицъ, публика.

Такимъ образомъ Кесслеръ первый съ полной опредѣленностью указалъ, что понятіе потерпѣвшаго опредѣляется объектомъ посягательства, т. е. тѣмъ интересомъ, охрану котораго законъ поставилъ своею цѣлью, устанавливая наказуемостью дѣяній извѣстнаго рода. Субъектъ этого интереса и есть потерпѣвшій.

III.

Ученіе о *различіи объема понятія потерпѣвшаго въ матеріальномъ и процессуальномъ правѣ* возникло на почвѣ толкованія германскаго устава уголовнаго судопроизводства.— По мнѣнію комментаторовъ этого устава, основанному на

---

[1]) Стр. 43—53.

[2]) Стр. 57—62.

его мотивахъ, послѣдній слову „потерпѣвшій“ придаетъ трояkое значеніе.

Во 1-хъ, то же, которое этому слову вообще придается въ уголов. уложеніи, въ частности — въ постановленіяхъ, касающихся преступленій неоффиціальныхъ, т. е. значеніе непосредственно потерпѣвшаго. Въ такомъ смыслѣ слово „потерпѣвшій“ употребляется въ постановленіяхъ, говорящихъ объ устраненіи судей (§ 22) и о возбужденіи частнаго обвиненія (§ 414).

Во 2-хъ, болѣе широкое значеніе имѣетъ терминъ „потерпѣвшій“ въ § 170, предоставляющемъ потерпѣвшему право обжаловать высшимъ чинамъ прокуратуры и суду отказъ прокурора въ возбужденіи уголовнаго преслѣдованія.

Подъ нимъ законъ разумѣетъ всякого, чья правовая сфера какъ либо задѣта преступленіемъ, даже если не ему принадлежатъ пострадавшія блага, ради защиты которыхъ установлено понятіе преступленія (es gehört jeder dahin, dessen Rechssphäre durch das Delict irgend wie berührt ist, selbst wenn die angegriffenen Rechtsgüter, zu deren Schutze und deren Schutzeshalber der Delictsbegriff aufgestellt isi, nicht die seinigen waren) [1]. Такимъ образомъ здѣсь понятіе „потерпѣвшаго“ обниметъ и посредственно и непосредственно потерпѣвшаго.

Такое широкое толкованіе термина „потерпѣвшій“ въ § 170 основывается на томъ, что въ рейхстагѣ докладчикъ коммиссіи Schwarze отъ имени ея заявилъ, что подъ понятіемъ потерпѣвшаго она разумѣла не только лицо, потерпѣвшее въ своемъ матерьяльномъ правѣ, какъ то имуществѣ и тому подобныхъ предметахъ, и что это заявленіе ни съ чьей стороны не встрѣтило возраженій [2].

Наконецъ, въ 3-хъ, § 435 Герм. Уст. Уг. Судопр. придаетъ „потерпѣвшему“ болѣе узкое значеніе, чѣмъ матерь-

---

[1]) Rosenfeld „Die Nebenklage des Reichsstrafprozesses 1900 г. стр. 113.

[2]) Hahn „Die gesammten Materialien zur Strafprozessordnung“ 1886, II Abt стр. 2101 и слѣд. Случевскій - „Записка объ уголовно-частныхъ преступленіяхъ въ Западно-европейскихъ законодательствахъ и литературѣ“ 1895 г. стр. 109. Kries „Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts“ стр. 270—72.

яльное право, разумѣя подъ таковымъ, какъ видно изъ самаго его текста, лишь того, противъ чьей жизни, здоровья, свободы, правъ состоянія или правъ имущественныхъ направлялось преступное дѣяніе [1]).

Обозрѣніе изложеннаго ученія, основаннаго исключительно на мотивахъ и текстѣ германскаго устава уголовнаго судопроизводства, приводитъ прежде всего къ заключенію, что если оно и имѣетъ какое либо значеніе, то только для германскаго права, ибо оно не вытекаетъ изъ какихъ либо общихъ свойствъ преступныхъ дѣяній или изъ природы процесса, а опирается на частныя постановленія германскихъ процессуальныхъ законовъ, не имѣющихъ себѣ подобныхъ въ другихъ кодексахъ. Но и въ предѣлахъ дѣйствующаго германскаго права ученіе это представляется по меньшей мѣрѣ спорнымъ.

Понятіе потерпѣвшаго по существу своему принадлежитъ матерьяльному праву, ибо оно вытекаетъ изъ представленія о вредѣ, причиненномъ кому либо тѣмъ или инымъ преступленіемъ. Поэтому, содержаніе этого понятія всецѣло находится въ зависимости отъ той или иной обрисовки преступнаго дѣянія въ матерьяльномъ правѣ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда мы тотъ же терминъ встрѣчаемъ въ процессуальныхъ законахъ, мы должны разумѣть его именно въ томъ же смыслѣ, въ какомъ его употребляетъ матерьяльное право, по крайней мѣрѣ до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано. Это вытекаетъ изъ того основного положенія ученія о толкованіи законовъ, въ силу котораго надо предполагать, что законодатель въ разныхъ частяхъ законодательства употребляетъ одно и то же слово въ одномъ и томъ же значеніи, причемъ значеніе это должно опредѣляться на основаніи тѣхъ законоположеній, которыя являются основными, создающими данное понятіе [2]), а не тѣхъ, которыя ими пользуются, какъ готовыми. А такъ какъ процессъ отправляется отъ уголовно-правовыхъ понятій, какъ данныхъ, то, конечно, не въ процессуальныхъ

---

[1]) Случевскій стр. 108.

[2]) Ср. Проф. Васьковскій „Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ“ 1901 г. стр. 48 и слѣд.

постановленіяхъ нужно искать матерьялъ для опредѣленія понятій матерьяльно-правовыхъ.

Итакъ, весь вопросъ сводится къ тому, содержатся ли въ германскомъ уставѣ уголовнаго судопроизводства достаточныя указанія на то, что терминъ „потерпѣвшій“ въ тѣхъ или иныхъ его постановленіяхъ нужно понимать въ иномъ смыслѣ, чѣмъ въ постановленіяхъ уголовнаго уложенія [1]).

Въ качествѣ такого указанія ссылаются на соображенія законодательной коммиссіи, но, во 1-хъ, эти соображенія, не получившія выраженія въ текстѣ закона, не имѣютъ рѣшающаго значенія при его толкованіи, а во 2-хъ, они говорятъ лишь о томъ, что потерпѣть можно не только въ матерьяльныхъ благахъ, противопоставляя имъ, повидимому, блага идеальныя. Но этимъ вовсе не расширяется естественное (уголовно-матерьяльное) понятіе потерпѣвшаго, ибо съ точки зрѣнія матерьяльнаго права потерпѣвшіе, и притомъ непосредственно потерпѣвшіе, имѣются и при посягательствахъ на честь, на цѣломудріе и проч., хотя бы эти посягательства никакого матерьяльнаго (имущественнаго) вреда не причинили. Очевидно, изложенныя соображенія коммисіи имѣли въ виду сообщить права, предусмотрѣнныя § 170 St. P. O., не лицамъ, посредственно потерпѣвшимъ, а всѣмъ непосредственно потерпѣвшимъ, независимо отъ того, могли ли бы они предъявить гражданскій искъ или нѣтъ. Особенно вѣроятнымъ будетъ такое толкованіе соображеній коммиссіи, если вспомнить, что по австрійскому уставу уголовнаго судопроизводства правомъ субсидіарнаго обвиненія пользуется только потерпѣвшій въ своихъ матерьяльныхъ благахъ (§§ 47 и 48), могущій предъявить гражданскій искъ въ опредѣленной суммѣ. Въ отличіе отъ австрійскаго устава составители германскаго не имѣли въ виду суживать

---

[1]) Не правъ поэтому Rosenfeld (l. c. стр. 113—114), когда, оспаривая толкованіе слова „потерпѣвшій“ въ § 435 въ смыслѣ „непосредственно потерпѣвшій“, онъ ограничивается только указаніемъ на то, что ни слово „gerichtet“, ни слово „sein“ не указываютъ на такое узкое значеніе термина. Для подкрѣпленія своего положенія ему нужно было бы доказать, что § 435 St. P. O. употребляетъ [illegible]ерминъ въ иномъ значеніи, чѣмъ § 65 и друг. St. G. B.

[illegible] БИБЛІОТЕКА [illegible]

естественное понятіе потерпѣвшаго, надѣляя его правами § 170, и выразили эту мысль въ приведенныхъ выше разсужденіяхъ. Иначе понимать эти разсужденія можно, только придавая термину „матерьяльное благо“, тождественному съ имущественнымъ благомъ, какое то иное извѣстное значеніе [1]).

Ничѣмъ инымъ, какъ недоразумѣніемъ, является и утвержденіе, что § 435 St. P. O. создаетъ болѣе узкое, чѣмъ уголовно-матерьяльное, понятіе потерпѣвшаго. Правда, кругъ лицъ, надѣленныхъ правомъ явиться дополнительными обвинителями (Nebenkläger) въ силу § 435 уже, чѣмъ кругъ потерпѣвшихъ, но это не значитъ, что § 435 создалъ какое то новое, болѣе узкое понятіе потерпѣвшаго. Просто въ этомъ параграфѣ ограничительно перечислены тѣ *блага, потерпѣвшіе въ которыхъ* имѣютъ право дополнительнаго обвиненія. Но въ предѣлахъ этихъ благъ потерпѣвшими уставъ уголовнаго судопроизводства считаетъ всѣхъ тѣхъ, которые являются таковыми съ точки зрѣнія матерьяльнаго права [2]). Мы не имѣемъ единаго понятія потерпѣвшаго въ § 435, а рядъ отдѣльныхъ понятій („потерпѣвшій отъ дѣянія противъ жизни“, „потерпѣвшій отъ дѣянія противъ здоровья“ и т. д.), которыя вмѣстѣ съ множествомъ дру-

---

[1]) Ср. Stenglein („Die Nebenklage“ въ Gerichtssaal B. 35 стр. 277), который говоритъ: „§ 170 als Verletzten denjenigen bezeichnet, der durch die That in einem auf positiven Gesetzen beruhenden individuellen Rechte beeinträchtigt ist. *Auch ideale Rechte* kommen dabei ins Spiel, wie die *Freiheit des Willens*, die *Sicherheit der Person* und d. gl.“ Но далѣе Stenglein продолжаетъ: „Von selbst versteht es sich, dass dabei abgeleitete Rechte ebenso gemeint sind, wie unmittelbare Rechte z. B. Rechte des Miethers, Rechte des Beauftragten u. s. w.“, не поясняя, имѣетъ ли онъ при этомъ въ виду дѣянія, которыя по своему составу направляются именно противъ этихъ правъ, или же и дѣянія, направляющіяся, напр., противъ собственности. Впрочемъ, дальнѣйшее его изложеніе (напр. стр. 278—279) заставляетъ думать, что онъ склоненъ весьма широко толковать понятіе потерпѣвшаго. Напротивъ, вполнѣ вѣрныя замѣчанія относительно того, что понятіе потерпѣвшаго § 170 Str. Pr. O. тождественно съ понятіемъ потерпѣвшаго въ § 65 St. G. B. см. у Bennecke und Beling „Lehrbuch des Deutschen Reichs-strafprozeserechts“ 1900 г. стр. 485 и 645.

[2]) Rosenfeld—114.

ихъ являются соподчиненными одному понятію „потерпѣвшій отъ преступнаго дѣянія“ [1])

IV.

Итакъ, разсмотрѣніе доступной намъ процессуальной и матерьяльно-правовой литературы, посвященной выясненію понятія потерпѣвшаго, не дало намъ вполнѣ удовлетворительнаго готоваго опредѣленія, отъ котораго мы могли бы отправляться въ дальнѣйшемъ изслѣдованіи. Разсмотрѣнныя указанія писателей по этому поводу частью отличаются малой обстоятельностью и неполнотой, частью вызываютъ серьезныя возраженія и, противорѣча другъ другу не только въ деталяхъ, но и въ основныхъ положеніяхъ, не намѣчаютъ даже такого главнаго направленія, которое хоть сколько нибудь приближалось бы къ тому, что называется communis opinio doctorum.

Въ виду этого изслѣдователю, не получающему готоваго отвѣта на интересующій его вопросъ, поневолѣ приходится искать новаго матерьяла, лежащаго внѣ сферы

---

[1]) Что касается *французской процессуальной литературы*, то въ виду отсутствія во французскомъ законодательствѣ института частнаго обвиненія и крайне слабаго развитія института неоффиціальныхъ преступленій, она трактуетъ понятіе потерпѣвшаго лишь примѣнительно къ праву предъявленія гражданскаго иска. Выводы ея поэтому не могутъ имѣть для насъ особаго значенія, ибо, какъ мы видѣли, понятіе потерпѣвшаго въ гражданскомъ правѣ и правѣ уголовномъ не тождественно. Впрочемъ, нѣкоторое значеніе эти выводы имѣютъ потому, что французская доктрина и практика примѣняютъ ихъ къ тѣмъ немногимъ случаямъ, когда жалоба потерпѣвшаго является не требованіемъ гражданскаго вознагражденія, а условіемъ возбужденія преслѣдованія, какъ напр., при обидахъ, диффамаціи и проч. (F. Helie Traité de l'insrtuction criminelle 1866 г. Т. I стр. 675). Но и примѣнительно къ гражданскому иску французская юриспруденція не даетъ глубокаго анализа понятія потерпѣвшаго, такъ что мы лишены возможности воспользоваться для нашихъ цѣлей не только ея выводами, но и ея методомъ.

Дѣйствительно, выводы современной французской юриспруденціи, являющейся въ этомъ вопросѣ преемницей и послѣдовательницей старой юриспруденціи, формулируются Эли въ трехъ положеніяхъ: 1) Гражданскій искъ можетъ быть предъявленъ въ уголовномъ судѣ лишь въ томъ случаѣ, если ущербъ проистекаетъ изъ факта, квалифи-

прежнихъ изслѣдованій понятія потерпѣвшаго, и сдѣлать попытку самостоятельнаго разрѣшенія вопроса. Однако, и въ томъ и въ другомъ отношеніи сдѣланное обозрѣніе литературы не можетъ считаться безрезультатнымъ. Изъ него прямо вытекаютъ указанія на то, въ какой области надо искать новаго матерьяла и отъ какихъ основныхъ понятій правовѣдѣнія нужно отправляться, чтобы посильно разрѣшить поставленную себѣ задачу.

Такимъ матерьяломъ является *ученіе объ объектѣ преступнаго дѣянія*, въ смыслѣ того, ради сохраненія чего законъ облагаетъ наказаніемъ извѣстныя дѣянія (Schutzobject), основнымъ же понятіемъ, отъ котораго приходится отправляться, является *понятіе нормы*.

Дѣйствительно, тѣ или иные объекты охраняются правомъ ради людей, которые при наличности извѣстной связи съ охраняемымъ объектомъ и являются потерпѣвшими; норма же, создавая самую охрану объекта, служитъ тѣмъ понятіемъ, въ зависимости отъ котораго находится понятіе объекта, а слѣдовательно, и потерпѣвшаго. Итакъ, путь изслѣдованія намѣчается такой: отправляясь отъ понятія

цируемаго какъ преступленіе или проступокъ (ibid. стр. 666); 2) гражданскій искъ принадлежитъ только лицу, пострадавшему (lesée) отъ этого факта (ibid. стр. 667) и 3) лицу, заявляющему гражданскій искъ, должно принадлежать уже пріобрѣтенное право (un droit né) и интересъ, оцѣнимый на деньги (un intérêt apprréciable—стр. 681). Изъ этихъ положеній наибольшій интересъ представляетъ второе, заключающее указаніе на *потерпѣвшаго* (partie lesée), который такъ или иначе, но долженъ быть опредѣленъ доктриной, развивающей это положеніе, и практикой, его примѣняющей. Но и въ этомъ отношеніи мы находимъ лишь бѣглое указаніе на то, что ущербъ долженъ быть нанесенъ *лично* предъявляющему гражданскій искъ (lésion doit être personelle), и что онъ можетъ быть *матерьяльнымъ или моральнымъ*, но оцѣнимымъ на деньги (Hélie l. c.; Garraud „Precis de droit criminel" 1885 г. стр. 465; Nourisson „De la participation des patriculiers à la poursuite des crimes et des délits" 1894 г. стр. 94). Требованіе lésion personelle по своему характеру очень приближается къ требованію нѣмецкой доктрины, чтобы субъектъ жалобы былъ unmittelbar Verletzte, но является съ еще менѣе развитымъ и выясненнымъ содержаніемъ, чѣмъ послѣднее, ибо доктрина не даетъ точнаго опредѣленія этого понятія, а даетъ лишь казуистическій матерьялъ относительно того, кто долженъ считаться потерпѣвшимъ при посредственныхъ обидахъ и нѣкоторыхъ другихъ преступленіяхъ.

нормы опредѣлить объектъ охраны, а засимъ, изслѣдовавши связь этого объекта съ извѣстнымъ субъектомъ, дойти до понятія потерпѣвшаго.

Обращаясь къ ученію объ объектѣ преступнаго дѣянія и разсмотрѣнію литературы вопроса, мы не претендуемъ на полноту нашего обозрѣнія и на изложеніе теорій всѣхъ или хотя бы большинства писателей, занимавшихся этимъ вопросомъ [1]).

Для нашей цѣли будетъ достаточно намѣтить главныя направленія въ доктринѣ и разсмотрѣть ученія типическихъ представителей каждаго изъ этихъ направленій.

Въ воззрѣніяхъ на объектъ преступнаго дѣянія мы можемъ отмѣтить три главныя направленія: первое, съ Фейербахомъ во главѣ, считаетъ объектомъ преступленія субъективныя права и можетъ быть названо *теоріей субъективнаго права*; второе, представленное Биндингомъ, видитъ этотъ объектъ въ правовомъ благѣ (Rechtsgut)—*теорія правового блага*, и третье, наиболѣе вѣско и обстоятельно защищаемое Листомъ, указываетъ какъ на объектъ, на правоохраненные интересы—*теорія интереса*.

Къ этимъ тремъ теоріямъ можетъ быть присоединено разсмотрѣніе *эклектической теоріи* новѣйшаго изслѣдователя вопроса Оппенгейма, считающаго объектомъ преступленія на ряду съ правами—обязанности, состоянія и чувства.

Теорія Фейербаха [2]) отличается большою ясностью и простотою: Преступленіе есть дѣяніе, угрожаемое уголовнымъ закономъ и противорѣчащее праву другого (dem Rechte eines Andern widersprechende Handlung) [3]).

Права существуютъ независимо отъ какого либо правительственнаго акта или объявленія государства (Erklärung des Staats). Въ государствѣ они могутъ принадлежать какъ подданнымъ, такъ и самому государству. Нарушеніе этихъ правъ, если оно обложено наказаніемъ, составляетъ

[1]) Болѣе полное обозрѣніе теорій см. у Oppenheim „Die Objecte des Verbrechens“ 1894 г. стран. 1—63.

[2]) Feuerbach „Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts“ изд. 12, 1836 г.

[3]) Ibid. стр. 31.

преступленіе въ тѣсномъ смыслѣ слова (Verbrechen im engern Sinne).

Но государство уполномочено воспрещать полицейскими законами дѣянія, сами по себѣ не противоправныя (nicht rechtswidrige); отсюда возникаетъ право государства на несовершеніе этихъ спеціально воспрещенныхъ дѣяній, которыя первоначально были дозволены. Если это право государства на повиновеніе (Recht des Staats auf Gehorsam) имѣетъ уголовную санкцію, то возникаетъ понятіе полицейскаго нарушенія (Polizei—Uebertretung) [1]).

Такимъ образомъ самъ Фейербахъ оказался не въ состояніи провести до конца свое воззрѣніе на преступленіе, какъ на нарушеніе чьего-либо субъективнаго права, и принужденъ былъ признать, что при полицейскихъ проступкахъ такого нарушенія не имѣется, если таковымъ не считать нарушеніе принадлежащаго государству права на повиновеніе, что уже составляетъ въ сущности иное воззрѣніе на объектъ преступленія.

Чему же приписать это крушеніе теоріи Фейербаха?—Несостоятельности самой идеи о субъективномъ правѣ, какъ объектѣ преступленія, или неправильному представленію ея автора о сущности субъективнаго права?

Оппенгеймъ, повидимому, склоненъ неудачу Фейербаха приписать первой причинѣ, хотя отъ его взора не укрылась и вторая [2]). Мы же думаемъ, что она всецѣло должна быть отнесена ко второй причинѣ, ибо Фейербахъ, стоя на почвѣ современнаго ему ученія *естественнаго права*, исходилъ въ своей теоріи изъ идеи субъективныхъ правъ, независимыхъ отъ государственныхъ нормъ [3]) и вытекающихъ изъ самостоятельнаго основанія, заложеннаго въ самомъ управомоченномъ субъектѣ—изъ его разума (Vernunft) [4]).

Этимъ и объясняется, что при цѣломъ рядѣ преступленій, какъ-то: конкубинатѣ, нарушеніяхъ служебнаго дол-

---

[1]) Ibid стр. 32.

[2]) Oppenheim стр 1—2.

[3]) Ср. Feuerbach „Kritik des natürlichen Rechts“ 1796 стр. 40—41 245 и др.

[4]) Ibid.—237 и слѣд.

га, нищенствѣ и пр., Фейербахъ, не будучи въ состояніи указать никакого естественнаго, независимаго отъ государственныхъ нормъ субъективнаго права, которое бы ими нарушалось, подобно тому, какъ при преступленіяхъ противъ жизни, имущества, свободы и пр., нарушается естественное право на жизнь, имущество, свободу,—принужденъ былъ признать, что эти дѣянія нарушаютъ лишь установленные государствомъ запреты, а не естественныя права. Но если бы Фейербахъ не противополагалъ субъективное право государственной нормѣ, не видѣлъ въ немъ чего то независимаго отъ таковой, ему, быть можетъ, и не пришлось бы создавать особую рубрику полицейскихъ нарушеній, не предполагающихъ нарушеній чьего-либо субъективнаго права, и онъ избѣгъ бы упрека въ томъ, что при разрѣшеніи вопроса прибѣгъ къ пріему divide et impera [1]).

Отчасти тѣми же причинами, отчасти неудачной конструкціей отдѣльныхъ преступленій (напр., Verbrechen der Gewaltthätigkeit [2]), Fälschung [3]) и друг.), объясняется неудовлетворительность ученія Фейербаха въ примѣненіи къ группѣ преступленій, именуемыхъ имъ vage Verbrechen.

Основателемъ и главнымъ защитникомъ теоріи правового блага (Rechtsgut), какъ объекта преступленія, является (если не считать Бирнбаума, мелькомъ лишь указывавшаго на благо (Gut), какъ на объектъ преступленія), *Биндингъ*.

Теорію свою онъ создаетъ на почвѣ полемики противъ Фейербаха и его ученія о субъективномъ правѣ, какъ объектѣ преступленія [4]). Несостоятельность послѣдняго онъ пытается доказать, во 1-хъ, тѣмъ, что цѣлый рядъ преступленій имѣетъ объектомъ блага, не составляющія чьего либо субъективнаго права, какъ-то: человѣческую жизнь, тѣлесную неприкосновенность, блага, нарушаемыя двоеженствомъ, прелюбодѣяніемъ, кровосмѣшеніемъ, содоміей и проч., и, во

---

[1]) Oppenheim стр. 2.

[2]) Feuerbach--Lehrbuch стр. 359 и слѣд.

[3]) Ibid стр. 368 и слѣд.

[4]) Binding „Die Normen und ihre Uebertretung“ 1 изд. 1872 г. B. I стр. 190—193.

2-хъ,тѣмъ,что предметомъ субъективнаго права часто является не правовое благо, а лишь то, что служитъ средствомъ для сохраненія правовыхъ благъ. Такъ напримѣръ, изъ запретовъ, нарушеніе коихъ составляетъ простое непослушаніе (Delict des reinen Ungehorsams), для государства вытекаетъ право на повиновеніе, но послѣднее не составляетъ правового блага.

Если игнорировать эту разницу между субъективными правами и признавать ихъ объектомъ преступленія независимо отъ того, являются ли въ свою очередь ихъ объектами правовыя блага или нѣтъ, придется признать, по мнѣнію Биндинга, что при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ объектомъ является право государства на повиновеніе и что нѣтъ разницы въ структурѣ между полицейскимъ нарушеніемъ и преступленіемъ (Delict des reinen Ungehorsams und das der ungehorsamen Rechtsgütervernichtung).

Далѣе Биндингъ вооружается противъ самой возможности нарушенія (Verletzung) субъективнаго права. Право или существуетъ неприкосновенно или вовсе не существуетъ: нарушенное право (verletztes Recht) немыслимо. Иное дѣло благо: послѣднее можетъ быть и повреждено (verletzt) и вовсе уничтожено (vernichtet) [1]).

Такимъ образомъ объектомъ преступленія является не субъективное право, а *правовое благо*, которое Биндингъ опредѣляетъ какъ *все то, въ сохраненіи чего неизмѣннымъ и ненарушимымъ заинтересовано положительное право согласно своимъ воззрѣніямъ* и что, поэтому, оно стремится охранить своими нормами отъ нежелательнаго повреженія или поставленія въ опасность (an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung das positive Recht nach seiner Ansicht ein Interesse

---

[1]) Однако, всѣ эти доводы не помѣшали самому Биндингу утверждать въ ученіи о негодномъ объектѣ, что объектомъ преступленія является „ein Rechtsgut *oder ein subjectives Recht*“и что объектъ является негоднымъ, когда „das subjective Recht zur Zeit des Angriff erlöschen“ (Handbuch des Strafrechts стр. 702—703), а въ ученіи объ Antragsdelict'ахъ заявить, что „die sammtliche Antrags und Ermächtigunsverbrechen gleichen sich darin, das sie ihren Begriffe nach gerichtet sein müssen gegen *subjective Recht* oder Rechtsgüter bestimmter Menschen oder Staaten“ (ibid. 615).

hat, was es deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gafärdung zu sichern bestrebt ist) [1]).

Однако, и критика Биндингомъ теоріи Фейербаха и собственная его теорія едва ли являются правильными. Совершенно бездоказательнымъ представляется утвержденіе Биндинга, что человѣческая жизнь, тѣлесная неприкосновенность и проч. не являются объектомъ чьего либо субъективнаго права [2]). Если норма, охраняющая эти блага, возлагаетъ на гражданъ обязанность не посягать на нихъ, то, очевидно, блага эти являются объектами этой обязанности, а, слѣдовательно, и объектомъ коррелативнаго права. Кому принадлежитъ это право въ отдѣльныхъ случаяхъ, рѣшить представляется болѣе или менѣе затруднительнымъ, но эта трудность есть лишь трудность истолкованія положительнаго права въ извѣстномъ пунктѣ, но она вовсе не свидѣтельствуетъ о неразрѣшимости самой задачи и, слѣдовательно, объ отсутствіи субъекта права и самаго субъективнаго права.

Вопросъ о субъектѣ права, объектомъ коего является тѣлесная неприкосновенность, разрѣшается сравнительно легко. По дѣйствующему русскому праву субъектомъ этого права является тотъ, и только тотъ, чье тѣло пострадало отъ посягательства [3]). Труднѣе является вопросъ о субъектѣ права на жизнь, ибо, какъ показываетъ проблемма о согласіи потерпѣвшаго, при преступленіяхъ противъ жизни рядомъ съ убитымъ приходится признать еще иного второстепеннаго субъекта, которому также принадлежитъ нѣ-

---

[1]) Binding—Normen B. I стр. 193.

[2]) Слѣдуетъ замѣтить, что терминъ „объектъ права“ мы здѣсь употребляемъ въ *одномъ* изъ общепринятыхъ его значеній, не входя и не имѣя здѣсь возможности входить въ разсмотрѣніе весьма сложнаго и спорнаго вопроса, какое изъ многихъ значеній словъ „объектъ права“ должно быть возведено въ рангъ точнаго научнаго термина. См. по этому вопросу проф. Гриммъ „Къ ученію объ объектахъ права“ Вѣстникъ Права 1905 г. №№ 7 и 8.

[3]) Таганцевъ „Русское Уголовное Право“ 1902 г. стр. 495—496. Иначе проф. Сергѣевскій („Русское Уголовное Право“ 1900. стр. 244) и проф. Кистяковскій („Элементарный учебникъ общаго уголовнаго права“ 1882 г. стр. 335), признающіе, что согласіе потерпѣвшаго не исключаетъ наказуемости тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, откуда можно сдѣ-

которое право на жизнь убитаго, почему согласіе послѣдняго не дѣлаетъ еще убійства дѣйствіемъ дозволеннымъ. Этимъ вторымъ субъектомъ является, повидимому, государство. Наконецъ, еще сложнѣе будетъ вопросъ о субъектѣ нарушеннаго права при двоеженствѣ, прелюбодѣяніи и проч. Но и здѣсь, послѣ болѣе или менѣе тщательнаго изслѣдованія даннаго законодательства, субъекъ будетъ найденъ— это будетъ или государство, вооруженное правомъ требовать ненарушимости извѣстнаго семейнаго строя (при двоеженствѣ), или мужъ, или глава семьи (при прелюбодѣяніи, напр., въ извѣстныя эпохи развитія римскаго права) и проч.

Столь же неубѣдительнымъ является второй доводъ Биндинга, что если видѣть объектъ преступленія въ чемъ либо субъективномъ правѣ, то таковымъ должно быть признано право государства на повиновеніе, и что тогда граница между, преступленіемъ и полицейскимъ нарушеніемъ исчезаетъ, повиновеніе гражданъ велѣніямъ государства возводится въ самоцѣль. Доводъ этотъ грѣшитъ въ двухъ отношеніяхъ: во-первыхъ, онъ отправляется отъ положенія, что если объектомъ преступленія считать субъективное право, то таковымъ является право государства на повиновеніе. Мы уже видѣли, что объектомъ преступленія являются совсѣмъ иныя субъективныя права какъ государства, такъ и частныхъ лицъ и, какъ намъ думается, не только при преступленіяхъ, но и при полицейскихъ нарушеніяхъ. Во-вторыхъ, мы не можемъ согласиться, чтобы между преступленіями и полицейскими нарушеніями лежала непроходимая пропасть, а потому намъ нисколько не представляется опаснымъ, что исчезнетъ разница въ структурѣ тѣхъ и другихъ.

Самъ Биндингъ [1]) очень краснорѣчиво изображаетъ, какъ право различными велѣніями стрѣмится къ одной и

лать выводъ, что право на здоровье принадлежитъ не одному пострадавшему. Ср. однако Kessler (73 и слѣд.), по остроумному замѣчанію котораго признавать наказуемость нарушеній тѣлесной непрекосновенности, несмотря на согласіе потерпѣвшаго, (и, слѣдовательно, право государства на таковую), значитъ насаждать Zwangshygiene mittels Androhung von Gefängniss und Zuchthaus и видѣть ein Bruch des Rechtsordnung въ каждой im Zircus aufgeführte Prügelei des Clawns.

[1]) Normen B. I стр. 187—188.

той же конечной цѣли—къ предотвращенію извѣстныхъ нежелательныхъ измѣненій во внѣшнемъ мірѣ, происходящихъ отъ человѣческихъ дѣйствій. Запретъ причинять нежелательный результатъ составляетъ брустверъ, непосредственно прилегающій къ охраняемому благу. Но право этимъ не ограничивается: оно далеко впередъ выдвигаетъ свои укрѣпленія, и тѣмъ дальше, чѣмъ цѣннѣе охраняемое благо. Такимъ образомъ возникаетъ второй поясъ укрѣпленій, въ видѣ запретовъ поставлять въ опасность охраняемыя блага. Наконецъ, третій поясъ укрѣпленій представляютъ собой запреты извѣстныхъ дѣйствій независимо отъ ихъ дѣйствительнаго результата, устанавливаемые изъ одного опасенія возможныхъ результатовъ. Здѣсь, по мнѣнію Биндинга, воспрещается неповиновеніе не потому, что оно сдѣлается причиной состоянія, нарушающаго извѣстные интересы, а неповиновеніе само по себѣ.

Но послѣдняя фраза изложенія Биндинга не вытекаетъ изъ предыдущаго и является совершенно неожиданной. Изъ того, что всѣ запреты преслѣдуютъ одну и ту же конечную цѣль—ненаступленіе извѣстныхъ вредныхъ измѣненій—повидимому, слѣдуетъ, что и запреты послѣдняго типа существуютъ, если не потому, что ихъ нарушеніе въ каждомъ конкретномъ случаѣ создаетъ опасность для извѣстныхъ интересовъ, то потому, что оно можетъ создать такую опасность. Такимъ образомъ дѣло при ихъ нарушеніи сводится не къ одному неповиновенію, а къ абстрактной опасности нарушенія. Поэтому и полицейскія нарушенія нарушаютъ не только право государства на повиновеніе, но и нѣкоторыя иныя субъективныя права. Продолжая сравненія Биндинга, можно сказать, что преступникъ, прорвавшій самый внѣшній поясъ укрѣпленій и вступившій въ полосу, отдѣляющую его отъ слѣдующаго пояса, уже нарушилъ спокойное владѣніе лица, которому принадлежитъ эта промежуточная зона, а не посягнуть только на права инженера, который возводилъ внѣшнія укрѣпленія. Въ большинствѣ случаевъ владѣльцемъ этой промежуточной зоны будетъ государство, иногда извѣстная организованная группа лицъ, иногда же простая соовокупность случайно собравшихся людей. На ихъ субъективныя права и посягаетъ на-

рушеніе того или иного полицейскаго запрета. Такъ, приготовительныя дѣйствія къ государственной измѣнѣ или обнародованіе плановъ крѣпостей [1]) посягаетъ на право государства, объектомъ является неприкосновенность территоріи или государственной обороны, а, положимъ, куреніе въ вагонѣ для некурящихъ (если таковое обложено наказаніемъ) посягаетъ лишь на право сидящихъ въ вагонѣ дышать не отравленнымъ табачнымъ дымомъ воздухомъ.

Самъ Биндингъ совершенно правильно указываетъ, что послушаніе для права не является самоцѣлью, а лишь средствомъ для достиженія цѣли [2]). Поэтому, характеризовать извѣстныя нарушенія независимо отъ преслѣдуемой соотвѣтственными нормами цѣли, какъ простое непослушаніе, является неправильнымъ, и разстояніе, отдѣляющее полицейскія нарушенія отъ Gefährdungsverbrechen не больше, чѣмъ то, которое отдѣляетъ послѣднія отъ Verletzungsverbrechen.

Послѣднее возраженіе Биндинга противъ теоріи Фейербаха—что право не можетъ быть нарушено (verletzt)—является чисто словеснымъ и въ отношеніи самого Фейербаха—просто неточнымъ.

Фейербахъ говоритъ о преступленіи, какъ о дѣйствіи, *не нарушающемъ, а противорѣчащемъ праву другого* (dem Recht eines Andern widersprechende Handlung) [3]). Но, конечно, можно въ переносномъ, фигуральномъ смыслѣ говорить и о нарушеніи субъективнаго и объективнаго права, и самъ Биндингъ, такъ настойчиво возражающій противъ такого словоупотребленія, не всегда отъ него воздерживается [4]).

Такимъ образомъ, критика Биндинга, исходя изъ неправильныхъ положеній, по нашему мнѣнію, нисколько не поколебала основъ теоріи Фейербаха. Естественно, что и даваемая имъ конструкція, покоющаяся на тѣхъ же положе-

---

[1]) Ibid. стр. 48.

[2]) l. c. стр. 191.

[3]) Lehrbuch стр. 31.

[4]) Напр. Normen I стр. 44 „Das Verbot die Ursache einer *Rechtsverletzung* zu erzeugen et c.“

ніяхъ, грѣшитъ крупными недостатками и не разрѣшаетъ вопроса.

По его мнѣнію, объектомъ преступленія является правовое благо (Rechtsgut), т. е. все то, въ сохраненіи чего заинтересовано положительное право и что можетъ быть повреждено или поставлено въ опасность преступнымъ дѣяніемъ. Такимъ образомъ, то или иное явленіе получаетъ значеніе правового блага и пользуется защитой исключительно въ зависимости отъ того интереса, который оно представляетъ для положительнаго права, и отъ тѣхъ воззрѣній, которыя на него существуютъ у положительнаго права. Не говоря уже о замѣчаемой здѣсь *персонификаціи положительнаго права*, которому приписываются не только воззрѣнія, но и интересы, мы въ этомъ опредѣленіи не встрѣчаемъ никакого указанія на еще чьи либо интересы, связанные съ неприкосновенностью правовыхъ благъ. Слѣдовательно, по мнѣнію Биндинга, эти интересы если существуютъ, то во всякомъ случаѣ игнорируются правомъ, которое руководствуется лишь своими собственными (надо полагать—государственными) интересами и такимъ образомъ сообщаетъ благамъ не относительную только, въ интересахъ тѣхъ или иныхъ лицъ или соединеній, но абсолютную, независимую отъ этихъ интересовъ охрану. Жизнь, тѣлесная неприкосновенность, имущество и проч., охраняются не ради ихъ носителей, а сами по себѣ, въ интересахъ положительнаго права.

Но, во первыхъ, Биндингъ здѣсь впадаетъ въ circulus vitiosus: Само положительное право составляетъ не болѣе, какъ совокупность нормъ, и потому то, въ интересахъ чего они издавались и въ чьихъ интересахъ охраняются создаваемыя ими правовыя блага, должно составлять нѣкій prius относительно нормъ и не можетъ быть отождествляемо съ положительнымъ правомъ, т. е. съ тѣми же нормами [1]). Во-вторыхъ, это воззрѣніе не вѣрно по существу и противорѣчитъ положительному праву, знающему

---

[1]) См. сходныя возраженія у Kessler „Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjectives Recht“ въ Gerichtssaal B. 39 стр. 104—108.

институтъ согласія потерпѣвшаго, устраняющаго запрещенность и преступность дѣянія, при чемъ потерпѣвшимъ признается въ отдѣльныхъ случаяхъ не отвлеченное положительное право, а то или иное конкретное лицо. Такимъ образомъ въ силу постановленій того же положительнаго права извѣстное правовое благо перестаетъ in concreto быть таковымъ не въ силу того, что въ его сохраненіи перестало быть заинтересовано положительное право (которое ни въ чемъ не измѣнилось), а въ силу того, что интересъ въ его сохраненіи исчезъ у извѣстнаго конкретнаго лица (потерпѣвшаго), которое и выразило эту потерю интереса извѣстнымъ образомъ, въ видѣ согласія на нарушеніе этого блага.

Кромѣ того, неправильность данной Биндингомъ постановки вопроса обнаруживается на изслѣдуемой нами проблеммѣ о томъ, кто при томъ или иномъ преступленіи является потерпѣвшимъ. Его понятіе правового блага, какъ объекта преступленія, не содержитъ указанія на какого либо субъекта этого блага (если не считать самаго положительнаго права), а потому и безсильно разрѣшить вопросъ [1]).

Но чѣмъ же объяснить, что теорія эта, не смотря на столь крупные дефекты, вышла изъ подъ пера такого первокласснаго криминалиста, какъ Биндингъ, и нашла послѣдователей въ литературѣ?—Намъ кажется, что объясненіе кроется въ инстинктивномъ недовольствѣ теоріей Фейербаха

---

[1]) Поэтому, самъ Биндингъ (Handbuch стр. 615—628), говоря объ Inhaber des Antrags=und Ermächtigungsrechts по поводу отдѣльныхъ преступленій, невольно вводитъ понятіе нарушенія субъективнаго права и приписываетъ въ большинствѣ случаевъ субъекту этого права качества потерпѣвшаго. Впрочемъ, нѣкоторые послѣдователи Binding'a сочли возможнымъ отправляться при опредѣленіи потерпѣвшаго отъ понятія правового блага. Напр. Olshausen (Kommentar § 61 п. 10) опредѣляетъ потерпѣвшаго, какъ „Träger des das Angriffsobject bildenden Rechtsgutes", а Beling (Benneche und Beling „Lehrbuch des Deutschen Reichs—Strafprozessrechts" 1900 г. стр. 225 и 484)" какъ „derjenige, dessen *eigene* Rechtsgüter durch die That angegriffen worden sind".

Оппенгеймъ, разбирая ученіе Биндинга, указываетъ еще на то, что перечисленныя Биндингомъ въ качествѣ объектовъ преступленій правовыя блага являются далеко не однородными, ибо общее между

ха, которое побуждало ученыхъ искать новыхъ путей. Недовольство же это, повидимому, проистекаетъ изъ смѣшенія догматической и уголовно-политической точекъ зрѣнія [1]). Дѣйствительно, теорія Фейербаха разрѣшаетъ лишь догматическій вопросъ—что является объектомъ преступленія, но она не даетъ отвѣта на дальнѣйшій вопросъ—ради чего тотъ или иной объектъ дѣлается предметомъ охраны. Иногда отвѣтъ на этотъ вопросъ является самъ собой (напр., при преступленіяхъ противъ собственности, здоровья и проч.), но иногда онъ требуетъ болѣе обстоятельныхъ изслѣдованій (напр. при прелюбодѣяніи, двоеженствѣ), не умѣщающихся въ чисто догматическія рамки, которыя являются уже заполненными, когда точно опредѣлено, чье субъективное право этими дѣяніями нарушается и въ чемъ оно состоитъ. И вотъ недовольство такимъ укороченнымъ отвѣтомъ и естественная пытливость побуждаютъ искать *цѣли и основаній*, въ силу которыхъ законодатель создаетъ права на извѣстные объекты и нарушеніе ихъ облагаетъ наказаніями. Такое исканіе является вполнѣ правомѣрнымъ и весьма полезнымъ, но, предпринимая его, не нужно забывать, что

ними заключается лишь въ извѣстной ихъ цѣнности (Wertmoment) и охранѣ со стороны нормъ (Normenschutz) и что, стремясь доказать, что субъективныя права никогда не являются объектомъ преступленія, Биндингъ принужденъ бываетъ рядомъ съ этимъ истиннымъ объектомъ искусственно конструировать другой, напр., при присвоеніи кромѣ права собственности—состояніе, дѣлающее возможнымъ пользованіе этимъ правомъ (die Ausübung dieses Rechts ermöglichender Zustand см. „Die Objecte“ стр. 17 и 20—22).

Точно также Листъ дѣлаетъ цѣлый рядъ возраженій противъ конструкціи, даваемой Binding'омъ отдѣльнымъ правовымъ благамъ, („Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche“ въ Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft VI стр. 675—679), но для насъ они не имѣютъ особаго значенія, ибо мы вообще считаемъ, что понятіе правового блага не можетъ ничего дать для ученія объ объектѣ преступленія.

[1]) Отношеніе уголовной догматики къ уголовной политикѣ весьма обстоятельно и, на нашъ взглядъ, вполнѣ правильно выясняется въ изслѣдованіи проф. Чубинскаго „Очерки уголовной политики“ 1905 г. стр. 1—93, особенно 55—56, 89. Этого вопроса касается также проф. Мокринскій въ статьѣ „Система и методы науки уголовнаго права“ „Вѣстникъ Права“ 1906 г. № 3 стр. 27 и слѣд.

уже выходишь изъ сферы догмы, вступаешь въ сферу политики и начинаешь оперировать не юридическими, а экономическими, соціологическими, психологическими, нравственными и иными понятіями [1]).

---

[1]) Liszt въ статьяхъ „Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche“ (въ Z. B. VI стр. 672 и 673) и „Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft“ (Ibid. B. VIII стр. 138—140) весьма убѣдительно доказываетъ, что понятіе правового блага не вмѣщается въ рамки догмы уголовнаго права и что изслѣдованіе кроящейся въ немъ идеи цѣли уже входитъ въ область правовой политики. Позволимъ себѣ привести интереснѣйшія мѣста изъ изложенія Листа: „...ich den *Begriff des Rechtsgutes* für den *Grenzbegriff der abstrahirenden juristischen Logik* halte. Die weitestgehende Abstraction aus den im geltenden Rechte gegebenen Rechtssätzen führt uns nur dahin, das sie an rechtserzeugenden Thatsachen den Eintritt einer Rechtsfolge knüpfen, welche in der Begründung von Rechten und Pflichten, mithin eines Rechtsverhältnisses besteht. Jene Thatsachen und diese Rechtsfolgen, das sind die beiden obersten Begriffe jedes Zweiges der Rechtswissenschaft, die letzten und höchsten Begriffe auch der allgemeinen Rechtslehre, ... *sobald wir aber diesen letzten Begriffen des Rechts angelangt sind, können wir die Frage nach den „warum“ nicht länger zurückdrängen.* Warum verknüpft das Recht mit dieser Thatsache diese und gerade diese Rechtsfolge? *Die Antwort giebt der Begriff des Rechtsgutes.* Er sagt uns: Alles Recht ist der Menschen willen da; ihre Interessen, die der einzelnen wie die der Gesammtheit, sollen geschützt und gefördert werden durch die Satzungen des Rechts. Die rechtlich geschützten Interessen nennen wir Rechtsgüter. Es ist klar, das *mit dem Rechtsgute der Zweckgedanke seinen Einzug in das Gebiet der Rechtslehre hält, das die teleologische Betrachtung des Rechts beginnt und die formal—logische ihre Ende findet*“:— „Dass das Recht Interessen schützt, das freilich können wir auch als Juristen strikter Observanz mit unserer Wissenschaft eigenthümlichen Methode feststellen; aber das darin das Wesen des Rechts besteht, dass das Recht die Interessen schützt, nicht etwa zuffällig oder infolge einer notwendigen Reflexwirkung, sondern weil eben darin der Begriff des Rechts sich erschöpft—das ist eine Behauptung, dessen wissenschaftliche Wahrheit wir als Luristen nicht mehr erweisen können. Welcher Wissenschaft diese Aufgabe zufällt mag zweifelhaft sein; *ich bin der Ansicht, das die Betrachtung des Rechts, unter dem Gesichtspunkte des Zweckes die Aufgabe der Politik, soweit es sich um Verbrechen und Strafe handelt, der Kriminal—Politik ist*“. Мы всецѣло присоединяемся къ изложенію Листа съ тою однако существенною оговоркою, что по нашему мнѣнію *понятіе правового блага и правоохраннаго интереса стоятъ не на границѣ, а внѣ границъ догмы права,* принадлежа частью философіи права, частью политикѣ права. Доказательствомъ этого положенія могутъ служить хотя бы тѣ случаи, когда право охраняетъ не дѣйствительные, а мнимые, несуществую-

Желаніе дать отвѣтъ, почему извѣстныя дѣянія запрещены и возведены въ рангъ преступленія, побудило Биндинга къ изслѣдованію понятія блага, а смѣшеніе точекъ зрѣнія догматической и политической привело его къ созданію понятія „правового блага", каковое понятіе является совершенно несостоятельнымъ. Право охраняетъ блага, но эта охрана не сообщаетъ имъ качества правовыхъ благъ, а создаетъ субъективныя права и дѣлаетъ блага въ той или иной мѣрѣ объектами этихъ правъ. Это послѣднее обстоятельство не втягиваетъ самого блага въ юридическую сферу, съ которой оно только соприкасается: напротивъ. все богатство его содержанія остается внѣ предѣловъ этой сферы, которая состоитъ исключительно изъ субъективныхъ правъ и обязанностей [1]).

щіе интересы, ибо въ области положительнаго права мы имѣемъ дѣло лишь съ субъективными правами и обязанностями, а не интересами, которые въ большинствѣ случаевъ скрываются (но могутъ и не скрываться) за правами и обязанностями. Намъ кажется, что защищаемый нами тезисъ вытекаетъ и изъ изложенія самаго Листа, взятаго въ его цѣломъ, особенно же изъ мѣстъ, отмѣченныхъ нами курсивомъ. Тѣмъ неожиданнѣе является то обстоятельство, что Листъ, какъ мы увидимъ ниже, считаетъ возможнымъ всецѣло построить такое чисто догматическое понятіе, какъ объектъ преступленія, на понятіи интереса.

Сходныя возраженія противъ теоріи интереса высказываетъ и Finger въ статьѣ „Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse? Zur Lehre vom Object des Verbrechens": Gerichtssaal B. 40, стр. 151 и слѣд., дѣлая отсюда выводъ, что единственнымъ объектомъ преступленія является норма. Къ сожалѣнію онъ не даетъ дальнѣйшаго анализа понятія нормы, каковой долженъ былъ бы его привести къ понятіямъ субъективнаго права и обязанности.

Еще одинъ шагъ впередъ по вѣрному пути дѣлаетъ Finger въ позднѣйшей своей работѣ „Lehrbuch des Deutschen. Strafrechts" т. I 1904 г. (стр. 103), но все же не доходитъ до понятія субъективнаго права, какъ объекта преступленія, именно онъ говоритъ „Jedes Verbrechen ist Interessen—Verletzung; nicht in dem Sinne, dass *ein wirklich Vorhandenes*, sonder in dem Sinne, dass ein nach Anschauung der Zeit der Entstehung des Gesetzes *supponiertes Interesse* durch dasselbe verletzt wird"; однако ясно, что при такой обрисовкѣ интересъ изъ объекта преступленія превращается въ мотивъ, въ силу котораго законодатель устанавливаетъ извѣстныя нормы.

[1]) Ср. Bierling (Juristische Principienlehre" 1894 г. B. I, стр. 246), который говоритъ: „Allein ob die Aufstellung dieser neuen technischen Begriffe (des „Rechtsgutes" und des „rechtlich geschützten Interesses")

Листъ, являющійся видным представителемъ теоріи интереса, утверждаетъ, что сущность права сводится къ охранѣ жизненныхъ интересовъ людей. Защищаемые правомъ интересы именуются правовыми благами (Rechtsgüter). Они могутъ принадлежать отдѣльнымъ лицамъ или обществу (Gemeinschaft). Интересы создаетъ не правопорядокъ, а жизнь, но правовая защита превращаетъ жизненный интересъ (Lebensinteresse) въ правовое благо. Правопорядокъ оказываетъ защиту жизненнымъ интересамъ при посредствѣ нормъ. Такимъ образомъ „правовое благо“ и „норма“ являются двумя основными понятіями права [1]).

Предметомъ защиты со стороны права въ конечномъ счетѣ всегда является человѣческое существованіе въ своихъ различныхъ проявленіяхъ. Оно является правовымъ благомъ по преимуществу (*das* Rechtsgut), т. е. зерномъ всѣхъ правоохраненныхъ интересовъ.

Человѣческое существованіе (Dasein) является или въ видѣ существованія человѣка, разсматриваемаго, какъ отдѣльное существо (Einzelwesen), или въ видѣ существованія человѣка, какъ члена общества (des einzelnen in der Gesammtheit der Rechtsgenossen). Поэтому, всѣ интересы, являющіеся предметомъ посягательства при различныхъ преступленіяхъ и охраняемые уголовнымъ правомъ, распадаются на правовыя блага отдѣльныхъ лицъ (einzelnen) и правовыя блага общества (der Gesammtheit) [2]). Впрочемъ, Листъ признаетъ отождествленіе блага и интереса не вполнѣ точнымъ, хотя различіе между ними не имѣетъ никакого практическаго или научнаго значенія [3]).

überhaupt einem wirklichen Bedürfniss entspricht, ist nur auch heute mehr als zweifelhaft. Für mein Theil halte ich dieselben für vollig entbehrlich. so fern man nur über einem richtigen hinlänglich umfassenden Begriff des subjectiven Rechts verfügt und dann den Begriff des Rechtsobjects in alle seine Konsequenzen hinein verfolgt“.

[1]) Lehrbuch 1897 г. § 12.

[2]) Ibid. § 70.

[3]) Противъ этого положенія возражаютъ другіе сторонники теоріи интереса, напр, Kessler (Gerichtssaal B. 39 стр. 117 и слѣд.), указывающій на то, что ни одно благо не защищается въ отношеніи всѣхъ связанныхъ съ нимъ интересовъ, и пытающійся провести точную границу между понятіями блага и интереса (Ibid стр. 97 и слѣд.). Точно также и Oppenheim настаиваетъ на различіи этихъ двухъ понятій (стр.

Если же проводить между ними различіе, то можно сказать, что *интересъ*—это то значеніе (Werth), которое имѣетъ для подлежащаго лица (Betreffenden) наступленіе или ненаступленіе извѣстной перемѣны. *Благо*—это то, ради чего упомянутая перемѣна представляетъ извѣстное значеніе (wofür jene Veränderung von Werth ist). На вопросъ: что же это именно? — даетъ отвѣтъ положеніе: всякое право существуетъ ради людей, всякое право защищаетъ жизненные интересы людей. Такимъ образомъ, человѣческое существованіе есть правовое благо по преимуществу (*das* Rechtsgut) и различныя проявленія этого существованія даютъ основаніе для раздѣленія правовыхъ благъ на разряды [1]).

Листъ считаетъ неправильнымъ отождествлять, какъ это дѣлаютъ Гарейсъ и Іерингъ, *правовое благо съ субъективнымъ правомъ*, ибо противорѣчило бы обычному словоупотребленію (Sprachgebrauche) называть свободу, честь, жизнь и проч. субъективными правами, хотя это несомнѣнно—правоохраненные интересы, т. е. правовыя блага. Охрана, даваемая правопорядкомъ этимъ благамъ, организована иначе, нежели та, которой пользуются субъективныя права, вытекающія изъ обязательственныхъ отношеній или права въ чужой вещи. Такимъ образомъ „субъективное право“ является болѣе узкимъ понятіемъ сравнительно съ „правовымъ благомъ“, но для системы уголовнаго права вполнѣ достаточно послѣдняго понятія [2]).

Изложенное ученіе Листа въ своей основѣ близко примыкаетъ къ ученію Биндинга, несмотря на очень горячую

40—41). Впрочемъ, для нашей цѣли этотъ споръ не имѣетъ особаго значенія, ибо, по нашему мнѣнію, объектомъ преступленія нельзя признать ни благо, ни интересъ, почему мы и опускаемъ изложеніе различныхъ попытокъ разграниченія этихъ понятій.

[1]) Liszt, Z. VIII, стр. 141—142. Въ другомъ мѣстѣ Liszt говоритъ: „Правовое благо есть всегда понятіе, а не нѣчто конкретно существующее, напримѣръ, собственникъ В или принадлежащіе ему на правѣ собственности часы; правовое благо—это охраняемый правопорядкомъ интересъ В пользоваться своими часами по своему усмотрѣнію. (См. Z. VI, стр. 674).

[2]) Z. VIII, стр. 136—137.

полемику противъ частностей ученія послѣдняго и отдѣльныхъ его послѣдствій [1]).

Именно, оба они сходятся въ одномъ центральномъ положеніи, что объектомъ преступленія являются правовыя блага, а отнюдь не субъективныя права.

При этомъ Листъ дѣлаетъ шагъ впередъ въ развитіи этого ученія, ибо онъ гораздо опредѣленнѣе и точнѣе указываетъ, что нужно считать правовымъ благомъ, называя таковымъ чей либо *защищенный правомъ интересъ*, тогда какъ Биндингъ довольствуется гораздо болѣе неопредѣленной, хотя и родственной формулой—то, *въ сохраненіи чего заинтересовано положительное право*. Но когда Листъ хочетъ разграничить понятіе интереса отъ понятія правового блага (хотя онъ это разграниченіе и считаетъ безплоднымъ), онъ опять сбивается на крайне неопредѣленную формулу правового блага: то, *ради чего признаются интересы* [2]), т. е. *человѣческое существованіе* въ различныхъ своихъ проявленіяхъ. Такимъ образомъ, какъ у Биндинга носителемъ правовыхъ благъ является не конкретная личность, (человѣкъ или реальное соединеніе лицъ), а олицетворенное „положительное право“, такъ и у Листа интересы существуютъ не въ человѣческой психикѣ и защищаются не ради людей, взятыхъ отдѣльно или въ совокупности, а ради какого то отвлеченнаго, почти метафизическаго „человѣческаго существованія“, отличнаго отъ жизни Ивана, Федора и проч.

Этимъ во все ученіе Листа вводится двойственность: пока объектомъ правонарушенія признается интересъ, можно думать, что мы имѣемъ дѣло съ чѣмъ то болѣе или менѣе опредѣленнымъ, во всякомъ случаѣ указывающимъ на конкретнаго *интересента*, но какъ только выступаетъ впередъ правовое благо, конкретный интересентъ ступшевывается передъ абстрактнымъ „человѣческимъ существованіемъ“. Послѣднее, впрочемъ, оказываетъ свое затуманивающее вліяніе и на самое понятіе интереса, ибо его абстрактная природа заставляетъ Листа утверждать, возражая Биндингу,

---

[1]) Z. VI, стр. 675—686.

[2]) Такъ, по крайней мѣрѣ, мы понимаемъ крайне туманную формулу, приведенную выше буквально.

что правовое благо всегда понятіе, а не нѣчто конкретно существующее, т. е. что ему въ мірѣ реальномъ не соотвѣтствуетъ ничто существующее. Такимъ образомъ, здѣсь имъ допускается или смѣшеніе конкретнаго съ тѣлеснымъ [1]), или удаленіе отъ почвы фактовъ, поддающихся научному изслѣдованію, въ область чистой спекуляціи, находящейся за границами положительной науки.

Поэтому, хотя теорія Листа представляетъ извѣстныя достоинства, но только въ томъ случаѣ, если ее очистить отъ метафизическаго наноса, и, отбросивши понятіе правового блага, сохранить лишь понятіе защищаемаго правомъ интереса. Въ такомъ очищенномъ видѣ она безспорно имѣетъ большое *уголовно-политическое* значеніе, ибо постоянно напоминаетъ, что уголовное право должно имѣть дѣло не съ отвлеченными понятіями, а съ реальными интересами, а также ясно указываетъ, что, обсуждая ту или иную уголовно-политическую проблемму, нужно помнить объ *интересентахъ*, которымъ слѣдуетъ или не слѣдуетъ въ большихъ или меньшихъ предѣлахъ предоставить защиту нормъ вообще и уголовнаго закона въ частности, причемъ, конечно, рѣчь должна итти не объ абстрактномъ понятіи интереса, а о конкретно существующихъ интересахъ и интересентахъ.

Но и въ такомъ видѣ эта теорія не годится въ качествѣ *догматическаго* построенія, ибо интересы, пройдя черезъ горнило правового творчества, теряютъ цѣлый рядъ своихъ элементовъ, очищаются отъ множества ненужныхъ, съ точки зрѣнія законодателя, примѣсей и превращаются въ *права* подобно тому, какъ чугунъ послѣ извѣстной обработки превращается въ сталь. Вмѣстѣ съ тѣмъ послѣ этой операціи цѣлый рядъ интересентовъ отпадаетъ, но за то тѣ, которые остаются, превращаются въ *субъектовъ права* и, если мы имѣемъ дѣло не съ правомъ, а съ нарушеніемъ права,—въ потерпѣвшихъ.

Но защитники теоріи Листа и вообще теоріи интереса могутъ возразить, что тѣ же выводы вытекаютъ и изъ ихъ

---

[1]) Ибо, конечно, интересъ, въ этомъ мѣстѣ отождественный Листомъ съ правовымъ благомъ, не есть нѣчто тѣлесное, но все же нѣчто вполнѣ конкретное, происходящее, напримѣръ, въ психикѣ В, желающаго пользоваться своими часами по своему усмотрѣнію.

построенія, ибо оно считаетъ объектомъ преступленія не интересъ, какъ таковой, а *защищенный правомъ* интересъ, т. е. интересъ, поскольку онъ защищенъ. Однако, если этому положенію не придавать несвойственнаго ему значенія, то оно не тождественно съ развивавшимся выше, ибо все таки въ немъ остается центральнымъ моментомъ интересъ и, дабы признать наличность деликта, необходимо, чтобы именно интересъ, а не что либо иное пострадало отъ деликта или было поставлено послѣднимъ въ опасность.

Но интересъ, какъ мы видѣли, есть конкретно существующее психическое явленіе. Воспрещая извѣстныя дѣйствія для огражденія тѣхъ или иныхъ интересовъ, законодатель исходитъ изъ предположенія, что въ большинствѣ случаевъ такіе интересы будутъ существовать. Но психика людей различна и потому возможны исключенія, запретъ же, возставляемый законодателемъ, абсолютенъ и отсутствіе въ конкретномъ случаѣ интереса не создаетъ изъятія изъ нормы, не дѣлаетъ запрещеннаго дозволеннымъ. Иначе говоря, законодатель создаетъ нормы ради извѣстныхъ интересовъ, но гражданинъ обязанъ ихъ соблюдать, а судья примѣнять независимо отъ существованія этихъ интересовъ in concreto. Человѣкъ можетъ вовсе не дорожить жизнью, быть можетъ онъ рѣшилъ завтра застрѣлиться, иначе говоря, предполагаемый законодателемъ интересъ къ сохраненію жизни можетъ въ данномъ случаѣ не существовать,—а все таки сегодня никто не долженъ посягать на жизнь этого человѣка. Тоже самое имѣетъ мѣсто и при имущественныхъ посягательствахъ: пусть данною вещью я совсѣмъ не дорожу, пусть я приказалъ выбросить ее въ рѣку, но все же, пока она находится въ моемъ владѣніи, никто не можетъ ее взять или присвоить. Если же кто либо это сдѣлаетъ, онъ не нарушитъ моего интереса, но онъ нарушитъ мое право, ибо право и интересъ, сочетаясь въ идеѣ при созданіи нормъ, могутъ расходиться въ жизни при ихъ примѣненіи. Быть можетъ это—нежелательное явленіе, быть можетъ законодатель долженъ принять мѣры къ сокращенію или даже, если возможно, къ полному устраненію случаевъ такого расхожденія, но во всякомъ случаѣ, пока этого не сдѣлано, не представляется возможнымъ утверждать, что объ-

ектомъ преступленія является (а не долженъ только являться) интересъ.

Наконецъ, Листъ, подобно Биндингу, вооружается противъ теоріи субъективнаго права, какъ объекта преступленія, но единственный, аргументъ, который мы у него встрѣчаемъ—это ссылка на то, что обычное словоупотребленіе ((Sprachgebrauch) противится именованію свободы, жизни, чести субъективными правами. Однако, аргументъ этотъ едва ли является убѣдительнымъ, [1]) ибо научныя понятія должны формироваться не на основаніи обычнаго словоупотребленія, а на основаніи научнаго изслѣдованія подлежащаго класса явленій. Если полученный результатъ будетъ расходиться съ обычнымъ словоупотребленіемъ, то надлежитъ для вновь образовавшагося понятія создать новый терминъ или употреблять обычное наименованіе, но не въ обычномъ, а въ болѣе широкомъ или узкомъ смыслѣ [2]).

Впрочемъ, споръ Листа противъ теоріи субъективнаго права является далеко не такимъ рѣшительнымъ и принципіальнымъ, какъ споръ Биндинга. [3]) Онъ признаетъ, что цѣ-

---

[1]) Впрочемъ, ссылка на обычное словоупотребленіе въ пользу или противъ извѣстнаго опредѣленія понятія часто встрѣчается въ юридической литературѣ. Методологическую неправильность этого пріема превосходно выясняетъ проф. Петражицкій въ своей статьѣ „Объ изученіи правовыхъ явленій", Вѣстникъ Права 1904 г. №№ 4—6, особ. книга 5, стр. 100—124.

[2]) Едва ли, однако, ссылка Листа на обычное словоупотребленіе вѣрна, ибо сплошь да рядомъ жизнь, честь и свобода разсматриваются въ качествѣ нематеріальныхъ благъ, какъ объекты особой категоріи субъективныхъ правъ, такъ называемыхъ правъ личности (Persönlichkeitsrechte). См. проф. Гриммъ „Къ ученію объ объектахъ правъ" Вѣстн. Права кн. 7 стр. 160—161, Bierling „Juristische Prinzipienlehre" B. I стр. 249—250.

[3]) Еще менѣе принципіальнымъ является споръ противъ теоріи субъективнаго права другого виднаго представителя теоріи интереса—Kessler'a (Gerichtssaal B. 39), который говоритъ, что вопросъ о томъ, является ли объектомъ преступленія интересъ или субъективное право „Keine principielle, sondern nur terminologische ist. Es kann sich nur darum handeln, ob man die strafrechtlich geschützten Interessen subjective Rechte nennen solle oder nicht" (ст. 124). Онъ высказывается однако противъ теоріи субъективнаго права, ибо „solange man sich über den Begriff des subjectiven Rechts sowenig einig ist wie jetzt wird seine Verwendung als Grundlage für den speciellen Theil des Criminalrechts Irrungen und Missverständnisse nach sich ziehen" (стр. 125).

лый рядъ правовыхъ благъ является ничѣмъ инымъ, какъ субъективными правами, но только считаетъ, что правовое благо — понятіе болѣе широкое, чѣмъ субъективное право, и что, такимъ образомъ, есть группа правовыхъ благъ, которыя не являются субъективными правами, какъ то: жизнь, честь и проч. Къ сожалѣнію Листъ не даетъ признаковъ, отличающихъ субъективныя права отъ иныхъ правовыхъ благъ, ограничиваясь лишь намекомъ на какое то отличіе въ способахъ защиты и уклончиво замѣчая, что для уголовнаго права достаточно понятія правового блага.

При такихъ условіяхъ критика возраженій Листа противъ теоріи субъективнаго права не представляется возможной, ибо Листъ здѣсь ничего положительнаго и опредѣленнаго не даетъ. Поэтому, приходится ограничиться лишь указаніемъ на то, что положеніе о существованіи посягательствъ, объектомъ коихъ не являются субъективныя права, осталось Листомъ совершенно недоказаннымъ.

Неопредѣленность выставляемаго Листомъ понятія правового блага и отсутствіе въ немъ указанія на какое либо опредѣленное лицо не даетъ возможности разрѣшить удовлетворительно и спеціально интересующій насъ вопросъ о *потерпѣвшемъ*.

Листъ, ранѣе считавшій это понятіе вовсе не поддающимся опредѣленію [1]) и потому негоднымъ для какихъ либо научныхъ или практическихъ операцій, затѣмъ, повидимому, измѣнилъ свое мнѣніе, но все же никакого точнаго его опредѣленія не далъ, ограничиваясь поясненіемъ, что потерпѣвшимъ является *носитель непосредственно задѣтаго преступленіемъ правового блага* (der Träger des durch die strafbare Handlung unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes). [2]) Очевидно, что эта формула не позволяетъ сказать, кто же является носителемъ правового блага, ибо въ понятіи правового блага не содержится никакого указанія на „носителя“. Таковымъ нельзя считать, съ точки зрѣнія Листа, лицо, ради котораго благо охраняется, ибо по мнѣнію Листа, не всѣ блага охраняются ради опредѣленныхъ лицъ. Это видно изъ того, что согласіе этихъ

[1]) „Die Privatklage in Oesterreich“ въ Gerichtssaal B. 29. Стр. 189. и слѣд.

[2]) Lehrbuch § 44 стр. 176.

лицъ должно было бы исключать неправомѣрность дѣянія, направленнаго противъ даннаго блага, Листъ же признаетъ, что правопорядокъ знаетъ блага, значеніе коихъ простирается далѣе лица ихъ носителя, почему послѣднему не предоставляется право распоряженія ими [1]).

Такимъ образомъ понятіе носителя правового блага остается совершенно неопредѣленнымъ, ибо въ однихъ случаяхъ значеніе блага исчерпывается отношеніемъ его къ извѣстному лицу, которое именуется Листомъ его носителемъ, въ другихъ—это значеніе обусловливается еще чѣмъ то другимъ, такъ что рядомъ съ благами имѣющими носителя, ими распоряжающагося, существуютъ блага, такого носителя не имѣющія. Отсюда получатся или двойственность самого понятія „носителя", или существованіе благъ, вовсе не имѣющихъ носителя.

Поэтому приходится признать, что теорія Листа, неправильная въ своемъ основаніи, безсильна дать руководящую нить и при опредѣленіи понятія потерпѣвшаго.

Крайнею сложностью отличается ученіе объ объектѣ преступленія *Оппенгейма*, который различаетъ до 12 различныхъ объектовъ при каждомъ преступленіи [2]), въ томъ числѣ и потерпѣвшаго—das geschädigte Rechtssubject sei es ein Individuum oder der Stadt oder eine Korporation.

Къ сожалѣнію на подробномъ разсмотрѣніи этого, наиболѣе насъ интересующаго „объекта" Оппенгеймъ не останавливается и подвергаетъ детальному разсмотрѣнію лишь das Schutz-Object, das Handlungs-Object, das Definitions-Object, das räumliche Object.

Изъ этихъ объектовъ для нашей цѣли имѣетъ значеніе лишь Schutz-Object, подъ которымъ Оппенгеймъ разумѣетъ объекты, ради охраны которыхъ преступныя дѣянія обложены наказаніями. [3]) Такими объектами являются

---

[1]) Lehrbuch § 34 стр. 135.

[2]) Oppenheim „Die Objecte des Verbrechens" 1894, стр. 155.

[3]) Стр. 153. Schutz-Object, по утвержденію Оппенгейма, несомнѣнно составляетъ благо (Gut), но послѣднее понятіе является слишкомъ широкимъ, почему авторъ избѣгаетъ имъ оперировать—стр. 183.

состоянія, чувства, права и обязанности (Zustände, oder Gefühle, oder Rechte, oder Pflichten. Это положеніе Оппенгеймъ доказываетъ слѣдующимъ разсужденіемъ: каждое преступленіе нарушаетъ *правопорядокъ*, понимаемый какъ состояніе вещей, упорядоченное правомъ (rechtlich geordnete Zustand der Dinge). Какъ же возникаетъ правопорядокъ и каковы его составныя части? Разсмотрѣніе образа дѣйствія правотворящей силы (der rechtsetzenden Maht) при регулированіи жизненныхъ отношеній даетъ на это отвѣтъ. Регулированіе это внѣшнимъ образомъ производится путемъ установленія *правъ и обязанностей*. Права заключаютъ въ себѣ полномочія (Befugnisse), обязанности—соотвѣтствующія этимъ полномочіямъ ограниченія.

Но это регулированіе является внѣшнимъ. Права и обязанности установлены для удовлетворенія потребностей, для поддержанія и развитія благосостоянія индивида и общества (Gesammtheit). Дабы индивидъ могъ спокойно существовать и стремиться къ достиженію разнообразныхъ цѣлей, ему должны быть гарантированы съ одной стороны длительность (Bestand) извѣстныхъ *состояній*, съ другой извѣстныя *полномочія-права*. Эти состоянія, какъ жизнь, тѣлесная неприкосновенность, свобода и т. д. существуютъ ранѣе права, не сообщены человѣку правотворящей властью, а только защищены ею отъ посягательствъ. Напротивъ, полномочія индивидъ получаетъ отъ правотворящей власти, а не отъ природы. Напр., собственность и родительская власть, *какъ полномочія* (als Befugnisse), даны индивиду правотворящей властью. Фактически (thatsächlich) владѣть и распоряжаться вещью или животнымъ можетъ человѣкъ и не живущій подъ сѣнью правотворящей власти; точно также при тѣхъ же условіяхъ живущій отецъ можетъ проявлять въ отношеніи своего ребенка отцовскую власть, пока ребенокъ отъ нея не освобождается. Но полномочіями—правами собственность и отцовская власть дѣлаются лишь черезъ правотворящую силу. Состоянія, являющіяся объектомъ преступленія, суть или состоянія самого индивида, какъ напр., жизнь, тѣлесная неприкосновенность, свобода,—или состоянія тѣхъ объектовъ, въ сохраненіи которыхъ заинтересованъ индивидъ, какъ напр., неприкосновенность жилища (Hausfrieden), неприкосновенность корреспонденціи (Verschlossenheit von

Briefen). *Чувства*—также состоянія индивида, только это состоянія его внутренняго міра. Посягательства на чувства производятся путемъ совершенія извѣстныхъ дѣйствій надъ объектами, съ которыми связаны тѣ или иныя чувства индивида. Такъ напр., выставленіе безстыднаго изображенія посягаетъ на нравственное чувство индивида, богохульство—на религіозное чувство и пр. Также точно и посягательства на *права* обыкновенно совершаются путемъ извѣстныхъ дѣйствій надъ другими объектами, которые какъ бы служатъ *посредствующими* для этихъ правъ (als *Durchgangsobject* für jene Rechte dienen.)

Коррелатъ правъ составляютъ соотвѣтственныя имъ *обязанности*. Поэтому, параллельно нарушенію правъ всегда идетъ нарушеніе обязанностей. Но при этомъ права являются всегда главнымъ, а обязанности второстепеннымъ, ибо обязанности существуютъ ради правъ, а не наоборотъ. Однако, бываютъ случаи, въ которыхъ нарушенныя обязанности стоятъ для уголовнаго законодателя на первомъ мѣстѣ, такъ что именно эти обязанности должны быть признаны объектомъ охраны. Таковы случаи злоупотребленія довѣріемъ (§ 266 Герман. Уложенія).

Совершенно аналогичныя соображенія примѣнимы и къ государству. Послѣднему также должна быть гарантирована ненарушимость извѣстныхъ состояній и извѣстныхъ правъ. Нападенію могутъ подвергнуться различныя публичныя права государства и состоянія общаго характера, какъ напр., неприкосновенность денежнаго обращенія, точность документальныхъ доказательствъ. Наконецъ, государство такъ существенно заинтересовано въ извѣстныхъ состояніяхъ (напр. права состоянія извѣстнаго лица) и чувствахъ индивидовъ (напр., религіозное чувство вѣрующихъ), что посягательства на нихъ должны разсматриваться, какъ посягательства на само государство. [1])

Нарушеніе правъ выражается въ ихъ уничтоженіи, уменьшеніи ихъ стоимости, злоупотребленіи ими, въ нарушеніи возложенныхъ обязанностей, въ противодѣйствіи осуществленію правъ или ихъ узурпаціи.

---

[1]) l. c. стр. 184—192.

Нарушеніе обязанностей состоитъ въ совершеніи дѣйствій, которыя въ силу этихъ обязанностей не должны были быть совершены или должны были быть совершены иначе.

Состоянія нарушаются или полнымъ ихъ уничтоженіемъ, или поврежденіемъ, или стѣсненіемъ (напр., лишеніе жизни, повреждение здоровья, лишеніе свободы).

Чувства нарушаются (verletzt), когда возбуждается ощущеніе неудовольствія (Unlust) [1]).

Такова, въ краткомъ изложеніи, теорія Оппенгейма.

Первый упрекъ, который можно ей послать,—тотъ самый который авторъ ея посылаетъ Биндингу, [2])—заключается въ томъ, что она не указываетъ однороднаго объекта для всѣхъ преступленій. При однихъ это—права, при другихъ—обязанности, при третьихъ—состоянія, при четвертыхъ—чувства, т. е. вещи совершенно различныхъ порядковъ. Если бы ученіе это было правильнымъ, то намъ пришлось бы отказаться отъ единнаго понятія преступленія, ибо нельзя допустить, чтобы дѣянія, имѣющія столь различные объекты, принадлежали къ одному и тому же классу и чтобы не было существенной разницы между, напримѣръ, посягательствами на права и посягательствами на чувства. Напрасно однако стали бы мы искать въ ученіяхъ уголовнаго права послѣдствій этого различія, указаній на свойства, которыя были бы присущи первому разряду преступленій и чужды другому. Между тѣмъ, коренное различіе въ объектѣ, если бы оно существовало, не могло бы (разсуждая a priori) не оказать вліянія на конструкцію тѣхъ и другихъ преступленій.

Всматриваясь ближе въ указываемые Оппенгеймомъ объекты, мы все болѣе и болѣе убѣждаемся въ ихъ разнохарактерности, почему его утвержденіе, что всѣ они объединяются въ болѣе общемъ понятіи *правопорядка*, часть котораго они составляютъ, представляется очевидно невѣрнымъ. Если о правахъ и обязанностяхъ можно говорить, какъ о составныхъ частяхъ правопорядка, понимаемаго въ смыслѣ „состоянія вещей, упорядоченнаго правомъ“, то можно ли

---

[1]) l. c., стр. 203—204.

[2]) l. c , стр. 17.

утверждать то же самое о чувствахъ или иныхъ состояніяхъ? Если правопорядокъ сравнить съ сѣтью, петли которой составляютъ права и обязанности, то можно ли, не насилуя понятій, называть частями сѣти то, что захватывается ея петлями? Въ послѣднія же укладываются не только чувства и различныя состоянія, но и всевозможные интересы [1]) и все богатство жизни во всемъ разнообразіи ея явленій. Если же, напротивъ, считать правопорядкомъ, въ смыслѣ Оппенгейма, эту *ткань жизни*, то права и обязанности, приносимыя въ нее извнѣ „правотворящей силой“, а не природой, не составляютъ ея части.

Не удалось Оппенгейму также разграничить между собою различные объекты защиты и доказать, что кромѣ правъ и обязанностей преступленіе, какъ таковое, нарушаетъ что либо еще. Различіе между „состояніями“ и „правами“ Оппенгеймъ пытается установить, ссылаясь на то, что первыя, какъ, напр., жизнь, тѣлесная неприкосновенность, свобода, существовали ранѣе и независимо отъ права, вторыя же, какъ, напр., собственность, родительская власть, даны индивиду правомъ.

Но стоитъ пойти далѣе вслѣдъ за Оппенгеймомъ, какъ тотчасъ обнаруживается, что различіе это является мнимымъ, ибо онъ самъ не отрицаетъ, что и собственность, и родительская власть *фактически* существуютъ независимо отъ права, но изъ факта становятся правомъ лишь благодаря правотворящей власти [2]). Но также точно жизнь, честь и проч. существуютъ независимо отъ права лишь фактически, съ того же момента, какъ право ихъ беретъ подъ свою защиту, они становятся чѣмъ то большимъ, чѣмъ простыя состоянія, пріобрѣтаютъ извѣстную юридическую окраску, становятся правами. Почему же здѣсь юридическую окраску слѣдуетъ игнорировать, въ другомъ же случаѣ, какъ, напр., въ отношеніи собственности, родительской власти и проч., придавать ей превалирующее значеніе,—авторъ намъ

---

[1]) Оппенгеймъ (стр. 197) считаетъ, что интересы никогда не являются объектами защиты, а только мотивами послѣдней, т. не суть части правопорядка.

[2]) Стр. 185—186.

не объясняетъ. Быть можетъ, это объясненіе кроется въ томъ, что Оппенгеймъ характеризуетъ права, какъ полномочія (Befugnisse)?—Но насколько правильна такая характеристика и насколько она оправдываетъ исключеніе изъ числа правъ право на жизнь и проч., это мы увидимъ ниже, въ настоящій же моментъ входить въ детали этого вопроса не представляется необходимымъ, ибо разбираемый авторъ самъ на немъ не останавливается, и одно названіе правъ Befugnisse не служитъ достаточнымъ подкрѣпленіемъ его теоріи.

Свое ученіе Оппенгеймъ еще сравнительно успѣшно проводитъ въ примѣненіи къ преступленіямъ противъ частныхъ лицъ. Но когда онъ обращается къ преступленіямъ противъ государства, трудности становятся непреодолимы. Такъ какъ государству не представляется возможнымъ приписывать чувства, Оппенгейму приходится утверждать, что объектъ религіозныхъ преступленій, являющихся посягательствомъ *противъ государства*, суть *чувства вѣрующихъ*, въ неприкосновенности которыхъ государство живо заинтересовано [1]). Но вѣдь тогда выходитъ одно изъ двухъ: или объектомъ являются эти чувства—и тогда преступленіе это есть посягательство противъ вѣрующихъ, а не противъ государства; или оно есть посягательство противъ государства, но тогда объектомъ является „живой интересъ“ послѣдняго въ неприкосновенности этихъ чувствъ. Но и тотъ и другой выводъ не согласуются съ утвержденіями автора и обнаруживаютъ въ нихъ внутреннее противорѣчіе.

Вообще надо сказать, что эклектическая попытка Оппенгейма въ сферѣ ученія объ объектѣ, какъ и всѣ вообще эклектическія системы, не можетъ быть признана удачной. Нужно выбирать для преступленія или чисто юридическій, *формальный* объектъ—то, что жизненнымъ явленіямъ сообщено, что въ нихъ привнесено правомъ, или объектъ бытовой, *матеріальный*—то, что существовало и существуетъ независимо отъ права, будетъ ли это чувство, состояніе, благо, интересъ. Совмѣщеніе обѣихъ точекъ зрѣнія невоз-

---

[1]) Стр. 192.

можно, ибо онѣ исходятъ изъ противоположныхъ воззрѣній на самое существо права [1]).

---

[1]) Что касается русской литературы, то въ ней господствующей является теорія правового блага, при чемъ это понятіе весьма сближается съ понятіемъ правоохраненнаго интереса, защищаемаго нормой. Представителями этого воззрѣнія являются проф. Таганцевъ („Русское Уголовное Право“ 1902 г. т. I стр. 43—51), говорящій, что „посягательство на норму въ ея реальномъ бытіи есть *посягательство на правоохраненный интересъ жизни, на правовое благо*“, и проф. Сергѣевскій („Русское Уголовное Право“ 1900 г. стр. 230—231), признающій, что „возникаетъ какъ бы двойственность объекта преступныхъ дѣяній: во-первыхъ, въ качествѣ объекта представляется, ближайшимъ образомъ, непосредственный предметъ посягательства, и затѣмъ во-вторыхъ, отвлеченный интересъ всего общежитія, нарушаемый неисполненіемъ соотвѣтствующаго предписанія закона. Только соединеніе обоихъ моментовъ образуетъ понятіе объекта и, вмѣстѣ съ тѣмъ, обосновываетъ собою составъ преступнаго дѣянія: нарушеніе нормы невозможно безъ *посягательства на конкретные блага или интересы*; одно же посягательство на эти послѣднія, если за ними не стоитъ нарушеніе нормы закона, не будетъ преступнымъ“.

Представителемъ теоріи субъективнаго права въ нашей литературѣ является Спасовичъ (Учебникъ Уголовнаго Права 1863 г. стр. 84), опредѣляющій преступленіе какъ „противозаконное посягательство на *чье либо право*, столь существенное, что государство, считая это право однимъ изъ необходимыхъ условій общежитія, при недостаточности другихъ средствъ охранительныхъ, ограждаетъ ненарушимость его наказаніемъ“.

Полемизируя противъ этой теоріи, проф. Таганцевъ указываетъ на то, что она распространяетъ понятіе субъекта права на такія фиктивныя единенія, которыя не имѣютъ опредѣленной юридической структуры, какъ семья, церковь, и проч., и не признаются субъектами права въ сферѣ права гражданскаго, что она игнорируетъ норму, какъ основаніе, на которомъ покоится субъективное право и что, наконецъ, право не можетъ быть непосредственнымъ объектомъ посягательства, для котораго необходимъ опредѣленный матеріально или идеально существующій, правопроявляющій предметъ (l. c. стр. 45).

Однако, эти возраженія, правильныя по существу, въ дѣйствительности нисколько не подрываютъ теоріи субъективнаго права, по крайней мѣрѣ, въ той ея обрисовкѣ, которая дается авторомъ настоящаго изслѣдованія: объектомъ посягательства являются не только гражданскія, но и публичныя субъективныя права, которыя при извѣстныхъ соціальныхъ укладахъ принадлежатъ и церкви, и семьѣ и обществу, какъ совокупности индивидовъ изъ числа такъ или иначе опредѣляемаго круга лицъ (напр., когда вопросъ идетъ о правѣ собраній); посягательство на субъективное право не отдѣлимо отъ пося-

V.

Такимъ образомъ, обозрѣніе главныхъ теорій объекта преступленія приводитъ къ заключенію, что различныя возраженія, дѣлаемыя противъ теоріи субъективнаго права, при ближайшемъ ихъ разсмотрѣніи оказались мало убѣдительными и не выдерживающими критики; съ другой стороны тѣ теоріи, которыя противопоставлялись теоріи субъективнаго права—теорія правового блага и теорія интереса—оказались недостаточно обоснованными и не дающими правильнаго объясненія тѣмъ правовымъ явленіямъ, для которыхъ они должны дать научную конструкцію, а также неразрѣшающими тѣхъ вопросовъ, съ которыми наука и практика вправѣ были къ нимъ обращаться.

Но, конечно, указанныя соображенія могутъ служить лишь косвеннымъ и далеко не надежнымъ указаніемъ на правильность теоріи субъективнаго права. Такія отрицательныя указанія всегда оставляютъ мѣсто предположенію, что правильность теоріи субъективнаго права лишь потому остается неопровергнутой, что критики ея не оказались на должной высотѣ и не сумѣли найти аргументовъ, поражающихъ ее въ корнѣ, а съ другой стороны, неудача конкурирующихъ теорій не доказываетъ правильности защищаемой теоріи, ибо истина можетъ лежать тамъ, гдѣ ее еще никто не искалъ.

Поэтому, теорія субъективнаго права нуждается еще въ положительномъ обоснованіи, въ сведеніи ея основныхъ элементовъ къ такимъ положеніямъ, которыя признаются безспорными въ современной наукѣ права.

гательства на норму, но и наоборотъ; и теорія субъективнаго права не имѣетъ въ виду отрицать, что преступленіе есть посягательство на норму;—напротивъ, именно отъ этого положенія она и отправляется. Наконецъ, какъ правоохраненный интересъ, такъ и субъективное право могутъ сдѣлаться объектомъ посягательства только чрезъ какой либо конкретно существующій предметъ (Durchgangsobject) — похищаемую вещь при кражѣ, тѣло убиваемаго при лишеніи жизни и проч.,— и тѣмъ не менѣе объектомъ охраны (Schutzobject) въ юридическомъ смыслѣ является не этотъ конкретный предметъ, а нарушаемое черезъ него субъективное право, съ нашей точки зрѣнія,—правоохраненный интересъ жизни, съ точки зрѣнія проф. Таганцева.

За такое положеніе можетъ быть принято то, которое съ особой ясностью было выдвинуто Биндингомъ въ его изслѣдованіи „Die Normen und ihre Ubertretung“, именно, что всякое преступленіе нарушаетъ одну или нѣсколько нормъ (запретовъ или повелѣній). Исходя изъ этого положенія, нужно признать, что объектомъ преступленія прежде всего являются правовыя нормы, т. е. право въ объективномъ смыслѣ. Но это заключеніе, вѣрное само по себѣ, является недостаточнымъ, ибо оно не охватываетъ всего значенія нормъ, выдвигаетъ впередъ одну лишь ихъ сторону—объективность ихъ, обращеніе къ волѣ членовъ общежитія и исхожденія отъ власти, призванной нормировать отношенія послѣднихъ, и оставляетъ совершенно въ тѣни другую сторону—цѣль, которая при этомъ преслѣдуется этой властью. Въ такомъ одностороннемъ освѣщеніи ученіе о преступленіи, какъ о посягательствѣ на нормы (и притомъ на нормы, исходящія исключительно отъ государственной власти, что дѣйстви тельно имѣетъ мѣсто въ сферѣ современнаго оффиціальнаго положительнаго уголовнаго права [1]) приводитъ къ выводу, что объектомъ преступленія въ сущности является право государства на повиновеніе (Recht auf Botmässigkeit) и только одно оно. Но этимъ роль нормъ права, по остроумному сравненію Тона [2]), сводится къ роли Гесслеровой шляпы, призванной воспитывать въ гражданахъ привычку къ повиновенію независимо отъ того, какой цѣли служитъ это повиновеніе.

Предъ такимъ выводомъ изъ теоріи нормъ (вытекающимъ, впрочемъ, только изъ той ея обрисовки, которую далъ ей Биндингъ), какъ мы видѣли, отступилъ самъ ея создатель, ставшій искать кромѣ нормы еще другого объекта преступленія въ правовомъ благѣ. Но въ дѣйствительности слѣдовало искать отвѣта на вопросъ объ объектѣ преступленія не внѣ теоріи нормъ, а внутри ея, лишь полнѣе и глубже проанализировавъ самое понятіе нормы. Нормы требуютъ по-

---

[1]) О томъ, что область права не исчерпывается оффиціальными нормами, см. проф. Петражицкій „Что такое право“ Вѣстникъ Права 1899 г. № I стр. 30 и слѣд.

[2]) Thon. „Rechtsnorm und subjectives Rechts“ 1878 стр. 4

зиновенія не потому, чтобы оно составляло благо an und für sich, а потому, что лишь при помощи повиновенія нормамъ дѣлается возможнымъ мирное сосуществованіе членовъ общежитія. Но эта цѣль достигается не всякими нормами, которымъ повинуются, а нормами опредѣленнаго содержанія и опредѣленной структуры. И дѣйствительно, юридическая норма кромѣ своего отношенія къ государству, какъ творцу права, стоитъ въ сложномъ отношеніи къ тѣмъ, къ кому она обращается, почему кромѣ *отношенія нормы къ законодателю* необходимо имѣть въ виду *ея отношеніе къ подзаконнымъ.* Отношеніе это бываетъ *двояко:* на однихъ норма налагаетъ извѣстныя обязанности, положительныя или отрицательныя, другимъ сообщаетъ соотвѣтственныя права. Нарушеніе нормы, а, слѣдовательно, и совершеніе преступленія, возможно лишь со стороны того, къ кому норма обращается, на кого она налагаетъ ту или иную обязанность, и состоитъ оно именно въ нарушеніи этой обязанности. Но то, что является съ точки зрѣнія преступника нарушеніемъ его обязанности, то съ точки зрѣнія носителя соотвѣтствующаго права является нарушеніемъ его права.

Такимъ образомъ, каждое преступленіе является для преступника нарушеніемъ обязанности и для нѣкотораго другого лица (физическаго или юридическаго) нарушеніемъ его права. Отсюда прямой выводъ, что объектомъ *каждаго* преступленія является чье либо субъективное право [1]). Правильность этого положенія могла бы быть поколеблена лишь въ томъ случаѣ, если бы можно было доказать, что существуютъ нормы, устанавливающія обязанности безъ соотвѣтствующихъ правъ или же хотя съ соотвѣтствующими правами, но такими, которыя не имѣютъ субъекта [2]). Но такое утвержденіе, какъ мы думаемъ, доказано быть не можетъ.

[1]) Сходныя положенія, но безъ достаточно подробнаго обоснованія и развитія понятія субъективнаго права, высказываетъ Löning (Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht 1885 стр. 45), почему, по справедливому указанію Oppenheim'a (стр. 6—7), не представляется возможнымъ судить объ ихъ научномъ значеніи.

[2]) Петражицкій („Что такое право", Вѣстникъ Права 1899 г., стр. 13—21) называетъ это соотвѣтствіе обязанности чьему либо праву *аттрибутивной природой права,* отличающей его отъ нравственности, гдѣ нравственныя нормы создаютъ лишь обязанности безъ созданія

Не доказалъ его, по нашему мнѣнію, и Гольдъ фонъ Фернекъ, который, выяснивъ, какъ мы видѣли, коррелативность правъ и обязанностей вообще, совершенно неожиданно

соотвѣтственныхъ правъ, „авторитетно налагая бремя на одно лицо, ничѣмъ не надѣляя другихъ". Напротивъ „аттрибутивныя нормы имѣютъ двухсторонній характеръ, испускаютъ, такъ сказать, два луча, дѣйствуютъ двумя рукавами, одновременно налагая минусъ на одного и снабжая соотвѣтственнымъ плюсомъ другого" (стр. 20). Точно также Bierling („Iuristische Prinzipienlehre B. I. 1894 г. стр. 145, утверждаетъ, что каждой правовой нормѣ соотвѣтствуютъ на одной сторонѣ права, на другой — обязанности: *„alle Rechtsnormen drücken den Inhalt von Rechtsverhältnissen, d. h. Verhältnissen zwischen Berechtigten und Verpflichteten aus.* Und *überall* wo uns Rechtsverhältnisse entgegentreten, da lässt sich auch deren Inhalt — *die Korrelaten Rechtsansprüche und Rechtspflichten* in Gestalt von abstrakten Normen objectiviren und dem gemäss von einer Art „objectiven Rechtes sprechen" Наконецъ, Hold v. Ferneck „(Die Rechtswidrigkeit" B. I 1903 г. стр. 100) говоритъ: „Zudem kann das Recht schon deshalb von der Pflicht nicht lossgerissen werden, weil, wie dargethan, jede Pflicht vom Gesetzgeber um eines Interesses willen begründet wird. Übrigens erscheint es von vornherein ausgeschlossen, dass jemand ein Recht gegenüber einem Menschen—und andere Rechte giht es vermöge der Relationsnatur alles Rechtes nicht—haben sollte, wenn nicht irgend Jemand verpflichtet wäre. Für die formale Construction ist daher an dem Satze festzuhalten: *Recht und Pflicht stehen begriffsnothwendig einander gegenüber. Keine Pflicht ohne Recht, kein Recht ohne Pflicht*".

Еще дальше идетъ проф. Паліенко („Нормативный характеръ права и его отличительные признаки" 1905 г.), утверждающій, что „аттрибутивность свойственна вообще всѣмъ нормамъ долженствованія (а не одного только права), которыя опредѣляютъ наше отношеніе къ другимъ лицамъ" (стр. 36), ср. также стр. 28.

Впрочемъ, встрѣчаются и противорѣчащіе голоса, „Не всѣ отношенія частнаго права, говоритъ проф. Коркуновъ („Лекціи по общей теоріи права" изд. 5-е, 1898 г., стр. 141), могутъ быть объяснены, какъ послѣдствіе лишь признаннаго правопритязанія. Таковы, въ особенности, явленія пассивнаго дѣйствія права, какъ ихъ называетъ Іерингъ. Это тѣ случаи, *когда правообязанность существуетъ безъ соотвѣтствующаго ей правопритязанія.* Таковы, напр., обязанности, налагаемыя правомъ, для обезпеченія имѣющаго родиться ребенка" и проч. Но онъ же нѣсколько далѣе (стр. 142), какъ бы забывая о только что сказанномъ, говоритъ: *„Каждое юридическое отношеніе, какъ мы видѣли, слагается изъ права и обязанности.* Но и право, и юридическая обязанность не могутъ существовать сами по себѣ, они непремѣнно составляютъ принадлежность какого либо субъекта. Поэтому, *необходимымъ элементомъ каждаго юридическаго отношенія являются субъекты права и обя-*

для читателя пытается подорвать примѣнимость этого начала и вытекающихъ изъ него послѣдствій именно въ сферѣ уголовнаго права.

занности". Точно также и въ другомъ мѣстѣ (стр. 118) „Опредѣленныя юридическими нормами взаимныя отношенія людей слагаются изъ соотвѣтствующихъ другъ другу или другъ друга обусловливающихъ права и обязанности. Разграничивая сталкивающіеся интересы, юридическая норма, во-первыхъ, устанавливаетъ предѣлы, въ-которыхъ, данный интересъ можетъ быть осуществляемъ—это право; во вторыхъ устанавливаетъ въ отношеніи къ другому сталкивающемуся съ нимъ интересу соотвѣтственныя ограниченія—это обязанность. Отношеніе слагающееся изъ права и обязанности, и есть юридическое отношеніе". Болѣе принципіальной является точка зрѣнія Iellinek'a („System der subjectiven öffentlichen Rechte" 1892 г.), признающаго существованіе нормъ, не порождающихъ ни для государства, ни для отдѣльныхъ лицъ субъективныхъ правъ. „Allseitige Unterschung des Pflichtbegriffes- говоритъ онъ, führt auch zur Einsicht in *die Unhaltbarkeit der naturrechtli, chen Lehre, dass Recht und Pflicht unter allen Umständen Correlate, demnach jede Pflicht ein subjectives Recht begründet. Das Rechtspflicht, indem sie Rechtsgüter schützt, schützt auch den subjectiven Werth, der diesen Gütern zukommt, das Interesse. Allein das durch die Pflicht geschützte Interesse ist nicht nothwendig ein individuelles und es lassen sich Fälle anfweisen, in welchen das Gemeininteresse durch eine Pflicht des Gemeinwesens selbst geschützt ist. Hier wird nun häufig der Interessenschutz nicht so weit gehen können, um auch* rechtliche Forderung irgend einer Person und dem gemäss *ein subjectives Recht zu construiren.* Es ist logisch und factisch unmöglich, dass aus den Pflichten der obersten Staatsorgane gegen den Staat selbst irgend jemandem ein subjectives Recht entspränge; setzt die Verfassung Pflichten des Monarchen fest, co erwächst daraus Niemandem ein Recht Nicht den Unterthanen, denn ihnen diese Pflichten nicht gezollt (?), aber auch nicht dem Staat, der ausserhalb seiner Organe kein rechtliches Dasein führt und dem in solchem Falle daher das Organ mangelt, durch welches er als berechtigte Persönlichkeit zur Existenz kommen könnte" (стр. 185—186). Въ этихъ случаяхъ, по мнѣнію Еллинека, можно говорить лишь о „Reflexwirkungen des objectiven Rechts, а не о субективныхъ правахъ.

Однако, развиваемыя Еллинекомъ положенія не могутъ быть признаны правильными: источникомъ ихъ является признаніе лишь субъективныхъ правъ, принадлежащихъ индивидуально опредѣленнымъ физическимъ лицамъ, являющихся выраженія индивидуальныхъ интересовъ (Individualinteresse), или лицамъ юридическимъ, и игнорированіе *правъ, принадлежащихъ всѣмъ и каждому* или неопредѣленному кругу лицъ, и правъ, являющихся выраженіемъ общихъ интересовъ (Gemeininteresse). А между тѣмъ бываютъ случаи, когда такія права даже защищены искомъ (Popularklage). Такъ, Ihering упоминаетъ о пра-

Самъ Фернекъ признаетъ, что утвержденіе—не всякое преступленіе нарушаетъ какое либо субъективное право—пробиваетъ, повидимому. брешь въ принципѣ, въ силу котораго каждой обязанности должно соотвѣтствовать субъективное право, ибо нельзя сомнѣваться, что примѣнительно къ каждому преступленію существуетъ обязанность совершить предписанное или воздержаться отъ совершенія воспрещенаго. [1])

Дабы избѣгнуть этого, Фернекъ прибѣгаетъ къ методу раздѣленія (Trennungsmethode) и утверждаетъ, что уголовный законодатель часто устанавливаетъ нормы, представляющія лишь *позаимствованія изъ области морали и религіи.* Въ нихъ *нельзя видѣть правовыхъ нормъ въ строгомъ смыслѣ этого слова:* это только голоса религіи и морали, переложенные законодателемъ на музыку права. Ихъ поэтому нужно исключить

вѣ пользованія rebus publicis, называя это право въ (противоположность Individualrecht)—Gemein oder Gesammtrecht („Geist des Römischen Rechts" B. III стр. 346—350). Такъ, самъ Еллинекъ приводитъ практику Швейцарскаго Bundesgericht, а, предоставляющаго всѣмъ гражданамъ популярный искъ о признаніи недѣйствительными такихъ законодательныхъ актовъ, которые противорѣчатъ конституціи (стр. 68).

Впрочемъ, мы не отрицаемъ существованія, такъ называемыхъ, Reflexwirkungen des Rechts, отличныхъ отъ субъективныхъ правъ, но полагаемъ, что это понятіе имѣетъ гораздо болѣе тѣсный объемъ, чѣмъ ему приписывается Ihering'омъ (Jahrbücher fur Dogmatik X стр. 245 и слѣд.) и Iellineck'омъ („System" стр. 63 и слѣд). Подъ Reflexwirkungen должно разумѣть послѣдствія дѣйствія нормъ, которыя наступаютъ для лицъ, не являющихся ни активными, ни пассивными субъектами соотвѣтствующаго правоотношенія, но интересы которыхъ *фактически* зависятъ отъ соблюденія или нарушенія этихъ нормъ. Такимъ образомъ, рефлективное дѣйствіе объективнаго права имѣетъ мѣсто не тогда, когда оно не создаетъ субъективныхъ правъ, а наряду съ созданіемъ таковыхъ.

Еще болѣе расширяетъ категорію нормъ, не ограждающихъ ни частныхъ, ни публичныхъ субъективныхъ правъ, Thon („Rechtsnorm und subjectives Recht 1878" стр. 121—123) относящій сюда всѣ нормы, нарушеніе коихъ не влечетъ за собою никакихъ юридическихъ послѣдствій (leges imperfectae) или влечетъ послѣдствія, наступающія сами собой (leges perfectae). Но это объясняется его ученіемъ о субъективномъ правѣ, какъ исчерпываемомъ эвентуальнымъ притязаніемъ на наступленіе извѣстныхъ правовыхъ послѣдствій (гражданскимъ или публичнымъ искомъ).

[1]) Hold v. Ferneck l. c. ст. 145.

изъ сферы формальнаго разсмотрѣнія. Какъ разъ эти нормы и *суть тѣ, которыя не обосновываютъ субъективныхъ правъ.* Онѣ служатъ людямъ лишь *посредственно*, будучи призваны къ тому, чтобы возвышать авторитетъ права и черезъ это укрѣплять нормы, служащія непосредственно интересамъ людей. По той же причинѣ сюда должна быть отнесена и другая категорія нормъ чисто формальнаго характера, преслѣдующихъ, напримѣръ, цѣли организаціи: онѣ также лишь посредственно служатъ людскимъ цѣлямъ [1]).

Ясно однако, что попытка Фернека уклониться отъ послѣдствій, вытекающихъ изъ его собственной конструкціи нормы, обязанности и субъективнаго права, принимаемой и нами, должна считаться неудавшейся.—Откуда бы право ни черпало матеріалъ для своихъ нормъ, разъ оно имъ сообщило своеобразную правовую санкцію, характеръ общеобязательности, онѣ становятся правовыми нормами въ истинномъ значеніи этого слова, а не красивымъ лишь плащемъ, въ который драпируется право, чтобы считаться болѣе импозантнымъ, не чуждыми мотивами, произвольно вплетенными въ правовую симфонію. Особенно неудачнымъ является оспариваніе правового характера за нормами, вооруженными наиболѣе интенсивной изъ правовыхъ санкцій—угрозой уголовнаго наказанія въ случаѣ ихъ нарушенія. Чѣмъ оправдать такую санкцію, если согласиться съ Фернекомъ, что нарушеніе этихъ нормъ не посягаетъ непосредственно на людскіе интересы, а лишь на авторитетъ права, который косвенно поддерживается ненарушимостью этихъ нормъ?—Не значитъ ли это возвращаться къ тѣмъ порядкамъ въ сферѣ уголовной юстиціи, съ которыми боролись еще писатели эпохи просвѣщенія, ибо жертвы, приносимыя авторитету права, нисколько не лучше жертвъ, приносимыхъ авторитету религіи или морали?

Что касается формальныхъ нормъ, то онѣ и съ точки зрѣнія Фернека являются несомнѣнно правовыми, вопросъ же о томъ, насколько онѣ прямо или косвенно служатъ интересамъ людей, не имѣетъ значенія, ибо здѣсь между нормами можно установить цѣлую градацію, которая, ко-

---

[1]) H. v. Ferneck ibid., стр. 147—148.

нечно, не можетъ измѣнить выводовъ и обобщеній, касающихся *всей области права*. Къ тому же уголовная санкція, присвоенная этимъ формальнымъ нормамъ, указываетъ, что онѣ по степени нарушенія людскихъ интересовъ идутъ впереди другихъ нормъ, не имѣющихъ такой санкціи.

Сказаннымъ устраняется главное и единственное не лишенное убѣдительности возраженіе, которое дѣлалось противъ теоріи Фейербаха, что онъ самъ признавалъ, что при цѣломъ рядѣ преступленій (Vage Verbrechen und Polizei-Uebertretungen) нѣтъ субъективнаго права, ими нарушаемаго, ибо становится яснымъ, что и эти преступленія должны содержать нарушеніе извѣстныхъ субъективныхъ правъ и что Фейербахъ не сумѣлъ *лишь правильно* ихъ конструировать и открыть, каковы эти права.

VI.

Итакъ, доколѣ будетъ стоять непоколебимымъ положеніе, что безъ нарушенія нормъ невозможно ни одно преступленіе, долженъ признаваться и защищаемый нами тезисъ, что каждое преступленіе содержитъ въ себѣ посягательство на чье либо субъективное право.

Но самое понятіе субъективнаго права представляется въ высшей степени спорнымъ и въ литературѣ въ него вкладывается весьма различное содержаніе. Поэтому, необходимо нѣсколько остановиться на выясненіи этого понятія.

Проф. Гриммъ [1]), обозрѣвая различные попытки опредѣленія субъективнаго права, сдѣланныя въ литературѣ, сводитъ ихъ къ 4-мъ типамъ.

Первый изъ нихъ, представителемъ котораго является *Виндшейдъ*, видитъ въ субъективномъ правѣ дарованное объективнымъ правомъ господство воли даннаго лица. Отъ права отличается притязаніе, составляющее не видъ, а функцію права. Подъ притязаніемъ же Виндшейдъ разумѣетъ требованіе, которое управомоченное лицо въ силу признаннаго за нимъ права можетъ предъявить къ другому. Отличіе это особенно ярко сказывается въ вещныхъ правахъ, при

---

[1]) „Юридическое отношеніе и субъективное право“ Журн. Мин. Юстиціи 1897 г. № 5.

которыхъ непосредственнымъ объектомъ права является вещь, а непосредственнымъ содержаніемъ—господство надъ вещью, полномочіе же требовать нѣчто отъ другихъ является лишь послѣдствіемъ (Consequenz) права [1]). Возможность требовать что либо отъ другого при помощи иска, составляетъ въ свою очередь послѣдствіе притязанія, но не исчерпываетъ этого понятія.

Къ этой же категоріи должна быть отнесена и теорія самого *проф. Гримма* [2]), отличающаго отъ субъективнаго права притязанія. Лишь въ нетехническомъ смыслѣ, по его мнѣнію, можно называть субъективнымъ правомъ всякое формально признанное общественно цѣлесообразнымъ юридическое отношеніе, разсматриваемое съ точки зрѣнія субъекта отношенія. Въ этомъ смыслѣ субъективное право обнимаетъ какъ коренное отношеніе, такъ и вспомогательное. Такъ, напр. говорятъ, что собственникъ имѣетъ право пользоваться вещью, а также, что онъ имѣетъ право требовать выдачи вещи отъ владѣльца. Въ болѣе ограниченномъ смыслѣ *субъективное право* обозначаетъ лишь *коренное отношеніе*, въ противоположность *вспомогательнымъ* отношеніямъ, которыя называются *притязаніями*. Наконецъ, въ самомъ тѣсномъ смыслѣ субъективнымъ правомъ именуется коренное отношеніе, сосуществующее съ вспомогательнымъ отношеніемъ субъекта къ суду, дѣлающимъ возможнымъ предъявленіе иска.

Сюда же можетъ быть отнесено и ученіе нѣкоторыхъ новѣйшихъ процессуалистовъ, напр. *Гельвига*, [3]) который, основываясь на новомъ германскомъ уложеніи, указываетъ на то, что право (въ субъективномъ смыслѣ) есть ничто иное, какъ правовое отношеніе, разсматриваемое съ точки зрѣнія управомоченнаго. Правовое отношеніе можетъ со-

---

[1]) „Lehrbuch des Pandectenrechts" B. I §§ 37, 43—44, contra Hold v. Ferneck („Die Rechtswidrigkeit" B. I 1903 стр. 20), который говоритъ „Auch zwischen Personen und Sachen bestehen nicht Rechts beziehugen... Es giebt nur rechtsrelevante Beziehungen zu Sachen, die dann eben Objecte von Beziehungen zwischen Menschen sind. Die dinglichen und überhaupt die s. g. absoluten Rechte müssen erst in Beziehungen zwitschen Menschen aufgelöst werden"

[2]) Гриммъ l. c. стр. 12—13. Его же „Основы ученія о юридической сдѣлкѣ" т. I 1900 г. стр. 58, 69—74.

[3]) Hellwig „Anspruch und Klagrecht" 1900 г. стр. 3.

стоять въ отношеніи индивида къ тѣлесной вещи, къ нематерьяльнымъ благамъ, къ другимъ лицамъ и проч. [1]).

Отъ субъективнаго права Гельвигъ, повидимому, отличаетъ притязаніе (Anspruch); по крайней мѣрѣ въ правѣ собственности главнымъ (primär) онъ считаетъ положительное отношеніе и распоряженіе лица вещью, отрицательное же право послѣдняго на воздержаніе третьихъ лицъ отъ дѣйствій, мѣшающихъ таковому—второстепеннымъ [2]).

Притязанія имѣютъ предметомъ чье-либо дѣйствіе или упущеніе. Они возникаютъ одновременно съ соотвѣтствующимъ правомъ, а не являются послѣдствіемъ его нарушенія [3]). Притязаніе отличается отъ права иска (Klagrecht), являющагося отношеніемъ управомоченнаго къ суду [4]).

Вторую типичную попытку даетъ *Іеринъ*, опредѣляя право, какъ юридически защищенный интересъ, какъ юридическую обезпеченность пользованія [5]). Два момента образуютъ *собою* понятіе субъективнаго права: ***моментъ субстанціальный***, въ которомъ заключается практическая цѣль права—та польза, прибыль, выгода, которая должна быть предоставлена (gewährleistet) лицу, и ***моментъ формальный***, который относится къ первому, какъ средство къ цѣли, именно охрана права или искъ. Первый—это зерно права, второй—защищающая его скорлупа [6]).

Третье направленіе все содержаніе субъективнаго права сводитъ къ притязанію. Одинъ изъ его представителей *Тонъ* [7]) утверждаетъ, что субъективное право возникаетъ чрезъ предоставленіе эвентуальныхъ притязаній (durch die Verheissung eventueller Ansprüche) и состоитъ въ обезпеченности (Aussicht) такового. Притязаніе же, по мнѣнію Тона, заключается (если оставить въ сторонѣ случаи дозволеннаго самоуправства [8]) въ возможности приводить въ дѣйствіе тотъ государствен-

---

[1]) Ibid. 1—2
[2]) Ibid. стр. 4.
[3]) Ibid. стр. 6.
[4]) Ibid. стр. 145—146.
[5]) „Geist des Römischen Rechts“ т. III стр. 338.
[6]) стр. 327.
[7]) „Rechtsnorm und subjectives Recht“ 1878 стр. 218.
[8]) Ibid. стр. 224—225.

ный механизмъ (преимущественно суды), который призванъ оказывать правовую защиту (Rechtshülfe) [1]). Притязаніе, а съ нимъ и субъективное право, отличаются отъ простой охраны интересовъ (blossen Interessenschutz) тѣмъ, что правопорядокъ предоставляетъ въ этомъ случаѣ инициативѣ заинтересованнаго лица принужденіе (die Erzwingung ihrer Normen) и обѣщаетъ ему лишь свое содѣйствіе [2]). Такимъ образомъ, въ сущности Тонъ подъ притязаніемъ разумѣетъ право публичнаго или гражданскаго иска [3]), возникающее лишь послѣ того, какъ имѣло мѣсто нарушеніе нормы [4]).

Иной харктеръ имѣетъ теорія *Бирлинга,* [5]) который также *отождествляетъ понятіе субъективнаго права и притязанія* (Rechtsanspruch). Подъ послѣднимъ онъ понимаетъ не возможность судебнаго преслѣдованія, не actio, а нѣчто, имѣющее своимъ содержаніемъ одну или нѣсколько положительныхъ и притомъ самостоятельныхъ нормъ, а цѣлью извѣстное внѣшнее поведеніе человѣка въ отношеніи человѣка [6]). Субъективнымъ правомъ не можетъ считаться то, что просто дозволено (einfache Dürfen oder Erlaubtsein). Поэтому, напр., пользованіе вещью не составляетъ субъективнаго права, и главнымъ, съ юридической точни зрѣнія, является не пользованіе, а устраненіе другихъ отъ такового, хотя конечною цѣлью соотвѣтствующихъ нормъ и является обезпеченіе пользованія [7]). Тоже самое нужно сказать и о распоряженіи (rechtliches Können). Послѣднее не входитъ въ содержаніе субъективнаго права, хотя иногда является условіемъ возникновенія такового. Притязаніе есть интересъ, который право взяло подъ свою охрану: это интересъ, который по своей природѣ могъ сдѣлаться правомъ и сдѣлался такимъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ исключительнымъ содержаніемъ притязанія являются соотвѣтственныя нормы [8]).

---

[1]) Ibid. стр. 228.

[2]) Idid. стр. 218.

[3]) Если не считать возраженія и нѣкоторыхъ другихъ гораздо менѣе важныхъ способовъ защиты гражданскихъ правъ.

[4]) Стр. 250.

[5]) Bierling „Iuristiche Prinzipienlehre“ B. I, 1894.

[6]) l. c. стр. 161—162.

[7]) Стр. 163—165.

[8]) Стр. 167.

Къ тому же направленію должно быть отнесено и ученіе проф. *Петражицкаго.* [1]) Правоотношеніе, говоритъ онъ, есть та связь между двумя лицами, которая устанавливается юридическою нормою; иными словами: правоотношеніе есть связь между двумя лицами, состоящая въ томъ, что обязанность одного лица закрѣплена съ положительной стороны за другимъ лицомъ. ***Право или юридическое притязаніе*** есть правоотношеніе съ его активной, положительной стороны. Юридическая обязанность есть то же правоотношеніе съ его отрицательной, обременительной стороны. Изъ установленнаго понятія правоотношенія (права, юридической обязанности), слѣдуетъ, что оно не мыслимо безъ представленія о двухъ лицахъ; во-первыхъ, о томъ, къ которому обращена императивная функція правоотношенія (обязаннаго), во-вторыхъ, о томъ, къ которому обращена аттрибутивная функція правоотношенія (управомоченнаго). Эти субъекты и называются субъектами правоотношенія: субъектъ актива называется субъектомъ права, субъектъ пассива называется субъектомъ обязанности.

Къ этой же группѣ должна быть, наконецъ, отнесена и теорія *Гольдъ-фонъ-Фернека.* Такъ какъ всякое право, говоритъ Фернекъ, состоитъ непремѣнно въ отношеніяхъ между людьми и такъ какъ ***обязанность***, будучи установлена законодателемъ сознательно для того, чтобы согласно основной функціи права охранять интересы живущихъ вмѣстѣ людей, *всегда возлагается въ пользу извѣстнаго носителя интереса* (stets zu Gunsten eines bestimmten Interessenträgers auferlegt wird), то ***субъективное право*** можетъ быть опредѣлено какъ ***власть*** (Macht), которую осуществляетъ носитель интереса ***противъ*** *состоящаго съ нимъ въ отношеніи* (Beziehung), сопротивляющагося этой власти ***лица, дабы удержать его отъ нарушающаго*** его ***обязанность дѣйствія противъ этого интереса.*** Отсюда вытекаетъ правильность опредѣленія обязанности, какъ принужденія (Zwang). ***Обѣ стороны правоотношенія,—право и обязанность,***—стоятъ въ отношеніи другъ друга, какъ власть и принужденіе [2]). Право состоитъ изъ нормъ. Нормы создаютъ обязанности. Съ обязанностями одновременно, uno actu,

---

[1]) „Что такое право?“ Вѣстникъ Права 1899 г. кн. I стр. 22 и сл.

[2]) Hold v. Ferneck стр. 99.

возникаютъ права для тѣхъ носителей интересовъ, на пользу которымъ издаются нормы. Итакъ, *права ничто иное, какъ рефлексы обязанностей.* Создавая обязанности, право защищаетъ интересы и постольку (insoferne) создаетъ субъективныя права. Не права защищаются, какъ думаетъ Биндингъ, но ***права возникаютъ чрезъ защиту интересовъ.*** И не субъективное право создаетъ обязанность, не за правомъ слѣдуетъ обязанность, а напротивъ, чрезъ возложеніе обязанностей возникаютъ права. Пока не издана норма, налагающая обязанность (pflichtbegründende Norm), пока не возникла обязанность, не существуетъ и субъективнаго права [1]). Дѣйствіе, ставшее возможнымъ благодаря запретамъ (нормамъ), можетъ имѣть для дѣятеля величайшее практическое значеніе; право, конечно, создаетъ нормы (normiert), если оставить въ сторонѣ особые случаи, не только ради обязаннаго, но именно съ тою цѣлью, чтобы управомоченный могъ охранить свой интересъ; но пользованіе (Genuss) самымъ правомъ лежитъ за предѣлами права [2]). Правоотношеніе (ein Rechtsbeziehung) существуетъ, строго говоря, лишь постольку; поскольку объектъ права и корреспондирующей обязанности одинъ и тотъ же. Управомоченный, положимъ, имѣетъ право на то, чтобы обязанный передалъ ему извѣстный предметъ, на обязанномъ же лежитъ обязанность передать этотъ предметъ. Меркель конструируетъ это положеніе такъ: на обязанномъ лежитъ обязанность не мѣшать (nicht zu stören), управомоченный же имѣетъ въ отношеніи обязаннаго право пользоваться (das Recht zu geniessen). Въ дѣйствительности же управомоченный въ этомъ случаѣ имѣетъ право лишь на то, чтобы обязанный ему не мѣшалъ. *Онъ имѣетъ это право и тогда, когда онъ не хочетъ и не можетъ имъ пользоваться* (nicht geniessen will und nicht geniessen kann). Слѣдовательно *предоставляется не пользованіе, а возможность его безъ помѣхи* (nicht gestört werden) [3]).

Наконецъ, эклектическую попытку опредѣленія субъективнаго права даетъ **Еллинекъ** [4]). Онъ опредѣляетъ субъе-

---

[1]) Ibid стр. 110.
[2]) Ibid стр. 112.
[3]) Ibid стр. 114.
[4]) Iellinek „System der subjectiven öffenlichen Rechte". 1892 г.

ктивное право, какъ благо или интересъ, охраненный путемъ признанія господства надъ нимъ человѣческой воли. Не достаточно одной правовой охраны интереса. Всякая охрана общаго интереса (Gemeininteresses) охраняетъ неизбѣжно безчисленное множество интересовъ отдѣльныхъ лицъ (Einzeliteressen), не создавая однако субъективныхъ правъ. Только въ томъ случаѣ, если индивидуальная воля признается рѣшающей (massgebend) относительно существованія и объема интереса, послѣдній обращается въ субъективное право. Господство воли составляетъ формальный, благо или интересъ—матерьяльный элементъ субъективнаго права [1]). Право регулируетъ отношенія людей между собою и совершенно не заботится о дѣйствіяхъ ихъ, не касающихся этихъ отношеній. Поэтому не существуетъ права гулять или спать, поскольку эти дѣйствія не становятся въ отношеніе къ какой либо правовой обязанности. Съ этой точки зрѣнія человѣческія дѣйствія распадаются на юридически существенныя (relevante) и юридически безразличныя. Совокупность юридически существенныхъ, дозволенныхъ (gestatteten) дѣйствій образуетъ das rechtliche Dürfen. Этому послѣднему противополагается Еллинекомъ das rechtliche Können, обнимающее совокупность юридически существенныхъ, дарованныхъ (gewährter) правомъ способностей (Fähigkeiten). Всѣ опредѣленія, относящіяся къ дѣйствительности юридическихъ дѣйствій и сдѣлокъ, создаютъ даруемое правомъ rechtliches Können [2]).

Частное право всегда связано съ публично правовымъ притязаніемъ на признаніе и защиту; поэтому въ немъ всегда соединяется Dürfen и Können [3]). Функціи субъективнаго права проявляются въ требованіяхъ и дозволеніяхъ (im Fordern und Erlauben), обращенныхъ къ другимъ. Конкретное актуальное требованіе, обращенное къ опредѣленному лицу, вытекающее изъ субъективнаго права, называется притязаніемъ (Anspruch). Конкретное дозволеніе, данное управомоченнымъ индивидуально или общимъ образомъ опредѣленнымъ лицамъ, составляетъ всегда ограниченіе признан-

---

[1]) Стр. 42.
[2]) Стр. 44—45.
[3]) Стр. 48.

наго за нимъ правомъ господства воли (Willensmacht) и отчужденіе (Veräusserung) въ широкомъ смыслѣ слова. Притязаніе и отчужденіе притязанія (Anspruchsveräusserung) составляютъ двѣ функціи права, къ которымъ присоединяется, въ качествѣ третьей, прекращеніе или перенесеніе (Untergang oder Uebertragung) самаго права. Право всегда абстрактно-потенціально, притязаніе конкретно-актуально [1]). Das Dürfen проявляется въ юридической возможности предъявлять къ другимъ притязанія и распоряжаться правомъ и притязаніемъ. Пользованіе правомъ, поскольку оно не имѣетъ никакого отношенія къ другому лицу,—дѣйствіе юридически безразличное. *Возможность пользованія* составляетъ одну изъ великихъ цѣлей, которыя преслѣдуются правопорядкомъ ради индивида. Но эта *цѣль экономическаго и этическаго порядка, она лежитъ за предѣлами правопорядка*, какъ вообще конечная цѣль человѣческихъ дѣлъ (menschlicher Dinge) лежитъ за предѣлами таковыхъ [2]). Иное значеніе понятію субъективнаго права даетъ Еллинекъ въ области публичнаго права. Здѣсь это выраженіе, по его мнѣнію, слѣдуетъ понимать въ широкомъ смыслѣ, при которомъ оно обнимаетъ какъ притязаніе, такъ и лежащее въ его основѣ правоотношеніе. Правильнѣе здѣсь этимъ именемъ называть лишь притязаніе, ибо состояніе (Zustand), обосновывающее публично-правовое притязаніе, есть правоотношеніе, а не право (ist Rechtsverhältniss, nicht Recht) [3]).

Обзорѣніе вышеизложенныхъ попытокъ опредѣленія понятія субъективнаго права показываетъ, что между учеными въ этомъ отношеніи существуетъ разногласіе по цѣлому ряду пунктовъ, причемъ наиболѣе важнымъ, по крайней мѣрѣ для цѣлей нашего изслѣдованія, является разногласіе по вопросу о томъ, входитъ ли въ понятіе субъективнаго права *пользованіе* (Rechtsgenuss) и *распоряженіе* (Befugniss, das rechtliche Können) или нѣтъ. Ибо, если существо права составляетъ пользованіе и распоряженіе, то на-

---

[1]) Стр. 50—51.
[2]) Стр. 52.
[3]) Стр. 54.

рушеніе права мыслимо лишь въ формѣ присвоенія себѣ чужого пользованія или распоряженія съ одной стороны, и въ формѣ стѣсненія таковыхъ—съ другой.

Однако, доказать, что въ каждомъ преступленіи заключается то или другое — представляется невозможнымъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ должна быть признана неудавшеюся и вся попытка конструировать объектъ преступленія, какъ субъективное право.

Дѣйствительно, присвоеніе пользованія невозможно въ рядѣ случаевъ—въ отношенія правъ, непосредственно связанныхъ съ личностью. Нельзя напр., жить чужою жизнью, наслаждаться чужимъ здоровьемъ, свободою и проч. Что же касается распоряженія чужимъ правомъ, то оно возможно лишь въ исключительныхъ случаяхъ, ибо принципіально актъ распоряженія, исходящій не отъ лица управомоченнаго, является юридически ничтожнымъ и лишь по исключенію, въ интересахъ оборота и добросовѣстныхъ третьихъ лицъ, ему присваивается извѣстное юридическое значеніе (напр., отчужденіе воромъ бумаги на предъявителя и проч.).

Напротивъ, стѣсненіе чужого пользованія и распоряженія возможно въ отношеніи всѣхъ правъ, но здѣсь является трудность иного рода: какъ быть, если субъектъ права самъ не пользуется или даже не можетъ пользоваться по какимъ либо своимъ психическимъ или физическимъ особенностямъ [1]) тѣмъ благомъ или интересомъ, которое связано съ даннымъ правомъ?

Неужели въ этихъ случаяхъ невозможно посягательство на его право?

Такъ, напр., слѣпой не можетъ наслаждаться видомъ [2]) или пользоваться очками [3]) и потому ни въ какихъ дѣйствіяхъ нельзя видѣть стѣсненія его въ пользованіи этими объектами. Точно также простое нежеланіе пользоваться или

---

[1]) Бываютъ случаи и юридической невозможности пользованія для субъекта права: такъ, собственникъ не переставая быть таковымъ, не можетъ пользоваться вещью, находящеюся въ пожизненномъ владѣніи другого лица.

[2]) Примѣръ, взятый у Ihering „Geist“ III, стр. 329.

[3]) Тоже, стр. 321.

распоряжаться тѣмъ или инымъ благомъ дѣлаетъ невозможнымъ стѣсненіе пользованія или распоряженія, но тѣмъ не менѣе не исключаетъ возможности преступныхъ посягательствъ на соотвѣтствующіе объекты. Кража очковъ слѣпымъ у слѣпого будетъ все таки кражей, хотя бы ни собственникъ, ни воръ не желали распоряжаться этими очками, а пользоваться ими не могли. Слѣдовательно въ этомъ примѣрѣ или объектомъ кражи не является право собственности, или для послѣдняго не существенно, пользуется ли собственникъ вещью или нѣтъ, намѣренъ ли онъ ею распоряжаться или нѣтъ.

Изъ сказаннаго уже явствуетъ, что мы примыкаемъ къ той теоріи, которая считаетъ, что пользованіе и распоряженіе не входитъ въ составъ понятія субъективнаго права (Тонъ, Бирлингъ, проф. Петражицкій, Гольдъ фонъ-Фернекъ), и расходимся съ той теоріей, которая въ этомъ видитъ существо субъективнаго права (Виндшейдъ, Гриммъ, Hellwig[1]). Дѣйствительно, по нашему мнѣнію, субъективное право существуетъ и тогда, когда субъектъ не пользуется и не распоряжается вещью или инымъ объектомъ или даже не можетъ имъ пользоваться или распоряжаться [2]). Субъективное право существуетъ тогда, когда существуетъ чья либо (опредѣленнаго лица или неопредѣленнаго круга лицъ) обязанность совершить или не совершать извѣстныхъ дѣйствій въ отношеніи даннаго субъекта и содержаніемъ этой обязанности исчерпывается все содержаніе права [3]). Иначе говоря, субъективное право тождественно съ притязаніями,

---

[1]) Среднее положеніе занимаетъ Еллинекъ, полагающій, что пользованіе не входитъ, а распоряженіе (das rechtliche Können) входитъ въ составъ субъективнаго права.

[2]) Относительно пользованія мы говорили выше. Что же касается распоряженія, то такового не допускаютъ, такъ называемыя, неотчуждаемыя права (unveräusserliche Rechte), какъ то, жизнь, свобода и проч., даже въ минимальномъ размѣрѣ простого отказа отъ этихъ правъ (см. Bernet „Lehrbuch“, стр. 92—94, Thon, стр. 328); другія права, будучи принципіально отчуждаемы и допуская распоряженіе въ минимальной формѣ отказа, не допускаютъ такового въ формѣ перенесенія на другого, напр. право наслѣдованія.

[3]) Съ особенной ясностью это положеніе, какъ мы видѣли, выдвигаетъ Hold v. Ferneck стр. 110.

вытекающими изъ данной или данныхъ нормъ [1]). Оно, вопреки Еллинеку, не есть нѣчто абстрактно-потенціальное, а всегда конкретно-актуальное и не можетъ быть отождествленно съ тѣмъ, что проф. Гриммъ называетъ кореннымъ отношеніемъ субъекта къ объекту, а является скорѣе совокупностью тѣхъ отношеній, которыя онъ именуетъ вспомогательными. Такимъ образомъ возможность распоряженія не сопровождаетъ всякое субъективное право, а потому и не можетъ считаться необходимымъ его элементомъ. Болѣе того, считать распоряженіе составною частью права—значитъ, по мнѣнію Thon'a, допускать логическую несообразность. „Die Veräusserung, говоритъ онъ (стр. 327), seitens des Eigenthümers überträgt das Eigenthum; das letztere ist mithin das Object der Veraüsserung. Danach kann die Macht, die das Eigenthum überträgt, nicht ein Bestandtheil desselben sein: sie muss ausserhalb des Eigenthums liegen. Das, was übertragen ist, kann nicht zugleich dassein, was überträgt". Впрочемъ, этотъ доводъ является болѣе остроумнымъ, чѣмъ вѣрнымъ.

Но акты распоряженія (das rechtliche Können), не будучи актами осуществленія права,—въ отличіе отъ актовъ пользованія не суть дѣйствія безразличныя въ юридическомъ отношеніи. Напротивъ, они вмѣстѣ съ другими юридическими фактами порождаютъ извѣстныя права или ихъ прекращаютъ, т. е. являются условіемъ дѣйствія юридическихъ нормъ въ томъ или иномъ конкретномъ случаѣ [2]).

Но, отождествляя право съ притязаніемъ, мы спѣшимъ оговориться, что это послѣднее, вопреки Тону, не тождественно съ правомъ иска и не возникаетъ лишь съ момента нарушенія своей обязанности кѣмъ либо другимъ. Нѣтъ, по вѣрному замѣчанію Гельвига, оно существуетъ съ самаго начала, съ момента возникновенія соотвѣтствующаго юридическаго отношенія.

Такимъ образомъ, право—притязаніе существуетъ и тамъ, гдѣ законъ не даетъ ему никакой организованной за-

---

[1]) „Die Begriffsbestimung, говоритъ Hold v. Ferneck (ibid стр. 157) stellt dasjenige als subjectives Recht, was in der Literatur gemeiniglich als „Anspruch" bezeichnet wird, ein Wort das allerdings in verschiedenen Bedeutungen gebraucht zu werden pflegt".

[2]) Ср. Thon, l. c. 338—339.

щиты, гдѣ нѣтъ права иска ни частнаго, ни публичнаго (Klagrecht, Rechtsschutzanspruch).

Право иска есть самостоятельное право, отличное отъ того, которое имъ защищается. Оно является юридическимъ отношеніемъ истца къ государству, какъ носителю судебной власти, и, какъ таковое, всегда носитъ публичный характеръ, хотя бы защищаемое имъ отношеніе и было частно-правовымъ [1]). Содержаніемъ его является не дѣйствіе лица, обязаннаго въ первоначальномъ отношеніи (напр. должника), а дѣйствіе того или иного государственнаго (чаще всего судебнаго) органа, заключающееся въ постановленіи рѣшенія (Urtheilsanspruch), въ исполненіи этого рѣшенія (Vollstreckungsanspruch), и проч. [2]).

Субъективное право и право иска не только не тождественны, но и не связаны между собою какою либо неразрывною связью. Поэтому не правъ Тонъ, утверждающій, что субъективныя права суть лишь такія отношенія, которыя защищены искомъ, а что во всѣхъ остальныхъ случаяхъ можно говорить только о правовой защитѣ, о правѣ въ объективномъ смыслѣ, но не о субъективномъ правѣ (leges imperfectae) [3]).

Не правъ и Еллинекъ, утверждающій, что нѣкоторыя нормы создаютъ извѣстную защиту интересовъ (Interessenschutz), устанавливаютъ извѣстныя обязанности, но не идутъ такъ далеко, чтобы установить для кого либо субъективное право, которое все таки съ формальной стороны, по его мнѣнію, характеризуется правомъ иска (Rechtsschutzanspruch) [4]).

---

[1]) Iellinek. стр. 48, Hellwig стр. 145—146, Langheinecken „Der Urtheilsanspruch“ 1899 г., стр. 15--16, проф. Гордонъ „Иски о признаніи“, 1906 г., стр. 73 и слѣд., особенно 125—126.

[2]) Langheinecken, стр. 44—45.

[3]) См. Thon, стр. 121—123.

[4]) Впрочемъ, Еллинекъ самъ сознаетъ недостаточность формальнаго критерія и ищетъ критерія матерьяльнаго, но принужденъ сознаться въ его неудовлетворительности, ибо и при наличности его отличіе субъективныхъ правъ отъ „Reflex des objectiven Rechtes, kurzweg gegen die Reflexrechte, *ist ausserordentlich schwierig* wie immer, wo der Iurist der sicheren Handhabe des formalen Kriterium entbehrt“ (ст. 65—66). Этотъ матерьяльный критерій Еллинека заключается“ in der Constatirung eines von der Rechtsordnung ausdrücklich oder implicite anerkanten Individualinteresses“ (стр. 66.)

Отношеніе субъективнаго права къ праву иска двояко: съ одной стороны первое является понятіемъ родовымъ, а второе видовымъ, ибо право иска одно изъ публичныхъ субъективныхъ правъ,—таково ихъ логическое соотношеніе; съ другой стороны нарушеніе нѣкоторыхъ субъективныхъ правъ является условіемъ возникновенія права иска, т. е. другого субъективнаго права—таково ихъ реальное соотношеніе.

Субъективное право существуетъ постольку, поскольку существуетъ установленная юридической нормой соотвѣтствующая обязанность въ пользу извѣстнаго субъекта или ряда индивидуально неизвѣстныхъ, опредѣленныхъ лишь родовыми признаками субъектовъ. Нѣтъ надобности въ какихъ либо волевыхъ актахъ со стороны субъекта права,—почему таковымъ можетъ быть и лицо, не обладающее волей въ юридическомъ смыслѣ этого слова, т. е. лицо недѣеспособное [1]) и даже nasciturus. Но нѣтъ также надобности, чтобы субъектъ права былъ заинтересованъ въ выполненіи обязанности со стороны пассивнаго субъекта; хотя объективное право ставитъ себѣ цѣлью охрану интересовъ,—интересъ, какъ таковой, не входитъ въ составъ самаго права, а лежитъ внѣ его, составляетъ мотивъ и основаніе закона, но не его содержаніе, ибо законъ, въ отдѣльномъ случаѣ, не утрачивая своего существованія, можетъ и не имѣть дѣла съ реально существующимъ интересомъ. Такъ, мельница, предназначенная для того, чтобы перемалывать зерно, иногда приводится въ движеніе и тогда, когда ея амбаръ пустъ и на жернова не поступаетъ зерна—и все же она остается мельницей. [2]).

---

[1]) Ihering „Geist“ III стр. 320—321, Hold v. Ferneck 131.

[2]) Ihering (Geist III стр. 333) на этотъ счетъ выражается весьма уклончиво: „Nachdem wir nunmehr die Bedeutung des Interesses für das Recht *in Thesi* entwikelt haben, würde sich daran die Frage reihen müssen, *ob dasselbe Verhältniss, welches zwischen beiden Begriffen in abstracto gilt nämlich dass das Interesse der Zweck und die Voraussetzung des Rechts bildet, sich auch in Hypothesi wiederholen müsse*, so dass z. B. die bestellte Weggerechtigkeit nur dann zu Recht bestehe, wenn sie für den Berechtigten von nachweisbarem Interesse sei. Es scheint mir jedoch *passender, diese Frage zunächst auszusetzen*, um vorläufig in der Entwicklung des Rechtsbegriffes weiter fortzufahren“.

Изложенное воззрѣніе на право, опирающееся на новѣйшія работы Бирлинга, проф. Петражицкаго, Фернека, имѣетъ свои корни еще въ ученіи Іеринга, которое, впрочемъ, отличается извѣстной двойственностью. Какъ мы видѣли, Іерингъ различаетъ въ правѣ субстанціальный элементъ, составляющій практическую цѣль права,—именно пользованіе, и формальный, составляющій средство для достиженія этой цѣли—правовую защиту (Rechtsschutz). [1]).

Но если дѣйствительно пользованіе составляетъ только цѣль права, то нужно признать, что таковое лежитъ за предѣ-

---

Попытку парировать приведенныя возраженія дѣлаетъ Hold v. Ferneck (стр. 125—132), утверждающій, что законодатель охраняетъ нормами права не конкретные и субъективные, а абстрактные и объективные интересы. „Da auch der Gesetzgeber, говоритъ онъ, für die ganze Rechtsgemeinschaft, nicht für einzelne Menschen (Normen) erlässt legt er einen Durchschnitts masstab an. Er schützt daher auch die Interessen der Menschen nicht so, wie sie gerade im enzelnen Falle vorliegen, sondern wie er sie annemen muss, wenn er die ganze Gruppe in Betracht zieht". Но это изложеніе лишь доказываетъ, что защита интересовъ является *мотивомъ охраны*, а не интересъ объектомъ таковой. Создаваемое Фернекомъ понятіе „абстрактнаго объективнаго интереса" является и искусственнымъ и ненужнымъ. Поэтому нельзя съ нимъ согласиться что „Verbrechen ist' sonach, wie jede pflichtwidrige Handlung, Verletzung eines abstracten Interesses. Und subjectiv berechtigt sein heisst: Träger eines geschützten abstracten Durchsahnitts interesses sein". Здѣсь наблюдается у Фернека смѣщеніе абстрактной и конкретной точекъ зрѣнія, въ которомъ онъ нерѣдко упрекаетъ другихъ. Дѣйствительно, можно сказать, что преступленіе, взятое in abstracto, съ точки зрѣнія законодателя должно нарушать интересы (но конечно конкретные, а не абстрактные). Но утверждать,—что *конкретное* преступленіе (jede pflicht widrige Handlung—говоритъ Фернекъ) нарушаетъ абстрактный интересъ—это значитъ играть словами. Нѣтъ, конкретное преступленіе нарушаетъ всегда конкретное субъективное право, то же обстоятельство, что вмѣстѣ съ этимъ весьма часто нарушается и конкретный интересъ управомоченнаго субъекта, de lege lata—случайное обстоятельство. Впрочемъ, иногда самъ Фернекъ, какъ бы забывая о созданномъ имъ понятіи абстрактнаго интереса, выражается такъ, какъ будто онъ раздѣляетъ высказанныя нами положенія. Напримѣръ, мы находимъ у него такое мѣсто: „So verletzt derjenige, der Jemanden auf dringliches ernstes Verlangen tödtet, etwa einen schwer Verwundeten, der heftige Schmerzen leidet ohne dass die Möglichkeit einer Heilung bestünde, wohl *das subjective Recht, nicht aber das Interesse*, das durch das Recht geschützt werden sollte" (стр. 318).

[1]) Ihering „Geist" III стр. 327.

лами самого понятія права, гдѣ-то внѣ его, [1]) и тогда остается только формальный моментъ—правовая защита пользованія. И вотъ самъ Іерингъ видимо колеблется между двумя опредѣленіями права, то включая, то исключая моментъ пользованія, моментъ интереса, но оставляя неизмѣннымъ моментъ защиты. По крайней мѣрѣ въ другомъ мѣстѣ [2]) онъ опредѣляетъ право и какъ юридически защищенный интересъ, и какъ юридическую обезпеченность пользованія. Очевидно, что оба опредѣленія далеко не тождественны: первое дѣйствительно содержитъ субстанціальный моментъ въ видѣ интереса, составляющаго сущность права, второе его не содержитъ, сводя все къ юридической обезпеченности пользованія, причемъ достаточно такой обезпеченности, хотя бы самого пользованія въ дѣйствительности и не было. Колебанія Іеринга намъ станутъ понятны, если мы вспомнимъ, насколько узко онъ понималъ правовую охрану, отождествляя ее съ искомъ [3]). Выходитъ, такимъ образомъ, если держаться одного формальнаго момента, что разъ нѣтъ повода къ иску, право лишено всякаго реальнаго содержанія—и вотъ приходится искать это содержаніе въ пользованіи, въ интересѣ. Но стоитъ лишь расширить понятіе правовой охраны, разумѣя подъ таковою не искъ, а совокупность всѣхъ притязаній, которыя существуютъ и до возникновенія иска, [4]) какъ у права является постоянное содержаніе, совершенно независимое отъ пользованія. Эти притязанія имѣютъ цѣлью обезпеченіе пользованія, т. е. устраненіе препятствій къ тому со стороны другихъ членовъ правового общенія. Но отсюда еще нельзя дѣлать вывода, что въ содержаніе права входитъ реальная возможность пользованія, [5]) ибо правопорядокъ озабоченъ лишь юридической обзпеченностью пользованія,

---

[1]) Проф. Гриммъ (l. c. стр. 4 - 5) указываетъ на то, что нельзя право опредѣлять по цѣли, но, стоя на противоположной намъ точкѣ зрѣнія, онъ не исключаетъ пользованія изъ понятія права и старается доказать, что оно составляетъ не цѣль, а необходимое содержаніе права.

[2]) Ibid. стр. 338.

[3]) Стр. 327.

[4]) „Der Schutz des Interesses, говоритъ H. v. Ferneck (стр. 116) liegt in der *praevenierenden* Macht des Rechts".

[5] Гриммъ стр. 5.

но ему нѣтъ никакого дѣла до невозможности пользованія, проистекающей отъ дѣйствій, нормами не затрогиваемыхъ. Иначе, по остроумному замѣчанію Тона, пришлось бы признать, что государство обязано помочь неумѣлому ѣздоку объѣздить его лошадь [1]), ибо въ противномъ случаѣ собственникъ будетъ лишенъ возможности пользоваться своей вещью, т. е. право его будетъ нарушено и лишено защиты. Но, конечно, въ дѣйстительности это не такъ [2]).

Но, быть можетъ, такая концепція субъективнаго права, исчерпывающая его содержаніе совокупностью притязаній, будетъ признана слишкомъ формальной, не соотвѣтствующей всему разнообразію и богатству жизненныхъ отношеній. Это совершенно вѣрно, но именно такова природа права. Для права было бы ничѣмъ не оправдываемой претензіей желаніе служить primum movens для всѣхъ жизненныхъ проявленій или хотя бы такъ или иначе, но всегда примѣшивать къ нимъ свою субстанцію. Задача права гораздо скромнѣе. Оно лишь ставитъ извѣстныя перегородки, вводитъ въ извѣстныя рамки многообразныя жизненныя стремленія. Эти рамки являются необходимымъ стѣсненіемъ свободы отдѣльныхъ лицъ, необходимымъ, ибо свобода однихъ должна кончаться тамъ, гдѣ она переходитъ въ нарушеніе свободы другихъ, но все же стѣсненіемъ, которое должно практиковаться въ возможно меньшихъ дозахъ. Внутри этихъ рамокъ находятся области свободы, области юридически безразличныя, по своему объему и значенію далеко превосходящія тѣ перегородки, которыя отдѣляютъ эти области одну отъ другой. Неприкосновенность этихъ областей, свободная игра жизненныхъ силъ въ нихъ составляютъ цѣль существованія самихъ перегородокъ, но все же и области эти и развивающіяся въ нихъ явленія составляютъ нѣчто совершенно отличное отъ раздѣляющихъ ихъ граней.

---

[1]) Thon стр. 293.

[2]) Тонъ (стр. 293) справедливо говоритъ: „Die Rechtsordnung kümmert sich eben regelmässig um den Genuss der Güter nicht, weder um das Ob und um das Wie des Genusses. Ihre Aufgabe ist es, für den etwaigen Genuss die Hindernisse hinwegzuräumen, die andere Personen unbefugt demselben stellen“.

VII.

Итакъ, предшествующее изслѣдованіе привело насъ къ выводу, что объектомъ каждаго преступленія является *чье либо субективное право* (отдѣльнаго физическаго лица, организованнаго общенія лицъ или неопредѣленнаго круга индивидовъ), соотвѣтствующее той обязанности, которая возлагалась нарушенной преступленіемъ нормою на ея нарушителя. *Потерпѣвшими* же отъ преступленія являются ***тѣ субъекты, коимъ принадлежитъ нарушенное преступленіемъ субъективное право.***

Сказанное рѣшеніе вопроса въ практическихъ своихъ выводахъ большею частью совпадаетъ съ рѣшеніями, дававшимися предшествовавшими изслѣдователями, говорившими о непосредственно потерпѣвшемъ (unmittelbar Verletzte), о потерпѣвшемъ лично (lésion personnelle) и проч. [1]). Разница заключается лишь въ томъ, что мы пытались дать точную юридическую формулировку тому понятію, которое носилось и передъ умственнымъ взоромъ нашихъ предшественниковъ, но которое не было подвергнуто ими належащему анализу.

Преимущество нашей формулировки, думается намъ, заключается въ томъ, что она содержитъ указаніе и на тотъ методъ, при помощи котораго надлежитъ разрѣшать въ каждомъ конкретномъ случаѣ вопросъ о томъ, кто является потерпѣвшимъ отъ даннаго преступленія, въ то время, какъ вы-

---

[1]) Еще ближе къ выставленной нами формулѣ подходятъ Bar („Uber die rechtliche Natur des Strafantrags des Verletzten bei den so genannten Antragsdelicten" въ Archiv für das Preussische Strafrecht B. 19 стр. 648) и Hälschner (Das gemeine deutsche Strafrecht 1881 стр. 715), но и они не даютъ ей подробнаго обоснованія. Такъ Bar говоритъ „Auch die Frage, wer im einzelnen Falle der zum Antrage Berechtigte sei, ist aus dem oben angenommenen Prinzipe zu beantworten, falls das Gesetz darüber besondere Bestimmungen nicht trifft. Es kommt hier darauf an, festzustellen, welches dasjenige Rechtsinstitut ist, gegen das die Handlung des Verbrechers sich wesentlich richtet. *Wer im konkreten Falle in Bezung auf dieses Rechtsinstitut der Berechtigte ist, wird im Sinne des Strafgesetzes als Verletzte zu betrachten sein.*"

Hälschner учитъ: „Als allgemeine Regel wird viel mehr der Satz gelten müssen, dass es darauf ankommt, in Rücksicht auf die Natur des betreffenden Antragsdeliktes ***das Recht zu bestimmen, welches hier als das eigenthümliche Object des Angriffes zu betrachten ist und als Verletzten den anzusehen, der in Betreff eben dieses Rechtes als der Berechtigte erscheint.***"

ставлявшіяся раньше опредѣленія предоставляли это юридическому чутью изслѣдователя.

Дѣйстительно, логическая операція отысканія потерпѣвшаго отъ извѣстнаго преступнаго дѣянія должна заключаться въ слѣдующемъ: необходимо прежде всего выяснить себѣ, какая или какія нормы нарушены даннымъ дѣяніемъ, затѣмъ разложить эти нормы на вытекающія изъ нихъ обязанности и права и, наконецъ, опредѣлить, кто является субъектомъ этихъ правъ. Это и будетъ потерпѣвшій.

Конечно, и этотъ методъ не даетъ безошибочнаго средства для рѣшенія всѣхъ вопросовъ, ибо каждая изъ входящихъ въ него операцій представляетъ значительныя трудности, могущія сдѣлаться источникомъ ошибки въ окончательномъ результатѣ, несмотря на правильность самого метода. Но таково уже свойство всѣхъ, даже самыхъ точныхъ научныхъ методовъ: результатъ ихъ зависитъ не только отъ нихъ, но и отъ субъективныхъ свойствъ самого изслѣдователя, его дарованій и проч. Если даже въ астрономическія наблюденія приходится вносить поправки, вызываемыя субъективными свойствами наблюдателя, то тѣмъ болѣе возможны ошибки, совершенно независящія отъ правильности метода, въ такой области, какъ юридическій анализъ. Съ особой силой это обстоятельство должно быть подчеркнуто въ примѣненіи къ данной проблеммѣ, ибо отдѣльныя ея части—нахожденіе нормы, нарушаемой даннымъ преступленіемъ, выясненіе обязанности, которая устанавливается данной нормой, и лица, къ которому эта обязанность въ формѣ соотвѣтствующаго права прикрѣплена—все это весьма нелегкія задачи, далеко не получившія въ наукѣ окончательнаго рѣшенія относительно отдѣльныхъ преступленій [1]).

Но несмотря на всѣ указанныя трудности, намѣченный путь, по нашему убѣжденію, является единственно правильнымъ и ведущимъ къ цѣли—къ опредѣленію лица, которое въ томъ или иномъ случаѣ по смыслу закона [2]) должно быть признано потерпѣвшимъ.

---

[1]) Доказательства этой мысли см. у Binding „Handbuch“ стр. 617 и слѣд., онъ же „Die Normen“ B. II 1877 г. стр. 507—594.

[2]) Должно оговориться, что иногда законъ, устанавливающій тѣ или иныя права потерпѣвшаго, искусственно суживаетъ или расширяетъ

VIII.

Остается сказать нѣсколько словъ о тѣхъ теоріяхъ (Gneist, Liszt), которыя считаютъ понятіе потерпѣвшаго не поддающимся опредѣленію [1]) и противорѣчащимъ природѣ уголовнаго права. На чемъ въ сущности, основывается это ихъ утвержденіе?—Искючительно на трудности выяснить, кто является потерпѣвшимъ отъ того или иного дѣянія. Такъ, Гнейстъ спрашиваетъ, кто будетъ потерпѣвшимъ при убійствѣ—самъ убитый или его наслѣдники? Кто, при различныхъ видахъ подлоговъ или при различныхъ преступленіяхъ противъ нравственности и проч.?

Точно также и Листъ въ своей аргументаціи идетъ тѣмъ же путемъ. Онъ утверждаетъ, что при преступленіяхъ государственныхъ не можетъ быть рѣчи объ отдѣльныхъ потерпѣвшихъ въ своихъ частныхъ правахъ, что хотя и можно говорить о потерпѣвшихъ при деликтахъ, прямо направленныхъ противъ правовыхъ благъ отдѣльныхъ лицъ, какъ, напримѣръ, противъ чести, свободы здоровья, жизни и имущества, но уже при убійствѣ вопросъ становится сомнительнымъ. Если ограничивать понятіе потерпѣвшаго дѣяніями противъ благъ частныхъ лицъ, то законодателю придется установить оффиціальную систематику особенной части матерьяльнаго уголовнаго права, дабы дать руководство практикѣ, ибо иначе споръ, ведущійся между теоретиками о систематическомъ положеніи отдѣльныхъ преступленій, будетъ перенесенъ въ судебныя залы и сдѣлается источникомъ многочисленныхъ контроверзъ. Еще труднѣе вопросъ относительно дѣяній, направленныхъ противъ общества (gegen die Grundlagen des Gemeinwesens gerichteten Delikte). Кто

это догматическое понятіе потерпѣвшаго. Очевидно, что для выясненія лица управомоченнаго въ такихъ случаяхъ, кромѣ указаннаго догматическаго анализа, нужно имѣть въ виду положительныя опредѣленія соотвѣтственныхъ законовъ процессуальныхъ или матерьяльныхъ. Ср. Köhler „Die Lehre vom Strafantrag“ 1899 стр. 39—41.

[1]) Такъ Gneist („Vier Fragen zur deutschen Prozessordnung“ 1874 г.) говоритъ: „Die Verfasser (проекта германскаго устава уг. суд.) haben unverkennbar bei schärfsten Prüfung erkannt, dass das Begriff des „Verletzten“ der Natur des Strafrechts widerspricht und niemals juristisch zu begrenzen ist“ (стр. 47).

является потерпѣвшимъ отъ прелюбодѣянія, отъ подлога, отъ поддѣлки монеты?—всѣ эти неразрѣшимые, по мнѣнію Листа, вопросы приводятъ его къ заключенію, что понятіе *потерпѣвшаго*—неясное понятіе, ведущее къ половинчатости и непослѣдовательности [1]).

Отсюда и Гнейстъ и Листъ приходятъ къ выводу, что понятіе потерпѣвшаго имѣетъ подъ собой прочный базисъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда подъ нимъ разумѣютъ потерпѣвшаго имущественный ущербъ, лицо, понесшее оцѣнимые на деньги убытки.

Обращаясь къ разбору этого мнѣнія, нужно сказать, что трудности, ими указываемыя, существуютъ не въ одной проблеммѣ о потерпѣвшемъ и тѣмъ не менѣе не ведутъ къ упраздненію тѣхъ или иныхъ проблеммъ уголовнаго права. Для разрѣшенія цѣлаго ряда вопросовъ (напримѣръ вопроса о составѣ умысла) является существеннымъ опредѣлить, что должно считаться объектомъ того или иного преступленія и встрѣчающіяся при этомъ затрудненія должны быть bon gré mal gré преодолѣваемы наукой права, ибо закрыть глаза на соотвѣтственный вопросъ или признать его неразрѣшимымъ, не значитъ еще избавиться отъ него. Листъ самъ упоминаетъ о значеніи для вопроса о потерпѣвшемъ систематики особенной части уголовнаго права, которая, однако, является весьма мало выясненной и весьма спорной. Пусть законодателю удастся упразднить понятіе потерпѣвшаго въ уголовномъ правѣ. Неужели же наука поэтому откажется отъ систематизаціи своего матеріала, неужели она не будетъ стремиться выработать систематику уголовныхъ преступленій? А если нѣтъ, то почему же заранѣе складывать оружіе и признавать себя побѣжденнымъ въ области, составляющей лишь часть всего поля сраженія, которое все равно очистить цѣликомъ не представляется возможнымъ.

Итакъ, по нашему мнѣнію, понятіе потерпѣвшаго слѣдуетъ признать не *неяснымъ* по существу, а лишь *невыясненнымъ*, не противорѣчащимъ природѣ уголовнаго права, а напротивъ, съ необходимостью, изъ нея вытекающимъ.

---

[1]) „Die Privatklage des Verletzten eine unklare Gedanke ist, die zu Halbheiten und Incosequenzen führen muss“ „Die Privatklage in Oesterreich“ въ Gerichtssaal B. 29, стр. 189—192.

По мѣрѣ того, какъ наука будетъ своимъ анализомъ все глубже и глубже проникать въ природу отдѣльныхъ преступленій, вопросы, которые ставятъ въ качествѣ неразрѣшимыхъ Гнейстъ и Листъ, будутъ получать естественно и неизбѣжно свое разрѣшеніе. Отказаться напередъ отъ этой попытки—значитъ добровольно сузить свой кругозоръ въ сферѣ изслѣдованій по особенной части уголовнаго права.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Жалоба потерпѣвшаго при преступленіяхъ неоффиціальныхъ въ положительномъ правѣ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Римское право.

Въ римскомъ правѣ первые зачатки неоффиціальныхъ преступленій появляются лишь въ императорскій періодъ. При этомъ постановленія, опредѣляющія особенности въ порядкѣ преслѣдованія извѣстныхъ дѣяній, подчасъ отличаются такой неопредѣленностью и непослѣдовательностью, что не представляется возможнымъ сразу сказать, имѣемъ ли мы дѣло съ нормами, ставящими возбужденіе преслѣдованія въ зависимость отъ воли потерпѣвшаго ради его частныхъ интересовъ, или съ постановленіями, преслѣдующими какія-либо иныя цѣли.

Съ этой точки зрѣнія изъ числа преступленій, предусматриваемыхъ правомъ этой эпохи, требуютъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія въ отношеніи порядка преслѣдованія прелюбодѣяніе, похищеніе женщинъ, изнасилованіе, семейная кража, подмѣнъ ребенка (suppositio partus) и обида, тѣмъ болѣе, что въ позднѣйшихъ законодательствахъ этимъ дѣяніямъ ранѣе всего стали придаваться свойства неоффиціальныхъ.

До Августа *прелюбодѣяніе* (adulterium) [1]) подлежало исключительно суду домовладыки и коллегіи понтифексовъ.

---

[1]) См. Wächter „Abhandlungen aus dem Strafrechte“ 1835 г., стр. 102—122. Rein—„Das Criminalrecht der Römer“ 1844 г., стр. 835—863. Mommsen—„Römisches Strafrecht“, стр. 688—701.

Кромѣ того здѣсь въ широкихъ предѣлахъ сохранилось право частной мести и дѣйствовалъ надзоръ цензоровъ. Впервые lex Iulia de adulteriis coercendis (736 а. и. 18 а. С.) [1]), являющаяся одною изъ мѣръ, предпринятыхъ въ царствованіе Августа съ цѣлью борьбы противъ все болѣе распространявшагося въ римскомъ обществѣ безбрачія, обратила прелюбодѣяніе въ crimen publicum [2]), караемое relegatio in insulam.

Но законъ этотъ, обращая прелюбодѣяніе въ crimen publicum, не дѣлаетъ его одновременно преступленіемъ неоффиціальнымъ [3]). Онъ вводитъ лишь нѣкоторыя ограниченія права преслѣдованія для постороннихъ и нѣкоторыя преимущества для мужа и отца женщины, виновной въ прелюбодѣяніи (accusatio jure mariti et jure patris) [4]). Это особенно наглядно видно изъ того, что разводъ съ женой, бывшій условіемъ возможности преслѣдованія со стороны третьихъ лицъ, составлялъ не право, а обязанность мужа, если онъ только зналъ о прелюбодѣяніи жены. Обязанность эта нашла даже уголовную санкцію въ видѣ преслѣдованія за сводничество (lenocinium), имѣвшее мѣсто не только тогда, когда мужъ побуждалъ жену къ разврату, извлекая изъ него для себя выгоды, или ему способствовалъ, но и тогда, когда

---

[1]) Mommsen, стр. 691. Rein указываетъ 737/17 годъ.

[2]) До этого, по утвержденію Mommsen'a (стр. 690), мужу и отцу прелюбодѣйки предоставлялось противъ обольстителя лишь actio injuriarium въ гражданскомъ порядкѣ.

[3]) Mommsen (стр. 696) говоритъ, что „Das Recht die Klage anzustellen erstreckt sich bei der Keuschheitsverletzung nach der Augustinischen Ordnung im Allgemeinen so weit, wie es in dem Quästionenverfahren überhaupt reicht", а Gothofredus („Codex Theodosianus" 1738 г. t. III стр. 63) утверждаетъ, что „ex lege Iulia accusatio publica erat".

[4]) Напр., предпочтеніе, оказываемое имъ въ качествѣ обвинителей предъ посторонними, которые въ теченіе 60 дней отъ состоявшагося развода вовсе не допускались къ возбужденію преслѣдованія, развѣ бы мужъ и отецъ категорически отъ него отказались до истеченія этого срока. Послѣ же прекращенія брака, напр. смертью мужа, ограниченія посторонныхъ въ правѣ преслѣдованія падали сами собою, но второй бракъ опять вызывалъ эти ограниченія, хотя и нѣсколько въ иномъ видѣ. D. 48, 5, 14, 2. D. 48, 5, 4, 1. D. 48, 5, 15, 5. D. 48, 5, 19, 3. D. 48, 5, 5. D. 48, 5, 15, 8. Rein, стр. 845.

прелюбодѣяніе было застигнуто мужемъ in flagranti и тѣмъ не менѣе онъ съ женою не развелся [1]). Разводъ же имѣлъ своимъ результатомъ право преслѣдованія прелюбодѣянія посторонними, съ сохраненіемъ, какъ было упомянуто выше, нѣкоторыхъ привиллегій для мужа и отца прелюбодѣйки. Такимъ образомъ отсутствіе жалобы со стороны мужа и оставленіе имъ у себя прелюбодѣйной жены имѣло результатомъ не невозможность ея преслѣдованія, а лишь возбужденіе преюдиціальнаго вопроса о его виновности въ lenocinium'ѣ [2]).

Впрочемъ, обязанность преслѣдовать жену за прелюбодѣяніе ложилась на мужа, повидимому, только въ томъ случаѣ, если онъ заставалъ прелюбодѣевъ in flagranti. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда о развратномъ поведеніи жены онъ освѣдомлялся изъ другихъ источниковъ, онъ могъ съ нею не разводиться, не рискуя навлечь на себя преслѣдованіе за linocinium и этимъ самымъ пресѣкая и для другихъ возможность преслѣдованія жены за adulterium [3]).

Эти постановленія, не сообщая прелюбодѣянію характеръ преступленія неоффиціальнаго, все же до извѣстной степени преслѣдовали цѣль—гарантировать спокойствіе брака, хотя бы отъ легкомысленнаго вторженія третьихъ лицъ, которые должны были сначала въ другомъ преюдиціальномъ процессѣ доказать основательность своего обвиненія. Такое

---

[1]) Mariti lenocinium lex coercuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque demisit. Debuit enim uxori quoque irasci, quae matrimonium ejus violavit; tunc autem puniendus est maritus, quum excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patientiam praetextu incredibalitate... D. 48, 5, 29 pr. Wächter, стр. 106, Mommsen—стр. 700, Rein, стр. 881—882.

[2]) Constante matrimonio ab eo, qui extra maritum ad accusationem admittitur accusari mulier adulterii non potest: Probatam enim a marito uxorem et quiestiens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, *nisi prius lenocinii maritum accusaverit.* D 48, 5, 26 pr.

[3]) D. 48, 5, 2, 3. C. I, 9, 9, 2. Wächter (стр. 106) указываетъ еще одинъ случай, когда разводъ для мужа обязателенъ: это когда жена осуждена уже за прелюбодѣяніе. Однако, непонятно, когда этотъ случай можетъ имѣть мѣсто, ибо и мужья, равно какъ и посторонніе, могли возбудить преслѣдованіе не ранѣе состоявшагося развода, см. C. I. 9, 9, 11.

же значеніе имѣетъ и то постановленіе, въ силу котораго нельзя было обвинить женщину, вступившую въ новый бракъ, въ прелюбодѣяніи, совершенномъ въ первомъ бракѣ, ранѣе осужденія за это прелюбодѣяніе ея соучастника [1]). Но, конечно, эти постановленія лишь въ слабой степени достигали намѣченной цѣли, ибо и прюдиціальный процессъ въ достаточной мѣрѣ нарушалъ спокойствіе брака.

Характеръ настоящаго неоффиціальнаго преступленія прелюбодѣяніе получаетъ лишь ко времени Константина [2]), который, усиливъ подъ вліяніемъ христіанскихъ религіозныхъ воззрѣній наказаніе для соучастника прелюбодѣянія (gladium), ограничилъ кругъ лицъ, имѣющихъ право возбужденія преслѣдованія, дабы охранить брачную жизнь отъ вмѣшательства постороннихъ. Именно, право жалобы кромѣ мужа онъ предоставилъ лишь ближайшимъ родственникамъ-мужчинамъ прелюбодѣйной жены—отцу, брату, дядѣ [3]). Это постановленіе, очевидно, должно было парализовать въ значительной степени постановленія о lenocinium мужа, по крайней мѣрѣ, если оно выразилось въ одномъ нежеланіи преслѣдовать жену за прелюбодѣяніе, ибо преслѣдованіе жены за прелюбодѣяніе составляло право, а не обязанность мужа и означенныхъ въ законѣ родственниковъ. Иное тол-

---

[1]) D. 48, 5, 5. См. Абрашкевичъ. „Прелюбодѣяніе съ точки арѣнія уголовнаго права“ 1904 г. Стр. 78 и слѣд.

[2]) Gothofredus (l. c. стр. 63) говоритъ: „ex his jam apparet, adulterii crimen a Constantino M. publicorum criminum numero non ideo expunctum fuisse... verum *publicam* tantum ejus *accusationem sublatam*“, оттѣняя такимъ образомъ различіе между delictum privatum и неоффиціальнымъ преступленіемъ.

[3]) Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur, tamen, *ne volentibus temere liceat foedare connubia, proximis necessariisque personis soluu modo placet deferri copiam accusandi*, hoc est patri, fratri, nec non patruo et avunculo, quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed et his personis legem imponimus ut crimen abolitione, si voluerint, compescant. C. Iust. 9, 9, 30. Впрочемъ, относительно того, какъ долженъ быть очерченъ кругъ родственниковъ, допускаемыхъ къ преслѣдованію по законодательству Константина, существуютъ большія сомнѣнія въ виду различнаго ихъ опредѣленія въ цитированномъ мѣстѣ Юстиніанова кодекса и въ кодексѣ Ѳеодосія (C. Th. 9, 7, 2), см. Wächter, стр. 118, 119.

кованіе совершенно не мирилось бы съ тѣмъ постановленіемъ закона, что обвинителю предоставлено было во всякомъ положеніи процесса прекратить дѣло, помирившись съ женою [1]), что ранѣе было категорически запрещено [2]). А разъ преслѣдованіе составляло право, а не обязанность, непользованіе имъ не могло влечь наказанія. Преслѣдованіе за lenocinium было бы несовмѣстимо также съ разрѣшеніемъ закона ex suspicione ream conjugem facere... vel eam si tantum suspiciatur penes se detinere [3]). Впрочемъ, слова „si tantum suspiciatur“ какъ бы указываютъ на то, что если прелюбодѣяніе для мужа было очевидно, а не подозрѣвалось только имъ, если онъ прелюбодѣевъ засталъ на мѣстѣ преступленія, то оставить у себя жену онъ не имѣлъ уже права, но этимъ еще не разрѣшался вопросъ объ отвѣтственности его за lenocinium, въ случаѣ нарушенія сказаннаго закона.

Вопросъ этотъ получаетъ окончательное рѣшеніе въ законодательствѣ Юстиніана [4]), который, замѣнивъ для прелюбодѣйной жены релегацію заключеніемъ въ монастырь и постановивъ, что осужденіе за прелюбодѣяніе должно предшествовать разводу, а не наоборотъ, разрѣшилъ мужу мириться съ женой не только въ теченіе процесса, но и послѣ постановленія приговора въ теченіе двухъ лѣтъ. Ясно, что послѣ приговора не могло уже быть рѣчи объ однихъ сомнѣніяхъ для мужа. Фактъ прелюбодѣянія для него, какъ и при застигнутомъ преступленіи, былъ внѣ сомнѣній, и тѣмъ не менѣе онъ, не подвергаясь преслѣдованію за lenocinium, могъ возвратить жену къ себѣ въ домъ. Очевидно, что примиреніе съ женой до возбужденія преслѣдованія, хотя бы и въ случаѣ flagrant délit, составляло нѣчто

---

[1]) C. I. 2, 4, 18. C. I. 9, 9, 30.

[2]) C. I. 9, 9, 10. По мнѣнію Моммсена случаи такого примиренія квалифицировались parbe, какъ lenocinium.

[3]) C. I. 9, 9, 30.

[4]) Nov 134 cap. 10: Et si intra biennium recipere eam (прелюбодѣйку жену, находящуюся въ монастырѣ) vir voluerit, damus ei potestatem id faciendi et cum ea cohabitandi, ita ut *nullum periculum inde metuat*, nec matrimonium per ea, quae medio tempore facta sunt, laedatur. Nov 117 cap. 8 § 7 cp. Wächter Abh. стр. 120—121.

меньшее, не могущее считаться преступнымъ при непреступности примиренія послѣ приговора.

Итакъ, въ порядкѣ преслѣдованія прелюбодѣянія, какъ онъ установился ко времени императора Юстиніана, мы находимъ слѣдующія особенности, позволяющія признать это преступленіе неоффиціальнымъ: право преслѣдованія принадлежитъ только мужу и родственникамъ, перечисленнымъ въ законѣ, quos verus dolor ad accusationem impellit [1]). Посторонніе къ преслѣдованію не допускаются (Extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus [2]), обвинителю (если это мужъ осужденной) разрѣшается послѣ возбужденія преслѣдованія [3]) и даже послѣ начала отбытія наказанія [4]) примириться съ прелюбодѣйной женой и прекратить преслѣдованіе или даже отбытіе наказанія. Цѣль закона при установленіи монополіи обвиненія для мужа и родственниковъ — охрана спокойствія брака (ne volentibus temere liceat foedare connubia [5]).

Слѣдующее преступленіе, порядокъ преслѣдованія котораго возбуждалъ сомнѣнія—*похищеніе женщинъ* (Entführung). Ближайшее разсмотрѣніе относящихся сюда постановленій приводитъ къ заключенію, что оно по римскому праву не принадлежало къ числу неоффиціальныхъ.

Одинъ изъ видовъ этого преступленія, именно похищеніе противъ воли похищенной, при позднѣйшихъ императорахъ подводился подъ lex Iulia de vi [6]) (изданный въ диктатуру Цезаря), хотя повидимому не обнимался первоначальнымъ содержаніемъ этого закона [7]). Несомнѣнно только, что рескриптомъ Діоклетіана было предписано преслѣдовать похищеніе на основаніи lex Iulia, но остается недостаточно выясненнымъ, не имѣло ли мѣсто такое преслѣдованіе и при предшественникахъ Діоклетіана. Во всякомъ случаѣ

---

[1]) C. I. 9, 9, 30.
[2]) Ibid.
[3]) Ibid.
[4]) Nov. 134 cap. 10.
[5]) C. I. 9, 9, 30.
[6]) Mommsen стр. 664—665.
[7]) Rein. стр. 393.

возбужденіе преслѣдованія при этомъ видѣ похищенія, какъ и вообще при другихъ случуяхъ vis, принадлежало не только близкимъ похищенной, но и постороннимъ (extraneis) [1]).

Похищеніе женщины съ ея согласія, но противъ воли родителей или другихъ родственниковъ, не подходя подъ lex Iulia de vi, до Константина составляло простое delictum privatum и могло преслѣдоваться какъ обида (injuria), нанесенная мужу или отцу [2]). При Константинѣ впервые это дѣяніе было возведено въ рангъ уголовнаго преступленія, караемаго притомъ квалифицированной смертной казнью. При этомъ законъ принимаетъ мѣры, чтобы преступленіе это не оставалось въ безгласности, обѣщая доносчикамъ награды:рабамъ латинство, латинамъ римское гражданство [3]). Позднѣйшіе законы внесли смягченіе въ наказуемость похищенія женщинъ. Юстиніанъ же, вновь регламентировавъ преслѣдованіе и наказуемость этого преступленія [4]), между прочимъ постановилъ, что если ближайшіе родственники похищенной не преслѣдуютъ преступленія, судья долженъ возбудить дѣло ex officio [5]).

Такимъ образомъ, если не считать того времени, когда похищеніе женщины разсматривалось какъ обида, нанесенная отцу или мужу, и преслѣдовалось какъ delictum privatum искомъ въ порядкѣ суда гражданскаго, въ римскомъ правѣ мы не находимъ никакихъ указаній на то, чтобы это преступленіе въ порядкѣ преслѣдованія видѣлялось изъ числа другихъ преступленій.

То же нужно сказать и объ *изнасилованіи женщинъ*, которое (вмѣстѣ съ насильственнымъ мужеложствомъ) подводилось доктриной и практикой временъ Ульпіана подъ поня-

---

[1]) Et si pater injuriam suam precibus exoratus remiserit, tamen extraneus sine quinquennii praesciptione reum postulare poterit. Dig. 48, 6, 5, 2.

[2]) Mommsen стр. 664 и 701– 702.

[3]) C. Th. 9, 24, 1 и 2.

[4]) Wächter стр. 49 и слѣд.

[5]) Nov. 123 cap. 43.

tie vis publica [1]), наказывалось со времени Константина смертью и преслѣдовалось, какъ и другіе случаи crimen vis, въ общемъ порядкѣ популярнаго обвиненія. Никакихъ указаній на предоставленіе права преслѣдованія одной потерпѣвшей и ея ближайшими родственниками мы въ источникахъ не находимъ [2]).

Также точно напрасно мы стали бы искать въ римскомъ правѣ корней тѣхъ постановленій современнаго права, въ силу которыхъ *семейная кража* не преслѣдуется ex officio. Въ Римѣ кража вообще какъ въ республиканскій, такъ и въ императорскій періодъ преслѣдовалась какъ delictum privatum въ порядкѣ суда гражданскаго (actio furti). Лишь мало по малу въ императорскій періодъ болѣе тяжкіе виды кражи стали преслѣдоваться въ уголовномъ порядкѣ extra ordinem и облагаться уголовными наказаніями. Что касается furtum domesticum, т. е. кражи, совершенной противъ домовладыки подвластными дѣтьми, рабами, клієнтами, вольноотпущенниками, то таковая не преслѣдовалась даже въ порядкѣ гражданскаго суда, ибо домовладыкѣ надъ этими лицами принадлежала юрисдикція въ качествѣ отца семейства [3]). Только болѣе важные случаи, въ силу постановленія Александра Севера и Валеріана, могли разсматриваться уголовными судами и караться публичными наказаніями [4]).

Кража между супругами даже не влекла за собою actio furti, соединеннаго съ безчестьемъ, а порождала для потерпѣвшаго чисто имущественный искъ — actio rerum amotarum.

---

[1]) Mommsen стр. 665; contra Wächter, (стр. 24) считающій, что лишь при Юстиніанѣ это дѣяніе подводилось подъ понятіе vis publica, раньше же разсматривалось какъ vis privata, ср. однако, D. 48, 5, 29, 9. „Eum enim autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae, sine praefinitione hujus temporis accusari dubium non est, cum eum *publicam vim* committere nulla dubitatio“ (Ulpianus lib. 4 de adulteriis).

[2]) Mommsen стр. 367—368.

[3]) Rein стр. 313. Dig. 47, 2, 16. D. 47, 2, 17 pr. D. 47, 2, 9, 1: „Si libertus patrono vel cliens, vel marcenarius ei qui eum conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur“.

[4]) Rein стр. 313—314.

Такимъ образомъ обозрѣніе случаевъ, подходящихъ подъ понятіе семейной кражи, приводитъ къ заключенію, что и здѣсь римское право не выработало института жалобы (Antrag), хотя ему не были чужды тѣ идеи о неприкосновенности для уголовной юстиціи интимной сферы семьи [1]), которыя въ современномъ правѣ (напр. германскомъ и русскомъ) повлекли за собой обращенія семейной кражи въ преступленіе неоффиціальное.

Это явленіе подтверждаетъ еще разъ то отмѣченное нами во введеніи положеніе, что тамъ, гдѣ еще значительная часть преступленій разсматривается какъ нарушеніе исключительно частныхъ правъ, какъ delicta privata, тамъ нѣтъ надлежащей почвы для возникновенія института неоффиціальныхъ преступленій въ современномъ смыслѣ.

Въ римскомъ правѣ даже ко времени кодификаціи Юстиніана не завершился процессъ криминализаціи кражи; значительная часть случаевъ, сюда относящихся (неквалифицированныхъ), продолжала разсматриваться какъ delicta privata [2]); къ этому еще присоединялись традиціи прежней юрисдикціи главы семейства надъ подвластными, исключающія возможность трактовать семейную кражу, какъ посягательство на публичный (а не только семейный) порядокъ. Поэтому и furtum demesticum не могла сложиться въ форму преступленія неоффиціальнаго.

---

[1]) Mommsen стр. 759.

[2]) Впрочемъ, Mommsen повидимому склоненъ думать, что фактически сфера примѣненія actio furti было уже, а сфера примѣненія уголовнаго преслѣдованія extra ordinem была шире, чемъ это вытекаетъ изъ законодательныхъ постановленій: „Die Behandlung, говоритъ онъ (стр. 758—759), des Diebstahls am Privatgut in der Form des Antragsdelicts (въ смыслѣ delictum privatum, а не современнаго Antragsdelict'a) hat den entwikelten Verhältnissen der späteren Zeit wenig entsprochen und die sorgfältige und scharfsinnige Behandlung desselben in unseren Rechtsquellen gehört wohl sicher mehr der Schulerörterung an als der Praxis".—„Befugt waren sie (=Beamten) thatsächlich wohl gegen jeden zur Anzeige gebrachten Dieb mit öffentlicher Strafe vorzugehen, aber auch in geringeren Fällen den Dieb nach Rückgabe der Sache mit einer blossen Verwarnung zu entlassen" (стр. 777).

Въ противоположность только что разсмотрѣннымъ дѣяніямъ *подмѣнъ ребенка* (suppositio partus) является настоящимъ неоффиціальнымъ преступленіемъ.

Преступленіе это относится къ числу тѣхъ многочисленныхъ дѣяній (quasi falsa), на которыя впослѣдствіи рядомъ императорскихъ указовъ распространено было дѣйствіе закона Суллы lex Cornelia de falsis.

Дѣяніе это состояло въ подмѣнѣ ребенка съ цѣлію присвоить ему такія права состоянія и права наслѣдственныя, которыя ему по закону не принадлежатъ. Преступленіе это, будучи обложено уголовнымъ наказаніемъ [1]), могло однако преслѣдоваться лишь по требованію родителей и тѣхъ, ad quos ea res pertineat, т. е. заинтересованныхъ наслѣдниковъ. Посторонніе, во избѣжаніе нарушенія мира въ семьѣ, къ преслѣдованію не допускаются [2]).

Наконецъ, *iujuria* по римскому праву не можетъ считаться преступленіемъ неоффиціальнымъ въ истинномъ значеніи этого слова. Какъ въ республиканскій, такъ и въ императорскій періодъ injuria остается delictum privatum, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ суда гражданскаго. Лишь нѣкоторые болѣе тяжкіе виды injuria [3]), начиная съ эпохи Суллы (lex Cornelia de injuris) [4]), рядомъ съ обыкновеннымъ гражданскимъ процессомъ (actio injuriarum) преслѣдовались въ особомъ порядкѣ, приближающемся къ уголовному, предъ судомъ присяжныхъ. Отличіе его отъ настоящаго уголовнаго процесса заключалось въ томъ, что право преслѣдованія и обвиненія принадлежало исключительно потерпѣвшему. Поэтому вопросъ о томъ, считать ли этотъ процессъ уголовнымъ или гражданскимъ, представляется въ высшей сте-

---

[1]) C. I. 9. 22, 1 упоминаетъ о смертной казни—capitis periculum.

[2]) De partu supposito soli accusant parentes aut hi, ad quos ea res pertineat; non quolibet ex populo ut publicam accusationem intendat D. 48, 10, 30, 1 Rein 790—791, Mommsen 679.

[3]) Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem, quod si pulsatus verberatusve domusve ejus vi introita sit. D. 47, 10, 5 pr.

[4]) Если не считать установленнаго и ранѣе преслѣдованія за carmen famosum и libelli famosi.

пени спорнымъ [1]), хотя повидимому этотъ вопросъ рѣшается во второмъ смыслѣ цитированными Момзеномъ словами юриста Павла (D. 3, 3, 42, 1) ad actionem injuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest, nam etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est и тѣмъ, что осужденіе влекло за собою лишь денежный штрафъ и infamia.

Въ императорскую эпоху продолжаетъ существовать гражданскій искъ, но наряду съ нимъ отдѣльные случаи начинаютъ преслѣдоваться extra ordinem въ порядкѣ уголовнаго суда [2]), причемъ, повидимому, иниціатива преслѣдованія можетъ принадлежать и магистрату [3]).

Такимъ образомъ по римскому праву injuria является частью delictum privatum, частью обыкновеннымъ уголовнымъ преступленіемъ. Нѣкоторую аналогію съ преступленіями неоффиціальными представляютъ лишь тѣ случаи injuria, которые преслѣдовались по закону Суллы предъ присяжными, но безъ допущенія популярнаго обвиненія, причемъ исключеніе посторонних обусловливалось, повидимому, взглядомъ на эти дѣянія, какъ на частное дѣло потерпѣвшаго, не имѣющее большого значенія для государства.

Такимъ образомъ римское право знаетъ только два настоящихъ Antragsdelict'a, при которыхъ изъятіе изъ общаго порядка преслѣдованія преступленій установлено въ интересахъ охраны спокойствія семьи отъ вторженія посторонних—это adulterium и suppositio partus [4]).

[1]) Перваго мнѣнія держится Rein стр. 372 и другіе авторы, у него указанные; противоположнаго—Mommsen стр. 804 и др.

[2]) In summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere vel civiliter: et si quidem civiliter agatur, aestimatione facta secundum, quod dictum est, poena imponitur; sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria poena reo irrogatur. Inst. Iust. 4, 4, 10.

[3]) Mommsen стр. 807 говоритъ „in jedem einzelnen Fall dem Beamten freigestellt zu diesem (уголовному) Verfahren zu greifen. Auch wo die Behörde nicht auf eigene Kenntniss hin straft, sondern auf Anzeige, ist das Verfahren meistens summarisch".

[4]) Zachariae „Von den Verbrechen, welche nur auf Antrag des Verletzten verfolgt und bestraft werden sollen" въ Archiv des Criminalrechts 1845 г. стр. 581 и 588. Kirchenheim „Die rechtliche Natur der Antragsde-

Что дѣянія эти являются не простыми delicta privata, а преступленіями неоффиціальными въ истинномъ значеніи этого слова,—видно изъ того, что они облагаются тяжкими уголовными наказаніями (до смертной казни включительно) и преслѣдуются въ порядкѣ уголовнаго, а не гражданскаго суда; что цѣль установленнаго для нихъ изъятія изъ общаго порядка преслѣдованія преступленій охрана семейнаго мира, —видно изъ мотива, приведеннаго въ самомъ текстѣ закона относительно прелюбодѣянія—„ne volentibus temere liceat foedera connubia“ [1]).

Дѣянія эти получаютъ указанный характеръ лишь въ императорскую эпоху и притомъ не при первыхъ императорахъ, т. е. тогда, когда въ римскомъ процессѣ инквизиціонное начало и преслѣдованіе ex officio стало получать все большее и большее значеніе, конкуррируя съ началомъ обвинительнымъ [2]).

Такимъ образомъ, скудныя постановленія римскаго права, относящіяся къ неоффиціальнымъ преступленіямъ подтверждаютъ нашу мысль, что надлежащею почвою для возникновенія и развитія этого института является лишь такой процессъ, въ которомъ вполнѣ сложилось преслѣдованіе преступленій ex officio.

---

licte“ 1877 г. стр. 11. Напротивъ Köhler („Die Lehre vom Strafantrag“ 1899 г. стр. 4) утверждаетъ, что неоффиціальныя преступленія вовсе не были извѣстны римскому праву, не знавшему „das inquisitorische Verfahren seitens des Richters oder einer Anklagebehörde, bedingt durch ein dahin gerichtetes Verlangen des Verletzten“.—Мнѣніе это не вѣрно, ибо идея Anhagsdelict'a вполнѣ мирится и съ преслѣдованіемъ въ порядкѣ частнаго обвиненія и лишь не совмѣстима съ чисто гражданскимъ разбирательствомъ, вытекающимъ изъ delictum privatum.

[1]) C. Iust. 9, 9, 30.

[2]) Mommsen 937 и слѣд. Köstlin „Der Wendepunkt des Deutschen Strafverfahrens“ 1849 стр. 164.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Германское и Австрійское право.

I.

Не смотря на то, что уже до изданія Каролины инквизиціонный процессъ въ Германіи занялъ фактически господствующее положеніе, хотя и сохранилъ названіе экстраординарнаго [1]), мы напрасно стали бы искать въ законодательныхъ памятникахъ, предшествовавшихъ Bambergensis (1507) и Carolina (1532), указаній на существованіе неоффиціальныхъ преступленій [2]).

Что касается Bambergensis, то она къ числу неоффиціальныхъ преступленій относитъ прежде всего *прелюбодѣя-*

---

[1]) Geib „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts“ B. I, стр. 268, Kirchenheim, стр. 14, Zoepfl „Das alte Bamberger Recht“ 1839 г., стр. 135, Glaser „Handbuch des Strafprozesses“ 1885 г. B. I, стр. 85—86. Birkmeyer „Deutsches Strafprozessrecht“ 1898 г., стр. 816. Въ Тиролѣ же въ 1499 г. и въ 1506 г. въ Радольфцелѣ Halsgerichtsordnung Максимиліана отмѣнилъ вовсе старый нѣмецкій обвинительный процессъ.

[2]) Такъ, даже въ Бамбергскомъ правѣ эпохи до Bambergensis тѣ дѣянія, которыя по этому кодексу преслѣдовались лишь по жалобѣ, повидимому, не составляли изъятія изъ общаго порядка преслѣдованія (см. Willy Scheel „Das alte Bamberger Strafrecht“ 1903 г., стр. 72—75).

Впрочемъ, по вопросу о томъ, насколько Бамбергское городовое право послужило прямымъ источникомъ для Bambergensis, мнѣнія ученыхъ раздѣляются. Такъ, Scheel (l. c. стр. 1—3) совершенно отрицаетъ за нимъ такое значеніе, а Zoepfl („Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina“ 1839 г., стр. 165—167, 170) придерживается обратнаго мнѣнія.

Напротивъ, относительно преслѣдованія ex officio нѣкоторыхъ преступленій, признаваемыхъ C. C. C. неоффиціальными, въ памятникахъ есть прямыя указанія. Такъ, Tenglers Laienspiegel, дающее картину судебной практики начала XVI столѣтія, прямо указываетъ на преслѣдованіе ex officio прелюбодѣянія въ случаяхъ, когда потерпѣвшая сторона не жалуется (Pars III art. VII · цитировано у Stobbe „Geschichte der Deutschen Rechtsquellen“ 1864 г. II, стр. 170—173). См. также Linde „Beiträge zur Erörterung der Frage in wie fern der Ehebruch amtswegen untersucht und bestraft werden kann“ въ Neues Archiv des Criminalrechts B. VII 1824 г., стр. 292.

ніе [1]), предоставляя право жалобы лишь потерпѣвшему супругу и родителю прелюбодѣйки и исключая возможность преслѣдованія ex officio. Изъятіе изъ этого правила составляетъ возбуждающее общественный соблазнъ открытое прелюбодѣяніе супруга, котораго потерпѣвшій супругъ не желаетъ преслѣдовать. Въ этомъ случаѣ преслѣдованіе возбуждается ex officio, хотя и съ соблюденіемъ особыхъ предосторожностей [2]).

Мужъ теряетъ право жаловаться на свою жену, если онъ самъ повиненъ въ прелюбодѣяніи или, зная о нарушеніи ею супружеской вѣрности, продолжалъ съ нею брачное сожитіе [3]).

Далѣе прелюбодѣяніе мужа съ незамужней женщиной преслѣдуется или ex officio или по жалобѣ жены [4]).

---

[1]) „Jtem so *ein Eeman*, говорится въ этомъ кодексѣ, einen andern umb unkeuscher Werk willen, die er mit seinem eeweyb verbracht hat, *peinlich beklagt und des uberwindet*, derselbig eebrecher sol nach Sage der Keyserlichen recht mit dem schwert zum todt gestrafft werden und die Eebrecherin hat jr heyratgut und morgengab gegen jrem Eeman verwürkt, sol auch zu ewiger buss und straff verspert und gehalten werden (§ 145 abs. 1). Jtem in aller massen wie der eeman oder die eefrau,... *sollcher Clag* vnd straff hat der *vater*, seiner eelichen tochter halb, die einen eeman hat, auch macht (ibid. abs. 4). См. Kohler „Die Carolina und ihre Vorgängerinnen“ B. II 1902 г., стр. 57—58.

[2]) Jtem *wölt aber ein Eeman oder eeweyb umb einen öffentlichen unzweyffenlichen ergerlichen eebruch*, als obstet, *peinlich nicht clagen* oder handeln, so *mag der Richter den vom ampts wegen* mit peinlichem rechten, als obstet, straffen; Doch sol kein unser Richter den eebruch zu straffen furnemen auch wissentlich zulassen vnd befiehl unser weltlichen Heffret (ibid. abs. 3).

[3]) Doch wie wider einen solchen Eeman bewisen werden mochte, das er bey derselbigen seiner elichen haussfrawen *auch ein Eebrecher were* oder aber den *eebruch seines weybs gewist und darüber eeliche gemeinschaft und handlung mit jr gehabt*, so hat er darumb gemelter clag oder Straff nit stat (ibid. abs. 2).

[4]) „Soll darzu von ampts wegen oder aber auff verclagung seiner eelichen hansfrawen“ (ibid. § 145 abs. 4). См. Godefroi „De iis delictis, quae non nisi ad laesorum querelam vindicantur“ 1837 г., стр. 43. Впрочемъ мѣсто это является довольно неяснымъ, ибо abs. 3 говоритъ о преслѣдованіи ex officio какъ жены, такъ и мужа лишь въ случаяхъ открытаго прелюбодѣйнаго сожитія. Упоминаніе о мужѣ въ abs. 3 было бы излишне, если бы въ силу abs. 4 мужъ во всѣхъ случаяхъ могъ преслѣдоваться ex officio.

Еще дальше пошла Каролина по пути ограниченія судебной власти въ правѣ преслѣдованія за прелюбодѣяніе. Изъ § 120 ея усматривается [1]), что право жалобы принадлежитъ одному лишь оскорбленному супругу [2]), но за то право, не утрачивающееся ни вслѣдствіе собственнаго прелюбодѣянія, ни вслѣдствіе презюмируемаго прощенія. Этихъ ограниченій права преслѣдованія Carolina не заимствовала изъ Bambergensis. Также точно на первый взглядъ можетъ показаться, что и въ случаяхъ прелюбодѣянія, возбуждающаго общественный соблазнъ, общегерманское право съ изданіемъ Каролины не допускало преслѣдованія ex officio, ибо въ § 120 C. C. C. объ этомъ ничего не говорится. Но такое заключеніе было бы слишкомъ поспѣшнымъ, ибо уже въ 1530 г. на Аугсбургскомъ Рейхстагѣ былъ изданъ Ordnung und Reformation guter Policey (кратко обозначаемый Reichs-Polizeiordnung), въ которомъ содержалось постановленіе (tit. 33) о преслѣдованіи ex officio и наказаніи подобныхъ случаевъ прелюбодѣянія [3]). Постановленіе это получило дальнѣйшее развитіе въ R. P. O. 1548 г. (tit. 25 § 2) и 1577 г. (tit. 26 § 3) [4]).

[1]) „Jtem so eyn eemann eynen anndern des ehebruchs willenn, den er mit seinem eheweib verpracht hat, peinlich beclagt und dess uberwindt, Der selbig eebrecher sampt der eebrecherin soll nach sage Unnseren vorfahren und unserer keiserlichen Rechten gestrafft werden.

Jtem dass es auch gleicherweiss in dem fall, so eye eheweib jren mann oder die person damit der ehebruch volnbracht hett, beclagen will, gehalten werden soll". См. Kohler „Die Carolina und ihre Vorgangerinnen" 1900 г. B. I стр. 63.

[2]) Wächter „Lehrbuch des Strafrechts" стр. 442, Wächter „Abhandl." стр. 125, Feuerbach Lehrb. § 382; Godefroi стр. 43; contra Linde стр. 297—298.

[3]) Dieweil auch viel leichtfertige Personen, ausserhalb von Gott aufgesetzter Ehe zusammen wohnen, *auch der öffentliche Ehebruch* nicht gestrafft, gestattet, dadurch der Almächtig, nachdem er wider sein göttlich Gebott hoch beleidigt auch zu viele Aesgernisse Ursach gibt. Dero halben ordnen und willen Wir, dass ein *jede geistlich und weltlich Obrigkeit*, der solches ordentlich zugehört, ein billichs Einsehens haben soll, damit solch öffentlich Laster, der Gebühr nach, *ernstlich gestrafft* und nicht geduldet werde. (Цитир. у Linde стр. 295—296).

[4]) Wächter Lehrb. II стр. 439—440, Wächter Abhandl. стр. 125, O. Stobbe „Geschichte der Deutschen Rechtsquellen" II Ab. 201. Впрочемъ отношеніе постановленій R. P. O. къ § 120 C. C. C. осложнялось тѣмъ,

Таковы постановленія Bambergensis и Carolina, сообщающія прелюбодѣянію характеръ неоффиціальнаго преступленія. Весьма интересно было бы выяснить, какія мотивы побудили Шварценберга или его ближайшихъ совѣтниковъ и сотрудниковъ ввести это новшество, чуждое предшествующему праву, въ создаваемые ими законодательные памятники, но къ сожалѣнію за отсутствіемъ какого бы то ни было матерьяла задача эта оказывается неразрѣшимой. Можетъ быть выставлена лишь догадка, что тутъ сказалось вліяніе римскаго права, слѣды котораго мы находимъ во многихъ постановленіяхъ Каролины и въ частности въ постановленіяхъ о прелюбодѣяніи [1]), но именно въ примѣненіи къ интересующему насъ вопросу догадка эта не имѣетъ подъ собой твердой почвы, ибо въ произведеніяхъ законодательнаго творчества Шварценберга, какъ мы увидимъ ниже, встрѣчается воспрещеніе преслѣдовать ex officio и такія дѣянія, которыя по римскому праву вовсе не относились къ числу неоффиціальныхъ.

Вторымъ неоффиціальнымъ преступленіемъ по Бамбергскому кодексу и кодексу Карла V является *похищеніе женщинъ* [2]) или, вѣрнѣе сказать, одинъ его видъ, предусмотрѣнный ст. 143 Bambergensis и 118 C. C. C.—именно похи-

---

что первые назначали гораздо болѣе легкія наказанія—вмѣсто смертной казни и заключенія въ монастырь, заимствованныхъ изъ римскаго права, болѣе легкое и неопредѣленное наказаніе („in Leib und Gut" въ R. P. O. 1577 г., „der Gebühr nach" въ S. P. O. 1530 г.). Поэтому возникалъ весьма спорный вопросъ о томъ, не отмѣняли ли эти R. P. O. въ цѣломъ или части § 120 C. C. C. или не конкурировали ли они съ послѣднимъ, находя примѣненіе въ томъ случаѣ, когда жалобы потерпѣвшаго не было, и уступая мѣсто болѣе суровому наказанію C. C. C., когда жалоба была подана. Входить въ детали этой контроверзы мы не считаемъ возможнымъ. См. по этому вопросу Wächter Lehrb. стр. 439—444 (у него подробно приведена и литература), Feuerbach Lehrb. § 379—380, Linde стр. 296.

[1]) Berner „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts" 1888 г., § 16 стр. 13.

[2]) Godefroi l. c. стр. 39; Tittman, „Handbuch der Strafrechtswissenschaft" 1822 г. B. I § 196 стр. 403; Rosshirt, „Lehrbuch des Criminalrechts" 1821 г. § 210 стр. 485; Wächter, Abhandl. стр. 90.

щеніе женщины, состоящей подъ властью мужа или отца вопреки ихъ волѣ (хотя бы и съ согласія похищенной) [1]).

Напротивъ, о другомъ видѣ похищенія—насильственномъ похищеніи женщины, не состоящей подъ властью мужа или отца,—ни Bambergensis, ни Carolina не упоминаютъ, хотя онъ, конечно, также не былъ чуждъ современному Каролинѣ германскому праву. Это, повидимому, объясняется тѣмъ, что въ этихъ случаяхъ примѣнялись цѣликомъ постановленія римскаго права [2]).

По точному смыслу Bambergensis и Carolin'ы первый видъ похищенія могъ преслѣдоваться лишь по жалобѣ мужа или отца похищенной, но отнюдь не ex officio. Въ случаяхъ насильственнаго похищенія право жалобы предоставлялось также и похищенной [3]).

Что касается похищенія второго вида, то за него повидимому можно было, за отсутствіемъ ограниченій въ законѣ и въ виду постановленій римскаго права, возбуждать преслѣдованіе ex officio.

Третье неоффиціальное преступленіе, установленное Bambergensis и Carolina,—*изнасилованіе* [4]). При немъ право жалобы принадлежало только самой изнасилованной и преслѣдованіе ex officio не допускалось.

---

[1]) Приводимъ лишь постановленіе Каролины, ибо Bambergensis не представляетъ существенныхъ отличій въ порядкѣ преслѣдованія этого преступленія. „Jtem so einer yemandt ein eheweib Oder eine unverleumbdtenn jungkfraue, wider des ehemans oder des eelichen vaters willen, einer unerlichen weise entfuret, darumb *mag der eheman oder Vatter* unangesehenn ob die Ehefrau oder jungkfrawe jrenn willen darzu gipt, ***peinlichenn clagen*** unnd solle der thater nach satzung unnserer Vorfaren und unnserer keiserlichen Rechten darumb gestrafft und derhalben bey den Rechtverstenndigen Rath geprauchт worden" (Kohler l. c. 62).

[2]) Wächter, Abhandl. стр. 73.

[3]) Rosshirt § 210 стр. 485, Wächter Abhandl. стр. 90, Godefroi стр. 40—41.

[4]) „Jtem, so jemandt einer, говорится въ § 119 C. C. C., unverleumbten Ehefrawen Witwen oder jungfrawen mit gewallt Unnd wider jren willen jre junckfraulich oder fräwlich Eer neme, Derselbig ubellthatter hat das lebenn Verwûrckt Unnd *soll off beclagung der benottigten* jn ausfûrung des Missenthat einem Rauber gleich mit dem Schwert vom leben zum tode gerichtet werden" (§ 119). Постановленіе Bambergensis (§ 144) существенно отъ приведеннаго не отличается.

Четвертымъ неоффиціальнымъ преступленіемъ Каролины является *семейная кража* (Familiendiebstahl) [1]), предусматриваемая ею въ § 165 [2]).

Въ этой статьѣ еще яснѣе, чѣмъ въ ранѣе цитированныхъ, выражено законодателемъ воспрещеніе преслѣдовать и налагать наказаніе ex officio безъ жалобы потерпѣвшаго. Постановленіе это истолковывалось даже въ томъ смыслѣ, что и послѣ подачи жалобы въ теченіе слѣдствія потерпѣвшій могъ воспротивляться наложенію наказанія на вора [3]). Къ сожалѣнію гораздо менѣе яснымъ является вопросъ о томъ, что законъ разумѣлъ подъ ближайшимъ наслѣдникомъ (nächster Erbe), ссылаясь при этомъ на римское (gemein) право,—наслѣдниковъ ли дѣйствительныхъ, для которыхъ уже открылось наслѣдство вслѣдствіе смерти наслѣдодателя, или наслѣдниковъ вѣроятныхъ, для которыхъ наслѣдство еще не открылось, наслѣдниковъ законныхъ или и наслѣдниковъ по завѣщанію, наслѣдниковъ, состоящихъ въ кровномъ родствѣ съ наслѣдодателемъ или и постороннихъ [4]).

---

[1]) Henke „Grundriss einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts“ 1809 r. B. II стр. 102, Godefroi l. c. стр. 46.

[2]) „Jtem so, гласитъ эта статья, einer auss leychtfertigkeit oder unverstand etwas heymlich neme vonn gutern der er sunst ein nechster erbe ist, Oder so sich der gleichenn zwischen Mann vnd weib begehe, *unnd eyn theill denn andern derohalb anclagenn wurde*, sollen Richter unnd urtheiller mit entdeckung aller Umbstennde bej den Rechtsverstendigenn und an orten und enden, wie zu enden diser unser ordnung angetzeigt, Rhats pflegen Auch erfarenn, was jnn sollichenn fellenn das gemein Recht sey, unnd sich darnach halten. *Doch soll die oberkeit oder Richter jnn dissenn fellen vonn Ampts wegen nit klagen noch straffenn.* Kohler B. I стр. 89.

Что касается Bambergensis, то она, давая въ § 191 вполнѣ сходное въ другихъ отношеніяхъ постановленіе о семейной кражѣ, не содержитъ никакихъ указаній на то, что дѣяніе это не должно преслѣдоваться, ex officio, и мѣста, отмѣченныя нами курсивомъ въ § 165 C. C. C. въ Bambergensis вовсе отсутствуютъ.

[3]) Wächter, Lehrbuch II стр. 328.

[4]) См. Wächter, Lehrb. стр. 324—327; Konopak „Beiträge zur Auslegung des 165—sten Art. der P. G. O.“ Neues Archiv des Criminelrechts VII B. 1824 г.

Таковы тѣ немногія постановленія о неоффиціальныхъ преступленіяхъ, которыя мы находимъ въ законодательныхъ памятникахъ первой половины XVI столѣтія [1]). Самый выборъ преступленій, преслѣдованіе за которыя законодатель счелъ нужнымъ поставить въ зависимость отъ жалобы потерпѣвшаго, долженъ быть признанъ весьма удачнымъ и свидѣтельствующимъ о правильномъ пониманіи сущности этого института или, по крайней мѣрѣ, о здравомъ правовомъ чувствѣ, подсказавшемъ составителю Bambergensis и Carolinae именно такое рѣшеніе задачи.

Но къ сожалѣнію здравая уголовно-политическая идея, заключавшаяся въ постановленіяхъ Каролины о неоффиціальныхъ преступленіяхъ, осталась не понятой и не усвоенной юридической литературой и судебной практикой, развивавшими инквизаціонное начало до послѣднихъ крайно-

---

[3]) Впрочемъ, нѣкоторые писатели оспариваютъ, чтобы разсмотрѣнныя постановленія Каролины создавали настоящія неоффиціальныя преступленія (Antragsverbrechen). См. напримѣръ Binding (Handb. стр. 603), который однако никакихъ доводовъ въ пользу своей точки зрѣнія не приводитъ, если не считать ссылки на то, что Carolina вообще допускала лишь по исключенію преслѣдованіе ex officio и что на эти преступленія этотъ исключительный порядокъ не распространялся. Также Köhler (Die Lehre vom Strafantrag 1899 г. стр. 5), который въ подтвержденіе того, что похищеніе женщинъ, изнасилованіе, прелюбодѣяніе и семейная кража не являются по законодательству Карла V Antragsdelicten, ссылается на то, что они преслѣдовались въ порядкѣ частнаго обвиненія (Privatklgeverfahren), предусмотрѣнномъ ст. 10—17 C. C. C.—Однако это соображеніе представляется мало убѣдительными, ибо порядокъ частнаго обвиненія и неоффиціальныя преступленія—понятія хотя и различныя, но нисколько одно другого не исключающія. Что же касается до „исключительности“ порядка возбужденія преслѣдованія ex officio, по законодательству Карла V, то таковымъ онъ былъ лишь на бумагѣ. Кромѣ того порядокъ этотъ не былъ распространенъ на интересующія насъ дѣянія не потому, чтобы въ ихъ преслѣдованіи не была заинтересована власть или вообще относительно ихъ не дѣйствовали тѣ причины, которыя вызвали къ жизни преслѣдованіе преступленій ex officio, а въ силу особыхъ причинъ, тождественныхъ съ тѣми, которыя и нынѣ заставляютъ законодателей относить эти дѣянія въ разрядъ неоффиціальныхъ. Господствующее мнѣніе причисляетъ къ этому разряду предусмотрѣнные §§ 118, 119, 120 и 165 C. C. C. дѣянія. См. Köstlin—514, Berner Lehrb. § 161 стр. 320, Dochow стр. 241, Liszt Lehrb. § 44 стр. 174, Kirchenheim стр. 14—15, Фонъ-Резонъ стр. 14 и друг.

стей. Судебная практика, находя полную поддержку въ литературѣ, очень скоро вернулась къ преслѣдованію ex officio всѣхъ вышеперечисленныхъ преступленій [1]), кромѣ, впрочемъ, семейной кражи, относительно которой текстъ Каролины былъ настолько категоричень и ясенъ, что исключалъ всякую возможность распространить на нее начало преслѣдованія ex officio [2]).

При прелюбодѣяніи же и при изнасилованіи отсутствію жалобы потерпѣвшей, прямому ея примиренію съ виновнымъ, или дѣйствіямъ, изъ которыхъ такое примиреніе выводилось, стали придавать значеніе обстоятельства, вліющаго не на возможность возбужденія преслѣдованія, а лишь на мѣру наказанія [3]), и несогласныя съ этимъ мѣста Каролины толковались такъ, что они теряли всякое значеніе [4]).

---

[1]) Wächter Abhandl. стр. 31, 95, 130, 136; Godefroi 54—56.

[2]) См. Boehmer „Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam“ 1770 г. ad art. CLXV § V (стр. 795).

[3]) Относительно прелюбодѣянія см. Carpzow „Practica nova imperialis saxonica rerum Criminalium“ 1638 г. pars II стр. 43 Quaest LV— Hisce circumstantibus (quae judicem in partem mitiorem trahere quaeant) enim, ut communiter accidit occurentibus, quin judex a poena hac mortis rigorosa non solum tuto recedere possit, sed etiam juris rigore supposito, in adulteros mitius animadvertere debeat, nullus dubito (n. 1). Quando enim maritus pro uxore adultera, vel uxor pro marito adultero intercedens, *delictum illi condonat*, et se deinceps quod illi cohabiturum promittit, tum in honorem quasi reconciliati matrimoni poena adulteri ordinaria et supplicium mortis reo est remitendum (n. 2). Si nempe post delictum commissum maritus id sciens uxorem carnaliter cognoscat, vel uxor maritum adulterum admittat. Quo ipso conjunx conjugi videtur tacite delictum condonasse, adeoque nec poena ordinaria locum habet, sed *conjunx nocens in perpetuum relegatur* cum eoque simul innocens migrare tenetur (n. 40).

Относительно изнасилованія см. Carpzow ibid Quaest. LXXV и n. 72 Tertio limitatur hac regula, ut poena gladii non obtineat, *si stuprata negat stuprum violentum....*

[4]) Boehmer „Observationes selectae ad Bened. Carpzovi Practicam novam rerum criminalium“ 1758 Observatio I ad quaest. 51 n. 64. „Equidem leges nostrae etiam *in hoc crimine (adulterio) sine delatore procedendum esse volunt*, nec injuste agit judex, qui lege jubente officium suum explet, maxime si causa satis manifesta, vel singulare scandalum adest, vel laesus hoc urget. Verum *ubi innocentis partis interest ne domesticum malum manifestetur, non pecat judex, qui facti veritatem rigorose indagere neglegit*“. Такимъ образомъ невчинаніе преслѣдованія,когда послѣднее

Общегерманская судебная практика, устранившая примѣненіе постановленій Каролины о жалобѣ потерпѣвшаго, какъ необходимомъ условіи возбужденія уголовнаго преслѣдованія, оказала свое вліяніе и на попытки кодификаціи, имѣвшія мѣсто въ отдѣльныхъ германскихъ земляхъ въ XVIII в. Въ нихъ мы также напрасно стали бы искать опредѣленій, воспрещающихъ преслѣдованіе ex officio прелюбодѣянія, изнасилованія, похищенія женщинъ [1]).

Такая же приблизительно судьба постигла и два другихъ преступленія—обиду и подмѣнъ ребенка (suppositio partus), которыя, не будучи предусмотрѣны Каролиной, должны были опредѣляться постановленіями римскаго права, представлявшими значительныя особенности относительно порядка преслѣдованія [2]). Но судебная практика, игнорируя въ данномъ случаѣ римское право и пользуясь молчаніемъ Каролины, пришла къ другимъ выводамъ. Дѣйствительно, относительно обидъ Каролина не содержала указаній, въ силу которыхъ было бы исключено преслѣдованіе ex officio. По крайней мѣрѣ ст. 110, говорящая о пасквиляхъ (единственный видъ оскорбленія, предусмотрѣнный Каролиной), не упоминаетъ о жалобѣ потерпѣвшаго. Соотвѣтственно этому судебная практика пришла къ выводу, что

представлялось прямо вреднымъ для интересовъ потерпѣвшаго, предоставлялось, по мнѣнію Бемера, *усмотрѣнію судьи*.

Относительно изнасилованія см. Boehmer „Meditationes“ ad art. CXIX § 10 (стр. 445). „*Delatio vitiatae ad hoc non praecise est necessaria*, etsi aliud inferre videantur verba, auf Beklagung der Benöthigten, quae mere enuutiativa et ab eo, qund plerumque fit, desumta sunt. Jtaque hunc rigorem suo jure decernere potest“.

[1]) См. напр. Codex juris Bavarici criminalis de anno 1751. Th. I cap. 5, cap. 6 § 7—8, Constitutio criminalis Theresiana 1769 art. 76, 77. Въ нихъ прощеніе потерпѣвшаго является лишь смягчающимъ наказаніе обстоятельствомъ. Изъятіе представляетъ Allgemeine Landrecht für die Preussische Staaten 1794 г., но этотъ законодательный памятникъ въ отношеніи неоффиціальныхъ преступленій освобождается уже изъ-подъ вліянія общегерманской практики XVII и XVIII в. и составляетъ переходъ къ ряду кодексовъ, изданныхъ въ XIX вѣкѣ.

[2]) Godefroi 52—54, Kirchenheim стр. 15, Zachariae въ Arch. 1845 г. стр. 574, 576, 589.

и здѣсь возможно возбужденіе преслѣдованія ex officio [1]), причемъ Карпцовъ мотивируетъ такое рѣшеніе вопроса тѣмъ, что нынѣ въ силу общегерманскаго обычая дозволено судьѣ приступать къ разсмотрѣнію всѣхъ дѣлъ въ инквизиціонномъ порядкѣ [2]).

Но уже въ XVIII вѣкѣ начали сознавать крайности воззрѣнія, принятаго Карпцовымъ, и старались нѣсколько ограничить его послѣдствія. Такъ, Бемеръ уже проводитъ различіе между тяжкими, возбуждающими общественное вниманіе обидами (atrociores et scandalosae) и обидами легкими, допуская за первыя возбужденіе уголовнаго преслѣдованія ex officio и отсылая при вторыхъ потерпѣвшихъ къ гражданскому порядку [3]).

Тоже нужно сказать о *подмѣнѣ дѣтей* (suppositio partus), относившемся римскимъ правомъ къ quasi falsa и преслѣдовавшемся не иначе, какъ по жалобѣ заинтересованныхъ лицъ. Каролина объ этомъ преступленіи не упоминаетъ, но современная ей практика примѣняла соотвѣтственныя постановленія римскаго права [4]). Но позднѣйшая практика, повидимому, перестала придавать значеніе ограниченіямъ права преслѣдованія, установленнымъ здѣсь римскимъ правомъ [5]). По крайней мѣрѣ у Карпцова (Pract. Obs. XCIII n. 27—33) мы указаній на примѣненіе этихъ ограниченій не находимъ, партикулярныя же законодательства XVIII в. обходятъ ихъ или молчаніемъ, или даже отвергаютъ expressis verbis [6]).

---

[1]) Rosshirt § 196, стр. 447—448.

[2]) Certissimum tamen est, quod hodie saltem de consuetudine universali *in omnibus casibus* per viam inquisitionis licite et juste procedere fas sit judici (Quaest. XCVI n. 3). Ср. Wächter Lehrb. II § 157, стр. 104.

[3]) Boehmer ad Carpzow. Obs. ad quaest. XCVI n. 7, стр. 86.

[4]) См. напр. Richterliche Klagspiegel 1553 г. Th. II ad. l. Corn. „diss falscherei verklagen allein die, die das Erb erben sollten und nit ein jeglicher von dem Volk“, цит. у Reis „Die Strafrechtliche Lehre von der Unterdrükung und Veränderung des Personenstandes“ Tüb. 1888, стр. 17; Kirchenheim, стр. 15.

[5]) Godefroi стр. 56—57.

[6]) Codex juris Bavarici criminalis de anno MDCCLI примѣч. къ cap. IX pars I § 2 (стр. 74).

Только въ самомъ концѣ XVIII вѣка и въ началѣ XIX замѣчается въ доктринѣ поворотъ въ сторону возстановленія истиннаго значенія постановленій Каролины о жалобѣ потерпѣвшаго, а въ законодательствахъ—въ сторону усвоенія началъ, которыя были положены въ основаніе этихъ постановленій.

Результатомъ этого движенія является съ одной стороны признаніе характера неоффиціальныхъ преступленій по общегерманскому праву за прелюбодѣяніемъ, похищеніемъ женщинъ, изнасилованіемъ, семейной кражей въ силу опредѣленій Каролины и за обидами и подмѣномъ ребенка—въ силу рецепированныхъ постановленій римскаго права [1]), а съ другой—появленіе въ „Allgemeines Landrecht für die Preussische Staaten 1796 г. [2]), въ Австрійскомъ Gesetz über Verbrechen und schwere Polizey-Uebertretungen 1803 г. [3]), въ Strafgesetzbuch für die Königreich Baiern 1813 г. [4]) постановленій о неоффиціальныхъ преступленіяхъ.

Такимъ образомъ исторія неоффиціальныхъ преступленій въ Германіи является яркимъ апостеріорнымъ подтвержденіемъ того положенія, которое нами было выставлено a priori: Возникновеніе этого института становится возможнымъ лишь тогда, когда начало преслѣдованія преступленій ex officio, какъ дѣяній вредныхъ не только для отдѣльныхъ лицъ, но и для государства, какъ цѣлаго, получаетъ при-

---

[1]) Weber „Ueber Jnjurien und Schmähschriften“ 1803—1805 II Abth., стр. 85—93; Rosshirt „Lehrbuch des Criminalrechts“ 1821 г., стр. 467, 485, 489; Tittmann „Handbuch der Strafrechtswissenschaft“ 1822—1824 B. II, стр. 640—641, 254 B. I, стр. 403 и 439, Martin „Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Rechts“ 1825, стр. 426—428; Wächter „Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts“ Th. II 1826, стр. 105, 448—449.

[2]) См. Theil II tit. 20 § 1061 (прелюбодѣяніе), § 1060 (изнасилованіе), § 1103 a. и b. (похищеніе женщинъ), §§ 1133—1139 (семейная и домашняя кража), §§ 649—653 (легкія обиды) и нѣкоторыя другія.

[3]) См. Th. III § 248 (прелюбодѣяніе), §§ 249—250 (непотребство лица, живущаго въ домѣ, съ родственниками хозяина), § 213 (семейная кража) и друг.

[4]) См. art. 373 (вовлеченіе въ бракъ посредствомъ обмана), art. 401 (прелюбодѣяніе) и друг.

знаніе со стороны права и возводится на практикѣ въ общее правило. Исторически это совпадаетъ въ Германіи съ усвоеніемъ судебной практикой инквизиціонной формы процесса, санкціонированной законодателемъ въ Constitutio Criminalis Carolina. Но если инквизиціонная форма процесса (въ противуположность обвиненію, исходящему исключительно отъ потерпѣвшихъ) дѣлаетъ возможнымъ возникновеніе неоффиціальныхъ преступленій, то дальнѣйшее ея развитіе или, вѣрнѣе, гипертрофія и извращеніе, соединенныя съ пренебреженіемъ къ интересамъ отдѣльныхъ лицъ, будь то обвиняемый или потерпѣвшій, и съ одностороннимъ выдвиганіемъ впередъ неправильно понимаемаго государственнаго интереса, вновь отнимаютъ почву у этого института, покоющагося на бережномъ отношеніи государственной власти къ интересамъ гражданъ, доходящемъ до готовности поступиться для нихъ своими интересами, связанными съ преслѣдованіемъ преступленій.

Вскорѣ послѣ изданія Каролины начинается такая гипертрофія инквизиціоннаго начала въ процессѣ, влекущая за собой уничтоженіе различныхъ гарантій, сохраненныхъ для обвиняемыхъ Каролиной [1]). Параллельно этому идетъ игнорированіе практикой и отмѣна въ законодательныхъ актахъ тѣхъ правъ и гарантій, которыя предоставлялись Каролиною для потерпѣвшихъ при преслѣдованіи неоффиціальныхъ преступленій.

Напротивъ, къ концу XVIII в. замѣчается реакція противъ крайностей инквизиціоннаго процесса, связанная съ общимъ стремленіемъ освободить человѣческую личность изъ-подъ гнета государства, признать за ней и ея интересами самостоятельную цѣнность.

Теченіе это сказывается и на судьбѣ интересующаго насъ института, реставраціей котораго начинаетъ заниматься и юридическая литература и законодательство. Вмѣстѣ съ тѣмъ въ теченіе полустолѣтія институтъ этотъ мирно уживается и даже развивается рядомъ съ инквизиціонной формой процесса, освободившейся отъ своихъ крайностей.

---

[1]) См. Gilaser Handbuch I, стр. 95.

II.

Какъ мы видѣли, число неоффиціальныхъ преступленій въ общегерманскомъ правѣ было не велико. Но оно стало быстро возрастать въ партикулярныхъ кодексахъ XIX в. Такъ, Реберъ насчитываетъ ихъ въ прусскомъ уложеніи 1851/59 г. 6—8, въ гессенскомъ 1841/53 г. 17, въ баденскомъ 1845 г.—20, въ вюртембергскомъ 1839 г.—21, въ брауншвейгскомъ 1840 г.—21, въ саксонскомъ 1855/68 г.—24, въ тюрингенскомъ 1850 г.—25 и въ баварскомъ 1861 г. вмѣстѣ съ дополнительными къ нему законами—25 [1]).

Первый проектъ общегерманскаго уложенія въ отношеніи объема примѣненія института жалобы потерпѣвшаго занялъ посредствующее положеніе между прусскимъ уложеніемъ, насчитывающимъ менѣе 10 неоффиціальныхъ преступленій, и другими партикулярными кодексами, содержащими отъ 17 до 25 такихъ преступленій. Но по мѣрѣ движенія этого проекта по различнымъ коммиссіямъ число ихъ постепенно возрастало и послѣ разсмотрѣнія проекта въ рейхстагѣ достигло 38 [2]). Впрочемъ, вскорѣ же послѣ введенія въ дѣйствіе общегерманскаго уложенія обнаружилась на практикѣ вся невыгода такого расширенія объема института неоффиціальныхъ преступленій, что, вмѣстѣ съ нѣкоторыми частными недостатками его конструкціи, вызвало уже 26 февраля 1876 г. изданіе новеллы, значительно уменьшающей число неоффиціальныхъ преступленій, равняющееся нынѣ (если не считать дѣяній, не вошедшихъ въ уложеніе и предусмотрѣнныхъ отдѣльными законами) 25. Дѣянія эти суть слѣдующія [3]):

1) учиненіе непріязненныхъ противъ дружественныхъ государствъ дѣйствій (ст. 102 улож.),

2) оскорбленіе иностраннаго: верховнаго правителя или регента (ст. 103),

---

[1]) Reber „Die Antragsdelicte des deutschen Strafrechts“ 1873 г., стр. 4.

[2]) Dochow „Die Antragsdelicte im Reichsstrafrecht“ въ Holtzendorffs Handbuch 1877 г. IV стр. 248.

[3]) Случевскій. „Записка объ уголовно-частныхъ преступленіяхъ въ западно-европейскихъ законодательствахъ и литературѣ“ 1895 г. стр. 58—61, Dochow 251—252, Binding „Handbuch“, стр. 608—609.

3) оскорбленіе аккредитованнаго при имперіи посланника или повѣреннаго въ дѣлахъ (ст. 104),

4) нарушеніе неприкосновенности жилища чрезъ противозаконное проникновеніе (ст. 123),

5) склоненіе къ заключенію брака посредствомъ обмана, а также умолчаніе о существованіи законнаго къ браку препятствія (ст. 170),

6) прелюбодѣяніе, послужившее причиной расторженія брака (ст. 172),

7) склоненіе къ совокупленію лица женскаго пола посредствомъ обмана (ст. 179),

8) совокупленіе съ соблазненной виновнымъ, не достигшею 16-лѣтняго возраста цѣломудренной дѣвушкою (ст. 182),

9) поношеніе памяти умершаго (ст. 189),

10) оскорбленіе и оклеветаніе (ст. 185—186, 194—196),

11) причиненіе легкихъ умышленныхъ, а равно и всѣхъ неосторожныхъ тѣлесныхъ поврежденій (ст. 223, 230 ч. I, 232),

12) похищеніе лица женскаго пола, противъ его воли, съ цѣлью непотребства или бракосочетанія (ст. 236),

13) похищеніе несовершеннолѣтняго и не состоящаго въ бракѣ лица женскаго пола безъ согласія родителей или опекуновъ (ст. 237),

14) кража или утайка у близкихъ, опекуновъ, воспитателей, а также лицъ, у которыхъ виновный находится въ качествѣ ремесленнаго ученика или домашней прислуги (ст. 247),

15) мошенничество, учиненное въ отношеніи близкихъ, опекуновъ и воспитателей (ст. 263),

16) отчужденіе своего имущества, въ виду угрожающаго понудительнаго исполненія (ст. 288),

17) похищеніе съ противозаконнымъ намѣреніемъ своей собственной вещи, или чужой вещи въ интересахъ ея собственника (ст. 289),

18) самовольная охота на земляхъ близкаго виновному лица (ст. 292),

19) самовольное вскрытіе запечатаннаго письма или документа (ст. 299),

20) самовольное обнаруженіе частныхъ тайнъ лицами, коимъ онѣ ввѣрены были по должности, званію или промыслу (ст. 300),

21) побужденіе несовершеннолѣтняго, съ корыстной цѣлью, къ выдачѣ обязательства (ст. 301),

22) побужденіе несовершеннолѣтняго, съ корыстной цѣлью, къ дачѣ, подъ порукою чести, обѣщанія платежа или исполненія обязательства (ст. 302).

23) умышленное или противозаконное поврежденіе или разрушеніе чужой вещи (ст. 303).

24) похищеніе предметовъ продовольствія или потребленія незначительной цѣнности, для немедленнаго потребленія (п. 5, ст. 370),

25) самовольное кормленіе чужого скота припасами его собственника (п. 6, ст. 370) [1]).

---

[1]) Сюда слѣдуетъ еще присоединить три, такъ, называемыхъ, „Ermächtigungsverbrechen“—оскорбленіе главы государства, входящаго въ составъ германской имперіи (Bundesfürsten), внѣ случаевъ ст. 95 (ст. 99), оскорбленіе регента такого государства, внѣ случаевъ ст. 77 (ст. 101), и оскорбленіе законодательнаго собранія имперіи или входящаго въ ея составъ государства (ст. 197), ибо вся разница между Antrags и Ermächtigungsverbrechen заключается въ томъ, что при послѣднихъ представитель государственнаго обвиненія по собственной инициативѣ возбуждаетъ вопросъ о преслѣдованіи и спрашиваетъ разрѣшеніе на него у потерпѣвшаго. Такимъ образомъ, по словамъ Биндинга (Handb. стр. 615), „die Ermächtigung ist ein vom Staatsanwalt zu provozirender und provozirter Antrag“. Поэтому къ Ermächtigung, которое можетъ быть дано и въ формѣ Antrag'a, не ожидая инициативы прокуратуры, примѣнимы § 61 и слѣд. Str. G. B.

Впрочемъ, вопросъ о природѣ Ermächtigung въ германской литературѣ представляется спорнымъ. Liszt (Lehrb. стр. 173—174) говоритъ, что различіе между Antrag и Ermächtigung имѣетъ мало практическаго значенія; сходно Köhler („Die Lehre vom Strafauftrag“ 1899 г. стр. 172) Иначе H. Meyer (стр. 298—299), утверждающій, что „die auf Antrag bezüglichen Grundsätze nicht auch auf die Ermächtigung übertragen werden dürfen“. и Nessel (Die Antragsberechtigungen des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs, стр. 17—18).

Olshausen (Commentar 1901 г. § 99 n. 3) считаетъ юридическую природу Ermächtigung сходной съ юридической природой Antrag'a, но не допускаетъ примѣненія § 61 и слѣд. къ Ermächtigungsdelicten; того же мнѣнія Rubo „Commentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich“ 1879 г. § 61 n. 1 и Reichsgericht 15 Jan. 1900 г. (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. B. 33 стр. 69).

Наконецъ, Birkmeyer („Deutsches Strafprozessrecht“ 1898 г. стр. 71) видитъ разницу въ томъ, что Antrag есть условіе наказуемости, а Ermächtigung—Prozessvoraussetzung.

Перечисленныя преступленія распадаются на двѣ категоріи: преступленій абсолютно и относительно неоффиціальныхъ. Къ послѣдней категоріи относятся дѣянія, предусмотрѣнныя ст. 247, 263, 292. St. G. B, ибо они пріобрѣтаютъ значеніе неоффиціальныхъ лишь при существованіи въ моментъ совершенія дѣянія извѣстныхъ отношеній между преступникомъ и потерпѣвшимъ [1]).

Что касается мотивовъ, по которымъ германское уложеніе при указанныхъ дѣяніяхъ исключаетъ преслѣдованіе ex officio, то свѣдѣнія о нихъ представляются крайне скудными. Такъ, изъ объясненій къ проекту этого уложенія мы знаемъ, что нарушеніе неприкосновенности жилища не преслѣдуется безъ жалобы вслѣдствіе своего *частнаго характера*; что склоненіе къ совокупленію посредствомъ обмана отнесено къ числу преступленій неоффиціальныхъ въ виду необходимости *щадить интересы потерпѣвшей*, ради которыхъ оказывается необходимымъ оставленіе *дѣянія въ безгласности*, что при оскорбленіи *интересъ государства* по преслѣдованію гораздо *слабье интереса оскорбленнаго*, и что послѣдній можетъ быть заинтересованъ въ томъ, чтобы *фактъ оскорбленія не достигъ до свѣдѣнія всѣхъ;* что чрезъ преслѣдованіе легкихъ умышленныхъ и всѣхъ неосторожныхъ тѣлесныхъ поврежденій ex officio происходитъ *вторженіе въ семейныя отношенія* (?), которое влечетъ за собою важныя замѣшательства и почти всегда прощеніе со стороны *потерпѣвшаго* [2]).

Лицо, управомоченное на принесеніе жалобы, именуется въ уложеніяхъ: прусскомъ (§ 54), гессенскомъ (§ 272), баденскомъ (§ 238), вюртембергскомъ (§ 134), брауншвейгскомъ (§ 245), саксонскомъ (§ 98) потерпѣвшимъ или пострадавшимъ (der Verletzte, die verletzte Person, der Beschädigte, der durch das Verbrechen unmittelbar in seinem Rechte verletzt ist), хотя рядомъ съ этимъ встрѣчаются и болѣе общія и неопредѣленныя обозначенія (zum Antrage Berechtigte, Beteiligte), и болѣе частныя, относящіяся къ конкретнымъ дѣяніямъ (der Beleidigte, die missbrauchte Person).

---

[1]) Olshausen Commentar § 61 п. 8, Dochow стр. 253, Reber стр. 30

[2]) См. Medem „Beseitigung der Antragsdelicte“ въ Gerichtssaal 1877 г., стр. 534—535; Случевскій, стр. 59—60.

Точно также въ общей части германскаго уложенія (§ 5 и § 65) [1]) встрѣчаетея общій терминъ „потерпѣвшій“ (der Verletzte), но въ особенной части наряду съ нимъ и другія болѣе конкретныя обозначенія—иностранное государство (§ 102 и 103), оскорбленный (§ 104), обманутая сторона (§ 170), родители или опекунъ обольщенной (§ 182), родители, дѣти или супругъ умершаго (§ 189), начальникъ (§ 196), кредиторъ (§ 288).

Большинство комментаторовъ германскаго уложенія подъ потерпѣвшимъ, упоминаемымъ въ § 65 и описываемомъ такъ или иначе въ другихъ параграфахъ, понимаетъ лицо, которому непосредственно преступнымъ дѣяніемъ былъ причиненъ вредъ или опасность [2]).

Но не всѣ потерпѣвшіе могутъ лично осуществлять принадлежащее имъ право жалобы. За малолѣтнихъ и душевно-больныхъ жалобы приносятся по партикулярнымъ кодексамъ ихъ законными представителями, при чемъ возрастъ малолѣтства кодексами этими опредѣляется различно: въ 16 лѣтъ прусскимъ (§ 54) и вюртембергскимъ (§ 137), въ 14 лѣтъ брауншвейгскимъ (§ 245) и саксонскимъ (§ 99). Неяснымъ и спорнымъ является вопросъ, въ какихъ случаяхъ законные представители могутъ дѣйствовать вопреки волѣ потерпѣвшихъ: по прусскому праву, повидимому, во всѣхъ случаяхъ, когда представляемый не достигъ 16 лѣтъ (§ 54), по вюртембергскомъ—только тогда, когда въ силу особаго указанія закона имъ принадлежитъ собственное

---

[1]) Иначе § 4, указывающій на подлежащее должностное лицо иностраннаго государства (die zuständige Behörde des Landes).

[2]) Dochow стр. 264, H. Meyer „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts“ стр. 303—304, Binding 615—616, Olshausen § 61 n. 3, Schwarze „Komm.“ § 61 n. 5, Schütze „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts“ 1874 стр. 170, Oppenhoff „Komm.“ § 65 n. 1 и друг. (см. выше стр. 8—10), также Reichsgericht, не признавшій въ рѣшеніи 16 апр. 1889 г. (Ent. B. 19 стр. 250) права мужа жаловаться на склоненіе его жены посредствомъ обмана къ совокупленію по слѣдующимъ мотивамъ: „Hierin sind zwar Nachtheile zu finden, welche durch die Straftat allerdings herbeigeführt werden können, die aber erst eine *weitere Folge* derselben darstellen, während *Angriff* des Thäters *unmittelbar und sofort nur gegen das Recht der Frau gerichtet* ist, keinen anderen als den ehlichen Beischlaf zu dulden. Lediglich dieses Recht der Frau ist aus der Strafvorschrift als geschützt zu erkennen“.

право жалобы (ein eigenes Klagerecht—§ 137). Вмѣстѣ съ тѣмъ нѣкоторые изъ партикулярныхъ кодексовъ расширяютъ понятіе законнаго представительства въ подачѣ жалобы за указанные предѣлы, предоставляя извѣстнымъ лицамъ (родителямъ, супругамъ, опекунамъ) право жалобы и въ случаяхъ болѣзни и отсутствія потерпѣвшаго, а при нѣкоторыхъ преступленіяхъ также и внѣ этихъ случаевъ, какъ самостоятельное лично имъ принадлежащее право (вюртембергское—§ 137, брауншвейгское—§ 245).

По германскому праву потерпѣвшій, если онъ не достигъ 18 лѣтъ или если онъ недѣеспособенъ—geschäfts—unfähig [1]) (§ 65 Str. G. B. въ редакціи, измѣненной Einführungsgesetz zum B. G. B. § 34 III), а также если это юридическое лицо,—не можетъ лично принести жалобы: въ этихъ случаяхъ его замѣняетъ законный представитель [2]). Напротивъ, законъ не упоминаетъ объ ограниченіи права подачи жалобы для расточителей и находящихся въ отсутствіи и не переноситъ этого права на ихъ законныхъ представителей, практика же, основываясь на томъ, что это представительство имѣетъ въ виду чисто имущественные интересы, а жалоба не есть имущественное право (даже при имущественныхъ преступленіяхъ), совершенно правильно признаетъ, что въ этихъ случаяхъ право жалобы сохраняютъ сами потерпѣвшіе [3]).

---

[1]) Съ введеніемъ въ дѣйствіе новаго гражданскаго уложенія глухонѣмые, о которыхъ раньше говорилъ § 65 St. G. B., пользуются лично правомъ жалобы, ибо ихъ болѣзнь служитъ лишь основаніемъ установленія попечительства (Pflegerschaft), а не опеки (ст. 1896, 6 и 1910 B. G. B.). Правило § 65 Str. G. B. сохраняетъ силу лишь для глухонѣмыхъ, надъ которыми учреждена опека за границей. См. Köhler, стр. 56.

[2]) Cohn (Die Stellvertretung beim Strafantrage 1893 г., стр. 8—9) находитъ, что опекунъ дѣйствуетъ въ силу собственнаго права, а не права представляемаго. Относительно представительства юридическихъ лицъ см. Köhler, стр 58—61.

[3]) Dochow, стр. 266—267, H. Meyer, стр. 304, contra Olshausen § 65 п. 16, Fuchs (Anklage und Antragsdelicte 1873 года стр. 52—53) относительно дѣяній, за которыя взыскивается бусса, Köhler (стр. 55—56) относительно curator'a absentis и Tiersch „(Anwendungsgebiet und rationelle gestalt der Privatklage“ 1901 г. стр. 58) утверждающій, что возбужденіе частнаго обвиненія при существованіи опеки за расточительность принадлежитъ опекуну.

Если лицо имѣетъ нѣсколькихъ законныхъ представителей, они въ вопросахъ, касающихся подачи жалобы, какъ и во всѣхъ остальныхъ вопросахъ (§ 1797 B. G. B.). обязаны дѣйствовать сообща [1]). Обратная точка зрѣнія привела бы къ тому, что отъ одного изъ нѣсколькихъ представителей зависило бы вопреки желанію остальныхъ возбудить уголовное преслѣдованіе; напротивъ, невозбужденіе преслѣдованія было бы возможно лишь при согласіи всѣхъ представителей. Между тѣмъ и то и другое рѣшеніе вопроса является одинаково важнымъ для подопечнаго и должно быть обставлено одинаковыми гарантіями. Случаи разногласія между представителями разрѣшаются по общему правилу опекунскимъ судомъ (§ 1797 B. G. B.).

Но законный представитель не только замѣняетъ недѣеспособнаго потерпѣвшаго въ правѣ принести жалобу, но и пользуется этимъ правомъ наряду съ потерпѣвшимъ, когда послѣдній, имѣя уже 18 лѣтъ, все же не достигъ совершеннолѣтія (§ 65 abs 2) [2]).

Подобное же право наряду даже съ вполнѣ дѣеспособной потерпѣвшей принадлежитъ при оскорбленіяхъ (§ 195) и легкихъ умышленныхъ и всѣхъ неосторожныхъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ (§ 232) мужу [3]), когда дѣяніе совершено противъ жены. Впрочемъ, относительно существа этого права мнѣнія комментаторовъ расходятся: одни [4]) думаютъ, что право это предоставлено имъ въ интересѣ потерпѣвшихъ, другіе [5]) разсматриваютъ этихъ лицъ, какъ посредственно потерпѣвшихъ, дѣйствующихъ въ собственномъ интересѣ.

---

[1]) Contra Köhler, стр. 57.

[2]) Cohn, стр. 7—8, H. Meyer - 304, Liszt—176, Köhler—57.

[3]) По редакціи § 195 Str. G. B., измѣненной Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche отъ 18 August 1896; по прежней редакціи такое же право принадлежало отцу въ случаяхъ, когда указанныя дѣянія совершены были противъ его дѣтей. Ср. Winter „Das Recht des Vaters zur Stellung des Srafantrangs und zur Erhebung der Privatklage für sein Kind“ Z. f. g. Stz. R. W. 1907 г. стр. 441 и слѣд.

[4]) Dochow, стр. 268, H. Meyer, стр. 305.

[5]) Oppenhoff § 195 n. 7—8, Herzog „Das Antragsrecht bei Beleidigungen nnd Körperverletzungen“ G. S., 1872 г. стр. 189—195. Не вполнѣ ясно Reichsgericht въ рѣш. 8 Октября 1885 г. (Entscheidungen des Reichgerichts n Strafsachen B. 12 стр. 417): „Das erstere (законныхъ представителей),

Засимъ, самостоятельное право жалобы принадлежитъ и начальнику (amtliche Vorgesetze) въ случаяхъ оскорбленія учрежденія, должностного лица, духовнаго пастыря или члена вооруженной силы при исполненіи ими служебныхъ обязанностей или нанесенія имъ легкаго поврежденія (§ 196 и 232 ч. 3). Это право также объясняется двояко: съ одной стороны въ немъ видятъ способъ охраны публичнаго порядка, нарушаемаго такими дѣяніями [1]), съ другой—способъ охраны спеціальныхъ интересовъ должности [2]).

Мы присоединяемся къ тому мнѣнію, которое считаетъ, что супруги осуществляютъ право жалобы въ собственномъ интересѣ, какъ посредственно потерпѣвшіе, а начальники—въ спеціальныхъ интересахъ должности, ибо дѣеспособные потерпѣвшіе для охраны своихъ интересовъ не нуждаются въ помощи третьихъ лицъ, хотя бы и близкихъ;—напротивъ, ихъ непрошенное вмѣшательство можетъ только повредить этимъ интересамъ неумѣстнымъ возбужденіемъ преслѣдованія [3]). Что касается случаевъ оскорбленія должностныхъ лицъ, то здѣсь начальство, подавая жалобу, защищаетъ не общій публичный интересъ, не государственный порядокъ вообще, ибо защита такового принадлежитъ прокуратурѣ, а болѣе узкіе интересы должности, которыми оно и руководствуется, возбуждая или не возбуждая преслѣдованіе [4]).

---

auf die Dauer der Minderjährigkeit beschränkte Recht besteht aber zu Gunsten des verletzten Minderjährigen selbständig neben jenem (отца) über die Dauer der Minderjährigkeit hinaus greifenden und erst mit der Väterlichen Gewalt erlöschenden Rechte des Vaters als solchen..." Яснѣе рѣш. 9 Decemb. 1879 г. (E. B. I стр. 29—32), признающее за отцомъ и мужемъ право жалобы за оскорбленіе даже послѣ смерти жены или сына.

[1]) Dochow—268.

[2]) Herzog ibid., Binding 629.—Oppenhoff § 196 n. 2.

[3]) S. Mayer „Zur Reform des Strafprozesses" Abh IV. „Das Verfahren auf erhobenen Privatklage" стр. 16—17.

[4]) Между охраною тѣхъ и другихъ интересовъ путемъ возбужденія преслѣдованія прокуратурой и начальствомъ существуетъ приблизительно такое же соотношеніе, какъ между уголовнымъ и дисциплинарнымъ преслѣдованіемъ; только дисциплинарное преслѣдованіе охраняетъ интересы должности отъ посягательствъ самихъ должностныхъ лицъ, а преслѣдованіе въ порядкѣ жалобы начальства—отъ посягательствъ лицъ постороннихъ.

Право жалобы принадлежитъ законнымъ представителямъ, доколѣ они остаются таковыми; [1]) съ прекращеніемъ представительства прекращается и право жалобы, или, вѣрнѣе, говоря, переходитъ на самого потерпѣвшаго въ томъ видѣ, въ какомъ его застало прекращеніе представительства. Иначе говоря, если истекъ срокъ жалобы для представителя, таковая невозможна и для потерпѣвшаго [2]); если срокъ не истекъ, потерпѣвшій можетъ воспользоваться остаткомъ этого срока [3]). То же имѣетъ мѣсто и въ обратномъ случаѣ, т. е. когда для потерпѣвшаго срокъ началъ свое теченіе, а затѣмъ потерпѣвшій лишился дѣеспособности и на его мѣсто сталъ законный представитель [4]).

Но, вопреки мнѣнію Reber'a, [5]) означенное положеніе примѣняется лишь въ случаяхъ истиннаго представительства, при которомъ представитель замѣняетъ представляемаго. Напротивъ тамъ, гдѣ третьему лицу (мужу, начальнику) принадлежитъ на ряду съ потерпѣвшимъ самостоятельное право жалобы, послѣднее не должно прекращаться съ прекращеніемъ тѣхъ особыхъ отношеній, въ силу которыхъ оно возникло, лишь бы эти отношенія существовали въ моментъ совершенія дѣянія [6]). Это положеніе вытекаетъ изъ самостоятельности правъ этихъ третьихъ лицъ. Такъ, уходъ со службы оскорбленнаго должностного лица не лишаетъ начальника права принести жалобу, ибо хотя отношенія подчиненности прекратились, но интересы должности все таки пострадали и требуютъ преслѣдованія. Равнымъ образомъ смерть потерпѣвшаго, прекращающая право жало-

---

[1]) R. G. 3 Mai 1881 (E. B. 4 стр. 147).

[2]) R. G. 7 Dec. 1881 (E. B. 5 стр. 191—192).

[3]) Köhler—82; contra Olshausen § 65 n. 20, полагающій, что потерпѣвшему принадлежитъ полный трехмѣсячный срокъ.

[4]) Köhler, стр. 82—83.

[5]) Стр. 354—355.

[6]) Ср. Köhler (стр. 149), который, впрочемъ, различаетъ прекращается ли отношеніе вслѣдствіе перемѣны въ лицѣ непосредственно потерпѣвшаго (смерть жены, уходъ со службы подчиненнаго) или въ лицѣ наряду съ нимъ управомоченнаго (разводъ съ женою, оставленіе службы начальникомъ)—въ первомъ случаѣ право жалобы сохраняется, во второмъ утрачивается; R. G. (E. B. 1, стр. 29, B. 13 стр. 115—116) Contra Binding—630.

бы законнаго представителя, не оказываетъ вліянія на права третьихъ лицъ (мужа и проч.) [1]) именно потому, что они осуществляютъ эти права въ собственномъ интересѣ.

При перемѣнѣ въ лицѣ законнаго представителя права предшественника переходятъ на смѣнившаго его. Но является спорнымъ, въ какой мѣрѣ срокъ жалобы для новаго представителя начинаетъ течь вновь. Одни рѣшаютъ этотъ вопросъ отрицательно, полагая, что новый представитель можетъ воспользоваться лишь остаткомъ срока [2]), другіе положительно [3]). Мы присоединяемся къ первому мнѣнію.

Въ зависимости отъ права жалобы находится, но отличается отъ него по существу право частнаго обвиненія (die Berechtigung zur Erhebung der Privatklage) при оскорбленіяхъ и тѣлесныхъ поврежденіяхъ (§ 414 Str. Pr. O.). Принципіально оно принадлежитъ лицамъ, имѣющимъ право жалобы, но съ нѣкоторыми ограниченіями: такъ, несовершеннолѣтній, достигшій 18-ти лѣтъ, имѣетъ самостоятельное право жалобы (§ 65 Str. G. B.), но не имѣетъ права частнаго обвиненія (§ 414 п. 3. Str. Pr. O.), которое принадлежитъ единственно его законному представителю [4]),—различіе едва ли оправдываемое существомъ дѣла.

Мы видѣли, что за недѣеспособнаго потерпѣвшаго жалоба приносится его законнымъ представителемъ. Но какъ быть, если преступное дѣяніе учинено именно этимъ представителемъ?—Здѣсъ опять мы встрѣчаемся съ различнымъ рѣшеніемъ вопроса въ различныхъ кодексахъ: одни предписываютъ въ этихъ случаяхъ начинать преслѣдованіе ex officio (вюртембергскій § 137 abs. 3, гессенскій § 272, баденскій § 361), другіе объ этомъ умалчиваютъ (прусскій, саксонскій), а практика рекомендуетъ въ этихъ случаяхъ назначеніе спеціальнаго опекуна [5]).

---

[1]) Binding H. стр. 629.

[2]) Olshausen zu § 65 n. 20. R. G. (E. B. 5 стр. 192).

[3]) Rubo zu § 65 n. 9, Binding H. стр. 629—630.

[4]) Glaser B. II стр. 206, Tiersch стр. 58—59, Dochow „Betheiligung der Verletzen bei dem Verfahren“ (въ Holtzendorff's Handbuch des Deutschen Strafprozessrechts) стр. 357—358.

[5]) Köstlin—стр. 524.

Германское уложеніе также не содержитъ особаго правила на сей счетъ, а германская судебная практика истолковываетъ молчаніе уголовнаго закона въ томъ смыслѣ, что въ этомъ случаѣ долженъ быть назначенъ спеціальный опекунъ (curator ad hoc),—какъ и во всѣхъ другихъ случаяхъ коллизіи интересовъ опекуна и подопечнаго,—которому и принадлежитъ право разрѣшить вопросъ о возбужденіи или невозбужденіи преслѣдованія [1]). При разрѣшеніи этого вопроса онъ руководствуется собственнымъ убѣжденіемъ, а не инструкціей высшаго опекунскаго мѣста, которому не принадлежитъ право ни самому принести жалобу, ни принудить къ тому опекуна [2]).

Кромѣ случаевъ необходимаго представительства возможны случаи представительства добровольнаго, когда жалоба приносится повѣреннымъ вполнѣ дѣеспособнаго потерпѣвшаго. Хотя нѣмецкіе кодексы не содержатъ на этотъ счетъ спеціальныхъ постановленій, но допустимость принесенія жалобы чрезъ повѣреннаго признается въ принципѣ комментаторами какъ партикулярныхъ законодательствъ [3]), такъ и германскаго уложенія; спорнымъ является только характеръ нужнаго для этого полномочія. Одни [4]) допускаютъ только представительство въ выраженіи воли и требуютъспеціальнаго порученія на извѣстный случай, чѣмъ роль представителя сводится къ роли nuntius'a (Bote), другіе идутъ дальше и признаютъ представительство въ самой волѣ, довольствуясь общей довѣренностью [5]). Мы присоединяемся

---

[1]) Olshausen § 65 n. 6, Dochow стр. 270, Liszt 176—177, Oppenhoff, Komm. § 65 n. 14, Reber стр. 334—335, Kirchenheim—77, Nessel—61; Binding (стр. 627) допускаетъ назначеніе curator ad hoc во всѣхъ случаяхъ невозможности для законнаго представителя осуществить свои полномочія по принесенію жалобы; тоже Köhler стр. 61.

[2]) Köhler 61—62.

[3]) Briedenbach „Commentar über das Grossherzogliche Hessische Strafgesetzbuch“ 1842 г. т. I стр. 653—654.

[4]) Cohn 31—32, 36—37, H. Meyer стр. 312, Herzog „Über den Strafantrag des gewillkürten Vertreters“ G. S. 1881 г. стр. 395 и слѣд. и особенно рѣшительно. Binding стр. 652—654.

[5]) Bolze („Der Strafantrag des gewillkürten Vertreters-Gerichtssaal B. 32 стр. 435 и слѣд.) допускаетъ представительство въ волѣ для дѣяній

къ первому мнѣнію, ибо право жалобы есть jus personalissimum, которое не можетъ быть цѣликомъ перенесено на повѣреннаго. Только самъ потерпѣвшій, взвѣсивъ всѣ обстоятельства даннаго случая, можетъ рѣшить, что для него лучше,—вчинать ли уголовное преслѣдованіе или отъ него отказаться. Если онъ этотъ вопросъ разрѣшилъ, то, конечно, нѣтъ никакого юридическаго основанія, почему ему не поручить осуществленіе своей воли другому лицу. Но предоставить такое рѣшеніе повѣренному—значитъ ввѣрить ему распоряженіе такими деликатными, чисто-личными интересами, которые могутъ быть взвѣшены лишь самимъ потерпѣвшимъ. Послѣдній, выдавая общую довѣренность и разрѣшая наперед преслѣдованіе тѣхъ или иныхъ неоффиціальныхъ преступленій, не можетъ предвидѣть, какое развитіе получитъ тотъ или другой деликтъ. Сказанное рѣшеніе вопроса, основанное на общихъ соображеніяхъ о сущности Antrag'a по германскому праву, не встрѣчаетъ препятствій

противъ имущества и не допускаетъ его для дѣяній противъ личности; тоже Olshausen (§ 61 n. 17 и 18) и Oppenhoff (§ 65 n. 8). Liszt (176) считаетъ случаемъ представительства въ волѣ право управляющаго приносить жалобу при посягательствахъ на управляемое имущество и ввѣренные интересы. Сходно Köhler (66, 69—70); Dochow (стр. 270—271) требуетъ лишь „dass der Vertreter speciell zur Stellung des Antrags schriftlich oder mündlich beauftragt ist, sei das nur für einen einzelnen Fall. gewisse Arten, oder alle etwa vorkommenden Fälle". Что касается практики Рейхсгерихта, то она полна внутреннихъ противорѣчій: рѣш. 20 Апрѣля 1880 г. (E. B. I стр. 387 и слѣд.) выставляетъ то положеніе, что представительство въ волѣ не допустимо, и вмѣстѣ съ тѣмъ допускаетъ жалобу по общей довѣренности въ случаяхъ имущественныхъ посягательствъ на управляемое имущество (Generalvollmacht). Рѣшеніе 1 Мая 1880 г. (E B. 2 стр. 148—149 прямо допускаетъ представительство въ волѣ для имущественныхъ преступленій. Рѣшеніе 13 Декабря 1886 г. (E. B. 15 стр. 145 и слѣд.) и рѣшеніе 22 Февраля 1889 г. (E. B. 19 стр. 9) подтверждаютъ тотъ же тезисъ и ссылаются на рѣшеніе 20 Апрѣля 1880 г., его отвергающее. Правда, въ конечномъ выводѣ всѣ эти рѣшенія сходятся въ томъ, что управляющій имуществомъ можетъ въ силу общей довѣренности жаловаться на дѣянія, касающіяся этого имущества но слѣдуетъ ли въ этомъ видѣть представительство въ волѣ или что то иное—такъ и остается не вполнѣ яснымъ. Мы склонны думать, что управляющій лично является потерпѣвшимъ въ качествѣ фактическаго владѣльца имущества, и имѣетъ право жаловаться, какъ таковой.

въ какихъ либо частныхъ постановленіяхъ германскаго уложенія или устава уголовнаго судопр.

Также точно закономъ прямо не разрѣшается вопросъ о формѣ полномочія на принесеніе жалобы. § 156 Str. Pr. O. говоритъ о формѣ самой жалобы, а не полномочія на принесеніе жалобы, но изъ того, что онъ допускаетъ и устныя жалобы, косвенно вытекаетъ, при остутствіи противорѣчащихъ указаній въ другихъ постановленіяхъ, что и полномочіе можетъ быть дано устно [1]). Этому взгляду не противорѣчитъ то обстоятельство, что гражданскіе законы въ нѣкоторыхъ случаяхъ для довѣренности требуютъ письменную форму, ибо довѣренность на принесеніе частной жалобы и самое принесеніе жалобы—не сдѣлки гражданскаго права. За отсутствіемъ же указаній на какую либо обязательную форму для даннаго юридическаго дѣйствія, нужно признать годной всякую форму.

Но отъ принесенія жалобы по данному порученію нужно отличать принесеніе таковой безъ порученія, хотя бы это дѣйствіе впослѣдствіи было подтверждено потерпѣвшимъ. Такая жалоба никакой силы не имѣетъ, ибо принципы negotiorum gestio здѣсь совершенно не примѣнимы и положеніе ratihabitio mandato comparatur, дѣйствующее въ сферѣ гражданскаго права, сюда не относится [2]).

Вопросъ о томъ, противъ кого должна быть направлена жалоба, разрѣшается различно партикулярными кодексами: одни уложенія (прусское § 52, вюртембергское § 136, гессенское

---

[1]) Допускаютъ устное полномочіе Cohn стр. 33, R. G. (E. B. 3 стр. 425, B. 19 стр. 9), Olshausen Comm. § 61 n. 15, Binding H. 659, Schwarze Comm. § 61 n. 6.

[2]) Olshausen § 65 n. 15, Cohn. стр. 33—34, Nessel стр. 55. Другіе авторы (Fuchs стр. 54—5, Dochow 271), умалчивая о negotiorum gestio, высказываются относительно недостаточности предполагаемаго порученія (vermuthete Vollmacht), которое, по нашему мнѣнію, существенно не отличается отъ negotiorum gestio. Köhler (стр. 67 и слѣд.) даетъ еще новыя подраздѣленія, различая vermuthete Wille des Vollmachtsgebers и vermuthete Vollmacht. Перваго достаточно для принесенія жалобы, второго, являющагося ничѣмъ инымъ какъ negotiorum gestio,—нѣтъ.

§ 56, брауншвейгское § 246), дают вполнѣ опредѣленный отвѣтъ въ томъ смыслѣ, что преслѣдованію подлежатъ всѣ виновные въ данномъ дѣяніи и что жалоба недѣлима. Если же, вопреки указанной нормѣ, жалоба все же направлена противъ одного изъ нѣсколькихъ виновныхъ, судебное преслѣдованіе силой закона возбуждается противъ всѣхъ соучастниковъ. Другія уложенія (баварское, саксонское, баденское) подобнаго постановленія не содержатъ, при чемъ практика иногда (напр. въ Саксоніи) это молчаніе толковала въ смыслѣ допущенія дѣлимости преслѣдованія [1]).

Германское уложеніе слѣдуетъ примѣру кодексовъ первой категоріи (§ 63), имѣя въ виду, что предметомъ жалобы является дѣяніе, какъ одно цѣлое, а не дѣятельность отдѣльныхъ лицъ, и распространяя начало недѣлимости не только на виновниковъ и соучастниковъ (Thäter und Theilnehmer), но и на укрывателей (Begünstiger) соотвѣтственнаго Antragsdelict'a.

Исключенія изъ начала недѣлимости не составляютъ и относительно — неоффиціальныя преступленія, въ которыхъ неоффиціальность обусловлена особыми отношеніями между виновнымъ и потерпѣвшимъ (напр. семейная кража). Здѣсь преслѣдованіе дѣлимо лишь въ томъ смыслѣ, что противъ участниковъ, не соединенныхъ съ потерпѣвшимъ этими особыми отношеніями, преслѣдованіе можетъ быть возбуждено ex officio, и тогда, при отсутствіи жалобы, выйдетъ, что одни изъ соучастниковъ подлежатъ преслѣдованію, а другіе нѣтъ (тюрингенскій уст. уг. суд. § 50, прусское улож. § 228, германское ул. § 247 [2]). Но жалоба все-же остается недѣлимой, ибо если имѣется нѣсколько виновныхъ, соединенныхъ этими особыми отношеніями, потерпѣвшій долженъ принести жалобу на всѣхъ или не жаловаться вовсе. Нарушеніе этого принципа влечетъ тѣ же послѣдствія, какъ и при другихъ Antragsdelict'ахъ. [3]). Иначе, и при томъ весьма оригинально, этотъ вопросъ разрѣшили брауншвейгское (§ 246) и баденское (§ 392) уложенія, не допустившія въ этихъ случаяхъ преслѣдованія

[1]) Köstlin стр. 525.

[2]) Olshausen § 63 n. 1, R. G. 8 März 1894 г. (E. B. 25 стр. 176).

[3]) Liszt стр. 178—179; contra Oppenhoff § 65 n. 4, Reber стр. 443—444.

ex officio и соучастниковъ, не связанныхъ съ потерпѣвшимъ особыми отношеніями. Вмѣстѣ съ тѣмъ эти законодательства предоставили потерпѣвшему возбуждать преслѣдованіе путемъ подачи жалобы противъ однихъ постороннихъ или разомъ противъ нихъ и противъ близкихъ.

Начало недѣлимости преслѣдованія распространяется и на укрывательство преступника и преступленія (Begünstigung § 257), но не на укрывательство вещей, добытыхъ преступленіемъ (Hehlerei § 258—9) [1]).

Начало недѣлимости проводится вюртембергскимъ, гессенскимъ, брауншвейгскимъ и германскимъ уложеніями и въ примѣненіи къ взятію назадъ жалобы. Тамъ, гдѣ таковое допускается, преслѣдованіе прекращается противъ всѣхъ соучастниковъ и укрывателей, хотя бы потерпѣвшій заявилъ о взятіи назадъ жалобы только противъ одного изъ нихъ (§ 136 вюртемб., § 56 гессенск., § 247 брауншвейг., § 64 abs. 2 герман.)

Но начало недѣлимости не распространяется на частное обвиненіе (Privatklage), которое можетъ быть и предъявляемо и взято обратно относительно только нѣкоторыхъ изъ соучастниковъ [2]).

Что касается *формы жалобы* по партикулярнымъ кодексамъ, то она опредѣлялась въ зависимости отъ терминологіи уложенія и отъ формы процесса, установленной для даннаго рода преступленій, и постановленія о ней содержались въ процессуальныхъ кодексахъ; тамъ, гдѣ былъ

---

[1]) Большинство писателей высказывается за то, что если укрываемое преступленіе преслѣдуется не иначе, какъ по жалобѣ, то и укрывательство такого преступленія, хотя оно и составляетъ delictum sui generis, нельзя преслѣдовать ex officio. Начало недѣлимости распространяется и на укрывателей (Begünstiger § 63 Str. G. B.) см. Reber 136—137, Oppenhoff Comm. § 61 n. 6, Rubo Comm. § 64 n. 9, Köhler стр. 129. Иначе Dochow (стр. 275—6), считающій, что Begünstigung является оффиціальнымъ преступленіемъ, исключая случаевъ, предусмотрѣнныхъ § 247, т. е. укрывательства кражи и присвоенія, совершенныхъ у близкихъ. Смыслъ ст. 247 abs. 3, однако, не вполнѣ ясенъ. Köhler, напримѣръ, считаетъ, что для ея примѣненія необходимо, чтобы главные виновные не могли преслѣдоваться безъ жалобы, а отношеніе укрывателя къ потерпѣвшему безразличнымъ (стр. 130); тоже Binding (стр. 638).

[2]) Olshausen § 64 n. 21.

установленъ для неоффиціальныхъ преступленій обвинительный процессъ (напр. въ Баденѣ), жалоба облекалась въ форму обвиненія, предъявляемаго суду (Bad. Str. Pr. O. § 328, 332). Въ остальныхъ случаяхъ требовалось или простое сообщеніе (Anzeige) суду или полиціи (напр. по брауншвейгскому уложенію § 244) или же жалоба (Antrag, Klage), поданная въ судъ, въ которой должно было быть выражено требованіе наказанія для обвиняемаго [1]).

Постановленія о формѣ жалобы по нынѣ дѣйствующему германскому праву также содержатся не въ уголовномъ уложеніи, а въ уставѣ уголовнаго судопроизводства. Именно § 156 abs. 2 постановляетъ, что жалоба можетъ быть заявлена суду или прокуратурѣ письменно или устно съ занесеніемъ въ протоколъ (zu Protokoll), другимъ же должностнымъ лицамъ письменно. Подъ этими другими должностными лицами нужно разумѣть, какъ видно изъ abs 1 § 156, полицейскихъ чиновниковъ (Beamten und Behörden des Polizei-und Sicherheitsdienstes).

Жалоба считается поданной на письмѣ, если она подписана подающимъ или подъ ней стоитъ знакъ, долженствующій служить вмѣсто подписи [2]). Годится и жалоба, переданная по телеграфу.

Германская практика не требуетъ, чтобы жалоба была подана непремѣнно съ соблюденіемъ условій подсудности. Достаточно, если она подана такому должностному лицу, которое обязано передать ее по подсудности, а сюда относятся всѣ тѣ органы, которые выше перечислены, хотя бы дѣяніе совершено было и должно было разсматриваться въ судѣ другого округа или другой предметной подсудности [3]). Но это долженъ быть общій судъ гражданскаго вѣдомства, разсматривающій дѣла въ первой инстанціи [4]). Остается невыясненнымъ однако вопросъ, съ какого момента жалоба

---

[1]) Köstlin § 520; contra Briedenbach, довольствующійся и въ этихъ случаяхъ простымъ сообщеніемъ (стр. 647—649).

[2]) Olshausen § 61 n. 26, Köhler стр. 105.

[3]) Dochow—275, Rubo—505, Binding—657, Olshausen § 61 n. 22 Köhler стр. 100—103, contra Freudenstein „System des Rechtes der Ehrenkränkungen“ 1884 г. стр. 106.

[4]) Binding—657, contra Köhler—102.

считается окончательно поданной и прерывающей теченіе 3-хъ мѣсячнаго срока—съ момента подачи некомпетентному органу или съ момента передачи ея послѣднимъ органу компетентному. Германскіе комментаторы склоняются къ первому мнѣнію [1]).

Что касается *содержанія жалобы*, то въ ней должно быть выражено желаніе, чтобы судебное преслѣдованіе было возбуждено. Желаніе это не должно быть выражено подъ такимъ условіемъ, которое противорѣчитъ закону, напр., подъ условіемъ направленія преслѣдованія, вопреки началу недѣлимости, только противъ одного изъ многихъ соучастниковъ. Помѣщеніе въ жалобѣ такого условія дѣлаетъ ее недѣйствительной [2]).

Отъ условій нужно отличать ограниченія и оговорки (Beschränkungen und Vorbehälte), не связанныя настолько съ волею возбудить преслѣдованіе, чтобы ихъ можно было считать условіями. При незаконности они считаются какъ бы не написанными [3]).

Въ жалобѣ долженъ быть указанъ адресъ того учрежденія, къ которому жалоба обращается. Это учрежденіе должно относиться къ числу указанныхъ въ § 156 Str. Pr. O. Впрочемъ, ошибочное указаніе адреса можетъ и не повлечь за собою недѣйствительности жалобы, если указанный по ошибкѣ органъ направить (къ чему онъ не обязанъ) жалобу по подсудности, а органъ компетентный согласится, что на лицо ошибка.

Что касается юридической квалификаціи преслѣдуемаго дѣянія, то таковая въ жалобѣ не обязательна и нисколько не связываетъ судъ [4]).

Точно также не обязательно въ жалобѣ указаніе лица, противъ котораго желаютъ возбудить уголовное преслѣдованіе [5]). Труднѣе становится вопросъ, если дѣло идетъ объ

---

[1]) Binding—658, Dochow—283, contra Freudenstein стр. 106.

[2]) Liszt—179, Reber—417, Dochow—275, Binding—656; contra Köhler стр. 110 и слѣд.

[3]) Reber—418, Olshausen zu § 61 n. 46—47.

[4]) Nessel—45, Kirchenheim—81, Rubo Comm. § 61 n. 11 contra Reber 435—436, Olshausen § 61 n. 39. Reichsgericht 8 Oct. 1881 г. (E. B. 5 стр. 98—100 и слѣд.).

[5]) Olshausen § 61 n. 41, R. G. 17 Dec. 1881 г. (E. B. 5 стр. 270—271).

относительно-неоффиціальномъ преступленіи, ибо здѣсь знаніе того, что дѣяніе совершено лицомъ, связаннымъ съ потерпѣвшимъ особыми отношеніями, является логическимъ условіемъ жалобы. Заявленіе о возбужденіи преслѣдованія, сдѣланное въ то время, когда потерпѣвшій еще не зналъ, что виновникомъ является лицо, связанное съ нимъ особыми отношеніями, не можетъ считаться достаточнымъ [1]). Но и здѣсь вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что достаточно, чтобы изъ жалобы вытекало знаніе потерпѣвшимъ указанныхъ выше обстоятельствъ, указаніе же на одного или всѣхъ виновныхъ не требуется [2]).

Въ фактѣ предъявленія частнаго обвиненія (Privatklage) тамъ, гдѣ оно допустимо, заключается и подача жалобы, но не наоборотъ: возможна подача жалобы безъ принятія на себя обязанностей частнаго обвинителя (Privatkläger) [3]). Результатомъ такой жалобы будетъ право (но не обязанность) прокураторы возбудить преслѣдованіе, если она найдетъ, что это нужно въ публичныхъ интересахъ.

Партикулярные нѣмецкіе кодексы устанавливаютъ для неоффиціальныхъ преступленій особый *срокъ* (Antragsfrist), въ теченіе котораго должна быть потерпѣвшимъ принесена жалоба, подъ страхомъ утраты самого права жалобы. При этомъ большинство ихъ (баденскій § 190, саксонскій § 111, брауншвейгскій § 71 и 72, гессенскій § 125, вюртембергскій § 130) говоритъ объ этомъ срокѣ въ отдѣлѣ о давности и признаетъ его сокращеннымъ давностнымъ срокомъ, начинающимъ однако свое теченіе не съ момента совершенія преступленія, а съ момента, когда о немъ сдѣлалось извѣстно потерпѣвшему [4]), причемъ окончаніе этого срока ни въ коемъ случаѣ не можетъ отстоять дальше отъ момента совершенія дѣянія, чѣмъ окончаніе общаго давностнаго срока. Другіе же, (напр. прусское уложеніе § 50) говорятъ объ Antragsfrist отдѣльно отъ давностныхъ сроковъ, при-

---

[1]) Lehmann стр. 32–33, R. G. 8 März 1894 (E. B. 25 стр. 176).
[2]) Oppenhoff § 61 n. 18.
[3]) Köhler стр. 108.
[4]) Иначе гессенское уложеніе.

знавая его особымъ институтомъ. Длина срока для жалобы также представляется въ кодексахъ весьма разнообразной и колеблющейся между 3 годами (гессенское улож.), 2 годами (баденское, вюртембергское), 1 годомъ (саксонское, брауншвейгское) и 3 мѣсяцами (прусское уложеніе).

§ 61 Str. Pr. B. устанавливаетъ, по примѣру прусскаго, также особый трехмѣсячный срокъ, въ теченіи котораго частная жалоба должна быть принесена подъ страхомъ утраты права жаловаться. Срокъ этотъ не является ни давностнымъ, ни процессуальнымъ, а особымъ, погашающимъ право жалобы [1]).

Срокъ начинаетъ течь съ того дня, когда потерпѣвшему сдѣлалось извѣстно и дѣяніе и личность виновнаго (mit dem Tage, seit welchem der zum Antrage Berechtigte von der Handlung und von der Person des Thäters Kenntniss gehabt hat— § 61). При этомъ не требуется знанія подробностей дѣянія и его юридической квалификаціи; нѣтъ также надобности въ знаніи имени виновнаго. Достаточно такихъ указаній, которыя позволили бы возбудить противъ него преслѣдованіе [2]), т. е. знанія обстоятельствъ, выполняющихъ составъ неоффиціальнаго преступленія и дѣлающихъ данное лицо потерпѣвшимъ [3]). Но жалоба можетъ быть подана и до того, какъ для потерпѣвшаго началъ течь срокъ, ибо знаніе виновнаго нужно для начала срока, для жалобы же въ этомъ нѣтъ необходимости [4]). Нельзя требовать, чтобы знаніе потер-

---

[1]) Binding—641, H. Meyer—307, Liszt—177, Fuchs—23, contra Reber стр. 455, Menzel стр. 40—41, сближающіе этотъ срокъ съ гражданской исковой давностью. Еще дальше идетъ Lehmann стр. 23—27, сближающій этотъ срокъ съ сроками уголовной давности.

[2]) Dochow стр. 273.

[3]) Bindig стр. 643, Köhler стр. 77—78. Freudenstein стр. 106.

[4]) Кажущееся исключеніе составляютъ относительно-неоффиціальныя преступленія, такъ какъ жалоба, принесенная потерпѣвшимъ, не знавшимъ, что въ дѣяніи участвовали лица, ему близкіе, не является основаніемъ для возбужденія преслѣдованія и противъ нихъ, ибо у потерпѣвшаго въ моментъ подачи жалобы не было, вслѣдствіе незнанія фактическихъ обстоятельствъ, намѣренія отказаться отъ принадлежащаго ему права воспрепятствовать уголовному преслѣдованію близкихъ ему лицъ. Впрочемъ, если въ жалобѣ категорически выражено, что она распространяетъ свое дѣйствіе и на близкихъ, если та-

пѣвнаго переходило въ увѣренность, чтобы у него не оставалось сомнѣній относительно дѣяній или личности виновнаго [1]). Достаточна такая степень освѣдомленности, которая способна побудить благоразумнаго человѣка дѣйствовать [2]).

Изъ двухъ моментовъ—знанія о дѣяніи и о лицѣ виновномъ,—наиболѣе существеннымъ является второй, потому что въ томъ случаѣ, когда виновный сдѣлался извѣстенъ потерпѣвшему послѣ истеченія трехъ мѣсяцевъ отъ того дня, когда онъ узналъ о дѣяніи, срокъ, вопреки мнѣнію Дохова, не долженъ считаться упущеннымъ. Это вытекаетъ изъ буквальнаго смысла § 61, требующаго знанія и дѣянія и виновника (von der Handlung und von der Person des Thäters) [3]).

Исходный моментъ для теченія срока остается тотъ же и при вовлеченіи въ бракъ посредствомъ обмана (§ 170), прелюбодѣяніи (§ 172) и похищеніи женщины для вступленія въ бракъ (§ 236), хотя уголовное преслѣдованіе за эти дѣянія можетъ быть возбуждено лишь послѣ того, какъ преступный бракъ будетъ расторгнутъ. Жалоба должна быть принесена, но затѣмъ дѣло оставлено безъ движенія впредь до разрѣшенія вопроса о расторженіи брака [4]). Такое рѣ-

---

ковые окажутся виновными, она конечно является достаточной для возбужденія преслѣдованія и противъ нихъ. См. Köhler стр. 87—88. Жалобу принесенную до обнаруженія виновныхъ и безъ ихъ указанія. Lehmann (стр. 34) называетъ genereller Strafantrag, допуская послѣднюю лишь при абсолютно неоффиціальныхъ преступленіяхъ.

[1]) Dochow 272—273.

[2]) Köhler стр. 75. Этотъ критерій аналогиченъ тому, который примѣняется въ англійскомъ доказательственномъ правѣ при рѣшеніи вопроса о сомнѣніи, которое должно толковаться въ пользу подсудимаго. Если тамъ лишь разумное сомнѣніе (raesonable doubt) въ виновности достаточо для оправданія, то здѣсь такое же разумное предположеніе виновности извѣстнаго лица достаточно, чтобы срокъ началъ свое теченіе.

[3]) Binding 640.

[4]) Dochow стр. 273—274, Reber 471—473, H. Meyer—366, Hälschner I. 719, Fischer „Der Beginn der Antragsfrist bei dem Vergehen des Ehebruchs“ G. S. 1879 стр. 54—68 и 1880 стр. 476 и слѣд. contra Oppenhoff § 170 n. 11, Olshausen § 172 n. 9., Nessel—43, R. G. III 3 Jan. 1880 г. (E. B. 1 стр. 40—47), Binding—644 и др., полагающіе, что срокъ долженъ исчисляться со дня, когда потерпѣвшій узналъ о вступленіи въ законную силу преюдиціальнаго рѣшенія.

шеніе вопроса вытекаетъ какъ изъ буквальнаго смысла § 61, такъ и изъ того, что жалоба потерпѣвшаго и расторженіе брака суть условія уголовнаго преслѣдованія (а не наказуемости) [1]), лежащія внѣ состава преступнаго дѣянія и вполнѣ другъ отъ друга независимыя.

§ 61 Str. G. B. непримѣнимъ вовсе, по мнѣнію Köhler'a (стр. 94), къ дѣяніямъ, совершеннымъ за-границей лицомъ, впослѣдствіи вступившемъ въ германское подданство, хотя здѣсь преслѣдованіе и возбуждается не иначе, какъ по жалобѣ иностраннаго должностного лица (§ 4 п. 3 Str. G. B.). Однако мнѣніе это, не находящее опоры въ текстѣ закона, не можетъ быть принято, ибо Köhler его подкрѣпляетъ соображеніями, которыя могли бы имѣть значеніе лишь de lege ferenda, какъ то, что трудно въ этихъ случаяхъ установить— истекъ ли срокъ или нѣтъ и проч.

Срокъ течетъ непрерывно, хотя бы управомоченный въ это время былъ лишенъ возможности принести жалобу по болѣзни, отсутствію или другой причинѣ [2]). Возстановленіе срока въ этихъ случаяхъ не допустимо и § 44 и слѣд. Str. Pr. O. не примѣнимы [3]), ибо они имѣютъ въ виду процессуальные сроки, къ которымъ срокъ § 61 не относится.

Для каждаго изъ потерпѣвшихъ срокъ течетъ особо и пропускъ срока однимъ изъ управомоченныхъ не вредитъ другимъ (§ 62).

---

[1]) Тотъ же выводъ дѣлаетъ Köhler (стр. 89—90), тщетно, впрочемъ, пытаясь его согласить со своимъ ученіемъ о томъ, что расторженіе брака есть условіе наказуемости для дѣяній, о которыхъ идетъ рѣчь: „Bedingung der Strafbarkeit, говоритъ онъ, ist gleichbedeutend mit Bedingung der Bestrafung. Vor dem Eintritt einer Bedingung der Bestrafung kann eine *strafbare, das heisst möglicherwiese zu bestrafende* Handlung sehr wohl vorliegen. Mehr als eine solche setzt aber der Antrag nicht (?). Ein Crimen ist jede strafbare Handlung schon vor Eintritt der Bedingung der Bestrafung". Ясно, что мы здѣсь имѣемъ или игру словомъ „strafbar", понимаемымъ то въ смыслѣ наказуемаго in thesi, то въ смыслѣ наказуемаго in hypothesi или безнадежное смѣшенія понятій „преступленіе" и „деликтъ" (въ Биндинговскомъ смыслѣ).

[2]) Liszt стр. 177—178, Reber 477—478, contra Nessel 42—43, Köhler 97—98 и, съ большими ограниченіями, Lehmann стр. 38—41.

[3]) Dochow стр. 273, Oppenhoff Comm. § 61 n. 32, Binding стр. 641, contra Olshausen Comm. § 61 n. 50.

Буквальный смыслъ § 61 позволяетъ утверждать, что срокъ течетъ также независимо для каждаго изъ совиновниковъ (Thäter) [1]), ибо для начала теченія срока нужно знаніе лица (Person) таковыхъ. Но такое рѣшеніе вопроса сталкивается съ началомъ недѣлимости жалобы, въ силу котораго правильно принесенная противъ одного изъ соучастниковъ жалоба вызываетъ преслѣдованіе всѣхъ (§§ 61 и 63). Это столкновеніе постановленій должно быть разрѣшено въ пользу преслѣдованія всѣхъ, хотя бы Antragsfrist противъ нѣкоторыхъ уже истекъ, ибо преслѣдованіе преступленій есть общее правило, освобожденіе же отъ такового—изъятіе.

Въ случаѣ недѣеспособности потерпѣвшаго срокъ начинаетъ течь съ того времени, какъ и преступленіе и его

---

[1]) Binding (стр. 644) говоритъ, что срокъ течетъ „gegen jeden Mitschuldigen ganz selbstständig"; напротивъ въ другомъ мѣстѣ (стр. 639) онъ утверждаетъ, что „die rechtzeitige Stellung des Antrags wider einen andern Mitschuldigen seitens desselben Berechtigten... entfesselt die Verfolgung wider alle Mitschuldigen". Послѣднее мнѣніе повидимому раздѣляетъ H. Meyer стр. 307—17; иначе Olshausen § 63 n. 2, Liszt—178 и R. G. въ рѣшеніи 2 Jan. 1881 г. (E. B. 9 стр. 390—391), полагающіе, что срокъ начинаетъ свое теченіе съ момента, когда потерпѣвшему стало извѣстно хотя бы объ одномъ изъ соучастниковъ. Къ этому мнѣнію примыкаетъ и Reber стр. 470 съ тѣмъ отличіемъ, что онъ считаетъ существеннымъ знаніе виновника (Thäter), но не подстрекателя, пособника или укрывателя.

Впрочемъ, Reichsgericht не особенно рѣшительно возражаетъ противъ защищаемаго нами толкованія: „Übrigens, говоритъ онъ въ упомянутомъ рѣшеніи, würde die Annahme, dass Gesetz wolle dem Antragsberechtigten nicht zumuthen, auf sein Antragsrecht zu Gunsten solcher Personen zu verzichten, von deren Betheiligung er noch keine Kentniss habe, keineswegs zu der Ansicht führen, derselbe müsse jedem Betheiligten gegenüber eine besondere Überlegungsfrist haben. Vielmehr würde von diesem Gesichtspunkt aus viel eher die Auffassung als gerechtfertigt erscheinen dass die Antragsfrist überhaupt erst zu laufen beginne, wenn dem Antragsberechtigten alle an der strafbaren Handlung beteiligte Personen bekannt, geworden sein... *Die Ansicht, nach welcher zum Beginne der Antragsfrist vorausgesetzt wird, dass dem Antragsberechtigten alle an der Handlung beteiligte Personen bekannt geworden sind, lässt sich mit dem Wortlaute des § 64 St. G. B.'s... vereinigen.* (E. B. g. стр. 396—7). Къ иному воззрѣнію Рейхгернхтъ приходитъ, опираясь на исторію возникновенія § 50 прусскаго уложенія, соотвѣтствующаго § 61 St. G. B., но доводы его изъ этой области являются не достаточно убѣдительными.

виновники сдѣлались извѣстны законному представителю [1]). Для спеціальнаго представителя, назначаемаго по случаю совершенія преступленія самимъ законнымъ представителемъ, моментъ этотъ обыкновенно совпадаетъ со временемъ его назначенія, ибо если онъ узналъ о дѣяніи и виновныхъ и до своего назначенія, то все же онъ тогда не могъ принести жалобы не будучи еще законнымъ представителемъ потерпѣвшаго, т. е. тѣмъ Berechtigte, о которомъ говоритъ § 61 Str. G. B. [2]).

Срокъ жалобы отличается отъ давностнаго и течетъ отъ него вполнѣ независимо, но, конечно, истеченіе давности дѣлаетъ невозможнымъ преслѣдованіе по жалобѣ, хотя бы Antragsfrist и не истекъ. Послѣднее вполнѣ возможно, ибо исходные моменты теченія того и другого срока различны: тогда какъ Antragsfrist начинаетъ течь съ того времени, какъ потерпѣвшему стало извѣстно дѣяніе и его виновники, давностный срокъ (рѣчь идетъ о Verfolgungsverjährung) течетъ со времени совершенія дѣянія [3]).

Отступленіе отъ этихъ правилъ о срокѣ жалобы имѣетъ мѣсто при взаимныхъ обидахъ и тѣлесныхъ поврежденіяхъ (§ 198, 232). Если одна сторона принесла жалобу, то другая подъ страхомъ утраты своего права обязана принести съ своей стороны жалобу до окончанія преній (Verhandlung) въ первой инстанціи [4]). Но за то, если нормальный срокъ для обвиняемаго уже истекъ въ моментъ подачи жалобы потерпѣвшимъ, онъ все же можетъ принести встрѣчную жалобу до указаннаго выше момента (§ 198).

Трехмѣсячный срокъ указанъ въ законѣ для жалобы, но не для частнаго обвиненія. Поэтому, если жалоба подана, а прокурорскій надзоръ преслѣдованія не возбуждаетъ, потерпѣвшій можетъ выступить частнымъ обвинителемъ до

---

[1]) Köhler стр. 76.

[2]) Ср. Dochow стр. 273, Olshausen § 61 n. 54.

[3]) Мы здѣсь не касаемся весьма спорнаго вопроса о томъ, нужно ли исчислять давностный срокъ съ момента дѣйствія или съ момента наступленія результата; см. Liszt стр. 278, H. Meyer—276, Binding—838.

[4]) Binding стр. 641—642. Но, конечно, при условіи, что ему къ этому моменту сдѣлалось уже извѣстно о нанесенной обидѣ; въ противномъ случаѣ онъ сохраняетъ право самостоятельной жалобы; см. Freudenstein стр. 110.

истеченія уголовной давности, хотя бы и послѣ истеченія трехмѣсячнаго срока § 61 Str. G. B. [1]).

Право жалобы по партикулярнымъ кодексамъ и по германскому уложенію, будучи правомъ строго личнымъ, погашается *смертью управомоченнаго* и не переходитъ на его наслѣдниковъ.[2]). Впрочемъ, нѣкоторые авторы [3]) допускаютъ изъятіе изъ этого принципа для преступленій, дающихъ право требовать буссу (оскорбленія и тѣлеснаго повреждения), а также для контрафакціи, благодаря имущественному интересу, связанному для наслѣдниковъ съ возможностью возбудить преслѣдованіе. Однако, съ точки зрѣнія дѣйствующаго германскаго права это мнѣніе представляется неосновательнымъ, ибо право жалобы при неоффиціальныхъ преступленіяхъ дается не ради имущественныхъ интересовъ, которые всегда могутъ быть осуществлены въ порядкѣ гражданскаго процесса.

Впрочемъ, указанныя соображенія относятся только къ вопросу о правѣ наслѣдника подать жалобу, еще не принесенную самимъ потерпѣвшимъ. Иное дѣло—смерть потерпѣвшаго послѣ возбужденія преслѣдованія. Въ этихъ случаяхъ смерть потерпѣвшаго не оказываетъ никакого вліянія на дальнѣйшій ходъ дѣла и примѣненіе наказанія [4]), за

---

[1]) Löwe „Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich“ 1884 г. стр. 716, Menzel „Die Privatklage nach Reichsstrafprozessrecht“ 1880 г. стр. 43, Bennecke und Beling „Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozessrechts“ 1900 г. стр. 630; Kres „Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts“ 1892 г. стр. 732 contra; Dochow въ H. H. des St. P. R. B. П. стр. 359—360, Birkmeyer стр. 326—7; Коммиссія по реформѣ германскаго уголовнаго процесса предположила ввести въ § 416 St. Pr. O. правило о трехмѣсячномъ срокѣ для предъявленія частнаго обвиненія, исчисляемомъ со дня объявленія постановленія прокуратуры о нежеланіи начать уголовное преслѣдованіе (см. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses“ 1905 г. В. П. стр. 56—57).

[2]) Köstlin 524, Briedenbach 1 стр. 660, Dochow стр. 271—272, Reber 347—348, Liszt стр. 179, Olshausen § 61 п. 20 и друг. R. G. 9 Iuni 1884 г. (E. B. 11 стр. 55—56).

[3]) Fuchs стр. 54, Oppenhoff Comm. къ § 65 п. 7.

[4]) Binding 646.

исключеніемъ преступленій, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія (Privatklage), т. е. оскорбленія и тѣлеснаго повреждения [1]). Производство по этимъ послѣднимъ прекращается (§ 433 Str. Pr. C.), если только въ немъ не принималъ и не желаетъ принять участія прокурорскій надзоръ (§ 416—417 Str. Pr. O.) [2]). Дѣло въ томъ, что оскорбленіе и тѣлесное повреждениe допускаютъ по германскому праву двоякій способъ преслѣдованія—въ порядкѣ принципальнаго частнаго обвиненія (Prinzipale Privatklage), если прокурорскій надзоръ находитъ, что этими дѣяніями не затрогивается публичный интересъ,—тогда смерть частнаго обвинителя прекращаетъ дальнѣйшее преслѣдованіе; и въ порядкѣ публичнаго обвиненія съ участіемъ потерпѣвшаго лишь въ качествѣ дополнительнаго обвинителя (Nebenkläger), если прокуратура находитъ, что дѣяніями этими публичный интересъ затрогивается—здѣсь смерть частнаго обвинителя не вліяетъ на судьбу преслѣдованія [3]). Дѣло еще осложняется тѣмъ, что одинъ порядокъ можетъ переходить въ другой: прокуроръ въ теченіе всего производства вплоть до вступленія приговора въ законную силу можетъ вступить въ дѣло, превращая самостоятельнаго частнаго обвинителя въ дополнительнаго (§417) [4]). Повидимому, такое вступленіе не исключено и смертью частнаго обвинителя [5]). Этотъ послѣдній выводъ находитъ себѣ подтвержденіе въ томъ, что жалоба потерпѣвшаго и частное обвиненіе суть институты, хотя и соприкасающіеся, но различные, почему прекращеніе частнаго обвиненія не означаетъ само по себѣ устраненіе жалобы [6]). Поэтому смерть частнаго

---

[1]) Изъ карательныхъ законовъ, дѣйствующихъ на ряду съ Str. G. B. (Nebengesetze), преслѣдованіе въ порядкѣ частнаго обвиненія устанавливаетъ Gesetz vom 27 Mai 1896 г. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs для дѣяній, относимыхъ имъ къ числу неоффиціальныхъ.

[2]) Впрочемъ, прекращеніе имѣетъ мѣсто, если смерть послѣдовала до начала объявленія приговора первой или второй инстанціи примѣнительно къ § 431 Str. Pr. O. ср. Menzel стр. 45.

[3]) Rosenfeld „Die Nebenklage“ стр. 138.

[4]) Glaser „Handbuch des Strafprozesses“ 1885 г. B. II стр. 210—211, R. Schmidt „Staatsanwalt und Privatkläger“ 1891 г. стр. 140, Süss „Die Stellung der Parteien im modenen Strafprozesse“ 1898 г. стр. 58.

[5]) Menzel стр. 46.

[6]) Birkmeyer стр. 326—328, R. G. 21 Mai 1889 г. (Ent. B. 19 стр. 285).

обвинителя, устраняя первое, не создаетъ препятствій для преслѣдованія въ порядкѣ публичномъ, ибо жалоба своевременно была подана и актъ этотъ въ дальнѣйшемъ аннулированъ не былъ [1]).

Но и въ предѣлахъ самостоятельнаго частнаго обвиненія продолженіе преслѣдованія, несмотря на смерть частнаго обвинителя, возможно въ одномъ частномъ случаѣ—при обвиненіи въ клеветѣ. Въ теченіи двухъ мѣсяцевъ со дня смерти частнаго обвинителя его родители, дѣти или супругъ могутъ заявить суду, что они желаютъ продолжать обвиненіе (§ 433 n. 2 Str. Pr. O.) [2]).

Мы уже упоминали о томъ, что *одно преступное дѣяніе* можетъ причинять *вредъ нѣсколькимъ потерпѣвшимъ* и что тогда каждому изъ нихъ принадлежитъ вполнѣ самостоятельное право жалобы. Въ старой практикѣ этотъ вопросъ чаще всего ставился и разрѣшался при такъ называемомъ, двойномъ прелюбодѣяніи, т. е. въ случаяхъ, когда оба соучастника связаны брачными узами. Въ виду недѣлимости жалобы и прощенія въ отношеніи прелюбодѣянія, а также въ силу самостоятельности правъ, принадлежащихъ обоимъ невиновнымъ супругамъ, здѣсь признавалось, что прощеніе, дарованное однимъ изъ нихъ, не избавляетъ прелюбодѣевъ отъ преслѣдованія по жалобѣ другого (саксонское уложеніе § 264, баденское § 350) [3]).

Германское уложеніе усвоило тоже начало самостоятельности правъ каждаго изъ потерпѣвшихъ. Это видно изъ

---

[1]) Коммиссія по реформѣ уголовнаго процесса предполагаетъ внести объ этомъ въ уставъ прямое постановленіе: „Im Falle des Todes des Privatklägers ist die Staatsanwaltschaft zur Fortführung der Privatklage berechtigt **sofern** ein offentliches Interesse vorliegt. Die Übernahme hat binnen der im § 433 abs 3 der Str. Pr. O. bestimmten Frist zu erfolgen. (Protokolle B. II стр. 63).

[2]) Menzel стр. 31. При этомъ онъ правильно указываетъ, что „in der Fortsetzung der Klage **nach dem Tode des Klägers** liegt daher nicht die Geltendmachung eines ererbten **Rechts, sondern** die Verfolgung eines eigenen Anspruchs auf Genugthuung". Коммиссія по реформѣ предполагаетъ распространять это постановленіе на всѣ случаи частнаго обвиненія. (Protokolle B. II. стр. 62).

[3]) Köstlin—528, Wächter стр. 346—347.

того, что срокъ жалобы для каждаго изъ нихъ исчисляется особо (§ 62 Str. G. B.), что каждый изъ нихъ въ подлежащихъ случаяхъ осуществляетъ независимо отъ другихъ право частнаго обвиненія (§ 415 abs. I Str. Pr. O.). Впрочемъ, послѣднее положеніе терпитъ нѣкоторыя существенныя ограниченія, вызываемыя конструкціей процесса и природой уголовнаго приговора. Именно, если дѣло уже возбуждено и есть частный обвинитель, другой потерпѣвшій не можетъ начать отдѣльнаго процесса, а долженъ ограничиться вступленіемъ въ заведенный уже процессъ въ роли тоже частнаго обвинителя [1]), ибо необходимость принять мѣры, чтобы судебные приговоры не вступали въ противорѣчіе одинъ съ другимъ, не дозволяетъ по поводу одного и того же дѣянія вчинать два одновременныхъ процесса противъ обвиняемаго. Если же уже состоялось рѣшеніе по существу, оно является обязательнымъ и для не участвовавшихъ въ дѣлѣ потерпѣвшихъ. Это правило избавляетъ обвиняемыхъ отъ повторныхъ процессовъ по поводу одного и того же дѣянія, нарушающихъ начало non bis in idem [2]). Напротивъ, опредѣленіе о прекращеніи дѣла вслѣдствіе отсутствія законно принесенной жалобы или вслѣдствіе отказа потерпѣвшаго отъ жалобы, не мѣшаетъ другому потерпѣвшему принести жалобу съ своей стороны, если на это имъ не былъ упущенъ срокъ [3]).

Сложнѣе становится вопросъ, когда имѣется *идеальная совокупность оффиціальнаго и неоффиціальнаго преступленія.* Вопросъ этотъ различно рѣшался партикулярными кодексами. Большинство изъ нихъ признавало, что каждое изъ конкуррирующихъ дѣяній преслѣдуется въ свойственномъ ему порядкѣ (улож. виртембергское § 291, гессенское § 319 и др.), нѣкоторые же, напротивъ, (улож. брауншвейгское § 244) допускали въ этихъ случаяхъ преслѣдованіе ex officio за оба преступленія. Та же идея проглядываетъ въ постановленіяхъ,

---

[1]) Birkmeyer стр. 296, Tiersch стр. 58.

[2]) Birkmeyer стр. 323—324, Glaser II стр. 207, Dochow въ H. H. B. II стр. 358—359, Binding (стр. 633) основаніе указанныхъ положеній видитъ въ томъ, что „alle Antragsberechtigungen aus demselben Delicte sind nur Bedingungen *einer* Strafklage".

[3]) Glaser II стр. 67, Tiesch стр. 58.

говорящихъ о томъ, что извѣстное дѣяніе преслѣдуется не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго, если оно не соединено съ нарушеніемъ общественнаго спокойствія и порядка (см. напр. вюртембергское улож. § 261, гессенское § 272 и др.) [1]).

Германское уложеніе не содержитъ прямыхъ указаній по этому поводу, ибо единственная статья, содержащая опредѣленіе объ идеальной совокупности (73), не упоминаетъ объ Antragsdelict'ахъ. Комментаторы уложенія держатся того мнѣнія, что каждое изъ преступленій преслѣдуется независимо отъ другого и что, слѣдовательно, возможно разсмотрѣніе дѣла и опредѣленіе наказанія за преступленіе оффиціальное, хотя бы жалобы подано не было на конкуррирующее съ нимъ неоффиціальное, но что это послѣднее остается при этомъ внѣ преслѣдованія [2]).

---

[1]) См. также Bambergensis и Reichs-Polizeiordnungen 1530, 1548 и 1577 г. о прелюбодѣяніи, возбуждающемъ общественный соблазнъ.

[2]) Dochow—276, Oppenhof § 61 n. 9, Schwarze Comm. § 61 n. 9. Bar Gold. Arch. XIX (1871 г.) 650—652, Fuchs 84—85, Binding—633, Kirchenheim 86—87, Reber 170—187, Köhler—118, Olshausen § 61 n. 58[a], тоже R. G. 5 Okt. 1899 г. (E. B. 32 стр. 281). Однако, самъ Reichsgericht не рѣшился сдѣлать всѣхъ выводовъ, вытекающихъ изъ его доктрины. Такъ, въ случаѣ оправданія въ дѣяніи оффиціальномъ, виновный въ идеально конкуррирующемъ съ нимъ преступленіи неоффиціальномъ, которое не было разсмотрѣно въ виду отсутствія жалобы, повидимому, могъ бы быть вновь привлеченъ къ отвѣту по подачѣ жалобы. Но Reichsgericht отступаетъ предъ этимъ выводомъ, грубо нарушающимъ интересы обвиняемаго (рѣш. 17 Nowemb. 1892 г. E. B. 23 стр. 308—309). Наша точка зрѣнія, излагаемая ниже, устраняетъ совершенно трудности этого вопроса.

Иной взглядъ высказываютъ весьма немногіе. Такъ, Lehmann (въ Arch. fur Pr. Strafrecht B. XIX стр. 740) утверждаетъ, что въ случаѣ совокупности болѣе тяжкаго неоффиціальнаго преступленія съ менѣе тяжкимъ оффиціальнымъ, преслѣдованіе за послѣднее не должно имѣть мѣста, если оно нарушаетъ права того же потерпѣвшаго и если неоффиціальность дѣянія установлена исключительно въ интересахъ послѣдняго. Еще дальше въ томъ же направленіи идетъ анонимный авторъ статьи въ томъ же Archiv (стр. 309), признающій ненаказуемость оффиціальнаго преступленія во всѣхъ случаяхъ идеальной совокупности съ болѣе тяжкимъ неоффиціальнымъ. Въ противоположную сторону отъ господствующаго воззрѣнія уклоняются рѣшенія Берлинскаго Оберъ-Трибунала 9 марта и 14 іюня 1871 года, при-

Однако, такое рѣшеніе, по справедливому указанію Листа [1]) вытекаетъ съ логическою необходимостью, лишь изъ воззрѣнія на жалобу, какъ на матерьяльное условіе наказуемости. Если же, добавимъ отъ себя, разсматривать ее какъ процессуальное условіе возбужденія преслѣдованія (Prozessvoraussetzung), заключеніе должно получиться иное [2]).

Мы лично держимся того мнѣнія, что по современному германскому праву жалоба имѣетъ характеръ скорѣе процессуальнаго условія (хотя этотъ характеръ и не является выдержаннымъ во всѣхъ его постановленіяхъ), доказательства чему нами будутъ приведены ниже, а потому и разбираемый случай идеальной совокупности долженъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что преслѣдованіе возбуждается и преступленіе подвергается всесторонней квалификаціи, хотя бы жалоба потерпѣвшаго отсутствовала. Приговоръ долженъ исчерпать всевозможныя квалификаціи судимаго дѣянія [3]), если къ тому нѣтъ какихъ либо препятствій, лежащихъ въ законныхъ интересахъ обвиняемаго или другихъ лицъ, причастныхъ къ процессу. Такимъ препятствіемъ не служатъ интересы потерпѣвшаго, не подавшаго жалобы, ибо, разъ преслѣдованіе возбуждено ex officio и дѣло уже разслѣдовано,

---

знающіе, что изъ процессуальнаго значенія жалобы вытекаетъ, въ случаяхъ идеальной конкурренціи, наказуемость безъ жалобы и конкуррирующаго неоффиціальнаго преступленія, но уже въ рѣшеніи 29 января 1872 г. Оберъ-Трибуналъ отъ этого мнѣнія отказался (см. Fuchs стр. 76—77).

Несмотря на единодушіе теоріи и практики по этому вопросу, отдѣльные казусы рѣшаются отдѣльными писателями различно въ зависимости отъ различно проводимыхъ границъ между идеальной совокупностью и конкурренціей законовъ, съ одной стороны, и совокупностью реальной, съ другой, напр., ср. Binding стр. 631 и Köhler стр. 117—118.

[1]) Lehrbuch стр. 175.

[2]) Листъ разбиваетъ Antragsvergehen на двѣ группы: въ первой изъ нихъ жалоба, по его мнѣнію, имѣетъ матерьяльный характеръ, во второй процессуальный. Впрочемъ онъ не перечисляетъ дѣяній, относящихся къ первой и второй категоріи, и даже оказывается вынужденнымъ признать, что различіе это осталось чуждымъ имперскому уголовному законодательству.

[3]) §§ 153 и 263. Ср. Немировскій „Отношеніе приговора къ обвиненію“ 1906 г. стр. 166 и слѣд., особенно 173—174.

всякій raison d'être требованія жалобы потерпѣвшаго отпадаетъ. Равнымъ образомъ въ подкрѣпленіе обратной точки зрѣнія нельзя ссылаться на интересы обвиняемаго, ибо, во первыхъ, зависимость преслѣдованія отъ жалобы установлена закономъ не въ его интересахъ, а, во вторыхъ, эти интересы могутъ еще *больше пострадать*, разъ преслѣдованіе по жалобѣ можетъ сдѣлаться предметомъ послѣдующаго особаго процесса.

По тѣмъ же основаніямъ разрѣшается случай, когда во время разбирательства дѣла по существу обстоятельства его измѣняются такъ, что преслѣдуемое дѣяніе изъ оффиціальнаго превращается въ неоффиціальное. Въ этомъ случаѣ долженъ быть постановленъ обвинительный приговоръ. ибо преслѣдованіе было возбуждено правильно въ соотвѣтствіи съ обнаруженными тогда обстоятельствами, послѣ же того какъ преслѣдованіе возбуждено, всякое значеніе отсутствія жалобы должно считаться утраченнымъ, ибо все равно бывшее сдѣлать не бывшимъ невозможно [1]).

Иное, конечно, дѣло, когда въ судѣ обстоятельства не измѣнились, а обнаружилось, что они неправильно квалифицировались, что жалобы не было подано или что поданная жалоба не соотвѣтствуетъ законнымъ условіямъ. Здѣсь долженъ быть постановленъ, въ силу п. 2 ст. 259 Str. Pr. O., приговоръ о прекращеніи преслѣдованія (Einstellungsurtheil), который однако не мѣшаетъ новому возбужденію дѣла послѣ подачи надлежащей жалобы [2]).

Впрочемъ, господствующая доктрина не дѣлаетъ разницы между случаемъ измѣненія обстоятельствъ на судѣ и допущенной съ самаго начала ошибки относительно квалификаціи или жалобы: она и въ томъ и въ другомъ случаѣ требуетъ прекращенія преслѣдованія (Einstellung), если жалоба не будетъ подана хотя и послѣ возбужденія дѣла, но до постановленія опредѣленія о прекращеніи, и допускаетъ

---

[1]) Ср. Fuchs стр. 132—133; contra Olshausen § 61 n. 57, ссылаясь на то, что жалоба не только Prozess—, но и Urtheilvoraussetzung.

[2]) Köhler стр. 141, Binding стр. 664—645, который допускаетъ въ этихъ случаяхъ исправленіе первоначальной ошибки путемъ подачи жалобы въ первой или въ апелляціонной инстанціи; contra Freudenstein стр. 106—107

затѣмъ возбужденіе дѣла вновь вслѣдствіе надлежаще поданной жалобы [1]).

Иначе разрѣшается закономъ, тотъ случай, когда при разсмотрѣніи неоффиціальнаго преступленія, преслѣдуемаго въ порядкѣ частнаго обвиненія (Privatklage), обнаруживаются признаки, превращающіе его въ преступленіе, преслѣдуемое въ публичномъ порядкѣ. Въ этихъ случаяхъ § 429 требуетъ прекращенія начатаго преслѣдованія что не лишаетъ затѣмъ прокуратуру права начать новое преслѣдованіе, давъ дѣянію иную квалификацію. Рѣшеніе это, однако, нисколько не подрываетъ защищаемаго нами принципа, ибо оно вытекаетъ изъ различія въ процессуальныхъ порядкахъ разсмотрѣнія дѣлъ частнаго и публичнаго обвиненія, а не изъ иного, нежели наше, воззрѣнія на жалобу потерпѣвшаго и на отношеніе приговора къ обвиненію.

Mutatis mutandis тѣ же соображенія примѣнимы и къ случаю, когда имѣетъ мѣсто идеальная совокупность нѣсколькихъ неоффиціальныхъ преступленій, при чемъ безразлично, управомочено ли на принесеніе жалобы по каждому изъ нихъ одно и то же лицо или различныя лица. Достаточно, чтобы на одно изъ нихъ была принесена жалоба, дабы судъ былъ обязанъ исчерпать всевозможныя квалификаціи даннаго дѣянія.

Иныя положенія выставляютъ писатели, вовсе отвергающіе распространіе преслѣдованія на конкурирующее неоффиціальное преступленіе [2]) или дѣлающіе, въ ущербъ послѣдовательности, разницу между нѣсколькими неоффиціальными преступленіями въ идеальной совокупности, нарушающими права одного лица, и таковыми же, нарушающими права различныхъ лицъ и утверждающіе, что въ первомъ случаѣ возможна всесторонняя квалификація дѣянія, хотя бы жалобщикъ прямо ограничилъ судъ извѣстной квалификаціей [3]),

---

[1]) Köhler стр. 140—141, Bennecke und Beling стр. 383—384.

[2]) Binding стр. 635—636.

[3]) Köhler (стр. 115—116), который ссылается на то, что предметомъ жалобы является извѣстное „That“, а не „Verbrechen“. Однако, какъ согласить это положеніе съ тѣмъ выводомъ, сдѣланнымъ Köhler'омъ въ другомъ мѣстѣ (стр. 117—118), что при совокупности, напр., кражи съ поврежденіемъ чужого имущества (кража и взломъ), при чемъ помѣщеніе принадлежало

во второмъ же судъ долженъ ограничиться сужденіемъ лишь о томъ преступленіи, отъ котораго потерпѣлъ жалобщикъ, а не третьи лица.

Результатомъ такого воззрѣнія на предѣлы разсмотрѣнія дѣла судомъ является то, что приговоръ суда окончательно исчерпываетъ дѣяніе и дѣлаетъ невозможнымъ его разсмотрѣніе вновь съ другой точки зрѣнія лишь въ томъ случаѣ, если изъ двухъ конкурирующихъ дѣяній состоялось осужденіе за болѣе или за равно тяжкое, ибо тогда новое преслѣдованіе является безцѣльнымъ въ силу § 73 Str. G. B., говорящей о томъ, что при идеальной совокупности наказаніе налагается лишь за болѣе тяжкое изъ конкурирующихъ дѣяніе. Напротивъ, въ случаяхъ оправдательнаго приговора или хотя обвинительнаго, но состоявшагося по обвиненію въ менѣе тяжкомъ изъ двухъ конкурирующихъ дѣяній (будутъ ли они оба неоффиціальныя или одно оффиціальное, а другое неоффиціальное) возможно, по мнѣнію сторонниковъ этого воззрѣнія, повторное преслѣдованіе [1]).

Однако, такой выводъ едва ли можетъ быть согласованъ съ § 415 п. 3 Str. Pr. O., говорящимъ, что „всякое рѣшеніе по существу оказываетъ свое дѣйствіе въ пользу обвиняемаго и по отношенію тѣхъ изъ управомоченныхъ, которые не предъявляли частнаго обвиненія“ [2]), а также съ началомъ non bis in idem.

одному лицу, а похищенныя вещи другому, жалоба собственника помѣщенія даетъ основаніе осудить виновнаго лишь за поврежденіе имущества, а не за кражу? Впрочемъ, нѣкоторое согласованіе дѣлается возможнымъ потому, что Köhler считаетъ единство дѣянія повидимому нарушеннымъ и ограниченіе жалобы однимъ деликтомъ возможнымъ, „wenn die konkreten Thatbestände zweier ideell konkurrierender Delicte nicht völlig zusammenfallen und man den Thatbestand des einen Delictes derartig umgrenzen kann, dass darin noch nicht alle Merkmale des anderen enthalten sind“ (стр. 115—116). Однако едва ли это мнѣніе Köhler'a соотвѣтствуетъ правильному представленію о единствѣ дѣянія.

[1]) Binding стр. 634—636.

[2]) „Jede in der Sache selbst ergangene Entscheidung äussert zu Gunsten des Beschuldigten ihre Wirkung auch gegenüber solchen Berechtigten, welche die Privatklage nicht erhoben haben“. Непонятно, въ виду столь яснаго текста закона, почему Binding (стр. 635) утверждаетъ, что „Str. Pr. O. § 415 auf die Ideelkonkurrenz d. h. auf Beleidigung und Körperver-

Далѣе возникаетъ вопросъ о значеніи *отказа потерпѣвшаго отъ жалобы* или примиренія его съ виновнымъ. При этомъ нужно различать, имѣли ли эти акты мѣсто до подачи жалобы или послѣ таковой.

Сначала остановимся на первой комбинаціи.

Германское уложеніе по этому пункту хранитъ полное молчаніе. Что касается партикулярныхъ кодексовъ, то нѣкоторые изъ нихъ (напр. австрійское § 530, баварское § 88) прямо признаютъ отказъ отъ еще не поданной жалобы или прощеніе виновнаго препятствіемъ для позднѣйшаго возбужденія преслѣдованія, другіе же о такомъ прощеніи упоминаютъ лишь при прелюбодѣяніи (баденское уложеніе § 351,

---

letzung mit mehreren Verletzten nicht anwendbar". „Warum, восклицаетъ онъ далѣе, die Freisprechung, die vielleicht wegen erbrachten Wahrheitsbeweises erfolgt ist, den in der That Verleumdeten um sein Antrags-bezw. Klagrecht bringen soll, ist schlechterdings nicht abzusehen: dass es geschehe, wird vom Gesetz nicht verordnet". Но именно, наоборотъ, законъ это предписываетъ, а основаніе этого предписанія—недопустимость повторныхъ процессовъ по поводу одного и того же дѣянія. См. Hahn „Die gesammten Materialien zu den Reichs—Justizgesetzen" B. III (2 Aufl.) стр. 270—271, R G. 25 Febr. 1881 (E. B. 3 стр, 363—364) 3, März 1881 (E. B. 3 стр. 386—389).

Въ послѣднемъ рѣшеніи особенно ярко, хотя и вопреки желанію Рейхсгерихта, выступаетъ несовмѣстимость принципа non bis in idem, имъ защищаемаго, съ ограниченіемъ суда въ правѣ всесторонне квалифицировать дѣяніе, не смотря на отсутствіе жалобы, каковое право имъ отвергается: „Die Revision, говоритъ Reichsgericht, beruft sich auf den von Auslegern der Str. Pr. O. gestellten Satz, dass die ergangene Entscheidung den Verbrauch der Strafklage in Ansehung solcher strafgerichtlichen Gesitchspunkte nicht bewirken könne, auf deren Erörterung der entscheidende Richter vermöge eines obwaltenden rechtlichen Hindernisses nicht eingehen durfte, wie dies namentlich im Falle der Idealkoncurrenz dann gelte, wenn die Anwendung des einen Strafgesetzes einen Antrag des Verletzten erheischte und bei dessen Mangel der entscheidende Richter auf die Anwendung desjenigen Strafgesetzes beschränkt war, für welches das Antragserforderniss nicht besteht... Allein der hervorgehobene Grund kann die gemachte Ausnahme deshalb nicht begründen, weil auch in diesen Fällen das Gericht durch den Mangel des Antrages *an Erörterung der That unter dem Gesichtspunkt des konkurrirenden—Antragsdelictes nicht, sondern nur an der Anwendung des Strafgesetzes für diesen Antragsdelict gehindert ist*" (?) (стр. 389—387). Какъ будто разсмотрѣніе (Erörterung) дѣянія судомъ можетъ имѣть какое либо значеніе при отсутствіи у него права наложить за это дѣяніе наказаніе.

гессенское § 327, саксонское § 264 и друг.) или вовсе о немъ умалчиваютъ [1]).

По мнѣнію однихъ писателей (Schwarze [2]), Bar [3]) явно выраженный отказъ отъ жалобы долженъ быть приравненъ къ тому молчаливому отказу, который заключается въ непринесеніи жалобы въ теченіе установленнаго срока, и долженъ имѣть тѣ же послѣдствія, т. е. невозможность затѣмъ принесенія жалобы. При этомъ безразлично, выражается ли отказъ въ одностороннемъ актѣ или въ договорѣ, мировомъ соглашеніи, былъ ли онъ сдѣланъ устно или письменно, выраженъ словами или конклюдентными дѣйствіями.

Однако, съ правильностью этихъ доводовъ едва ли можно согласиться. Мотивомъ установленія особаго Antragsfrist'a могла послужить не одна презумпція отказа, но и другія соображенія—наблюденіе, что въ наиболѣе затрогивающихъ интересы потерпѣвшаго случаяхъ жалобы подаются немедленно, а жалобы, поданныя чрезъ большой промежутокъ времени, обыкновенно оказываются неосновательными, желаніе избавить суды отъ разсмотрѣнія такихъ жалобъ и т. д. Но и независимо отъ этого существуетъ большая разница между молчаливымъ отказомъ отъ жалобы—непринесеніемъ ея въ теченіе 3-хъ мѣсяцевъ, и отказомъ явно выраженнымъ. Тогда какъ первый является актомъ, длящимся цѣлыхъ три мѣсяца, а потому допускающимъ колебанія, размышленія, измѣненіе намѣреній и рѣшеній, второй есть актъ, совершаемый сразу и при томъ безповоротно, не допускающій отступленія, а потому оставляющій менѣе простора волѣ потерпѣвшаго. Очевидно, что такое *большее* стѣсненіе его свободы дѣйствій и государственнаго права преслѣдованія не можетъ быть выведено путемъ толкованія и при томъ толкованія, вытекающаго изъ сомнительной ratio legis, изъ *меньшаго* стѣсненія, заключающагося въ срочности права жалобы. Кромѣ того приводятся и другіе доводы противъ допустимости безповоротнаго отказа до подачи жалобы, особенно въ формѣ мировой сдѣлки. Говорятъ, что право жа-

---

[1]) Briedenbach стр. 658—659, Köstlin стр. 521, Kirchenheim стр. 79.
[2]) Comm. zu § 61 n. 10 и 11, § 64 n. 8.
[3]) G. A. 1871 г. стр. 646.

лобы есть право публичное, не могущее быть предметомъ сдѣлокъ гражданскаго права [1]), что возникаютъ особыя трудности относительно несовершеннолѣтнихъ, которые имѣютъ право самостоятельно принести жалобу, но не могутъ вступать въ гражданскія сдѣлки, что, наконецъ, отсутствіе твердой формы для такого отказа представляется въ высшей степени опаснымъ, ибо каждое неосторожное слово или дѣйствіе потерпѣвшаго можетъ считаться за отказъ отъ жалобы и доказываться всякими доказательствами предъ судомъ [2]).

Такимъ образомъ нужно согласиться съ тѣми писателями (Briedenbach, Nessel, Kirchenheim, Reber, Oppenhoff, Meyer, Binding, Olshausen), которые считаютъ, что отказъ отъ жалобы, заявленный до ея подачи, значенія не имѣетъ и не служитъ препятствіемъ для возбужденія преслѣдованія, если за симъ жалоба будетъ подана.

Совершенно иное значеніе имѣетъ взятіе назадъ жалобы (Zurücknahme des Antrags) послѣ ея принесенія.

Вопросъ о допустимости такого отказа возбуждалъ сомнѣнія при обсужденіи въ законодательныхъ инстанціяхъ проекта уложенія для сѣверогерманскаго союза. Первый проектъ, слѣдуя примѣру Баваріи и Ганновера [3]), устанавливалъ начало недопустимости взятія жалобы назадъ, дѣлая исключеніе лишь для дѣяній, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія. Однако силу закона получило противоположное правило, принятое въ большинствѣ партикулярныхъ кодексовъ (саксонскомъ § 106, гессенскомъ § 55, прусскомъ § 53 и др.), допускающее взятіе жалобы назадъ. Моментъ, до котораго это взятіе назадъ возможно, опредѣлялся различно отдѣльными кодексами: брауншвейгскій (§ 247) говоритъ объ Eröffnung des Erkenntnisses erster Instanz, гессен-

---

[1]) Nessel—74, Reber 535—536, Kirchenheim стр. 79, Oppenhoff § 61 n. 11, Olshausen § 61 n. 10, H. Meyer стр. 306, R. G. 13 Jan. 1881 г. (E. B. 3 стр. 221) и въ конечномъ выводѣ Binding (стр. 647), который однако полагаетъ, (стр. 662), что при оскорбленіяхъ, въ силу § 240 Str. Pr. O., примиреніе, состоявшееся до предъявленія частнаго обвиненія, хотя бы и не предъ должностнымъ лицомъ, погашаетъ право частнаго обвиненія (но не жалобы).

[2]) Nessel стр. 74—77.

[3]) Köstlin стр. 521.

скій (§ 55) объ ersten gerichtlichen Vernehmung des Angeschuldigten, саксонскій (§ 106) о Bekanntmachung eines Straferkenntnisses, прусскій (§ 53) объ Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung и германское уложеніе о Verkündung eines auf Strafe lautenden Urtheils.

Впрочемъ, для нѣкоторыхъ дѣяній (Unzüchtige Handlungen § 176 и изнасилованія § 177), моментъ, до котораго допускалось взятіе жалобы назадъ, германскимъ уложеніемъ придвигался ближе къ моменту возбужденія преслѣдованія (до возбужденія формальнаго обвиненія), для другихъ же (оскорбленія, преслѣдуемаго въ порядкѣ частнаго обвиненія) этотъ моментъ отодвигался до начала приведенія приговора въ исполненіе.

Съ изданіемъ новеллы 20 марта 1876 года положеніе вещей опять измѣнилось. Какъ общее начало была выставлена недопустимость взятія жалобы назадъ. По исключенію таковое было допущено для нѣкоторыхъ дѣяній, какъ то: враждебныхъ дѣйствій противъ дружественной державы, оскорбленія, тѣлеснаго поврежденія, кражи, присвоенія, мошенничества, поврежденія имущества и недозволенной охоты, совершенныхъ въ отношеніи близкихъ, и нѣкоторыхъ привиллегированныхъ видовъ кражи (§ 370 п. 5 и 6). Взятіе назадъ жалобы въ этихъ случаяхъ допускается до объявленія присуждающаго къ наказанію приговора (bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urtheils).

Послѣднее выраженіе должно понимать въ томъ смыслѣ, что начало объявленія приговора прекращаетъ право взять жалобу обратно. Нѣтъ надобности, чтобы приговоръ вступилъ въ законную силу. Поэтому право взять жалобу назадъ не воскресаетъ, хотя бы присуждающій къ наказанію приговоръ былъ засимъ отмѣненъ и дѣло возвратилось въ первую инстанцію или дѣло было возобновлено по вновь открывшимся обстоятельствамъ [1]).

Такимъ образомъ съ того момента, когда судъ приступилъ къ объявленію приговора, прекращается право потерпѣвшаго на взятіе жалобы назадъ. Впрочемъ, такъ обстоитъ

---

[1]) Köhler стр. 155, Binding стр. 649, R. G. 12 Nov. 1880 г. (E. B. 2 стр. 421 и 422).

дѣло, если объявляемый приговоръ опредѣляетъ обвиняемому наказаніе. При этомъ безразлично, какая судьба постигнетъ этотъ приговоръ въ дальнѣйшемъ. Если же это будетъ оправдательный приговоръ, обжалованный обвинителемъ, или приговоръ о прекращеніи преслѣдованія, то взятіе жалобы назадъ возможно и позже во второй и даже въ кассаціонной инстанціи, во все время производства вплоть до объявленія обвинительнаго приговора [1]).

Отъ взятія назадъ жалобы (Antrag) нужно отличать взятіе частнаго обвиненія (Privatklage). Первое предрѣшаетъ послѣднее, но не наоборотъ [2]). Соотвѣтственно этому и предѣльный срокъ, до котораго разрѣшается взятіе обратно частнаго обвиненія, длиннѣе, чѣмъ тотъ же срокъ для частной жалобы. Обвиненіе можетъ быть взято до провозглашенія приговора первой, а если дѣло перешло въ апелляціонную инстанцію по жалобѣ той или другой стороны, то до провозглашенія приговора второй инстанціи (§ 431, п. 1, Str. Pr. O.), т. е. оно возможно и послѣ обвинительнаго приговора первой инстанціи, если обвиняемый перенесъ дѣло во вторую.

Также точно и кругъ дѣяній, по которымъ допустимо взятіе назадъ жалобы и частнаго обвиненія, не совпадаетъ.

Относительно формы и содержанія заявленія о взятіи жалобы назадъ лишь въ немногихъ партикулярныхъ кодексахъ содержались нѣкоторыя указанія: такъ, брауншвейское уложеніе (§ 274) предписывало дѣлать такое заявленіе съ занесеніемъ его въ протоколъ (eine Erklärung zu Protokoll)

---

[1]) Dochow—282, Nessel—66, Oppenhoff § 64 n. 9, Köhler стр. 156.

[2]) Впрочемъ, этотъ вопросъ является въ высшей степени спорнымъ: Birkmeyer (стр. 328), Bennecke und Beling (стр. 637—8) полагаютъ, что и послѣ взятія назадъ жалобы возможно предъявленіе частнаго обвиненія и что взятіе назадъ частнаго обвиненія возможно и безъ взятія назадъ жалобы—все зависитъ отъ воли потерпѣвшаго, отъ юридической возможности взять и то и другое обратно въ данный моментъ и проч. Binding (стр. 649), считающій Privatklage nichts als ein gesteigerter Antrag auf Bestrafung, полагаетъ, что взятіе назадъ обвиненія заключаетъ и взятіе назадъ жалобы, если только ранѣе того прокуратура не взяла преслѣдованія въ свои руки. Мнѣніе, высказанное въ текстѣ, поддерживаетъ R. G. 20 Apr. 1883 (E. B. 8 стр. 208—210), Köhler стр. 160, Menzel—52, Löwe Str. Pr. O. § 431.

суда, производящаго слѣдствіе, большинство же оставляло этотъ вопросъ открытымъ. Также точно ни германское уложеніе, ни германскій уставъ уголовнаго судопроизводства не содержатъ спеціальныхъ указаній на этотъ счетъ, а потому должны примѣняться тѣ же нормы, что и относительно подачи жалобы [1]). Въ частности объ отказѣ можно заявить не только тому лицу, которому жалоба была подана или въ производствѣ котораго находится дѣло, но всякому должностному лицу, компетентному на принятіе жалобы вообще и потому обязанному передать это заявленіе органу, въ производствѣ коего дѣло находится. Однако, до осуществленія такой передачи дѣло идетъ своимъ порядкомъ и, если въ этотъ промежутокъ состоится приговоръ, присуждающій къ наказанію, заявленіе теряетъ свою силу [2]). Впрочемъ, если съ передачею произошло замедленіе по винѣ должностнаго лица, обвинительный приговоръ можетъ быть обжалованъ и вторая инстанція должна дѣло прекратить [3]).

Взятіе жалобы назадъ по германскому уложенію есть актъ односторонній, а потому безразлично, предшествовало ли ему какое либо соглашеніе съ обвиняемымъ, исполнилъ ли послѣдній условія такого соглашенія, возражаетъ ли онъ противъ прекращенія дѣла. Иначе ставился вопросъ въ нѣкоторыхъ партикулярныхъ законодательствахъ: такъ, брауншвейгское уложеніе для прекращенія дѣла прямо требовало согласія всѣхъ обвиняемыхъ (§ 247); то же положеніе мы встрѣчаемъ въ гессенскомъ правѣ (§ 54). Въ одномъ изъ проектовъ германскаго устава уголовнаго судопроизводства также имѣлось постановленіе, въ силу котораго обвиняемый могъ возражать противъ прекращенія дѣла въ теченіе одной

---

[1]) Келеръ, однако, полагаетъ, что опредѣленія § 156 Str. Pr. O. о формѣ подачи жалобы не примѣнимы къ формѣ заявленія о взятіи ея назадъ, которое является „formlos“ (Köhler стр. 159). Однако непонятно, почему, по мнѣнію Келера, при молчаніи закона должны примѣняться постановленія § 156 о мѣстѣ, куда должно быть подано заявленіе, и не примѣняться постановленія того же § 156 о формѣ заявленія.

[2]) Oppenhoff § 64 n. 15, Köhler стр. 158, Olshausen § 64 n. 9; contra Rubo, § 64 n. 8, считающій состоявшій при такихъ условіяхъ приговоръ ничтожнымъ.

[3]) Nessel—69, Dochow—283.

недѣли отъ момента, когда ему сдѣлалось извѣстно о заявленіи жалобщикомъ желанія взять жалобу назадъ, но постановленіе это не получило силы закона [1]).

Изъ изложеннаго видно, что жалоба (Antrag) можетъ быть взята назадъ лишь при помощи соотвѣтствующаго заявленія. Иначе дѣло обстоитъ съ частнымъ обвиненіемъ (Privatklage). Въ отношеніи послѣдняго къ заявленію о взятіи назадъ приравнивается неявка обвинителя, не замѣнившаго себя повѣреннымъ, къ разбирательству дѣла по существу, а также неявка его въ случаѣ, когда судъ потребовалъ его личной явки, или несоблюденіе срока, установленнаго подъ угрозою прекращенія производства (§ 431 abs 2 St. P. O.).

Таковы правила, касающіяся производства въ первой инстанціи. Что касается второй, то здѣсь наблюдаются нѣкоторыя отступленія въ томъ случаѣ, если дѣло перенесено по апелляціи потерпѣвшаго: при наличности тѣхъ упущеній со стороны потерпѣвшаго, которыя въ остальныхъ случаяхъ влекутъ за собой прекращеніе дѣла, дѣло не прекращается, но апелляція остается безъ разсмотрѣнія и вступаетъ въ законную силу рѣшеніе первой инстанціи (§ 431 n. 2 Str. Pr. O.),

---

[1]) „Widerspricht der Angeklagte, гласитъ этотъ проектъ, der Zurücknahme des Antrags binnen einer Woche, nachdem ihm dieselbe bekannt gemacht worden ist, so wird die Zurücknachme für wirkungslos erachtet und das Verfahren durch Urtheil beendigt“ (§ 210). Въ мотивахъ (стр. 178) содержится слѣдующее объясненіе этого постановленія: „Die hier getroffene Bestimmung ist aus der Erwägung hervorgegangen, das gerade mit dem Recht zur Anbringung und Zurücknahme von Antragen auf Bestrafung sehr leicht Missbrauch getrieben werden kann und dass es namentlich einem mit Unrecht Angeklagten nicht verschränkt werden darf, in öffenllicher Verhandlung die Grundlosigkeit der Anklage darzuthun. Es soll der Angeklagte nicht schutzlos gegenüber bosswilligen Denuntianten sein, deren Absicht dahin geht, durch Herbeiführung einer Strafverfolgung einen Makel auf denselben zu werfen, sodann aber durch Zurücknahme des Antrags auf Bestrafung die Aufklärung des Sachverhalts zu verhindern“. Цитировано у Nessel (стр. 72, 73), который однако не указываетъ, какой именно проектъ онъ цитируетъ. Въ проектѣ, внесенномъ въ Рейхстагъ канцлеромъ 29 октября 1874 года, такого правила не содержится. См. Hahn „Materialien“. B. III стр. 44—45.

развѣ бы судъ нашелъ возможнымъ измѣнить приговоръ въ интересахъ обвиняемаго (§ 343).

Впрочемъ, для потерпѣвшаго возможно ходатайствовать о возстановленіи его права преслѣдованія (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), если причиной упущенія были обстоятельства, отъ воли обвинителя не зависѣвшія, указанныя въ § 44 Str. Pr. O. (§ 431 n. 3).

Взятіе назадъ частнаго обвиненія не влечетъ за собою непремѣнно взятіе назадъ частной жалобы. Для этого необходимо, чтобы воля потерпѣвшаго направлялась на то и на другое одновременно. Тѣмъ болѣе въ простой неявкѣ или иномъ упущеніи нельзя усматривать взятія назадъ жалобы, почему они влекутъ за собою лишь прекращеніе производства, оставляющее неприкосновеннымъ право государства на преслѣдованіе и наказаніе, и не лишаютъ прокурора права вступить въ дѣло и продолжать преслѣдованіе (§ 416 и 417 n. 2) [1]).

Послѣдствіями взятія жалобы назадъ является, во-первыхъ, невозможность новой ея подачи [2]), и во-вторыхъ, обязанность жалобщика уплатить издержки производства (§ 502 Str. Pr. O.). Тѣ же послѣдствія влечетъ за собой и взятіе частнаго обвиненія (§ 432 и 503 abs. 2 Str. Pr. O.) [3]).

Существуетъ еще одна особенность въ производствѣ одного рода дѣлъ частнаго обвиненія—дѣлъ объ оскорбленіяхъ, кромѣ оскорбленій должностныхъ и иныхъ къ нимъ приравненныхъ лицъ, указанныхъ въ § 196 Str. G. B. Особенность эта состоитъ въ томъ, что частное обвиненіе можетъ быть предъявлено лишь послѣ того, какъ будетъ сдѣлано подлежащимъ органомъ власти (Vergleichsbehörde) неудавшаяся попытка примирить обидчика и обиженнаго. Кто является подлежащимъ органомъ, опредѣляется партикулярнымъ министерствомъ юстиціи (Landesjustizverwaltung § 420 Str. Pr. O.). Обрядъ примиренія является ненужнымъ,

---

[1]) Birkmeyer—790, Menzel стр. 53, Olshausen § 64, n. 12, Bennecke und Beling стр. 638.

[2]) Olshausen § 64 n. 12, Dochow—284, Oppenhoff § 64 n. 26, Köhler стр. 163; contra Nessel—71, Rubo § 64 n. 11.

[3]) Köhler стр. 163.

если стороны не живутъ въ округѣ одной и той же общины (§ 420 abs. 2) или если дѣло идетъ о встрѣчномъ обвиненіи [1]). *О совершеніи обряда примиренія потерпѣвшему* выдается удостовѣреніе, которое онъ обязанъ представить, возбуждая обвиненіе. Если примиреніе состоится, то, какъ это вытекаетъ изъ цѣли закона, возбужденіе частнаго обвиненія становится невозможнымъ. Спорнымъ долженъ быть признанъ вопросъ, мѣшаетъ ли состоявшееся въ такомъ порядкѣ примиреніе подачѣ жалобы (Antrag) безъ возбужденія частнаго обвиненія (Privatklage). Казалось бы, на этотъ вопросъ нужно отвѣтить отрицательно, ибо право жалобы и право обвиненія суть различные юридическіе институты и примиреніе до подачи жалобы, по общему правилу, подачѣ таковой не препятствуетъ [2]).

Право взятіе жалобы назадъ принадлежитъ лицу, ее принесшему [3]), такъ что другой потерпѣвшій отъ того же дѣянія не можетъ взять назадъ жалобу, принесенную не имъ. Отъ указанныхъ случаевъ нужно отличать случаи представительства въ истинномъ значеніи этого слова. Здѣсь представитель и представляемый составляютъ, одно лицо и съ этой точки зрѣнія и должны быть разрѣшены всѣ относящіеся сюда вопросы. Поэтому, въ случаѣ принесенія жалобы по довѣренности, на взятіе ее назадъ имѣетъ право довѣритель, повѣренный же лишь въ томъ случаѣ, если онъ уполномоченъ и на это дѣйствіе. Въ случаѣ утраты потерпѣвшимъ, принесшимъ жалобу, дѣеспособности, право взять ее обратно переходитъ на опекуна [4]), въ случаѣ замѣны одного опекуна другимъ—или замѣны одного представителя юридическаго лица другимъ—на этихъ послѣднихъ [5]). Но если законъ наряду съ потерпѣвшимъ предоставляетъ самостоятельное право жалобы другому лицу (начальнику, отцу), то поданная послѣднимъ жалоба не можетъ быть взята обратно потерпѣвшимъ,

---

[1]) Birkmeyer стр. 789.

[2]) Bennecke und Beling стр. 300 contra, Kries „Lehrbuch“—725.

[3]) Dochow стр. 281, Nessel—63, Köhler стр. 150, H. Meyer—314.

[4]) Oppenhoff § 64 n. 5, Dochow—281; contra, вопреки основной своей точкѣ зрѣнія, Köhler стр. 151 и Binding—651.

[5]) Reber стр. 515, Köhler—151.

ибо жалобщикъ не былъ его представителемъ [1]). Наслѣдникамъ не принадлежитъ право взятія назадъ жалобы, принесенной ихъ наслѣдователемъ. Это правило прямо вытекаетъ изъ строго личнаго характера права жалобы, хотя мы и встрѣчаемъ иногда нѣкоторыя отступленія. Такъ, саксонское уложеніе 1855 г. даетъ оригинальное постановленіе (§ 106) о переходѣ на наслѣдниковъ потерпѣвшаго права взятія жалобы назадъ, причемъ послѣднее, (т. е. отказъ отъ преслѣдованія) презюмируется, если наслѣдники въ теченіи 4-хъ недѣль не заявятъ о желаніи своемъ продолжать преслѣдованіе.

На первый взглядъ сходнымъ, но по существу отличнымъ является постановленіе § 433 германскаго устава угол. судопр., разрѣшающее при обвиненіяхъ въ оклеветаніи родителей дѣтямъ и супругу умершаго потерпѣвшаго продолжать дѣло или его прекратить. Отличіе отъ указаннаго постановленія саксонскаго уложенія заключается въ томъ, что рѣчь идетъ о продолженіи или прекращеніи частнаго обвиненія (Privatklage), а не о взятіи назадъ частной жалобы (Antrag). Судьба послѣдней нисколько не мѣняется отъ дѣйствій правопріемниковъ умершаго жалобщика и ею можетъ совершенно независимо отъ послѣднихъ воспользоваться прокурорскій надзоръ [2]).

Итакъ, по нѣмецкимъ кодексамъ (кромѣ саксонскаго), смерть потерпѣвшаго не оказываетъ вліянія на судьбу уже поданной жалобы: преслѣдованіе по ней идетъ своимъ чередомъ, независимо отъ того, остались ли послѣ него наслѣдники или нѣтъ, относятся ли они положительно къ преслѣдованію или отрицательно [3]).

Разсмотрѣвши постановленія германскаго права о жалобѣ при преступленіяхъ неоффиціальныхъ, надлежитъ опредѣлить *юридическую природу этого института* по германскому

---

[1]) Köhler стр. 151.

[2]) Birkmeyer, стр. 328. Иначе было редактировано соотвѣтствующее постановленіе прусскаго устава угол. судопр. 25 іюня 1867 г., предоставлявшее наслѣдникамъ частнаго обвинителя въ теченіе 6 недѣль рѣшить, желаютъ ли они продолжать преслѣдованіе, см. S. Meyer „Das Verfahren auf erhobenen Privatklage“ стр. 102.

[3]) Köstlin стр. 524.

праву и прежде всего рѣшить, составляетъ ли жалоба условіе наказуемости или условіе возбужденія уголовнаго преслѣдованія, и должно ли ученіе о ней быть отнесено къ матеріальному праву или къ процессу.

Въ нѣмецкой литературѣ на этотъ счетъ не существуетъ единогласія. Одни писатели [1]) считаютъ жалобу условіемъ наказуемости [2]), другіе [3])—условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія [4]), третьи [5]) придаютъ ей смѣшанный харак-

---

[1]) Specht „Das mildere Strafgesetz mit Rücksicht auf die Antragsdelicte“ (Archiw fur Gemeines Deutsches und Preussisches Strafrecht B. XIX 1874 г. стр. 240). Spinola „Das Verhältniss des § 2 des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund zu den sogenannten Antragsdelicten“ (ibid. стр. 277—279). Rönne „Ueber Gemeinsatz der rückwirkenden Kraft des milderen Strafgesetzes und seine Anwendung auf die sogenannten Antragsdelicte“ (ibid. стр. 438—439). Bar „Ueber die rechtliche Natur des Strafantrags des Verletzten bei den sogenannten Antragsdelicten“ (ibid. стр. 641—642). Kalb „Entschidungen des K. Ober-Apellations-Gerechts zu München“ (въ G. S. 1872, стр. 85), H. Meyer стр. 295—299, Reber стр. 57—58, Kirchenheim 64—65, Schwarze § 61 n. 1 и друг.

[2]) „Voraussetzung von Strafrecht“ по терминологіи Биндинга.

[3]) Koch „Das Antragsvergehen“ (въ G. A. XIX стр. 164—165). Heinze „Reichsstrafrecht und Landesstrafrecht“ въ Holtz. Hand. 1871 г. т. II стр. 8. Nessel стр. 9. Kries 580—581. Lehmann „Zur Lehre vom Strafantrage“ 1881 г. стр. 10, Berner § 164. Liszt § 44 стр. 175—176. Binding Handbuch 610—612. Dochow 242—244 и друг. Также R. G. рѣш. 12 Juli 1882 г. (E. B. 2 стр. 221), 3 März. 1881 г. (E. B. 3 стр. 387), 4 April 1882 г. (E. B. 6 стр. 162—163).

[4]) Voraussetzung von Strafklagrecht или Prozessvoraussetzung.

[5]) Fuchs стр. 33. Hälschner „Das mildere Gezetz mit Rücksicht auf die Antragsdelicte“ (G. A. XIX стр. 367—369—„Das die Bestimmung des § 61 prozessualischer Natur ist, bedurfte keines Beweises. Aber dass diese Bestimmung *lediglich processualische sei und nicht zugleich eine dem materiellen Strafrechte angehörende* auf welche, als eine solche § 2 Anwendung findet, ist von oben bedachten Preuss. Ober-Apellationsgericht 15 März 1871 и Ober-Trib. 24 März 1871 Urtheilen in keiner Weise erwiesen.... Oder ist es etwa unzulässig oder unerhört, dass eine gesetzliche Bestimmung gleichfalls dem Strafprozessrechte, wie dem Strafrechte angehört“). Klebs „Zur Lehre von den sogenannten Antragsverbrechen und Vergenen (ibid. стр. 576), Schütze Lehrbuch стр. 168, Oppenhoff (изд. 1907 г.) § 62 n. 2, Binding Normen I стр. 19, Olshausen „Kommentar zum ‚Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich“ 1905 г. (Die Regelung der Materie in den beiden Gesetzbüchern, der Str. G. B. und Str. Pr. O. entspricht der Natur des Antragsrecht, das *auf der Grenze des materiellen und des formellen Rechtes liegend in beide Gebiete hineingreift, ohne einem ausschliesslich anzugehören....* Die ma-

теръ — процессуальный съ матерьяльно-правовыми послѣдствіями, или утверждаютъ, что право жалобы лежитъ на границѣ матерьяльнаго и процессуальнаго права, входя въ составъ того и другого.

Послѣднее мнѣніе является, очевидно, неосновательнымъ, ибо цѣлый рядъ процессуальныхъ постановленій имѣетъ матеріальныя послѣдствія, оказывая вліяніе на осуществленіе государствомъ права наказанія въ данномъ случаѣ, и тѣмъ не менѣе не пріобрѣтаетъ отъ этого смѣшаннаго характера: такъ, напримѣръ, пропускъ прокуратурой срока обжалованія имѣетъ послѣдствіемъ вступленіе въ законную силу, быть можетъ, и неправильнаго оправдательнаго приговора и ненаказуемость преступленія. Но вѣдь никто же отсюда не станетъ заключать, что постановленія о процессуальныхъ срокахъ носятъ смѣшанный характеръ.

И вообще понятія „процессуальный“ и „матерьяльный“ взаимно другъ друга исключаютъ и не допускаютъ существованія промежуточныхъ областей. Возможенъ споръ о характерѣ извѣстныхъ институтовъ, въ виду трудности разграниченія областей матеріальнаго права и процесса, но трудность эта все же не можетъ сдѣлать область, принадлежащую или матерьяльному праву или процессу, состоящей, такъ сказать, въ общемъ ихъ владѣніи [1]).

Обращаясь за симъ къ остальнымъ двумъ воззрѣніямъ, нельзя не отдать предпочтенія второму изъ нихъ. Дѣйствительно, то обстоятельство, что постановленія о жалобѣ помѣщены въ германскомъ уголовномъ уложеніи, а не въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, не доказываетъ мате-

---

terielle Bedeutung des Erfordernisses eines Antrages liegt darin, das die Strafpflicht des Staates bei den Antragsdelicten zweifach sowohl durch die verbotene Handlung, als auch durch den Antrag des dazu Berechtigten bedingt ist.... demnach liegt die formelle Bedeutung des Erfordernisses eines Strafantrages darin, dass beim Mangel desselben die strafrechtliche Verfolgung ausgeschlossen ist, dass er somit eine sogenannte Prozessvoraussetzung bildet—§ 61 n. 1).

[1]) „Zu beachten ist, говорятъ Bennecke und Beling (стр. 11), dass eine Regel *entweder strafrechtlich oder strafprozessrechtlich* ist. Normen, die zugleich beides, aus Processrecht und Strafrecht „gemischte“ sind, giebt es nicht“.

ріальнаго характера жалобы, ибо система закона не покоится на чисто научныхъ началахъ и не предрѣшаетъ выводовъ о юридической природѣ извѣстнаго института даже по этому самому закону. Тѣмъ менѣе значенія можетъ имѣть этотъ доводъ, вытекающій изъ систематическаго положенія постановленій о жалобѣ, именно для германскаго права. Дѣло въ томъ, что Str. G. B. въ этихъ постановленіяхъ говоритъ о вліяніи подачи или неподачи жалобы не на *наказуемость* (Strafbarkeit), а на *преслѣдованіе* (Verfolgung) [1]).

Такимъ образомъ ни положеніе постановленій о жалобѣ среди другихъ законодательныхъ постановленій, ни терминологія законодателя одни не рѣшаютъ вопроса о юридической природѣ жалобы по германскому праву. Для этого надо вникнуть въ значеніе жалобы. Значеніе ея заключается не въ томъ, что она служитъ основаніемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія — въ этомъ отношеніи она ничѣмъ не отличается отъ жалобы при преступленіяхъ оффиціальныхъ,— а въ томъ, что *ея отсутствіе мѣшаетъ возбужденію преслѣдованія* [2]). Поэтому центральнымъ является вопросъ о томъ,

---

[1]) Eine Handlung, deren *Verfolgung* nur auf Antrag eintritt, ist nicht zu *verfolgen*... (§ 61). Das gerichtliche *Verfahren* findet gegen sämmtliche an der Handlung Betheiligte.... (§ 63). Напротивъ, тамъ, гдѣ дѣло идетъ о дѣяніяхъ непреступныхъ или ненаказуемыхъ, Str. G. B употребляетъ выраженія „die strafbare Handlung ist nicht vorhanden“ § 51, 52, 53, 54. Впрочемъ, терминологія не можетъ считаться выдержанной: §§ 63, 65, 195, 198 говорятъ объ Antrag auf Bestrafung.

[2]) H. Meyer, Lehrbuch, 303; Hälscher, G. A. XIX. 366; Medem, G. S. 1875 стр. 518; Oppenhoff, § 61 n. 2a. Tomsen характеризуетъ право жалобы, какъ ius prohibendi относительно уголовнаго преслѣдованія и наказанія (стр. 196 и слѣд.); сходно—Tiersch „Anwendungsgebiet und rationelle Gestalt der Privatklage“ 1901 г. стр. 84—89; ср. также R. G. 2 Jan. 1884 (E. B. 9 стр. 393): „Der wesentliche Inhalt der dem Antragsberechtigten zustehende Befugniss besteht vielmehr darin, dass. ihm die Macht eingeräumt ist *die Verfolgung* des in Frage stehenden Antragsvergehens *dadurch auszuschliessen, dass er einen Strafantrag nicht stellt*“. Contra Fuchs (l. c. стр. 29 - 30), утверждающій, что какъ послѣдствіе такой конструкціи, нужно признать допустимость преслѣдованія ex officio впредь до представленія потерпѣвшимъ „Antrag auf Nichtbestrafung“. Но это недопустимо потому, что потерпѣвшій можетъ не узнать своевременно о возбужденіи преслѣдованія. Также contra Binding (стр. 613—614), указывающій, что потерпѣвшему предоставлено обжаловать по начальству невозбужденіе преслѣдованія, не смотря на принесенную жалобу (Str. Pr. O. § 169

почему отсутствіе жалобы мѣшаетъ возбужденію преслѣдованія потому ли, что жалоба служитъ условіемъ наказуемости дѣянія или потому, что она обусловливаетъ лишь возможность преслѣдованіе дѣянія, которое само по себѣ и безъ жалобы законъ признаетъ наказуемымъ.

Если принять первую точку зрѣнія, то нужно признать, что, при отсутствіи жалобы, нѣтъ вовсе наказуемаго дѣянія. Но такое заключеніе едва ли можетъ быть согласовано съ существованіемъ въ германскомъ Str. Pr. O. § 127, въ силу котораго возможно временное задержаніе лица, захваченнаго на мѣстѣ преступленія, въ теченіе срока не свыше недѣли (§ 126), даже при отсутствіи жалобы потерпѣвшаго, впредь до выясненія, будетъ ли подана жалоба или нѣтъ (§ 130), такъ какъ, если бы до подачи жалобы дѣяніе должно было считаться ненаказуемымъ, было бы юридически невозможно принятіе *какихъ бы то ни было мѣръ* противъ совершившаго его, ибо, гдѣ нѣтъ наказуемаго дѣянія, процессъ ни въ цѣломъ, ни въ частяхъ невозможенъ [1]). То же самое нужно сказать о мѣрахъ, предусмотрѣнныхъ § 40 и 41 германскаго уложенія (конфискація и уничтоженіе орудій и продуктовъ преступленія), которыя, по мнѣнію нѣкоторыхъ писателей [2]), могутъ быть примѣнены и при отсутствіи жа-

---

и слѣд.), но не предоставлено такого обжалованія на случай возбужденія прокуратурой преслѣдованія безъ жалобы потерпѣвшаго. Однако право обжалованія, указываемое Биндингомъ, принадлежитъ потерпѣвшему не только по преступленіямъ неоффиціальнымъ, такъ что этотъ аргументъ доказываетъ слишкомъ много, а потому не доказываетъ ничего. Болѣе подробное разсмотрѣніе даннаго вопроса будетъ сдѣлано при изложеніи догматической конструкціи жалобы потерпѣвшаго.

[1]) Ср. Samuely „Zur Lehre von den Antragsdelicten“. G. S. B. 32 стр. 15. Впрочемъ, конструкція Antrag'a, даваемая самимъ Samuely, крайне туманна: „nicht die Entstehung des Strafanspruchs, sondern seine Verfolgbarkeit ist durch den Antrag bedingt“ (стр. 19); но при этомъ онъ употребляетъ слово Verfolgbarkeit не въ процессуальномъ, а въ какомъ то матерьяльномъ смыслѣ (стр. 21, 23). Также Binding стр. 612.

[2]) Напр. Reber, стр. 145. Коммиссіей по реформѣ германскаго уголовнаго процесса предположено внести въ уставъ прямое постановленіе о правѣ слѣдственной власти производить выемки при разслѣдованіи преступленій неоффиціальныхъ и до подачи жалобы съ тѣмъ, чтобы, въ случаѣ неподачи жалобы управомоченнымъ въ недѣльный срокъ отъ увѣдомленія, арестованныя вещи возвращались ихъ владѣльцу (Protokolle B. I стр. 74—76).

лобы. Если безъ жалобы дѣяніе не наказуемо,—нельзя примѣнять статей закона, говоряцихъ о преступленіяхъ, о наказуемомъ (strafbar) характерѣ произведеній печати и проч. Напротивъ, если жалоба является лишь условіемъ процессуальнымъ, то отъ государства зависитъ въ большей или меньшей степени ограничить свое право преслѣдованія въ интересахъ потерпѣвшаго, и обвиняемый можетъ требовать, чтобы преслѣдованіе его не касалось лишь въ той мѣрѣ, въ какой ему это предоставляетъ положительный законъ, принципіально же онъ не можетъ возражать противъ преслѣдованія, ибо онъ все же преступникъ.

Засимъ, если считать жалобу условіемъ наказуемости, то взятіе ея обратно нужно признавать обстоятельствомъ, устраняющимъ наказуемость и, наоборотъ, если жалоба обусловливаетъ уголовное преслѣдованіе, то взятіе таковой обратно прекращаетъ лишь послѣднее. Указанные выводы съ необходимостью вытекаютъ изъ того положенія, что и жалоба, и отказъ отъ нея — элементы единаго юридическаго института. Поэтому, если законъ признаетъ взятіе назадъ жалобы во время судебнаго разбирательства основаніемъ для прекращенія дѣла, а не оправданія обвиняемаго, можно смѣло утверждать, что законодатель видѣлъ въ жалобѣ процессуальное условіе преслѣдованія (Prozessvoraussetzung), а не условіе наказуемости. Но именно такія постановленія мы и встрѣчаемъ въ германскомъ правѣ: § 64 Str. G. B. въ случаѣ взятія жалобы до провозглашенія обвинительнаго приговора, предписываетъ не оправданіе (Freisprechung), а прекращеніе производства (Einstellung des Verfahrens) [1]). Соотвѣтственно этому и Str. Pr. O. (§ 259 abs. 2) постановляетъ, что судебное разбирательство (Hauptverhandlung) по поводу дѣянія, преслѣдуемаго не иначе, какъ по жалобѣ, заканчивается, если окажется, что въ дѣлѣ не имѣется надлежащей жалобы, или если такая жалоба будетъ своевременно взята обратно, не оправданіемъ, а прекращеніемъ производства (Einstellung des Verfahrens) [2]).

---

[1]) Binding 612, Liszt 176, R. G. 4 Apr. 1882 (E. B. 6 стр. 163).

[2]) Kries стр. 581—582, Bennecke und Beling стр. 12; contra Köhler (стр. 24), полагающій, что § 259 Str. Pr. O. не доказываетъ процессуальнаго характера жалобы.

Далѣе, подтвержденіемъ процессуальнаго характера жалобы по германскому праву служитъ то обстоятельство, что укрывательство вещей, добытыхъ преступленіемъ, являющимся Antragsverbrechen, подлежитъ преслѣдованію независимо отъ того, подана или нѣтъ жалоба на преступленіе, которымъ добыты вещи. Хотя ст. 259 Str. G. B. выдѣляетъ укрывательство въ delictum sui generis и преслѣдованіе по этой статьѣ можетъ быть возбуждено независимо отъ возбужденія преслѣдованія за главное дѣяніе, плоды коего укрывались, но для состава этого преступленія, конечно, необходимо, чтобы главное дѣяніе являлось дѣяніемъ наказуемымъ [1]). Если же считать, что при отсутствіи жалобы главное дѣяніе (напр. семейная кража) не только не можетъ быть преслѣдуемо, но вовсе не наказуемо, придется признать, что напр., при невозбужденіи отцомъ преслѣдованія, противъ сына-вора, должны оставаться безнзказанными и посторонніе укрыватели краденнаго, что едва ли соотвѣтствуетъ духу закона и народному правосознанію [2]).

Также точно постановленіе германскаго уложенія, въ силу коего взятіе жалобы назадъ по нѣкоторымъ дѣяніямъ вовсе недопустимо, по другимъ же допустимо лишь до провозглашенія присуждающаго къ наказанію приговора, едва ли можетъ быть объяснено съ той точки зрѣнія, въ силу которой жалоба обусловливаетъ наказуемость дѣянія, а взятіе ея назадъ погашаетъ таковую: послѣдовательное проведеніе этого воззрѣнія ведетъ къ допущенію взятія жалобы назадъ по всѣмъ неоффиціальнымъ преступленіямъ и притомъ до момента окончательнаго отбытія наказанія. Этотъ выводъ подкрѣпляется, между прочимъ, тѣмъ соображеніемъ, что матерьяльно-правовая конструкція жалобы влечетъ за собою полную ея аналогію съ давностью наказанія (матерьяльный характеръ которой внѣ сомнѣнія), а послѣдняя мо-

---

[1]) § 259 говоритъ о „Sachen... (которыя) mittels einer *strafbaren* Handlung erlangt sind“.

[2]) Liszt, Lehrbuch стр. 522. Къ тѣмъ же выводамъ приходитъ и Binding (Normen II стр. 572—573), но по другимъ основаніямъ; выраженіе закона „strafbare Handlungen“ онъ толкуетъ въ смыслѣ „widerrechtliche“, что, конечно, не соотвѣтствуетъ буквальному смыслу закона.

жетъ начать свое теченіе и послѣ отбытія части наказанія, какъ только наступаетъ перерывъ въ этомъ отбытіи (§ 72 abs. 2); слѣдовательно и взятіе жалобы обратно, при такомъ взглядѣ на ея характеръ, должно бы быть допущено и послѣ отбытія части наказанія и прерывать дальнѣйшее его исполненіе. Напротивъ, существующія постановленія германскаго уложенія вполнѣ согласуются съ процессуальной природой жалобы: очевидно, въ силу послѣдней, взятіе жалобы назадъ возможно лишь до тѣхъ поръ, пока процессъ не законченъ постановленіемъ приговора, вступившаго въ законную силу. Позже этого момента взятіе жалобы назадъ не можетъ быть допустимо ни въ какомъ случаѣ. Но по тѣмъ или инымъ практическимъ соображеніямъ, безъ нарушенія основнаго характера института, предѣльный моментъ можетъ быть отодвинутъ и ближе къ началу процесса вплоть до момента подачи жалобы.

Итакъ, изложенные доводы приводятъ къ заключенію, что по германскому праву жалоба имѣетъ характеръ условія возбужденія преслѣдованія. Однако характеръ этотъ не является строго выдержаннымъ во всѣхъ постановленіяхъ закона, что и дѣлаетъ конструкцію жалобы столь спорной и трудной.

Къ постановленіямъ, какъ бы исходящимъ изъ матерьяльнаго характера жалобы и не поддающимся согласованію съ выше приведенной конструкціей, относится постановленіе § 5 abs. 3 Str. G. B., въ силу котораго совершенное заграницей дѣяніе не подлежитъ преслѣдованію, если потерпѣвшимъ не подана жалоба, требуемая по законамъ мѣста совершенія. Такое постановленіе можетъ быть оправдано лишь съ точки зрѣнія матерьяльно-правовой природы жалобы. Дѣйствительно, если жалоба имѣетъ матерьяльное значеніе, преслѣдованіе ex officio не должно быть допущено, ибо необходимо, чтобы дѣяніе считалось наказуемымъ въ мѣстѣ учиненія. Напротивъ, если жалоба имѣетъ процессуальный характеръ, должно было быть допущено преслѣдованіе и безъ жалобы, ибо заграничные процессуальные законы не оказываютъ никакого вліянія на порядокъ преслѣдованія въ странѣ, гдѣ происходитъ судъ [1]).

---

[1]) Köhler стр. 27.

Сюда же должно быть отнесено постановленіе ст. III новеллы 26 февраля 1876 г., въ силу котораго исключается возможность преслѣдованія ex officio за тѣ дѣянія, совершенныя при дѣйствіи стараго закона, которыя въ силу этой новеллы перестали быть неоффиціальными. Этимъ какъ бы признается матеріальный характеръ жалобы, ибо, если считать жалобу процессуальнымъ условіемъ, долженъ быть примѣненъ новый законъ и наступитъ преслѣдованіе ex officio, хотя бы дѣяніе было совершено до изданія этого новаго закона, такъ какъ теченіе процесса всегда подчиняется тѣмъ нормамъ, которыя дѣйствуютъ въ моментъ его начала или продолженія [1]). Также точно по германскому праву и ко взятію жалобы назадъ по преступленію, совершенному до изданія новеллы, примѣняется старый законъ [2]).

Напротивъ, обратный случай, т. е. установленіе новымъ закономъ преслѣдованія не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго за дѣяніе, которое по прежнему закону преслѣдовалось ex officio, не предусмотрѣно ни германскимъ уложеніемъ, ни новеллой 1876 г., хотя съ изданіемъ обще-германскаго уложенія 1870 г. было значительно увеличено число Antragsverbrechen по сравненію съ многими партикулярными кодексами, дѣйствіе коихъ отмѣнялось этимъ уложеніемъ. Въ этомъ пунктѣ имѣется пробѣлъ въ законѣ [3]), а потому вопросъ долженъ быть разрѣшенъ на основаніи общихъ началъ, на которыхъ построенъ институтъ жалобы въ германскомъ законодательствѣ. Въ виду того же, что жалоба, по нашему мнѣнію, не есть условіе наказуемости, вопросъ не можетъ рѣшаться на основаніи § 2 Str. G. B., говорящаго о примѣненіи болѣе мягкаго закона изъ смѣнившихся за время отъ совершенія дѣянія до его разсмотрѣнія, ибо большая или меньшая мягкость закона обусловливается матерьяльными условіями его примѣненія и налагаемымъ имъ наказаніемъ, а не процессуальнымъ порядкомъ разсмотрѣнія дѣла [4]). Вопросъ долженъ быть разрѣшенъ въ пользу примѣ-

---

[1]) Binding стр. 597—598.
[2]) Binding стр. 648.
[3]) Binding стр. 598.
[4]) Binding стр. 253—254, Köhler стр. 25.

ненія того закона, который дѣйствовалъ въ моментъ возбужденія преслѣдованія предъ судебнымъ органомъ, ибо процессуальные законы съ момента своего обнародованія, не зависимо отъ своей большей или меньшей мягкости, распространяютъ свое дѣйствіе на всѣ дѣла, еще находящіеся въ производствѣ судебныхъ учрежденій. Поэтому, разъ германское уложеніе установляло для дѣянія, которое раньше могло преслѣдоваться ex officio, порядокъ преслѣдованія лишь по жалобѣ, то жалобы не требуется для тѣхъ дѣлъ, которыя къ моменту вступленія уложенія въ дѣйствіе уже находились въ производствѣ судовъ, и, напротивъ, жалоба необходима по дѣяніямъ, которыя хотя и были совершены при дѣйствіи старыхъ законовъ, но преслѣдованіе по которымъ не было возбуждено до введенія въ дѣйствіе уложенія.

Изъ изложеннаго уже явствуетъ, что вопросъ о юридической природѣ жалобы далеко не является схоластическимъ и имѣетъ непосредственное практическое значеніе, ибо отъ рѣшенія его въ ту или другую сторону зависитъ разрѣшеніе ряда казусовъ, возникающихъ въ дѣйствительной жизни.

Поэтому вопросъ этотъ не можетъ быть обойденъ изслѣдователемъ, хотя бы невыдержанность основной точки зрѣнія законодателемъ и лишала его возможности достигнуть для всѣхъ безспорнаго и вполнѣ очевиднаго результата; именно таково въ этомъ пунктѣ положеніе всякаго изслѣдователя германскаго права, и авторъ настоящихъ строкъ отлично сознаетъ, что онъ въ этомъ случаѣ не избѣгъ общей участи.

Но если постановленія германскаго права о жалобѣ при преступленіяхъ неоффиціальныхъ не поддаются никакой конструкціи, которая бы ихъ объединяла и объясняла въ цѣломъ составѣ, если всякая конструкція будетъ оставлять за своими предѣлами нѣкоторыя изъ постановленій закона, которыя приходится разсматривать, какъ отступленія отъ основной мысли законодателя въ этомъ вопросѣ, то все же изслѣдователю необходимо хотя бы объяснить это явленіе.

Намъ кажется, что объясненіе его заключается въ двойственности воззрѣній законодателя на неоффиціальныя пре-

ступленія: съ одной стороны онъ видитъ въ нихъ дѣянія, преслѣдованіе и оглашеніе коихъ можетъ столь тяжко нарушить интересы потерпѣвшаго, что государство готово отказаться отъ преслѣдованія, если въ конкретномъ случаѣ на него не согласятся сами потерпѣвшіе [1]), т. е. дѣянія, при которыхъ на лицо ***коллизія публичнаго и частнаго интереса.*** Съ другой стороны онъ разсматриваетъ ихъ какъ ***маловажныя дѣянія***, только въ слабой степени нарушающія публичный интересъ и преслѣдуемыя поэтому лишь по требованію и въ интересѣ потерпѣвшихъ, т. е. какъ дѣянія, весьма близко приближающіяся къ *delicta privata* римскаго права. Конечно, та или иная точка зрѣнія является преобладающей относительно тѣхъ или иныхъ Antragsverbrechen; такъ, при преступленіяхъ противъ половой нравственности, несомнѣнно, законодатель имѣлъ въ виду указанную коллизію публичнаго и частнаго интереса, а при обидахъ— главнымъ образомъ ничтожность публичнаго интереса [2]). Поэтому естественнѣе всего было бы разбить неоффиціальныя преступленія на двѣ группы, подчинивъ каждую изъ нихъ особымъ постановленіямъ [3]).

---

[1]) Ср. R. G. 25 Sept. 1888 (E. B. 18 стр. 103): „Dass der That (§ 182) die Qualität eines Antragsdelictes verliehen worden, kann doch nur an der Erwägung beruhen. dass bei der Art des Rechtsverletzung das *Interesse des Verletzten an der Kundwerdung* der That und deren Bestrafung dem offentlichen Interesse vorgeht".

[2]) На что, между прочимъ, указываетъ и исторія этого преступленія, регулировавшагося рецепированными нормами римскаго права, разсматривавшаго обиду, какъ delictum privatum.

[3]) См. по этому поводу замѣчанія у John („Gutachten über die Frage: Sind die Antragsverbrechen überhaupt legislatorisch zu rechtfertigen" въ Verhandlungen des 12 deutschen Juristentages B. II 1874 г.): „Es existirt überhaupt kein einhaltlicher strafrechtlicher Begriff, unter welchen alle Antragsverbrechen subsummirt werden könnten. Die Thatsache, das einzelne Verbrechen nur in Folge eines Antrages bestraft werden dürfen ist lediglich ein rein äusserliches Symptom, welches aber *auf zwei von einander vollkommen verschiedenen strafrechtlichen Principien beruht.* Demnach wird es zwar *möglich sein, zwei Begriffsbestimmungen der Antragsverbrechen aufzustellen, aber unmöglich ist es, dass eine Begriffsbestimmung jemals genügen könnte*" (228). „.... *der Begriff des Privatverbrechens dem heutigen Rechte noch keineswergs verloren gegangen ist;* dass es gesetzliche Vorschriften, dass es *Rechtsgrundsätze giebt*, die schlechterdings *unverständlich sein würden, wenn*

Но, къ сожалѣнію, германскій законодатель этого не сдѣлалъ, а попытался создать въ § 61—65 Str. G. B. общія начала, которымъ бы подчинялись всѣ неоффиціальныя преступленія, несмотря на свою внутреннюю разнородность. Ясно, что эта попытка должна была окончиться неудачей, ибо приходилось объединять несоединимое, а потому въ отдѣльныхъ случаяхъ колебаться между рѣшеніями, пригодными для одной группы и непригодными для другой. Отсюда невыдержанность основной мысли и пестрота постановленій, то исходящихъ изъ процессуальнаго характера жалобы, вполнѣ соотвѣтствующаго природѣ первой группы неоффиціальныхъ преступленій, то изъ ея матерьяльнаго характера, соотвѣтствующаго лишь свойствамъ второй группы [1]).

Но все же, несмотря на указанную двойственность Antragsverbrechen въ германскомъ правѣ, идея, положенная въ основаніе первой ихъ группы, получила преобладаніе и оставила свой отпечатокъ на главныхъ чертахъ всего института [2]).

Остается сказать нѣсколько словъ объ отношеніи по германскому праву жалобы (Antrag) потерпѣвшаго къ *частному обвиненію* (Privatklage). Мы уже указывали на то, что жалоба и частное обвиненіе въ германскомъ правѣ являются самостоятельными институтами. Но этого мало. Нужно сказать, что это два института, между которыми нѣтъ орга-

---

man sie nicht als Consequenzen des den Privatverbrechen zu Grunde ligenden Principes auffassen dürfe“ (стр. 229). Сюда по мнѣнію Iohn'a относятся преступленія, преслѣдуемыя въ порядкѣ Privat-Klage.

[1]) Ибо, если признать, что извѣстное преступленіе преслѣдуется и наказывается въ интересахъ потерпѣвшаго, а не государства, и что слѣдовательно право наказанія за него принадлежитъ тоже потерпѣвшему, а не государству, то несомнѣнно, нормы, опредѣляющія, кто является субъектомъ права наказанія въ извѣстномъ случаѣ, и каковы предѣлы этого права, должны быть отнесены къ матерьяльному праву.

[2]) Доказательствомъ того, что историческое развитіе Antragsverbrechen идетъ въ сторону преобладанія первой группы надъ второй, служитъ новелла 1876 г., сильно сократившая число преступленій, при которыхъ возможно взятіе жалобы назадъ, логически вытекающее изъ взгляда на жалобу, какъ на условіе наказуемости, и на отказъ отъ жалобы, какъ на прощеніе, даруемое субъектомъ права наказанія, хотя совмѣстимое въ извѣстныхъ предѣлахъ съ процессуальной природой жалобы.

ической связи. Это положеніе съ очевидностью вытекаетъ изъ того, что далеко не всѣ Antragsverbrechen, а лишь оскорбленіе и тѣлесное поврежденіе могутъ преслѣдоваться въ порядкѣ частнаго обвиненія. Но и при этихъ преступленіяхъ порядокъ частнаго обвиненія не является единственно возможнымъ: онъ долженъ уступить мѣсто обвиненію публичному, если прокуратура найдетъ, что въ конкретномъ случаѣ преслѣдованіе предписывается публичнымъ интересомъ. Дальнѣйшій еще шагъ въ сторону разрушенія связи между неоффиціальными преступленіями и частнымъ обвиненіемъ предполагаетъ сдѣлать коммиссія по реформѣ уголовнаго процесса, проектируя увеличеніе числа случаевъ примѣненія частнаго обвиненія, которое должно быть распространено и на нѣкоторыя оффиціальныя преступленія [1]).

Такое отдѣленіе въ современномъ германскомъ правѣ частнаго обвиненія отъ жалобы потерпѣвшаго также указываетъ на постепенное очищеніе понятія неоффиціальнаго преступленія отъ исторически сохранившихся элементовъ delicti privati, ибо тамъ, гдѣ эти элементы еще сильны, гдѣ неоффиціальныя преступленія разсматриваются, какъ такія, преслѣдованіе коихъ имѣетъ мѣсто исключительно въ интересахъ потерпѣвшихъ, послѣднимъ естественно предоставить не только иниціативу преслѣдованія, но и осуществленіе его въ теченіе всего процесса и освободить прокуратуру отъ чуждой ей роли представителя въ процессѣ не публичныхъ, а частныхъ интересовъ.

Съ другой стороны и частное обвиненіе, переставъ быть логическимъ слѣдствіемъ чисто частнаго характера извѣстныхъ деликтовъ, начинаетъ исполнять въ уголовномъ процессѣ новую функцію: оно становится необходимымъ дополненіемъ прокурорскаго обвиненія, дѣйствующаго не на началѣ законности (Legalitätsprincip), а на началѣ удобства (Opportunitätsprincip) [2]) и средствомъ ограниченія опас-

---

[1]) Protokolle B. I стр. 139, 287 и слѣд.

[2]) „Vielmehr bildet die Privatklage, говорится въ протоколахъ коммиссіи по реформѣ уголовнаго процесса (B. I стр. 286). das nothwendige Korrelat zu der Befugniss der Staatsanwaltschaft die Verfolgung zu unterlassen, wenn nach ihrem Ermessen ein öffentliches Interesse nicht vorliege. In diesem Ermessen werde die Staatsanwaltschaft in unzweckmäs-

ной въ этихъ случаяхъ монополіи прокуратуры (Klagmonopol) [1]).

Конечно, частный обвинитель и теперь, вступая въ дѣло и поддерживая обвиненіе, дѣйствуетъ обыкновенно въ своихъ частныхъ интересахъ, но это не указываетъ на то, чтобы деликтъ, являющійся основаніемъ для обвиненія, носилъ вообще частный характеръ: самое большее, если онъ въ данномъ конкретномъ случаѣ, in hipothesi не нарушаетъ публичныхъ интересовъ или нарушаетъ ихъ въ слабой степени, а потому и преслѣдованіе его предоставляется усмотрѣнію потерпѣвшаго; вообще же, in thesi онъ является настоящимъ преступленіемъ, преслѣдованіе и наказаніе котораго установлено въ интересахъ публичныхъ [2]).

---

siger Weise beengt, wenn die Ablehnung der öffentlichen Klage die Strafverfolgung überhaupt ausschliesse und andererseits erfordere es die Gerechtigkeit, dass der Verletzte in die Lage gesetzt werde, seinerseits den Thäter zur Verantwortung zu ziehen, soweit die amtliche Verfolgung von Voraussetzungen abhängig gemacht werde, bei denen dass Interesse des Verletzten an der Bestrafung des Thaters zurücktrete".

[1]) R. Schmidt („Staatsanwalt und Privatkläger" 1891 г. стр. 139) считаетъ этотъ взглядъ не совсѣмъ вѣрнымъ: In der Kommission, говоритъ онъ, dauerte das Irrtum fort, als ob diese subsidiäre Privatklage (проектированная при Antragsdelict'ахъ § 282 первоначальнаго проекта 1873 г. и затѣмъ замѣненная principale Privatklage § 414 Str. Pr. O.) bei unbedeutenden Strafthaten in erster Linie zur Korrectur der Staatsanwaltschaft geschaffen sei, während sie in Wahrheit doch vorwiegend aus der *Erkenntnis der geringeren Dringlichkeit officieller Strafverfolgung bei diesen Delicten entsprang*". Но указанная Schmidt'омъ идея логически ведетъ къ установленію начала удобства для прокуратуры, а не къ установленію субсидіарнаго или принципальнаго частнаго обвиненія. Лишь особенно обостряющіяся при дѣйствіи этого начала вредныя послѣдствія прокурорской монополіи (менѣе замѣтныя при дѣйствіи начала законности) вынудили законодателя въ этихъ случаяхъ прибѣгнуть къ допущенію частнаго обвиненія.

Подробнѣе ту же мысль о необходимости избавить прокуратуру отъ обязательнаго преслѣдованія незначительныхъ дѣяній путемъ обращенія ихъ къ частному обвиненію Шмидтъ развиваетъ на страницахъ 41 и слѣд.

[2]) Menzel „Die Privatklage nach dem Reichsstrafpozessrechte" 1880 г. стр. 13—19. Рельефнѣе эту же мысль выражаютъ Bennecke und Beling, утверждающіе, что предметомъ частнаго обвиненія является не частное притязаніе, а государственное право наказанія (стр. 626) и что частному обвинителю принадлежитъ право преслѣдованія (Strafklagerecht), а

Итакъ, частное обвиненіе современнаго германскаго процесса представляетъ собою не перенесеніе началъ гражданскаго процесса въ сферу преслѣдованія преступленій, (каковымъ было частное обвиненіе на первыхъ ступеняхъ развитія уголовнаго права), а попытку согласовать интересъ потерпѣвшихъ, соединенный съ преслѣдованіемъ преступленій, съ началомъ удобства въ дѣятельности прокуратуры.

III.

По дѣйствующему австрійскому уголовному уложенію 27 мая 1852 г. [1]) слѣдующія дѣянія отнесены къ числу неоффиціальныхъ [2]).

1. Кража и растрата между супругами, родителями, дѣтьми или братьями, пока они живутъ однимъ домомъ (§ 463).

2. Проступки противъ литературной и артистической собственности (§ 467).

3. Оскорбленіе (§§ 487—495).

4. Публичное опозореніе или издѣвательство (misshandelt—§ 496).

5. Упреки по поводу отбытаго или отмѣненнаго наказанія или производившагося слѣдствія (§ 497).

6. Прелюбодѣяніе (§§ 502—503).

7. Лишеніе невинности малолѣтней родственницы домохозяина или домохозяйки со стороны кого-либо изъ домашнихъ (§ 504).

не право наказанія (Strafanspruch), остающееся за государствомъ (стр. 217—220). Напротивъ, римская actio при delicta privata, какъ и въ другихъ случаяхъ, принадлежала всегда лицу, которому принадлежало и соотвѣтствующее матерьяльное право (стр. 220).

[1]) Уложеніе это является лишь новымъ пересмотрѣннымъ и исправленнымъ изданіемъ уложенія 3 сентября 1803 г см. Berner „Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Iahre 1751 bis zur Gegenwart“ 1867 стр. 273 и слѣд.

[2]) Австрійская доктрина рѣзко противополагаетъ Privatanklagedelicten—Antragsdelicten, относя перечисленныя ниже неоффиціальныя преступленія къ первой категоріи и утверждая, что вторая осталась неизвѣстной дѣйствующему австрійскому праву. См. Ianka „Das Oesterreichische Strafrecht“ 1890 стр. 51. Finger „Das Strafrecht systematisch dargestellt“ 1899, B. I. стр. 72.

8. Непотребство служащей въ домѣ женщины съ малолѣтнимъ живущимъ въ томъ же домѣ сыномъ или родственникомъ домохозяина (§ 505).

9. Привычное пьянство нѣкоторыхъ разрядовъ рабочихъ, если оно не дошло, благодаря огласкѣ (Oeffentlickheit), до свѣдѣнія начальства (§ 524).

10. Нарушенія правилъ нравственности (grössere Unsittlichkeiten) въ средѣ семьи (§ 525) [1]).

Особенность австрійскаго права по сравненію съ германскимъ заключается въ томъ, что въ силу §§ 2 и 46 Str. Pr. O. преслѣдованіе по всѣмъ неоффиціальнымъ преступленіямъ производится въ порядкѣ частнаго обвиненія (Privatanklage) [2]), вслѣдствіе чего между нимъ и жалобой устанавливается гораздо болѣе тѣсная связь, чѣмъ въ правѣ германскомъ, въ которомъ Antragsverbrechen, преслѣдуемыя въ порядкѣ Privatklage, составляютъ меньшинство.

Больше сходства съ германскими Antragsdelict'ами представляютъ австрійскіе Ermächtigungsdelicten [3]), при которыхъ преслѣдованіе ведется прокуратурой, но зависитъ отъ согласія или уполномочія (Ermächtigung) извѣстныхъ лицъ. Сюда относятся проступки противъ арміи, предусмотрѣнные въ § 300, и проступки противъ чести должностныхъ лицъ, предусмотрѣнные §§ 487—491 и 496 Str. G. B. (Законъ 17 декабря 1862 г. art IV—V). Но, по мнѣнію Фингера, на эти преступленія не распространяются правила о неоффиціальныхъ преступленіяхъ и взятіе согласія обратно не можетъ оказывать вліянія на ходъ дѣла [4]).

---

[1]) Herbst „Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechts“ 1871 г. B. II, стр. 267. Ullmann „Lehrbuch des österreichischen Strafprozessrechts“ 2 Aufl. 1882 г. стр. 292. Finger ibid. стр. 104 S. Mayer „Commentar zu der Oesterreichischen Strafprozess-Ordnung vom 23 Mai 1873 г.“ Th. I 1881 г. стр. 6. Mitterbacher und Neumayer „Erläuterungen zur Strafprozess-Ordnung vom 23 Mai 1873“ 1874 г. стр. 35.

[2]) Finger B. I стр. 72.

[3]) Eisler „Ueber Ermächtigungsdelicte nach oesterreichischem Rechte“ (Iuristische Blätter 1888 г. стр. 208).

[4]) Finger 105—106. Также Entscheidung des obersten Gerichts und Kassationshofes 19 oct. 1902 г. (цит. въ Manzsche Taschenausgabe „Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergeheu und Uebertretungen“ 1902 г. art V des Ges. v. 17 Dec. 1862 г. n. 11).

Проектъ австрійскаго уголовнаго уложенія 1889 г. еще болѣе увеличиваетъ число неоффиціальныхъ преступленій, раздѣляя ихъ на два разряда: Privatdelicte, соотвѣтствующіе неоффиціальнымъ преступленіямъ дѣйствующаго австрійскаго права, по которымъ и возбужденіе преслѣдованія зависитъ отъ потерпѣвшаго и дальнѣйшее обвиненіе находится всецѣло въ его рукахъ, и Antragsdelicte, сходные съ неоффиціальными преступленіями германскаго права, по которымъ послѣ подачи жалобы потерпѣвшимъ преслѣдованіе ведется въ общемъ порядкѣ публичнаго обвиненія (§ 81—83).

Къ первой категоріи проектъ относитъ:

1. Прелюбодѣяніе (§ 183).

2. Склоненіе женщины къ совокупленію путемъ совершенія мнимаго обряда вѣнчанія и тому подобными обманами (§ 190).

3. Обольщеніе не достигшей 16 лѣтъ дѣвицы (§ 192).

4. Дѣянія противъ чести (Beleidigungen) частныхъ лицъ (§ 204).

5. Отобраніе у пользовладѣльца, залогодержателя и проч. находящихся у нихъ на законномъ основаніи вещей (§ 308).

6. Нарушеніе неприкосновенности чужой корреспонденціи (§ 314).

7. Оглашеніе ввѣренныхъ тайнъ (§ 365).

8. Контрафакцію (§ 319).

9. Разглашеніе частныхъ свѣдѣній о чужой собственности (п. 2 § 413).

10. Уничтоженіе публично выставленныхъ частныхъ объявленій (п. 3 § 413).

11. Вступленіе въ бракъ лица, страдающаго сифилисомъ (§ 464).

12. Похищеніе незначительнаго количества припасовъ для немедленнаго потребленія (§ 491).

13. Пользованіе припасами въ ресторанѣ со стороны лица, не имѣющаго возможности за нихъ заплатить (§ 492).

14. Поврежденіе вещей, взятыхъ въ самовольное пользованіе (§ 496).

15. Полученіе подарковъ лицомъ, стоящимъ во главѣ какого-либо управленія, безъ подлежащаго разрѣшенія (§ 497).

Ко второй группѣ относятся:

1. Посягательство, на иностранное государство и его главу (§ 104).

2. Оскорбленіе дипломатическихъ агентовъ (§ 106).

3. Опозореніе войска (§ 118).

4. Нарушеніе домашняго мира (§ 143).

5. Сокрытіе препятствій къ вступленію въ бракъ и склоненіе къ браку посредствомъ обмана (§ 181).

6. Тѣлесныя поврежденія (§ 240).

7. Похищеніе женщины противъ ея воли (§ 243).

8. Похищеніе достигшей 14 лѣтъ дѣвицы съ ея согласія (§ 245).

9. Кража, мошенничество и утайка у родственниковъ, опекуновъ, воспитателей (§§ 267 и 282).

10. Пользованіе кредитомъ посредствомъ поддержанія въ кредиторѣ заблужденія (§ 283).

11. Причиненіе имущественнаго ущерба посредствомъ введенія въ заблужденіе коварными пріемами (§ 284).

12. Побужденіе коварными пріемами къ даренію (§ 309).

13. Поврежденіе имущества (§ 325).

14. Склоненіе къ разврату малолѣтнихъ прислугою или лицами, проживающими съ ними (§ 447).

15. Незаконное пользованіе лѣсными и полевыми угодьями (§ 493) [1]).

Лицо, уполномоченное на принесеніе жалобы, австрійское уложеніе стремится каждый разъ обозначить конкретнымъ наименованіемъ: такъ, оно говоритъ о главѣ семьи (§ 463), пострадавшемъ (Beeinträchtigten—§ 467), оскорбленномъ (§§ 495, 496), поносимомъ (Geschmähte—§ 497), оскорбленной сторонѣ (§ 503), родителяхъ, родственникахъ, опекунахъ (§ 504—505), мастерѣ и хозяинѣ (§ 524), родителяхъ, опекунахъ, воспитателяхъ, супругахъ, хозяевахъ и проч. (§ 525).

Не содержа постановленій о неоффиціальныхъ преступленіяхъ въ общей части, оно и не употребляетъ общаго термина „потерпѣвшій“.

---

[1]) Ср. Случевскій стр. 65—68.

Напротивъ, проектъ австрійскаго уложенія уже въ общей части устанавливаетъ, кому принадлежитъ право жалобы: именно, § 84 проекта говоритъ, что право это принадлежитъ непосредственно потерпѣвшему чрезъ совершенное преступленіе въ своихъ правахъ лицу (dem durch die strafbare Handlung in seinem Rechte unmittelbar Verletzten). Въ особенной же части проектъ ближе указываетъ при отдѣльныхъ преступленіяхъ, кто является субъектомъ права жалобы: иностранное правительство (§ 104), оскорбленное лицо (§ 106), министръ (§ 124) и проч.

Законъ не содержитъ ни въ уголовномъ уложеніи, ни въ уставѣ угол. судопр. никакихъ указаній, съ какого возраста потерпѣвшій можетъ лично осуществлять свое право жалобы, но изъ § 505 можно вывести заключеніе, что, по крайней мѣрѣ, при преступленіяхъ, предусмотрѣнныхъ этой и предшествующей статьей, право жалобы не принадлежитъ самимъ несовершеннолѣтнимъ (minderjährige) потерпѣвшимъ, а исключительно ихъ родителямъ, родственникамъ или опекунамъ. Повидимому, нѣкоторое обобщеніе этого положенія содержится въ § 50 Str. Pr. O., упоминающемъ не только частнаго обвинителя (Privatankläger), но и его законнаго представителя (gesetzliche Vertreter).

Подтвержденіе той мысли, что за несовершеннолѣтняго и вообще недѣеспособнаго потерпѣвшаго долженъ дѣйствовать въ процессѣ его законный представитель, Шторхъ [1]) видитъ въ постановленіи § 365 Str. Pr. O., въ силу котораго недѣеспособнаго гражданскаго истца (falls dieser sich selbst zu vertreten nicht berechtigt wäre) представляетъ его

---

[1]) Storch „Beiträge zur Lehre von der Parteienvertretung in Strafverfahren“ Zeitschrift f. das privat und öffentliche Recht 1888 г. B. 16 стр. 379—383. Къ тому же выводу, хотя и изъ другихъ соображеній, приходитъ Jičinsky („Die Privatanklage in Oesterreichischem Strafrechte“ Allgemeine Oesterreichische Gerichtszeitung 1859 г. стр. 498—499), который однако считаетъ возможнымъ признать за несовершеннолѣтними потерпѣвшими самостоятельное право апелляціи, потому что таковое принадлежитъ несовершеннолѣтнему обвиняемому. Но между положеніемъ несовершеннолѣтняго обвиняемаго и потерпѣвшаго въ процессѣ аналогія не допустима. Ср. Süss „Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozesse“ 1898 г. стр. 14.

законный представитель. Отсюда заключеніе по аналогіи и относительно частнаго обвинителя.

Что касается австрійской судебной практики, то она признаетъ, что частное обвиненіе (Privatanklage), а слѣдовательно и жалоба (ибо по австрійскому законодательству право жалобы осуществляется исключительно въ формѣ частнаго обвиненія), можетъ быть предъявлено несовершеннолѣтнимъ не иначе, какъ чрезъ законнаго представителя [1]). Изъятіе, повидимому, составляетъ лишь прелюбодѣяніе, за которое можетъ возбудить преслѣдованіе самостоятельно и несовершеннолѣтній (minderjährige) супругъ [2]).

Тѣ же соображенія mutatis mutandis должны быть примѣнены и къ жалобамъ, подаваемымъ отъ имени юридическихъ лицъ, представляемыхъ органами, установленными ихъ уставами [3]).

Болѣе опредѣленны на этотъ счетъ постановленія проекта, предоставляющаго по общему правилу самостоятельно осуществлять право жалобы (§ 84) несовершеннолѣтнимъ, перешедшимъ 18 лѣтній возрастъ, и, по исключенію, если дѣло идетъ о прелюбодѣяніи, и не достигшему этого возраста оскорбленному супругу (§ 183). За лицъ, не достигшихъ 18 лѣтъ, душевно-больныхъ, а также за лицъ юридическихъ приносятъ жалобы ихъ законные представители, при чемъ, если таковые сами являются виновниками дѣянія, то право возбужденія преслѣдованія переходитъ къ лицамъ, спеціально для того назначеннымъ попечительными или наблюдательными учрежденіями (§ 84).

Обходя почти полнымъ молчаніемъ вопросъ о законномъ представительствѣ потерпѣвшаго, довольно подробно разработанный въ германскомъ уложеніи, австрійское право не разрѣшаетъ и вопроса о возбужденіи преслѣдованія чрезъ *представителя добровольнаго*. Str. Pr. O. въ § 50 говоритъ

---

[1]) Plenar Entscheidung 20 Febr. 1890, цит. въ Manz'sche Taschenausgabe der Oesterreichischen Gesetze. Die Strafprozessordnung изд. 1893 г. § 2 n. 10 (подлинныя рѣшенія австрійскаго кассаціоннаго суда, къ сожалѣнію, для меня остались недоступны).

[2]) Entscheidung 23 Ian. 1883 (ibid. § 2 n. 13), contra Storch l. c. стр. 384—385.

[3]) Storch стр. 374, 379.

лишь о томъ, что частный обвинитель (Privatankläger) можетъ вести свое дѣло самолично или чрезъ лицо, уполномоченное довѣренностью [1]). Но этотъ законъ, говорящій о *веденіи дѣла* чрезъ представителя, хранитъ молчаніе о самой *подачѣ жалобы* чрезъ повѣреннаго и оставляетъ открытымъ вопросъ о представительствѣ въ волѣ при подачѣ таковой. Поэтому тѣ общія соображенія, которыя побудили насъ при разборѣ постановленій германскаго уложенія отвергнуть возможность такого представительства, не смотря на существованіе въ германскомъ Str. Pr. O. статьи (§ 418) аналогичной § 50 австрійскаго Str. Pr. O., вполнѣ примѣнимы и къ австрійскому праву [2]). Проектъ новаго австрійскаго уложенія также не даетъ никакихъ указаній относительно добровольнаго представительства при подачѣ жалобы на Privatanklage—и Antrags-verbrechen. Иногда назначеніе представителя для веденія дѣла бываетъ обязательно для потерпѣвшаго, который по требованію суда долженъ выдать довѣренность лицу, проживающему въ мѣстѣ нахожденія суда (Gerichtsort), и пользоваться услугами адвоката изъ числа лицъ, занесенныхъ въ списки защитниковъ.

Кромѣ того австрійскій процессъ знаетъ еще одну весьма своеобразную форму представительства потерпѣвшаго при преступленіяхъ неоффиціальныхъ—представительство чрезъ лицъ прокурорскаго надзора (§ 46 abs. 4) [3]). Именно, прокуратура по просьбѣ частнаго обвинителя, можетъ принять на себя его представительство въ процессѣ. При принятіи или отклоненіи такой просьбы прокуратура обязана руководствоваться общими положеніями, лежащими въ основаніи ея дѣятельности, т. е. охраною публичнаго интереса (§ 30 abs. 1), а не какими-либо личными отношеніями и соображеніями [4]). Поэтому, выступивъ въ качествѣ представителя потерпѣвшаго, прокуроръ сохраняетъ тѣ права и пре-

---

[1]) Vargha „Das Strafprozessrecht“ 1885 г. стр. 156.

[2]) Contra E. 30 Ian 1892 (§ 50 n. 3 въ изд. Manz'a), утверждающее что лицо, имѣющее общую довѣренность, можетъ принести жалобу за потерпѣвшаго въ качествѣ его представителя.

[3]) Mitterbacher—Neumeyer стр. 139.

[4]) S. Mayer „Commentar zu der Oesterreichschen Strafprozessordung“ 1881 I Th. стр. 193.

имущества въ процессѣ, которыя ему принадлежатъ, какъ должностному лицу, поскольку они совмѣстимы съ особымъ порядкомъ производства, установленнымъ для дѣлъ частнаго обвиненія (Privatanklage) [1]). Поэтому, напримѣръ, по дѣламъ частнаго обвиненія прокуроръ не можетъ производить дознанія, акты котораго имѣли бы силу судебныхъ (gerichtliche Vorerhebungen), ибо §§ 87 и 88 Str. Pr. O. относятся исключительно къ порядку публичнаго обвиненія, но онъ можетъ распорядиться производствомъ разслѣдованія чрезъ полицію и проч. Но прокуроръ все-таки является лишь представителемъ потерпѣвшаго, который все время остается dominus litis и въ любой моментъ можетъ лично вмѣшаться въ процессъ и лишить прокурора полномочія [2]).

Вопросъ о *дѣлимости* или недѣлимости уголовнаго преслѣдованія по дѣйствующему австрійскому праву является весьма спорнымъ и едва ли окончательно разрѣшимымъ, ибо текстъ закона не даетъ для того достаточно матерьяла: съ одной стороны законъ говоритъ о преслѣдованіи и прощеніи извѣстныхъ дѣяній, а не лицъ (§ 530 Str. G. B.); съ другой—Ministerial-Verordnung 5 сентября 1859 г., по крайней мѣрѣ относительно прелюбодѣянія, признаетъ начало дѣлимости [3]).

Проектъ устанавливаетъ начало дѣлимости для Privatanklage—и начало недѣлимости для Antrags—verbrechen (§§ 82—82). Въ послѣднемъ случаѣ преслѣдованіе возбуждается противъ всѣхъ виновныхъ, хотя бы въ жалобѣ для нѣкоторыхъ изъ нихъ прямо было сдѣлано изъятіе.

---

[1]) Storch l. c. стр. 396—398 contra Vargha стр. 135. Изъ этого принципа, напримѣръ, вытекаетъ, что прокуроръ, какъ всякій представитель частнаго обвиненія, обязанъ въ установленный срокъ, подъ угрозой прекращенія дѣла, представить обвинительный актъ, (§ 46 abs. 3). См. Mitterbacher und Neumeyer стр. 134.

[2]) Storch l. c. 401; contra S. Mayer Comm. стр. 193—194.

[3]) Motiven—Darstellung zu dem Entwurfe eines vollständigen neuen Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen Wien 1863 г. стр. 76. Jičinsky (l. c. стр. 529—530) до изданія этого Verordnung видѣлъ въ § 530 подтвержденіе начала недѣлимости, принятаго австрійскимъ правомъ.

Что касается *формы жалобы*, то она предоставлена усмотрѣнію жалобщика, ибо законъ просто говоритъ о письменно или устно выраженномъ желаніи (Begehren) возбудить уголовное преслѣдованіе (§ 46 Str. Pr. O.). Но жалоба должна быть непремѣнно принесена уголовному суду и при томъ съ соблюденіемъ правилъ о подсудности. Подача жалобы полиціи, прокуратурѣ или некомпетентному суду не прерываетъ теченія срока, установленнаго для ея принесенія [1]). Указаніе виновнаго въ жалобѣ не обязательно [2]), какъ это можно заключить изъ § 530 Str. G. B., говорящаго о преслѣдованіи по требованію потерпѣвшаго дѣянія, а не виновныхъ. Проектъ въ эти постановленія не вноситъ никакихъ измѣненій.

Австрійское уложеніе устанавливаетъ особый шестинедѣльный *срокъ*, начинающій течь съ того момента, когда потерпѣвшему сдѣлалось извѣстно дѣяніе (а не преступникъ) [3]). Принесеніе жалобы по прошествіи этого срока лишаетъ ее юридическаго значенія. Срокъ этотъ отличенъ по своей природѣ и независимъ отъ давностнаго, истеченіе коего составляетъ въ силу закона *особое препятствіе къ возбужденію* преслѣдованія (§ 530) [4]).

Проектъ (§ 86) срокъ этотъ удлиняетъ до 3-хъ мѣсяцевъ и устанавливаетъ, по примѣру германскаго уложенія, въ качествѣ исходнаго пункта для его теченія, моментъ, когда управомоченный узналъ о преступномъ дѣяніи и лицѣ виновнаго (die strafbare Handlung und die Person des Schuldigen).

Срокъ этотъ при взаимныхъ обидахъ, если преслѣдованіе возбуждено однимъ изъ обидчиковъ, замѣняется моментомъ окончанія преній въ первой инстанціи, послѣ ка-

---

[1]) S. Mayer ibid. стр. 181 и 182. Plen. E. 7 Dec. 1897 г. и E. 24 März 1877 г. (Manz § 530 n. 24 и 25).

[2]) E. 18 Iuni 1887 г. (Manz Str. G. B. § 530 n 23).

[3]) Contra Plen. Entsch. 16 Mai 1894 г. (Manz Str. G. B. § 530 n. 17).

[4]) Природа его аналогична съ природою срока, установленнаго германскимъ уложеніемъ. Впрочемъ Ianka (стр. 192) и Finger (стр. 104). считаютъ его давностнымъ.

коваго предъявленіе обвиненія со стороны обвиняемаго не можетъ имѣть мѣста (§ 88). Такимъ образомъ здѣсь въ зависимости отъ обстоятельствъ нормальный срокъ то удлиняется, то сокращается.

По дѣйствующему австрійскому праву право жалобы есть право строго личное, не переходящее на наслѣдниковъ, и *смерть потерпѣвшаго* до возбужденія преслѣдованія или хотя бы и послѣ такового, по мнѣнію австрійскихъ комментаторовъ [1]), прекращаетъ уголовное преслѣдованіе. Не противится такому толкованію и § 495 Str. G. B., предоставляющій близкимъ право преслѣдованія въ случаяхъ оскорбленія памяти умершаго, ибо здѣсь право жалобы для нихъ возникаетъ самостоятельно, а не передается имъ по наслѣдству.

На иной и при томъ совершенно новый путь въ этомъ пунктѣ вступаетъ проектъ, устанавливающій, въ видѣ общаго правила, при неоффиціальныхъ преступленіяхъ переходъ къ наслѣдникамъ умершаго, его родственникамъ въ 1 и 2-й степени и супругу принадлежавшаго ему права жалобы. Исключеніе составляетъ только прелюбодѣяніе (§ 85). Если жалоба [2]) не была принесена умершимъ или была принесена, но онъ умеръ до постановленія приговора, указанныя выше лица могутъ въ теченіе 3-хъ мѣсяцевъ со дня его смерти принести жалобу или продолжать начатое преслѣдованіе (§ 85—86).

Если преступленіемъ нарушены *права нѣсколькихъ лицъ*, или вообще право жалобы принадлежитъ не одному лицу, каждый изъ управомоченныхъ можетъ осуществлять свое право независимо отъ остальныхъ, насколько это допускается природой процесса. Поэтому срокъ, установленный § 530 Str. G. B., хотя это прямо и не оговорено въ законѣ, течетъ для каждаго изъ управомоченныхъ особо и упущеніе его однимъ изъ нихъ не погашаетъ правъ другихъ. Но если преслѣдованіе уже возбуждено однимъ изъ потерпѣвшихъ,

---

[1]) Finger II стр. 157).

[2]) Въ данномъ случаѣ, да и въ другихъ, особо не оговоренныхъ, нашъ терминъ „жалоба“ обнимаетъ и Privatanklage и Antrag проекта.

другимъ принадлежитъ лишь право вступить въ производящееся дѣло, а не заводить особое дѣло [1]), ибо два параллельныхъ процесса по поводу одного и того же дѣянія не допустимы. Также точно постановленный по жалобѣ одного изъ управомоченныхъ приговоръ по существу (оправдательный или обвинительный) мѣшаетъ другимъ вновь возбудить дѣло. Въ силу тѣхъ же началъ отказъ отъ преслѣдованія со стороны одного изъ управомоченныхъ не оказываетъ вліянія на права другихъ.

Тѣ же положенія санкціонированы § 87 проекта.

Австрійское уложеніе категорически разрѣшаетъ спорный по германскому праву вопросъ объ *отказѣ отъ жалобы* до ея подачи: если управомоченный простилъ (ausdrücklich verziehen) совершенное преступленіе, онъ потомъ не имѣетъ уже права жаловаться (§ 530). Прощеніе это должно быть прямо выражено, а не выводимо изъ какихъ-либо facta concludentia [2]).

Также точно австрійское право допускаетъ при всѣхъ неоффиціальныхъ преступленіяхъ взятіе жалобы назадъ (Widerruf) послѣ ея подачи. Предѣльнымъ моментомъ является провозглашеніе приговора первой инстанціи [3]), послѣ котораго взятіе жалобы обратно можетъ служить лишь основаніемъ для смягченія наказанія со стороны апелляціонной инстанціи. Изъятіе составляетъ только прелюбодѣяніе, при которомъ заявленіе оскорбленнаго супруга о желаніи жить вмѣстѣ съ виновнымъ супругомъ освобождаетъ послѣдняго (но не его соучастника) и отъ отбытія уже опредѣленнаго наказанія (§ 503 Str. G. B.).

Уставъ уголовнаго производства разсматриваетъ, какъ молчаливый отказъ отъ жалобы (praesumptio juris et de jure), непредставленіе частнымъ обвинителемъ (жалобщикомъ) въ установленный срокъ обвинительнаго акта или другихъ заключеній (Anträge), необходимыхъ для поддержанія его жалобы, неявку его къ разбору дѣла и недачу заключенія по

---

[1]) S. Mayer l. c. стр. 180. Vargha Das Strafprozessrecht 1885 г. стр. 134.

[2]) Jicinsky ibid. стр. 522.

[3]) Vargha стр. 134.

вопросу о виновности и наказаніи (Schlussanträge § 46 Str. Pr. O.). Цѣль этихъ постановленій заключается въ томъ, чтобы обезпечить правильное веденіе дѣла со стороны частнаго обвинителя и исключить возможность всякихъ проволочекъ [1]).

Вопросъ о томъ, что считать неявкой обвинителя къ разбору дѣла, вызывалъ большія сомнѣнія и колебанія въ практикѣ высшаго австрійскаго суда по примѣненію § 232 Str. Pr. O. 1853 г., аналогичнаго § 46 нынѣ дѣйствующаго Str. Pr. O. Ставился и различно разрѣшался вопросъ о томъ, можно ли считать явившимся обвинителя, который прибылъ съ опозданіемъ, но до окончанія судебнаго слѣдствія и преній, долженъ ли судъ ожидать опаздывающаго частнаго обвинителя въ теченіе 1 часа или нѣтъ и проч. Однако теперь чисто формальное правило § 46 истолковывается въ томъ смыслѣ, что неявка обвинителя въ залу засѣданія къ моменту провозглашенія его дѣла влечетъ за собой утрату имъ права жалобы. Причины неявки, какъ бы онѣ ни были уважительны, не служатъ основаніемъ возстановленія его правъ [2]). Лишь ненадлежащій вызовъ обвинителя дѣлаетъ его неявку не имѣющей значенія. Если дѣло откладывалось, то необходима своевременная явка въ каждое изъ засѣданій [3]).

Но явка обвинителя обязательна лишь въ первой инстанціи, а не въ апелляціонной, въ которой дѣло можетъ разбираться и въ его отсутствіе (§ 471 abs. 4).

Неявка обвинителя къ судебному разбирательству влечетъ за собою оправдательный приговоръ, въ силу точнаго смысла § 47 и 259 n. 2 Str. Pr. O., а не постановленіе частнаго опредѣленія о прекращеніи производства [4]). Послѣ та-

---

[1]) S. Mayer стр. 184.

[2]) Entsch. 22 Inni 1882 г., Plen. E. 16 Octob. 1884 (Manz Str. Pr. O. § 46 n. 1 и 3).

[3]) S. Mayer стр. 185—188.

[4]) S. Mayer стр. 189. Нѣсколько иначе анонимный авторъ въ статьѣ „Der Vorgang beim Ausbleiben des Privatanklages von der Hauptverhandlung“ въ Gerichtszeitung 1880 г., полагающій, что отъ усмотрѣнія судьи зависитъ открыть засѣданіе и постановить оправдательный приговоръ или, не открывая такового, постановить опредѣленіе о прекращеніи преслѣдованія (стр. 345—347).

кого приговора тотъ же потерпѣвшій не можетъ подать новой жалобы, но имъ, какъ и прямымъ отказомъ отъ жалобы, конечно, не умаляются права другихъ потерпѣвшихъ, которые теряютъ ихъ лишь вслѣдствіе приговора, разрѣшающаго дѣло по существу (in der Sache selbst ergehende Entscheidung) [1]). Но именно въ этомъ случаѣ и сказывается неудобство правила § 259, которое одинаково употребляетъ форму оправдательнаго приговора (der Angeklagte wird durch Urtheil freigesprochen) для разрѣшенія дѣла по существу и для освобожденія обвиняемаго отъ преслѣдованія, вслѣдствіе отказа обвинителя.

По дѣйствующему праву отказъ отъ жалобы является актомъ одностороннимъ, послѣдствія коего не зависятъ отъ согласія обвиняемаго. По старому же уставу угол. суд. изд. 1850 г. обвиняемый могъ возражать противъ прекращенія преслѣдованія и тогда дѣло должно было быть разсмотрѣно по существу [2]).

Проектъ 1889 г. вноситъ въ этомъ пунктѣ мало измѣненій въ дѣйствующее право относительно Privatanklage—verbrechen. Онъ отодвигаетъ моментъ, до котораго разрѣшается взять жалобу назадъ, до вступленія приговора въ законную силу (§ 83) и затѣмъ подтверждаетъ, что права каждаго изъ потерпѣвшихъ нисколько не умаляются отказомъ отъ преслѣдованія со стороны другого и что они погашаются лишь приговоромъ, состоявшимся по существу дѣла (§ 87).

Напротивъ, проектъ вноситъ рядъ совершенно новыхъ положеній относительно тѣхъ преступленій, которыя имъ перемѣщаются въ группу Antragsverbrechen. По нимъ разъ поданная жалоба не можетъ вовсе быть взята обратно и самое ихъ преслѣдованіе ведется въ порядкѣ публичнаго обвиненія (§ 82), потерпѣвшему же предоставляется вступить въ дѣло лишь въ качествѣ гражданскаго истца (Privatbetheiligte—§ 81)

---

[1]) S. Mayer ibid.—184.

[2]) Rulf „Die Oesterreichische Strafprozessordnung vom 23 Mai 1873“ 1873 г. стр. 214.

Въ королевскомъ патентѣ 27 мая 1853 г. о введеніи въ дѣйствіе уголовнаго уложенія и въ самомъ уложеніи не содержится нормъ, касающихся вопроса, какъ быть въ тѣхъ случаяхъ, когда *новое уложеніе* устанавливаетъ преслѣдованіе *лишь въ порядкѣ жалобы* такого дѣянія, которое *по прежнему преслѣдовалось ex officio* и когда дѣяніе это было совершено до введенія въ дѣйствіе новаго уложенія.

Напротивъ, „проектъ закона о введеніи въ дѣйствіе новаго уложенія“ (пока проекта) въ ст. XXVI на ряду съ постановленіемъ о примѣненіи болѣе мягкихъ законовъ содержитъ особое постановленіе о Privatanklage—и Antragsdelict'ахъ. Именно статья эта постановляетъ, что къ дѣяніямъ, которыя по дѣйствующему уложенію преслѣдуются ex officio, а по проекту должны преслѣдоваться лишь по жалобѣ (nur auf Antrag oder auf Grund einer Privatanklage), должны примѣняться постановленія проекта, если къ моменту вступленія его въ дѣйствіе по нимъ не будетъ еще предъявлено обвиненіе согласно §§ 207, 208 и 451 Str. Pr. O., т. е. предложенъ обвинительный актъ, или (по дѣламъ, подсуднымъ единоличнымъ судьямъ) подана жалоба (Antrag). Срокъ на подачу жалобы для этихъ дѣяній исчисляется со времени вступленія въ дѣйствіе новаго уложенія (проекта), если потерпѣвшему сдѣлалось ранѣе этого извѣстно о дѣяніи и лицѣ виновномъ. Ранѣе сдѣланное заявленіе (Anzeige) замѣняетъ формальную жалобу для Antragsverbrechen, но не для Privatanklageverbrechen.

Также точно проектъ, въ противоположность дѣйствующему уложенію, прямо разрѣшаетъ и вопросъ о порядкѣ *преслѣдованія преступленій, совершенныхъ за-границей, которыя тамъ являются неоффиціальными, въ Австріи же могутъ преслѣдоваться ex officio*. Именно, § 4 проекта говоритъ, что къ виновнымъ, совершившимъ преступленія за-границей, не могутъ быть примѣнены болѣе строгія наказанія, чѣмъ установленныя закономъ мѣста совершенія дѣянія, и вообще преслѣдованіе можетъ быть возбуждено лишь съ соблюденіемъ тѣхъ условій и ограниченій, которыя установлены для наказанія совершеннаго дѣянія законами мѣста его учиненія (und ist die Verfolgung überhaupt nur unter denjenigen Voraussetzungen und Beschränkungen zulässig, welche für die

Bestrafung des begangenen Handlung nach den Gesetzen des Thatortes massgebend wären). Впрочемъ, это правило не распространяется на случаи совершенія за-границей дѣянія австрійскимъ подданнымъ—къ нему примѣняются австрійскіе законы во всей своей силѣ. Оно имѣетъ въ виду тѣ случаи, когда дѣяніе совершено иностранцемъ, а выдача его иностранному правительству почему либо состояться не могла, и министръ юстиціи сочтетъ нужнымъ возбудить противъ него преслѣдованіе въ Австріи (§ 4 abs. 3).

Наконецъ, особенность неоффиціальныхъ преступленій по дѣйствующему праву заключается въ томъ, что на нихъ не распространяется право *абολиціи*, принадлежащее монарху лишь въ отношеніи оффиціальныхъ преступленій (§ 2 abs. 4 Str. Pr. O.) [1].

Таковы постановленія австрійскаго права о жалобѣ по преступленіямъ неоффиціальнымъ и о неразрывно связанномъ съ нею частномъ обвиненіи.

Обозрѣвая эти постановленія для разрѣшенія вопроса о томъ, чѣмъ является жалоба въ австрійскомъ правѣ—процессуальнымъ условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія, условіемъ наказуемости дѣянія или еще чѣмъ-либо,—тотчасъ приходится убѣдиться, что тѣсная связь между жалобой и частнымъ обвиненіемъ, доходящая до сліянія ихъ въ единый институтъ, крайне усложняетъ и затрудняетъ рѣшеніе этого вопроса. Съ одной стороны ученіе о частномъ обвиненіи несомнѣнно принадлежитъ къ процессу, почему естественнѣе всего было бы разсматривать Privatanklage какъ процессуальное условіе возбужденія уголовнаго преслѣдованія, какъ это и дѣлаетъ, напр., Фингеръ [2]). Исключеніе должно составить лишь то постановленіе, въ силу ко-

---

[1]) Mitterbacher und Neumeyer l. c, стр. 37.

[2]) Finger (Das Strafrecht systematisch dargestellt 1894 г. B. I стр. 72) говоритъ: „Zunächst von prozessualer und erst mittelbar von materiell—rechtlicher Bedeutung ist die Eintheilung der strafbaren Handlungen in Official-Ermächtigungs—Antrags und Privatanklage—Verbrechen. Die Eintheilung beruht auf den Voraussetzungen, von deren Vorhandensein die Einleitung des Prozessrechtsverhältnisses (die Verfolgung) abhängig ist“.

тораго супругъ и послѣ объявленія приговора можетъ заявленіемъ о своемъ прощеніи освободить отъ наказанія осужденнаго за прелюбодѣяніе супруга. Такъ какъ законъ предоставляетъ осуществить это право въ любой моментъ до окончательнаго отбытія наказанія. то здѣсь мы несомнѣнно имѣемъ дѣло съ обстоятельствомъ, вліяющимъ не на процессъ только, но и непосредственно на самое наказаніе.

Но указанное рѣшеніе, при болѣе внимательномъ разсмотрѣніи всего института, оказывается неудовлевторительнымъ. Изъ него вытекаетъ, что съ подачею жалобы принадлежавшее съ момента совершенія дѣянія государству право наказанія пополнилось и правомъ преслѣдованія. Но вотъ тутъ то и возникаетъ затрудненіе, ибо нѣтъ никакой возможности установить, чтобы по австрійскому праву государству принадлежало право преслѣдованія неоффиціальныхъ преступленій, и органы государственнаго обвиненія ни въ какомъ случаѣ (въ противоположность германскому праву) не могутъ вмѣшаться, безъ прямой о томъ просьбы частнаго обвинителя, въ уже начатый процессъ. Прокуроръ можетъ лишь, по просьбѣ послѣдняго, принять на себя роль его представителя, но роль эта тотчасъ же кончается, какъ только того пожелаетъ потерпѣвшій, ибо послѣдній все время остается dominus litis. Нельзя также утверждать, что частный обвинитель, подобно популярному обвинителю въ Англіи, является органомъ государственнаго обвиненія, осуществляетъ государственное право преслѣдованія. Напротивъ, постановленіе о его правѣ во всякое время отказаться отъ обвиненія, помириться съ виновнымъ, безъ риска какой либо отвѣтственности за tergiversatio, указываетъ, что онъ дѣйствуетъ исключительно въ собственномъ, а не публичномъ интересѣ, *осуществляетъ ему, а не государству принадлежащее право преслѣдованія.*

Дѣло мѣняется лишь съ того момента, какъ судъ провозглашаетъ обвинительный приговоръ. Съ этого момента уже и для государства возникаетъ несомнѣнно извѣстное право—право на приведеніе опредѣленнаго наказанія въ исполненіе. Но едва ли не будетъ простою схоластикою утверждать, что и до постановленія приговора государству принадлежало право наказанія, но что оно находилось въ

латентномъ состояніи, ничѣмъ не проявлялось. Нѣтъ, надо признать, что до *постановленія приговора право наказанія принадлежало одному потерпѣвшему*, которому въ силу этого принадлежало и право преслѣдованія, *съ постановленіемъ же приговора это право съ нимъ раздѣляетъ государство* [1]).

Такое странное построеніе въ законѣ Privatanklage—Verbrechen объясняется тѣмъ, что на нихъ сильно сказалось вліяніе delicta privata римскаго права и аналогичныхъ правовыхъ явленій въ древне германскомъ правѣ.

Какъ тамъ преслѣдованіе и наказаніе должны были являться удовлетвореніемъ потерпѣвшаго за нанесенный ему вредъ, такъ и здѣсь на первый планъ выдвинуто было законодателемъ это право потерпѣвшаго на удовлетвореніе. Но построить весь институтъ на этой идеѣ законодателю помѣшали современныя воззрѣнія на задачи уголовной юстиціи, стоящей на стражѣ публичнаго, а не частнаго интереса, и современныя системы наказаній, отбываемыхъ государству, а не потерпѣвшему. Законодателю пришлось сочетать несочетаемое и соглашать несогласуемое; отсюда неизбѣжная уродливость самаго института.

---

[1]) Къ подобнымъ же приблизительно выводамъ приходитъ и Schwarze (Verhandlungen des 2 deutschen Juristentages B. II 1861), разсматривая институтъ Privatanklage въ Саксоніи: „Iedenfalls liegt in der praktischen Nothwendigkeit, die strafgerichtliche Verfolgung einzelner Vergehen von dem ausdrücklichen Antrage des Verletzten abhängig zu machen, ein Anerkenntniss des Satzes: dass *neben dem Rechte des Staats* auf strafgerichtliche Ausgleichung des kriminellen Unrechts *ein Recht des Verletzten auf Bestrafung bestehe*“ (253).

„Die Gesetzgebung hat nicht nur dieses besondere Recht des Privaten anerkannt... sondern in bestimmten Fällen *das Inteersse des Verletzten selbst für so überwiegend erklärt*, dass *sie bei ihnen* die *Mitwirkung des Staatanwaltschaft völlig ausschloss*...

Bezüglich dieser zweiten Kategorie beschränkt sich das Interesse der öffentlichen Rechtsordnung und die Verpflichtung der Staatsgewalt darauf, dem Privaten zu seinem Rechte zu verhelfen. *Es ist die öffentliche Rechtsordnung nicht schon in dem Augenblicke gebrochen wo das Recht des Privaten gebrochen, sondern erst, wenn er für diese Verletzung bei den Gerichten Genugthuung suchen würde*“ (стр. 254). (Ср. также Glaser „Princip der Strafverfalgung“ 1860 г. въ „Kleine Schriften“ изд. 1883 г. стр. 532).

Такимъ образомъ у него получаютъ признаніе два важнѣйшихъ момента, положенныхъ въ основаніе нашей конструкціи неоффиціаль-

Въ моментъ совершенія преступленія государство еще не пріобрѣтаетъ никакихъ правъ по отношенію къ преступнику, потерпѣвшій же тотчасъ получаетъ право привлечь его къ уголовной отвѣтственности путемъ возбужденія частнаго обвиненія. Государство при этомъ лишь принимаетъ на себя, въ лицѣ своихъ судебныхъ органовъ, разрѣшеніе спора между потерпѣвшимъ и обвиняемымъ относительно наличности деликта и примѣненія наказанія такъ же точно, какъ оно принимаетъ на себя въ дѣлахъ гражданскихъ разрѣшеніе спора о наличности извѣстнаго права на сторонѣ истца. Но какъ тамъ, такъ и здѣсь отъ истца или обвинителя зависитъ во всякое время споръ этотъ изъять изъ разсмотрѣнія суда, прекратить процессъ или помириться съ противникомъ. Напротивъ, государство ни въ лицѣ своихъ судебныхъ установленій, ни въ лицѣ какихъ-либо другихъ органовъ (прокуратуры, полиціи и проч.) не принимаетъ никакого участія въ обвиненіи (если не считать упомянутаго участія прокуратуры по просьбѣ потерпѣвшаго). Болѣе того, дѣла этого рода до такой степени являются частнымъ достояніемъ потерпѣвшихъ, что государство не можетъ на

ныхъ преступленій по австрійскому праву: во 1-хъ, то, что при нихъ потерпѣвшему принадлежитъ право наказанія и во 2-хъ, что нарушеніе публичнаго правопорядка, а слѣдовательно и возникновеніе государственнаго права наказанія не имѣетъ еще мѣста въ моментъ нарушенія правъ частнаго лица и воспроизведенія состава преступленія.

Иначе объясняетъ аналогическій порядокъ преслѣдованія въ германскомъ правѣ обидъ Holtzendorff (Gutachten въ Verhandlungen des XII Deutschen Iuristentages 1874 г.) „In Wirklichkeit war dabei die Rücksichtnahme auf die Iustizverwaltung massgebend. Man wünschte die Staatsbehörden von der lästigen Pflicht des Ehrenschutzes und von zahlreichen Injuriensachen entlasten und—die Injurienprozesse zu vermindern“ (стр. 64—65). Однако онъ тутъ же признаетъ всю несовмѣстимость этого порядка съ публичнымъ характеромъ уголовнаго права: „Allein es liegt auf der Hand, dass ein schwer begreiflicher Widerspruch geschaffen wird, wenn die regelmässige Rechtsfolge der Beleidigung in einer öffentlichen Strafe besteht, und dennoch die Betreibung des Strafprozesses lediglich dem Beleidigten anheim gegeben wäre“ (стр. 65). Но и независимо отъ этого, объясненіе Гольцендорфа не примѣнимо къ австрійскимъ неоффиціальнымъ преступленіямъ, въ преслѣдованіи коихъ прокуратура можетъ принимать участіе по просьбѣ потерпѣвшихъ, что было бы совершенно несовмѣстимо съ желаніемъ прежде всего избавить прокуратуру отъ этихъ дѣлъ.

нихъ оказывать даже отрицательнаго воздѣйствія, въ смыслѣ прекращенія преслѣдованія, когда того почему-либо требуютъ государственные интересы; право аболиціи, принадлежащее монарху по отношенію ко всѣмъ остальнымъ преступленіямъ, не распространяется на дѣла частнаго обвиненія. Но положеніе вещей совершенно мѣняется съ провозглашеніемъ приговора: потерпѣвшій перестаетъ быть распорядителемъ дѣла, его усилія, увѣнчавшіяся въ процессѣ успѣхомъ, принесли плоды не одному ему, а и государству, которое съ этого момента является носителемъ права наказанія.

Такимъ образомъ весь институтъ получаетъ характеръ своеобразнаго сочетанія процессуальныхъ и матерьяльныхъ, частно-правовыхъ, и публичныхъ элементовъ, Въ немъ не право наказанія, принадлежащее государству, обусловливаетъ для него же право преслѣдованія, а наоборотъ, принадлежащее третьему лицу (потерпѣвшему) право преслѣдованія, въ основѣ котораго лежитъ принадлежащее ему же право наказанія, предшествуетъ, обусловливаетъ и порождаетъ, въ случаѣ завершенія обвинительнымъ приговоромъ, для государства право наказанія.

Для выясненія нашей мысли лучше всего прибѣгнуть къ сравненію значенія жалобы потерпѣвшаго по австрійскому праву съ значеніемъ просьбы о расторженіи брака при вовлеченіи въ бракъ при помощи обмана по германскому праву. Относительно того, имѣетъ ли эта просьба и состоявшееся по ней рѣшеніе о расторженіи брака значеніе условія наказуемости или условія возбужденія преслѣдованія, въ германской литературѣ существуетъ споръ [1]). Но допустимъ для нашей цѣли, что правы тѣ, которые считаютъ расторженіе брака условіемъ наказуемости. Такое значеніе просьбы о расторженіи брака и рѣшенія подлежащаго суда по этой просьбѣ для возникновенія права государства на наказаніе даетъ право утверждать, что нормы, регулирующія самое расторженіе брака, имѣютъ уголовно-матерьяльное значеніе. Но въ то же время онѣ—нормы гражданскаго процесса, посколку онѣ опредѣляютъ порядокъ разсмотрѣ-

---

[1]) См. выше стр. 119—120.

нія спора о дѣйствительности брака въ гражданскомъ судѣ. Также точно правила о разсмотрѣніи жалобы потерпѣвшаго, т. е. о разрѣшеніи частнаго обвиненія, суть нормы *процессуальныя*, поскольку онѣ опредѣляютъ порядокъ разсмотрѣнія спора о принадлежности *потерпѣвшему* права наказанія. Но эти же самыя нормы имѣютъ *матерьяльное* значеніе, поскольку отъ нихъ зависитъ порожденное обвинительнымъ по жалобѣ потерпѣвшаго приговоромъ *для государства* право наказанія.

Разница между германскимъ преступленіемъ вовлеченія въ бракъ посредствомъ обмана и австрійскими неоффиціальными преступленіями въ томъ лишь, что вопросъ о дѣйствительности брака рѣшаетъ судъ гражданскій, вопросъ же о наличности неоффиціальнаго преступленія—судъ уголовный, и что послѣ рѣшенія гражданскаго суда въ Германіи уголовный судъ долженъ еще установить точные признаки этого преступленія, приговоръ же суда уголовнаго въ Австріи, признавшій за потерпѣвшимъ право наказанія, исчерпываетъ всѣ предположенія о правѣ государства на наказаніе.

Аналогія была бы полнѣе, если бы въ Австріи (что вполнѣ мыслимо) дѣла частнаго обвиненія были переданы для разсмотрѣнія въ гражданскіе или какіе-либо спеціальные суды и если бы въ случаѣ обвинительнаго ихъ приговора, опредѣляющаго, положимъ, денежное взысканіе въ пользу потерпѣвшаго, уголовному суду предоставлялось, по требованію прокурора, опредѣлять еще личное наказаніе.

Одновременное постановленіе однимъ и тѣмъ же уголовнымъ судомъ приговора о правѣ потерпѣвшаго на наказаніе и приговора, обосновывающаго право наказанія для государства, осложняетъ пониманіе конструкціи института, но не мѣняетъ его существа, а отсутствіе какого-либо отдѣльнаго разбирательства послѣ рѣшенія о правѣ потерпѣвшаго на наказаніе дѣлаетъ безспорнымъ (въ отличіе отъ вопроса о значеніи расторженія брака для вовлеченія въ бракъ посредствомъ обмана), что это послѣднее обусловливаетъ не право преслѣдованія, а право наказанія для государства.

Что касается австрійскаго проекта, то въ немъ конструкція Privatanklageverbrechen въ общемъ тождественна

съ конструкціей неоффиціальныхъ преступленій по дѣйствующему австрійскому праву, а Antragsverbrechen приближаются по своему характеру къ германскимъ неоффиціальнымъ преступленіямъ, по которымъ преслѣдованіе ведется въ порядкѣ прокурорскаго обвиненія и жалоба не можетъ быть взята назадъ. Иными словами, австрійскій проектъ предполагаетъ осуществить то дѣленіе неоффиціальныхъ преступленій на двѣ группы, которое предлагалось Іономъ въ докладѣ двѣнадцатому съѣзду германскихъ юристовъ [1])

---

[1]) См. выше стр. 151—152.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Французское и Бельгійское право.

Исторія неоффиціальныхъ преступленій во Франціи представляетъ весьма значительныя черты отличія сравнительно съ ихъ исторіей въ Германіи, при чемъ это различіе въ ихъ судьбѣ находится въ тѣснѣйшей связи съ инымъ положеніемъ сторонъ во французскомъ инквизиціонномъ процессѣ.

Тогда какъ въ Германіи еще въ эпоху Каролины участіе потерпѣвшаго въ процессѣ фактически являлось крайне ограниченнымъ и преслѣдованіе за всѣ дѣянія, кромѣ прелюбодѣянія, похищенія женщинъ, изнасилованія и семейной кражи [1]), возбуждалось судьей ex officio, а Карпцовъ счелъ даже возможнымъ выставить относительно своего времени, какъ общее правило, не допускающее исключеній, положеніе— „quod hodie saltem de consuetudine universali in omnibus casibus per viam inquisitionis licite et juste procedere fas sit judici“ [2]), во французскомъ правѣ, по свидѣтельству Фостена Эли [3]), преслѣдованіе ex officio, сначала ограниченное весьма тѣсными предѣлами, и въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи никогда не распространялось за границы тяжкихъ преступленій и сохраняло характеръ экстраординарнаго производства, преслѣдованіе же болѣе легкихъ преступленій было предоставлено всецѣло усмотрѣнію потерпѣвшихъ. Правило это было подтверждено и ордонансомъ 1670 г., въ которомъ инквизиціонный процессъ достигъ кульминаціоннаго пункта своего развитія. Именно art. 19 titre XXV было воспрещено

---

[1]) См. выше, стр. 88—93.

[2]) См. выше, стр. 97 прим. 2.

[3]) Faustin Hélie „Traité de l'instruction criminelle“ 1866 г. t. II, стр. 237.

прокурорамъ вчинать преслѣдованіе за дѣянія, не принадлежащія къ числу караемыхъ смертною казнью или тяжкими наказаніями (peine afflictive), по которымъ состоялось примиреніе между сторонами [1]).

Такимъ образомъ, разъ въ сферѣ дѣяній меньшей важности преслѣдованіе не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго, составляло общее правило, здѣсь, очевидно, не могъ развиться институтъ неоффиціальныхъ преступленій, являющійся по существу своему изъятіемъ изъ общаго начала оффиціальнаго преслѣдованія. Оставалась лишь область наиболѣе тяжкихъ дѣяній, преслѣдуемыхъ по общему правилу ex officio [2]). Но и тутъ напрасно мы стали бы искать какихъ либо постановленій закона относительно неоффиціальныхъ преступленій. Ордонансы на этотъ счетъ хранятъ полное молчаніе и лишь судебная практика, начиная, повидимому, со второй половины XVI вѣка, частью рецепируя, частью видоизмѣняя постановленія римскаго права, начинаетъ исключать преслѣдованіе ex officio для нѣкоторыхъ дѣяній.

Сюда нужно отнести прежде всего прелюбодѣяніе, преслѣдованіе за которое могло быть начато по требованію только мужа [3]). Сюда же, по свидѣтельству Фостена Эли, старая юриспруденція относила подмѣнъ ребенка (supposition de part), преслѣдованіе за который могло быть, по

---

[1]) Enjoignons à nos procureurs et a ceux des seigueurs de poursuivre incessamment ceux qui seront prévenus de crimes capitaux ou auxquels il écherra peine afflictive nonobstant toutes transactions et cessions de droits faites par les parties, et *à l'égard de tous les autres seront les transactions exécutées sans que nos procureurs et ceux des seigneurs puissent en faire aucune poursuite*“. Ср. Esmein „Histoire de la procédure criminelle en France“. 1882 г., стр. 221.

[2]) F. Hélie t. II, стр. 237—238.

[3]) Рѣшенія Парижскаго Парламента 12 марта 1563 г., 2 іюля 1606 г., 10 іюля 1665 г. и друг.; также Pierre Ayrault („L'ordre, formalité et instruction judiciaire“ liv. II n. 52), который говоритъ „il n'y a que le crime d'adultère, que nous avons tellement reduit à l'instar des crimes privés (hormis la peine et procédure extraordinaire), qu'il a cela de particulier que nous n'y pouvons recevoir accusateur ni délateur que le mari, non pas le père, non pas le procureur du roi“ (цит. у Faustin Helie t. II, стр. 238; тамъ же цитированы рѣшенія Парижскаго Парламента). - Основаніе этого правила юриспруденціи было между прочимъ формулировано Avocat général Gilbert въ его рѣчи (plaidoyer) 23 января 1734 г.: „1⁰ Non seule-

мнѣнію однихъ (Bruneau), возбуждено лишь по требованію близкихъ родственниковъ, интересы коихъ этимъ дѣяніемъ нарушались, а по мнѣнію другихъ (Muyart de Vouglans) не иначе, какъ по жалобѣ мужа, утверждающаго, что ребенокъ рожденъ не отъ него [1]). Наконецъ сюда же относились обиды дѣйствіемъ, насиліе и дурное обращеніе дѣтей съ родителями и мужей съ женами, преслѣдуемыя не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшихъ [2]).

Законодательство революціоннаго періода установило и для этихъ случаевъ преслѣдованіе ex officio и только съ изданіемъ Code pénal и послѣдующихъ законовъ (если не считать закона 30 апрѣля 1790 г. объ охотѣ) во французскомъ правѣ появляются опять неоффиціальныя преступленія [3]).

Французское право относитъ къ числу неоффиціальныхъ преступленій:

1. Прелюбодѣяніе (art. 336—339).

2. Похищеніе дѣвицы моложе 16 лѣтъ, въ случаѣ вступленія похитителя съ нею въ бракъ (355—357) [4]).

---

ment, сказалъ онъ, le mari a son intérêt principal et dominant dans la conduite de sa femme, mais même il a intérêt à ce qu'elle ne puisse être accusée sans son aveu: une telle accusation rejaillit sur lui en un sens: c'est un scandale qui attaque l'honneur de son mariage 2° Admettre de pareilles poursuites, independamment du mari, ce serait exposer la tranquillité d'un mariage concordant à des troubles et à des orages d'une conséquence funeste: ouvrir à la malignité une voie trop facile d'y semer la dissension, de porter dans l'âme du mari des ombrages que l'absolution de sa femme ne dissiperait peut—être pas assez pleinement" (цитир. у Mangin „Traité de l'action publique et de l'action civile" 1876 г. t. I, стр. 188).

[1]) F. Helie t. II, стр. 239.

[2]) Ibid., стр. 240.

[3]) Ibid., стр. 241.

[4]) Впрочемъ, вопросъ о необходимости жалобы при похищеніи дѣвицы является спорнымъ. Нѣкоторые авторы (Mangin t. I стр. 208—211, Chauveau et Hélie „Théorie du Code Pénal" 1861 г. t. VI стр. 386) считаютъ, что если бракъ расторгнутъ по требованію управомоченныхъ лицъ, прокурорскій надзоръ можетъ уже возбудить преслѣдованіе независимо отъ жалобы. Напротивъ, другіе (F. Helie t. II стр. 297—298, Garraud, „Précis de droit criminel" 1885 стр. 496, Ortolan „Élements de droit penal" 1875 г. t. II стр. 264, Le Graverend „Traité de la legislation criminelle" 1832 г. стр. 46 –47) считаютъ, что законъ устанавливаетъ два независимыхъ условія для возбужденія уголовнаго преслѣдованія — признаніе со стороны суда брака недѣйствительнымъ и подачу жало-

3. Различные виды опозоренія и оскорбленія.

а) Публичное [1]) опозореніе (diffamation) и оскорбленіе (injure) частныхъ лицъ (законъ 29 іюля 1881 г. ст. 60 п. 2 въ редакціи, измѣненной закономъ 16 марта 1893 г.) [2]).

б) Опозореніе главы иностраннаго государства и оскорбленіе иностранныхъ дипломатическихъ агентовъ (законъ 1881 г. ст. 60 п. 1 въ редакціи, измѣненной закономъ 16 марта 1893 г.) [3]).

в) Публичное опозореніе или оскорбленіе судебныхъ установленій, арміи и флота, государственныхъ и правительственныхъ установленій (les corps constitués et les administration publiques art. 47 п. 1 и art. 30 закона 1881 г.).

г) Публичное оскорбленіе или опозореніе членовъ обѣихъ законодательныхъ палатъ (art. 47 п. 2 того же закона).

д) Публичное оскорбленіе или опозореніе должностныхъ лицъ, (кромѣ министровъ), духовныхъ лицъ, получающихъ содержаніе отъ государства, и гражданъ, исполняющихъ публичную обязанность (art. 47 п. 3 того же закона).

бы. Только послѣднее мнѣніе считается съ буквальнымъ смысломъ art. 357 C. P. гласящимъ, что виновный „ne pourra être poursuivi *que sur la plainte* des personnes... ni condamné qu'après la nullite du mariage aura été prononcée". Ortolan (t. II стр. 262) полагаетъ, что бракъ, заключенный между похитителемъ и похищенной послѣ возбужденія ex officio уголовнаго преслѣдованія пріостанавливаетъ таковое до расторженія брака и принесенія жалобы управомоченнымъ лицомъ.

[1]) „Par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés vendus ou destribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou affiches exposés aux regards du public" см. art. 23, 32, 33 u 60 de la loi du 29 juillet 1881.

[2]) Практика примѣняла требованіе жалобы потерпѣвшаго и къ непубличнымъ обидамъ, предусмотрѣннымъ art. 376 C. P. См. Ortolan t. II стр. 268. Garraud „Traite théoriquie et pratique du droit francais" 1891 t. IV стр. 153. Иначе бельгійская практика относительно легкихъ обидъ, предусмотрѣнныхъ ст. 361 n. 7 C. P. B См. Haus. „Principes généraux du droit pénal Belge" t. II стр. 394.

[3]) La poursuite aura lieu à leur requête (главы государства или. дипломатическаго агента), soit d'office sur leur demande adressée au ministre des affaires étrangères et par celui—ci au ministre de la justice.

е) Публичное опозореніе присяжнаго засѣдателя или свидѣтеля (art. 47 п. 4 того же закона).

4. Самовольная охота на чужой землѣ (art. 26 закона 3 мая 1844 г.) [1]).

5. Посягательство на привиллегію изобрѣтателя (art. 40—45 закона 5 іюня 1844 г.).

6. Проступки казенныхъ поставщиковъ (art. 430—433 C. P.) [2]).

Бельгійское уложеніе 1867 г. сокращаетъ сравнительно съ французскимъ правомъ число неоффиціальныхъ преступленій.

Оно относитъ сюда.

1. Прелюбодѣяніе (art. 387—390 C. P. B.)

2. Оскорбленіе чести частныхъ лицъ, кромѣ случаевъ ложнаго доноса (art. 443—450 C. P. B.), и оскорбленіе члена одной изъ палатъ, кромѣ случая flagrant délit (art. 275 C. P. B.).

3. Пріобрѣтеніе цѣнностей путемъ выдачи тратты на несуществующее лицо, или лицо, не состоящее должнымъ выдавателю и не изъявлявшее согласія на выдачу, при условіи, что принявшее тратту лицо не потерпѣло убытка (art. 509 C. P. B.)

4. Самовольную охоту на чужой землѣ (art. 15 закона 26 февраля 1846 г.).

---

[1]) Спорнымъ является въ литературѣ вопросъ о томъ, можно ли преслѣдовать ex officio самовольную рыбную ловлю въ чужихъ водахъ, караемую по закону 15 апрѣля 1829 г. F. Helie (t. II стр. 335–339) и Ortolan (t. II 1735) даютъ утвердительный отвѣтъ, Mangin (t. I стр. 232—233) и Garraud (стр. 498)—отрицательный.

[2]) Случевскій стр. 68—69, Garraud („Précis de droit criminel“ 1885 г.) стр. 488–489, Helie II стр. 242—243; Garraud относитъ къ неоффиціальнымъ преступленіямъ также различныя фискальныя нарушенія, преслѣдуемыя по иниціативѣ казенныхъ управленій, но Hélie (t. I стр. 595—608 и t. II стр. 250) правильно указываетъ, что при этихъ нарушеніяхъ на ряду съ казанными управленіями право возбуждать уголовное преслѣдованіе принадлежитъ и прокурорскому надзору. Впрочемъ, вопросъ этотъ представляется весьма спорнымъ въ судебной практикѣ и литературѣ. Во всякомъ случаѣ эти нарушенія скорѣе приближаются къ гражданскимъ деликтамъ противъ фиска и существенно отличаются по своему характеру отъ настоящихъ неоффиціальныхъ преступленій.

5. Преступленія и проступки, совершенные бельгійцемъ внѣ территоріи королевства противъ чужеземнаго государства или иностранныхъ подданныхъ (art. 6, 8 и 9 закона 17 апрѣля 1878 г.) [1]).

Право принесенія жалобы по французскому праву принадлежитъ прежде всего потерпѣвшему, но законодатель рѣдко употребляетъ общій терминъ (partie или personne interessée) [2]), соотвѣтствующій этому понятію, а предпочитаетъ прибѣгать по поводу отдѣльныхъ дѣяній къ конкретнымъ обозначеніямъ: такъ, право жалобы при прелюбодѣяніи принадлежитъ мужу и женѣ (art. 336 и 339); при похищеніи дѣвицы—лицамъ, которымъ гражданскій кодексъ предоставляетъ право требовать расторженія брака (art. 357); при опозореніи и оскорбленіи—опозоренному и оскорбленному (art. 60 закона 1881 г.), общему собранію установленія или его начальнику или министру, въ вѣдомствѣ коего оно находится, должностнымъ лицамъ, присяжному или свидѣтелю (art. 47); при проступкахъ поставщиковъ (art. 433)—правительству (gouvernement) и проч.

Также точно и бельгійское уложеніе указываетъ лишь при отдѣльныхъ дѣяніяхъ какъ на лицъ, имѣющихъ право жалобы, на оскорбленнаго супруга при прелюбодѣяніи, (art. 390) на оскорбленное лицо—при оскорбленіяхъ чести (art. 450), на лицо, на имя котораго выдана тратта—при обманномъ пріобрѣтеніи цѣнностей (art. 509) и проч.

Право жалобы по французскому и бельгійскому праву [3]) принадлежитъ лично потерпѣвшему независимо отъ того, достигъ ли онъ совершеннолѣтнія или нѣтъ, является ли

---

[1]) Haus. „Principes généraux du droit pénal Belge“ 1879 г. t. II, стр. 376—377; Случевскій стр. 69—70.

[2]) Терминъ этотъ встрѣчается въ art. 47 п. 2 закона 29 іюля 1881 г., говорящемъ объ оскорбленіи и опозореніи членовъ законодательныхъ палатъ; въ art. 26 § 2 закона 3 мая 1844 г., говорящемъ объ охотѣ на чужой землѣ.

[3]) Въ Бельгіи дѣйствуетъ и нынѣ французскій уставъ уголовнаго судопроизводства съ нѣкоторыми измѣненіями, внесенными въ него сепаратными законами.

онъ лицомъ дѣеспособнымъ или нѣтъ. Такъ, по крайней мѣрѣ, толкуютъ отсутствіе какихъ либо ограниченій въ законѣ (art. 63, 65, 31 C. I. Cr.) комментаторы французскаго устава уголовнаго судопроизводства и вообще французскіе писатели [1]).

Въ противоположность германскому праву французское весьма узко намѣчаетъ кругъ лицъ, которымъ принадлежитъ право жалобы наряду съ потерпѣвшимъ. Такого права не предоставлено опекунамъ несовершеннолѣтнихъ или мужьямъ и родителямъ потерпѣвшихъ. По исключенію только при обидахъ, нанесенныхъ женамъ или подвластнымъ дѣтямъ, право жалобы на ряду съ ними предоставляется ихъ мужьямъ и отцамъ, да въ случаѣ нанесенія обиды должностному лицу (законъ 1881 г. art. 47. п. 3) или установленію (ibid. п. I.) право это присваивается подлежащему министру. Не подлежитъ сомнѣнію, что въ этихъ случаяхъ жалоба приносится не въ интересахъ непосредственно потерпѣвшаго, а въ личныхъ интересахъ жалобщика или представляемаго имъ вѣдомства [2]). Такое же значеніе имѣетъ постановленіе ст. 275 бельгійскаго уложенія, въ силу коего преслѣдованіе за оскорбленіе члена законодательной палаты можетъ быть возбуждено по сообщенію палаты.

Въ виду того, что состоящіе подъ опекою потерпѣвшіе всегда имѣютъ право лично принести жалобу, во французскомъ правѣ не можетъ возникать какихъ либо юридическихъ трудностей въ тѣхъ случаяхъ, когда преступленіе совершено ихъ законными представителями. Общее положеніе отъ этого ни-

---

[1]) Fabreguettes „Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'ecriture et la presse“ 1901 г. t. I, стр. 410, 412—413; F. Hélie t. I, стр. 656—657; Carnot „De l'instruction criminelle“ 1829 г. t. I, стр. 305. Однако Faustin Hélie (t. II, стр. 289—290) и Trébutien (t. II, стр. 156—157) утверждаютъ по поводу прелюбодѣянія, что въ случаѣ лишенія дѣеспособности (interdiction) мужъ не можетъ принести жалобы, хотя это право не переходитъ и къ его опекуну. Иное дѣло—заявленіе гражданскаго иска, къ которому примѣняются ст. 215, 216, 219, 221, 389, 450, 476 C. Civ. Здѣсь недѣеспособнаго потерпѣвшаго всегда замѣняетъ его законный представитель. См. Mangin „Traité de l'action publique et de l'action civile“ 1876 г. t. I, стр. 176—178.

[2]) „Car on peut être, говоритъ Garraud (стр. 456) по этому поводу, lésé personnellement par une infraction sans en être directement la victime“

сколько не мѣняется и потерпѣвшіе также точно приносятъ жалобу на своихъ родителей, опекуновъ и проч., какъ они приносили бы ее на посторонникъ. Понятно поэтому, что ни французская доктрина, ни судебная практика, въ противоположность германской, на этомъ вопросѣ совершенно не останавливается.

Французскому уставу уголовнаго судопроизводства не извѣстенъ порядокъ частнаго обвиненія [1]). Поэтому, съ подачею потерпѣвшимъ жалобы, взаимное положеніе прокурорскаго надзора и потерпѣвшаго въ отношеніи преслѣдованія даннаго неоффиціальнаго преступленія ничѣмъ не отличается отъ ихъ положенія при преслѣдованіи преступленія оффиціальнаго: уголовный искъ остается всецѣло въ рукахъ прокуратуры, потерпѣвшему же принадлежитъ лишь право предъявить гражданскій искъ объ убыткахъ путемъ присоединенія къ прокурорскому обвиненію или путемъ непосредственнаго вызова обвиняемаго (citation directe) въ судъ исправительной или простой полиціи, если дѣяніе подсудно послѣднимъ (art. 1—3, 145 и 182 C. In. Cr). Прямымъ послѣдствіемъ сказаннаго принципа является то, что прокурорскому надзору при преслѣдованіи неоффиціальныхъ преступленій принадлежитъ право, независимо отъ потерпѣвшаго, приносить апелляціонныя жалобы на рѣшенія судовъ первой инстанціи [2]).

---

[1]) Даже въ судахъ простой полиціи обвиненіе не можетъ быть поддерживаемо потерпѣвшимъ, который ограничивается ролью partie civile; поэтому приговоръ суда, состоявшійся въ отсутствіи представителя публичнаго обвиненія (ministère publique) признается ничтожнымъ (рѣш. кас. суда 27 іюля 1878 г. цит. у Garraud стр. 646). См. Chauveau et Hélie „Théorie du code pénal“ 1862 г. t. IV, стр. 313–319, также Mangin (t. I, стр. 199—202), Faustin Hélie (t. II, стр. 271—277), Ortolan (t. II, стр. 279), которые указываютъ, что для преслѣдованія прелюбодѣянія нѣтъ надобности, чтобы мужъ вступилъ въ дѣло въ качествѣ гражданскаго истца, а также, что жалоба мужа на оправдательный приговоръ не можетъ имѣть, безъ протеста прокурора, результатомъ осужденіе жены во второй инстанціи ср. рѣш. касс. суда 26 Іюля 1828 г.; contra кассац. судъ въ рѣш. 3 сентября 1831 г. и 19 октября 1837 г и 17 января 1825 г. (цит. у Mangin t. I, стр. 201).

[2]) Рѣш. кассац. суда 13 апр. 1820 г. и 5 іюня 1845 г. (цитир. у Hélie t. II, стр. 264).

Французская литература и практика мало останавливаются на вопросѣ о подачѣ жалобы чрезъ повѣреннаго (mandataire). Но тѣ немногія указанія, которыя нами были найдены, говорятъ въ пользу допущенія принесенія жалобы чрезъ повѣреннаго, уполномоченнаго спеціальной довѣренностью по поводу опредѣленнаго событія [1]). По нашему мнѣнію, вопросъ категорически разрѣшается въ указанномъ смыслѣ art. 31 и 65 C. In. Cr., говорящими о составленіи доносовъ и жалобъ какъ самими доносителями и жалобщиками, такъ и ихъ повѣренными, уполномоченными спеціальной довѣренностью (leurs fondés de procuration speciale).

Французское законодательство не останавливается спеціально на вопросѣ о *дѣлимости жалобы* потерпѣвшаго, но въ виду общаго принципа недѣлимости (indivisibilité) уголовнаго преслѣдованія противъ соучастниковъ преступленія и отсутствія какихъ либо изъятій для неоффиціальныхъ преступленій комментаторы и практика разрѣшаютъ поставленный вопросъ въ пользу недѣлимости жалобы [2]).

Наиболѣе обстоятельно этотъ вопросъ дебатировался по поводу похищенія несовершеннолѣтнихъ дѣвушекъ и прелюбодѣянія. Принципъ недѣлимости жалобы въ отношеніи похищенія Эли обосновываетъ тѣмъ, что законъ не желалъ создать привилегію безнаказанности для похитителя, а хотѣлъ только оградить самое дѣяніе отъ правосудія въ интересахъ заключеннаго брака [3]). Въ отношеніи прелюбодѣянія признается, что жалоба должна обнимать какъ прелюбодѣйнаго супруга, такъ и его соучастника. Неупоминаніе въ жалобѣ одного изъ нихъ не лишаетъ прокурора права, въ силу недѣлимости преслѣдованія, возбудить преслѣдованіе и противъ него. Въ случаяхъ двойного прелюбодѣянія, т. е. когда соучастникомъ является

---

[1]) Carnot t. I, стр. 311. Faustin Hélie t. II, стр. 270, рѣш. касс. суда 23 ноября 1855 г. (цитированное у него же). Fabreguettes t. I, стр. 412; у него же указано рѣшеніе суда въ Agen отъ 9 марта 1843 г., рѣшившее вопросъ въ указанномъ смыслѣ.

[2]) Garraud, стр. 568—569. Fabreguettes t. I, стр. 334.

[3]) Faustin Hélie t. II, стр. 300.

лицо, въ свою очередь состоящее въ бракѣ, отсутствіе жалобы супруга послѣдняго не мѣшаетъ распространенію и на него преслѣдованія за прелюбодѣяніе, составляющее предметъ первоначальной жалобы [1]).

Что касается *формы жалобы*, именуемой закономъ безразлично и plainte (art. 339, 357 C. P., art 47 закона 1881 г.) и dénonciation (art. 336) [2]), то форма эта въ силу art. 65 C. In. Cr. опредѣляется art. 31 C. In. Cr., изъ смысла котораго можно вывести, что жалоба должна быть облечена въ письменную форму жалобщикомъ, его повѣреннымъ или прокуроромъ по просьбѣ жалобщика и послѣднимъ подписана. Въ случаѣ неумѣнія или нежеланія жалобщика подписать, объ этомъ должно быть сдѣлано упоминаніе прокуроромъ, принимающимъ жалобу и скрѣпляющимъ ее по листамъ.

Жалоба можетъ быть подана прокурору, судебному слѣдователю или полицейскому чиновнику (officier auxiliaire de police) съ соблюденіемъ правилъ о мѣстной подсудности (art. 63 и 64). Несоблюденіе этихъ правилъ уничтожаетъ значеніе жалобы [3]).

Жалобу не можетъ замѣнить искъ, предъявленный въ судѣ гражданскомъ по поводу того же дѣянія [4]), но такъ называемая citation directe предъ судомъ исправительной полиціи несомнѣнно содержитъ въ себѣ и жалобу.

---

[1]) Рѣш. касс. суда 28 февраля 1868 г., ссылающееся на §§ 59 и 60 C. P. (см. Dalloz „Jurisprudence générale“ 1868 г. стр. 233–4). Ortolan „Eléments de droit penal“ 1875 г. t. II, стр. 258, Chauveau ex Hélié t. IV, стр. 320 - 321. Garraud, стр. 495 – 496.

[2]) Hélie t. II, стр. 269.

[3]) Garraud, стр. 489, Hélie t. II, стр. 257—260, Ortolan t. II, стр. 516 Carnot t. I, стр. 301, Haus. t. II, стр. 378—379; contra Mangin, стр. 132 и Trébutien t. II, стр. 167—168, а относительно преступленій, предусмотрѣнныхъ закономъ 1881 г., Fabreguettes t. I, стр. 413.

[4]) Hélie t. II, стр. 260—262; contra Garraud (стр. 490), полагающій, что искъ мужа о séparation de corps въ гражданскомъ судѣ замѣняетъ жалобу, и Mangin (t. I, стр. 186—187) думающій, что прокуратурѣ открываетъ возможность возбудить уголовное преслѣдованіе искъ объ убыткахъ, предъявленный въ судѣ гражданскомъ; но мнѣніе это, утверждающее, что „si le ministère public est obligé de garder silence, ce n'est

Вопросъ о значеніи квалификаціи даннаго дѣянія въ жалобѣ возникалъ въ французской практикѣ по поводу диффамаціи. Въ виду того, что законъ 29 іюля 1881 г. разрѣшаетъ доказывать справедливость разглашенныхъ обстоятельствъ лишь въ томъ случаѣ, если они относятся къ служебной дѣятельности лицъ, занимающихъ государственныя или общественныя должности, указанныя въ ст. 30, 31 и 35 п. 2 этого закона, потерпѣвшія должностныя лица нерѣдко пытались квалифицировать совершенное противъ нихъ посягательство, какъ диффамацію, касающуюся ихъ частной жизни. Но судебная практика всегда принимала во вниманіе и другую сторону дѣянія, если въ немъ заключались признаки диффамаціи, касающейся общественной жизни лица, ссылаясь на принципъ нераздѣльности (indivisibilité) преступленій [1]).

Это рѣшеніе частнаго вопроса, очевидно, вытекаетъ изъ общаго начала французскаго процесса, въ силу котораго предѣлы приговора опредѣляются разсматриваемымъ судомъ событіемъ (fait), та же или иная квалификація этого событія всецѣло зависитъ отъ суда, не стѣсненнаго въ этомъ отношеніи квалификаціей, даваемой дѣянію стороной [2]). Это же начало должно быть примѣнено и къ разрѣшенію вопроса относительно неправильной или ограничительной квалификаціи, даваемой потерпѣвшимъ въ жалобѣ. Покуда судъ не выходитъ за предѣлы предложеннаго его разсмотрѣнію факта, онъ долженъ исчерпать всѣ его квалификаціи и принять ту, которая дѣйствительно соотвѣтствуетъ обстоятельствамъ дѣла.

---

qu'autant que la partie lesée ne réclame point, la loi supposant alors ou que le délit n'existe pas, ou que la partie préfère en souffrir plus tot que de s'exposer aux conséquences, souvant facheuses d'un débat judiciaire", смѣшиваетъ точки зрѣнія de lege lata и de lege ferrenda и не считается съ буквальнымъ смысломъ, закона, требующаго категорически для преслѣдованія plainte или dénonciation.

[1]) Рѣшеніе кассац. суда 27 октября 1893 г., 7 сентября 1895 г. (цит. у Fabreguettes, стр. 336).

[2]) Garraud, стр. 661,796—797, 804—805. Впрочемъ, начало это далеко не является общепризнаннымъ См. Garraud стр. 806—807, Немировскій „Отношеніе приговора къ обвиненіи" 1906 г., стр. 114—146.

Но это положеніе, беспорное относительно другихъ неоффиціальныхъ преступленій, сталкивается именно въ примѣненіи къ диффамаціи и обидѣ частныхъ лицъ съ постановленіемъ § 4 ст. 60, требующимъ отъ потерпѣвшаго, по крайней мѣрѣ при непосредственномъ вызовѣ обидчика въ судъ (citation directe), между прочимъ и квалификаціи дѣянія подъ угрозою недѣйствительности всего преслѣдованія [1]). Очевидно, это постановленіе едва ли можетъ быть согласовано съ приведенной выше практикой французскихъ судовъ относительно попытокъ потерпѣвшихъ ограничить преслѣдованіе диффамаціей того, а не иного вида. Разъ квалификація всецѣло принадлежитъ потерпѣвшему, судъ долженъ разрѣшить дѣло въ предѣлахъ этой квалификаціи, хотя бы она не исчерпывала всего дѣянія, переходъ же отъ одного вида диффамаціи къ другому долженъ считаться воспрещеннымъ суду и принципъ нераздѣльности (indivisibilité) преступленій, на который ссылается судебная практика, долженъ именно здѣсь считаться непримѣнимымъ.

Французское право не устанавливаетъ особаго *срока*, погашающаго право жалобы при неоффиціальныхъ преступленіяхъ. Поэтому жалоба можетъ быть принесена потерпѣвшимъ и вызвать уголовное преслѣдованіе противъ виновныхъ во все время до истеченія срока общей давности преслѣдованія (ст. 637 и 638 C. In. Cr.)

Также точно во французскомъ законодательствѣ не содержится особыхъ опредѣленій относительно *смерти потерпѣвшаго*, которая поэтому можетъ оказать на преслѣдованіе лишь то вліяніе, которое является естественнымъ послѣдствіемъ этого событія. Поэтому, если потерпѣвшій умеръ, не принеся жалобы, и нѣтъ другого лица, которое могло бы

---

[1]) Fabreguettes t. I, стр. 510—511, 514.

считаться на ряду съ нимъ посредственно потерпѣвшимъ [1]), смерть преграждаетъ возможность возбудить уголовное преслѣдованіе противъ виновныхъ, ибо нѣтъ лица, которое по закону могло бы принести жалобу. Напротивъ, если жалоба уже подана, смерть потерпѣвшаго не оказываетъ никакого вліянія на судьбу уголовнаго преслѣдованія, ибо для него прокуроръ не нуждается въ дальнѣйшемъ содѣйствіи жалобщика [2]).

Также точно французское право не останавливается на вопросѣ о томъ, въ какомъ соотношеніи находятся *права нѣсколькихъ потерпѣвшихъ* отъ одного и того же неоффиціальнаго преступленія, или вообще нѣсколькихъ лицъ, уполномоченныхъ закономъ на принесеніе жалобы по поводу одного и того же дѣянія. По общему смыслу постановленій о жалобѣ этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ въ пользу независимости правъ каждаго изъ субъектовъ жалобы, при чемъ эта независимость встрѣчаетъ свои предѣлы лишь въ принципѣ non bis in idem и въ ученіи объ autorité de la chose jugée: разъ дѣло уже возбуждено однимъ изъ потерпѣвшихъ, другому не можетъ принадлежать права на возбужденіе параллельнаго съ нимъ новаго процесса по поводу

---

[1]) О такихъ лицахъ спеціально упоминаетъ art. 34 закона 1881 г., говоря о наслѣдникахъ умершаго, которымъ принадлежитъ право жалобы въ томъ случаѣ, если виновники диффамаціи или обиды имѣли намѣреніе посягнуть и на ихъ честь. См. Fabreguettes t. II, стр. 480—482.

Напротивъ, бельгійское уложеніе устанавливаетъ при обидахъ родъ наслѣдованія въ правѣ жалобы. „Si la personne, говоритъ art. 450, est décédée sans avoir porté plainte ou sans y avoir renoncé ou si la calomnie ou la diffamation a été dirigé contre une personne après son décès, la poursuite ne pourra avoir lieu que sur la plainte de son conjoint, de ses descendants ou héritiers légaux jusqu'au troisième degré inclusivement".

[2]) Haus. t. II, стр. 386—388, Garraud, стр. 494, F. Hélie, стр. 290—291, Chauveau et Hélie t. IV, стр. 327 рѣш. касс. суда 3 іюня 1863 г. и 25 августа 1848 г.; иначе рѣш. 27 сентября 1829 г. и 29 августа 1840 г. (цит. у Garraud, стр. 494 и Chauveau et Hélie t. IV, стр. 328) и рѣш. Бельгійскаго кассаціоннаго суда 15 февраля 1869 г. (цит. у Haus. t. II. стр. 386) относительно вліянія смерти мужа на ходъ преслѣдованія за прелюбодѣяніе, не закончившагося еще приговоромъ.

того же дѣянія; разъ по жалобѣ одного изъ управомоченныхъ состоялся приговоръ—этотъ приговоръ пріобрѣтаетъ законную силу и въ отношеніи другихъ субъектовъ права жалобы.

Что касается *идеальной совокупности* оффиціальнаго и неоффиціальнаго преступленія, то вопросъ о ней возникалъ по поводу прелюбодѣянія, соединеннаго съ другимъ посягательствомъ противъ общественной нравственности (attentat aux moeurs) и разрѣшался какъ въ старой судебной практикѣ до революціоннаго періода, такъ и въ новой въ смыслѣ допустимости преслѣдованія конкуррирующаго съ прелюбодѣяніемъ преступленія и безъ жалобы мужа [1]).

Отказъ отъ жалобы (desistement), по общему правилу, ни до возбужденія, уголовнаго преслѣдованія, ни послѣ такового не оказываетъ вліянія на ходъ процесса [2]), какъ это вытекаетъ изъ art. 4 C. I. Cr. [3]).

Исключеніе составляютъ лишь прелюбодѣяніе, а также диффамація и обида, преслѣдуемыя по закопу 29 іюня 1881 г.

При прелюбодѣяніи, въ силу ст. 337 С. Р., мужъ можетъ остановить приведеніе въ исполненіе обвинительнаго приговора противъ жены, согласившись принять ее къ себѣ. Доктрина и судебная практика [4]) выводятъ отсюда, что потерпѣвшій супругъ можетъ помириться съ виновнымъ во вся-

---

[1]) Заключеніе генеральнаго адвоката Жильбера въ засѣданіи Турнель (уголовной камеры Парижскаго парламента) 18 декабря 1734 г. рѣш. касс. суда 26 апрѣля 1857 г. (цит. у Maugin t. I, стр. 205); ср. Chauveaux et Hélie t. VI, стр. 251.

[2]) Garraud, стр. 489, Carnot t. I, стр. 17, F. Hélie t. II, стр. 264—266, Mangin t. I, стр. 184—185, рѣшенія кассаціоннаго суда 11 августа 1881 г. (цит. у Garraud l. c.), 23 января 1813 г., 13 апрѣля 1820 г., 31 іюля 1830 г. (цит. у Hélie и у Mangin l. c.).

[3]) Hoffman „Traité théorique et pratique des questions préjudicielles“ 1865 г. t. I, стр. 26—27.

[4]) Faustin Hélie t. II, стр. 271—272, Le Graverend „Traite de la legislation criminelle“ 1832 г. t. I, стр. 44, рѣш. кассац. суда 7 августа 1823 г.; contra рѣш. 29 августа 1816 г.

комъ положеніи дѣла какъ до подачи жалобы, такъ и послѣ таковой, какъ до обвинительнаго приговора, такъ и послѣ такового [1]). Примиреніе супруговъ, послѣдовавшее до подачи жалобы, является основаніемъ для отвода противъ обвиненія со стороны виновнаго (fin de non—recevoir) [2]). Послѣ подачи жалобы потерпѣвшій можетъ отъ нея отказаться формальнымъ заявленіемъ или молчаливо, примирившись съ виновнымъ супругомъ [3]). Отказъ отъ преслѣдованія является актомъ безповоротнымъ [4]). Послѣ постановленія приговора и вступленія его въ законную силу, мужъ [5]) все еще можетъ простить осужденную супругу и избавить ее отъ послѣдствій приговора (arrêter l'effet de cette condamnation), т. е. отъ наказанія или отъ еще не отбытой его части [6]).

---

[1]) Mangin (t. I, стр. 191) приравниваетъ къ примиренію согласіе мужа на развратъ жены.

[2]) Faustin Hélie t. II, стр. 289, рѣш. 7 августа 1823 г., 19 января 1854 г. и друг. (цит. у него же), Ortolan (t. II, стр. 260 – 261). Нужно, впрочемъ, сказать, что это положеніе, установленное судебной практикой и поддерживаемое доктриной, не находитъ опоры въ законѣ, ибо Code pénal о примиреніи супруговъ до подачи жалобы молчитъ, а art. 272—273 Code civil, на которые ссылаются, говорятъ о вліяніи примиренія на искъ о разводѣ, составляющій нѣчто совершенно отличное отъ уголовнаго преслѣдованія за прелюбодѣяніе. Нельзя этого положенія выводить и изъ вліянія примиренія супруговъ на преслѣдованіе и наказаніе послѣ подачи жалобы или даже послѣ приговора, ибо, какъ это правильно установила германская практика и доктрина, существуетъ большое различіе между отказомъ отъ жалобы или примиреніемъ, имѣвшими мѣсто до и послѣ подачи жалобы.

[3]) Faustin Hélie t. II, стр. 279.

[4]) Chauveu et Hélie t. IV, стр. 323—324.

[5]) Garraud, (стр. 493—494) утверждаетъ, что законъ „donne au mari, *mais au mari seul*, le droit de faire grâce, c'est à dire d'arrêter l'effet de la condamnation, passée en force de chose jugée". Непонятно, однако, почему изъ постановленія ст. 337 C. P. Garraud, (стр. 493) считаетъ возможнымъ выводить право потерпѣвшей жены простить мужа до постановленія приговора и не считаетъ возможнымъ предоставить ей это право послѣ постановленія таковаго. Сходно Mangin t. I, стр. 207; contra Faustin Hélie и Trébutien (t. II, стр. 157), полагающіе, согласно съ буквальнымъ смысломъ закона, что женѣ не принадлежитъ право прекратить начатое противъ мужа преслѣдованіе отказомъ отъ жалобы (t. II, стр. 293—294), но допускающіе, однако, что примиреніе супруговъ прекращаетъ преслѣдованіе (ibid, стр. 294—295).

[6]) Hélie t. II, стр. 271.

Сложнѣе становится вопросъ, когда дѣло идетъ объ отвѣтственности соучастника прелюбодѣянія. Французское право проводитъ и здѣсь начало недѣлимости преслѣдованія и, по общему правилу, прощеніе мужемъ жены освобождаетъ отъ преслѣдованія и ея соучастника [1]), если относительно него еще не состаялся приговоръ. Относительно же того, можетъ ли прощеніе жены мужемъ освободить отъ отвѣтственности соучастника послѣ обвинительнаго приговора, вступившаго въ законную силу противъ жены, практика колеблется [2]). Нѣсомнѣнно, однако, что послѣ вступленія приговора о соучастникѣ въ законную силу, онъ не можетъ извлечь для себя никакой пользы изъ прощенія мужемъ жены [3]).

Указанные выводы юриспруденціи находятъ себѣ опору въ началѣ недѣлимости уголовнаго преслѣдованія, чего нельзя сказать относительно другого правила, установленнаго судебной практикой въ отношеніи преслѣдованія за прелюбодѣяніе. Правило это состоитъ въ томъ, что, если до постановленія окончательнаго приговора прелюбодѣйная жена умретъ, преслѣдованіе противъ ея соучастника должно быть прекращено [4]). Начало недѣлимости вовсе не требуетъ прекращенія преслѣдованія противъ соучастниковъ въ случаѣ смерти главнаго виновника. Равнымъ образомъ и законная презумпція невиновности (présomption légale d'innocence) жены, на которую ссылается кассаціонный судъ, не можетъ оправдать безнаказанности въ данномъ случаѣ соучастника прелюбодѣянія, являющейся новымъ оскорбленіемъ мужа, у котораго отнимается возможность добиваться судебнаго

---

[1]) Рѣшеніе касс. суда 17 августа 1827 г., 1 декабрь 1873 г. (цит. у Garraud, стр. 495 и у Hélie t. II, стр. 282 ср. Dalloz Jurysprudence générale 1874 г. стр. 345)

[2]) Утвердительно разрѣшаетъ вопросъ рѣш. касс. суда 9 февраля 1839 г., отрицательно—17 января 1829 г. (цит. у Hélie t. II, стр. 283—284), 17 іюня 1829 г. (цит. у Chauveau et Hélie, стр. 324), 8 августа 1867 г. (цит. у Mangin t. I, стр. 198).

[3]) Garraud, стр. 495, Hélie t. II, стр. 284, Le Graverend t. I, стр. 46, Trébutien „Cours élémentaire de droit criminel" 1884 г. t. II, стр. 156.

[4]) Рѣшеніе кассац. суда 8 марта 1850 г. (цит. у Hélie t. II, стр. 284—285). Практику эту защищаютъ и въ литературѣ; см. напр., Haus t. II, стр. 391, Chauveau et Hélie t. IV, стр. 329.

удовлетворенія безъ какой либо пользы для государства или общества. Нечего и говорить, что указанная практика не находитъ опоры и въ буквѣ закона, который ничего не говоритъ о смерти жены, обвиняемой мужемъ въ прелюбодѣяніи [1]).

Отказъ отъ жалобы, въ силу art. 60 п. 4 закона 29 іюля 1881 г., влечетъ за собою прекращеніе преслѣдованія за диффамацію и обиду, если потерпѣвшимъ отъ этихъ дѣяній является частное лицо [2]). Отказъ этотъ возможенъ во всякомъ положеніи дѣла какъ въ первой, такъ и въ апелляціонной инстанціи [3]), до вступленія приговора въ законную силу.

Таковы постановленія французскаго права по вопросу объ отказѣ отъ жалобы.

Что касается бельгійскаго права, то оно въ этомъ пунктѣ сильно отступаетъ отъ своего прототипа. Именно, ст. 2 закона 17 апрѣля 1878 г. постановляетъ, что по всѣмъ дѣламъ, по коимъ преслѣдованіе можетъ быть возбуждено не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго, отказъ отъ жалобы, послѣдовавшій до возбужденія уголовнаго преслѣдованія (avant toute acte de poursuite), останавливаетъ производство [4]). Относительно прелюбодѣянія тотъ же законъ прямо разрѣшаетъ отказъ отъ жалобы во всякомъ положеніи дѣла, т. е. санкціонируетъ правило, выработанное французской судебной практикой. Вмѣстѣ съ тѣмъ относительно освобожденія виновнаго отъ наказанія по желанію потерпѣвшаго бельгійскій кодексъ сравниваетъ, въ отступленіе отъ французскаго, обоихъ супруговъ, предоставляя это право и женѣ (ст. 389).

---

[1]) Кромѣ того при прелюбодѣяніи уголовное преслѣдованіе жены парализуется установленнымъ уголовнымъ приговоромъ фактомъ содержанія мужемъ любовницы въ супружескомъ домѣ (art. 336 и 339 C. P.); см. F. Hélie t. II, стр. 285—289, Mangin t. I, стр. 189—190, Ortolan t. II, стр. 259. Иначе по бельгійскому уложенію (art. 387—390); см. Haus t. II, стр. 382.

[2]) Мотивъ этого постановленія указанъ докладчикомъ закона Pelletan'омъ: „Il est de toute justice que celui qui a lancé la poursuite dans un intérêt *essentiellement privé* reste toujours maître de la retirer ou de la maintenir". См. Fabreguettes t. I, стр. 426.

[3]) Рѣшеніе кассац. суда 3 іюля 1885 г. (Dalloz 1881 г. стр. 477), Fabreguettes t. I, стр. 509.

[4]) Haus. t. II, стр. 380.

Приведенное обозрѣніе французскаго законодательства указываетъ на то, что постановленія о жалобѣ потерпѣвшаго въ немъ получили гораздо меньшее развитіе, чѣмъ въ правѣ германскомъ и даже австрійскомъ. Ни въ Code pénal, ни въ Code de l'instruction criminelle нѣтъ ни одной статьи, посвященной общему характеру жалобы потерпѣвшаго при неоффиціальныхъ преступленіяхъ, тогда какъ германское уложеніе посвящаетъ этому институту пять статей въ общей части (§ 61—65), а австрійское одну статью (§ 530) въ отдѣлѣ о погашеніи преступленій и проступковъ и наказаній за нихъ.

Естественно поэтому, что и французская доктрина и судебная практика, лишенныя необходимаго законодательнаго матеріала, не могли дать сколько нибудь обстоятельнаго развитія общимъ ученіямъ о жалобѣ потерпѣвшаго, что, конечно, въ немалой степени затрудняло и нашу задачу при изложеніи французскаго права.

Эти же обстоятельства, т. е. скудость законодательныхъ постановленій и отсутствіе ихъ теоретической разработки, ставятъ серьезныя препятствія на пути къ разрѣшенію послѣдняго вопроса—о *юридической природѣ жалобы* по французскому праву.

Вопросъ этотъ съ полной опредѣленностью, повидимому, даже не ставился во французской литературѣ, хотя большинство писателей разсматриваетъ постановленія о жалобѣ въ ученіи о препятствіяхъ къ возбужденію и продолженію уголовнаго и гражданскаго иска (des obstacles nécéssaires, légitimes, qui peuvent incessamment suspendre leur marche) [1]) на ряду съ преюдиціальными вопросами, административной и политической гарантіей и проч. [2]). Такимъ образомъ указанные авторы какъ будто вполнѣ опредѣленно высказываются за процессуальную природу жалобы, считая ее условіемъ предъявленія уголовнаго иска. Но вмѣстѣ съ тѣмъ у нихъ встрѣчаются замѣчанія, какъ бы указывающія на то, что и самое право наказанія находится въ зависимо-

---

[1]) Hélie t. II, стр. 225.

[2]) Hélie t. II, стр. 225—226, Ortolan t. II, стр. 247—291, Garraud, стр. 478—502, Mangin t. I, стр. 183—390, t. II, стр. 1—52.

сти отъ подачи жалобы [1]). Вообще же приходится признать, что вопросъ о матеріальной или процессуальной природѣ жалобы не только не подвергался спеціальному обсужденію во французской литературѣ, но и не былъ поставленъ съ полною опредѣленностью.

Съ нашей точки зрѣнія при тѣхъ дѣяніяхъ, при которыхъ однажды поданная жалоба не можетъ быть взята обратно, а также при диффамаціи и обидѣ, при которыхъ отказъ отъ жалобы возможенъ лишь до вступленія приговора въ законную силу, вполнѣ правильно будетъ разсматривать жалобу потерпѣвшаго, какъ условіе возбужденія уголовнаго иска. Отсутствіе жалобы составляетъ препятствіе къ началію уголовнаго преслѣдованія, съ устраненіемъ коего дѣяніе, бывшее и до того наказуемымъ, дѣлается подлежащимъ преслѣдованію in concreto. Въ спеціально указанныхъ закономъ случаяхъ начатое уже преслѣдованіе можетъ быть прекращено по волѣ потерпѣвшаго, но лишь дотолѣ, доколѣ преслѣдованіе не закончено. Со вступленіемъ же приговора въ законную силу преслѣдованіе является законченнымъ и потерпѣвшій могъ бы оказать вліяніе на судьбу обвиняемаго лишь въ томъ случаѣ, если бы ему было предоставлено право вліять не только на уголовный искъ, но и на наказуемость дѣянія, но законъ такого права ему не предоставляетъ.

Изъятіе составляетъ лишь прелюбодѣяніе, при которомъ мужъ можетъ избавить жену даже отъ послѣдствій обвинительнаго приговора. Ясно, что это право мужа не мо-

---

[1]) Такъ, Ortolan, говоритъ „Ordinairement *le droit de punir*, le droit de faire réparer le préjudice occasionné et par consequent les droits sanctionnateurs d'action publique et d'action civile naissent immédiatement du délit même. Cependant par exception, il est des cas, dans lesquels quoique le principe de l'action publique soit en germe dans le délit, l'existence en est subordonnée à l'accomplissement de certain événement postérieur et incertain, qui y forme une véritable condition suspensive". (t. II стр. 247) „Nous rangeons dans deux ordres différents d'idées le motif principal qui parait appuyer chez nous ces exceptions..... Le second motif c'est qu'il y a des cas on *l'existence du délit est incertaine même en droit*, si l'on ne connait le sentiment de partie intéressée et la manière dont elle envisage les faits: de sorte que le ministère public agissant avant la provocation de cette partie, serait exposé à poursuivre comme délit des actes qui souvent n'en seraient pas un" (ibid, стр. 257).

жетъ быть согласовано съ процессуальной природой права жалобы и что оно выходитъ за предѣлы процесса. Оно является аналогичнымъ праву помилованія [1]), которое, очевидно, можетъ принадлежать только субъекту права наказанія и представляется пережиткомъ воззрѣній на прелюбодѣяніе, какъ на дѣяніе, посягающее исключительно на права мужа, которому и должно было принадлежать право карать и миловать преступную жену [2]). Правда, по современнымъ воззрѣніямъ прелюбодѣяніе посягаетъ также и на общественный интересъ, соединенный съ охраною чистоты и святости брака [3]), но это лишь свидѣтельствуетъ о томъ, что разсматриваемое постановленіе art. 337 C. P. подлежитъ отмѣнѣ, какъ пережитокъ другой эпохи и другихъ нравовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ была бы возстановлена и чистота процессуальной природы жалобы потерпѣвшаго по французскому праву.

Юридическій характеръ жалобы по бельгійскому праву является тождественнымъ съ характеромъ ея по праву французскому.

---

[1]) Garraud, (стр. 494) прямо говоритъ, что мужу принадлежитъ „le droit de faire grâce“.

[2]) Отголосокъ этихъ воззрѣній мы находимъ въ мотивахъ Code pénal: „Sans doute, говорятъ редакторы кодекса, ce délit porte attainte à la sainteté du mariage, que la loi doit protéger et garantir; mais sous tout autre rapport l'adultère est moins un délit contre la société, que contre l'époux qu'il blesse dans son amour propre, sa propriété, son amour“ (см. Chauveau et Hélie t. IV, стр. 312).

[3]) Garraud, стр. 490, Chauveau et Hélie t. IV, стр. 312.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Уложенія Венгерское, Голландское, Итальянское, Норвежское и Швейцарскій проектъ.

Въ дополненіе къ сдѣланному обзору института жалобы потерпѣвшаго въ германскомъ, французскомъ и бельгійскомъ правѣ мы считаемъ нелишнимъ изложить постановленія по этому предмету болѣе новыхъ западноевропейскихъ законодательныхъ памятниковъ: уложеній венгерскаго 1880 г., голландскаго 1881 г., итальянскаго 1889 г., норвежскаго 1902 г. и швейцарскаго проекта (Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch) 1896 г. Недоступность или малая доступность для насъ литературы и судебной практики указанныхъ странъ лишила насъ возможности вести здѣсь. изслѣдованіе въ томъ же масштабѣ, какъ и въ предшествующихъ главахъ, но мы думаемъ, что и посильный анализъ однихъ законодательныхъ текстовъ дастъ достаточное представленіе о движеніи новѣйшихъ законодательствъ въ занимающемъ насъ вопросѣ, а потому не можетъ считаться безполезнымъ для достиженія конечныхъ цѣлей настоящей работы.

Венгерское уложеніе относитъ къ числу неоффиціальныхъ слѣдующія преступленія:

1. Ложный доносъ, не повлекшій возбужденія уголовнаго преслѣдованія (§§ 228—229).

2. Клевету и оскорбленіе частныхъ лицъ, общественныхъ установленій и правительственныхъ учрежденій, а также умершихъ (§§ 258—268 и 273).

3. Легкія тѣлесныя поврежденія (§ 312).

4. Нарушеніе тайны писемъ и депешъ частными лицами (§ 327) и нарушеніе чужихъ тайнъ лицами, коимъ онѣ были ввѣрены въ силу занимаемой ими должности, званія ихъ или профессіи (§ 328).

5. Вторженіе въ чужое жилище посредствомъ хитрости или противъ воли проживающихъ въ немъ лицъ (§ 332).

6. Мошенничество, за исключеніемъ тяжкихъ видовъ его, признаваемыхъ преступленіемъ (§ 390).

7. Поддѣлку товарныхъ знаковъ съ цѣлью введенія публики въ заблужденіе (§ 413).

8. Умышленное поврежденіе чужого движимаго имущества (§ 418).

9. Противозаконное завладѣніе или поврежденіе чужой недвижимости (§ 421).

10. Принужденіе силою или угрозами лица женскаго пола къ совокупленію (§§ 232 п. I и 238) и совокупленіе съ лицомъ женскаго пола, находящимся въ состояніи безсознательности, отсутсвія воли или беззащитности (§§ 232 п. 2 и 238).

11. Насильственныя непотребныя дѣйствія надъ лицомъ женскаго пола (§§ 232 и 238).

12. Половое совокупленіе съ дѣвицею моложе 14 лѣтъ (§§ 236 и 238).

13. Кровосмѣшеніе и противоестественное непотребство между братьями (§§ 244).

14. Совокупленіе съ замужнею женщиною, посредствомъ обмана, подъ видомъ ея мужа (§ 245).

15. Прелюбодѣяніе (§ 246).

16. Вступленіе въ бракъ посредствомъ обмана (§ 255).

17. Похищеніе или удержаніе недостигшихъ 14-лѣтняго возроста дѣтей (§§ 317 и 322), похищеніе дѣтей съ корыстною или безнравственною цѣлью (§§ 318 и 322) и изнасилованіе или растлѣніе, учиненное надъ похищеннымъ или удержаннымъ ребенкомъ, а также причиненіе ему тяжкаго тѣлеснаго поврежденія (§§ 319 и 322).

18. Похищеніе или удержаніе дѣвушки моложе 14 лѣтъ съ ея согласія (§§ 320 и 322) и захватъ, похищеніе или удержаніе лица женскаго пола съ намѣреніемъ совершить съ нимъ непотребное дѣйствіе или вступить съ нимъ въ бракъ (§§ 321 и 322).

19. Кражи между ближайшими родственниками или родственниками, живущими однимъ общимъ хозяйствомъ, кражи опекаемыхъ у опекуновъ, состоящихъ подъ попечи-

тельствомъ у своихъ попечителей и воспитанниковъ у своихъ воспитателей (§ 342), а также кражи, совершенныя у лица, у котораго виновный состоялъ въ услуженіи или отъ котораго онъ получалъ плату, или въ чьемъ хозяйствѣ онъ жилъ, или у близкихъ послѣднему и живущихъ однимъ общимъ съ нимъ хозяйствомъ лицъ (§ 343).

20. Утайки, совершенныя лицами, поименованными въ §§ 342 и 343, (§ 358).

21. Злоупотребленіе довѣріемъ (§ 361).

22. Противозаконное присвоеніе, причинившее вредъ ближайшимъ родственникамъ, лицамъ, живущимъ съ виновнымъ однимъ общимъ хозяйствомъ, а также опекуну, попечителю или воспитателю (§ 369).

Кромѣ вышеперечисленныхъ, предусмотрѣнныхъ венгерскимъ уложеніемъ неоффиціальныхъ преступленій, на основаніи закона 28 апрѣля 1883 года преслѣдованіе возбуждается не иначе какъ по жалобѣ потерпѣвшаго за ростовщичество, при чемъ однако въ § 10 этого закона постановлено: „если въ отдѣльныхъ общинахъ или мѣстностяхъ замѣчается обѣдненіе и является основаніе къ подозрѣнію, что обѣдненіе причинено усилившимся тамъ ростовщичествомъ, или если другія указанія свидѣтельствуютъ о крайнемъ усиленіи ростовщичества, то мѣстная администрація обязана изслѣдовать положеніе дѣла и, если подозрѣніе подтвердится, представить мотивированное донесеніе министру юстиціи, которому затѣмъ предоставляется распорядиться о вчинаніи судебныхъ преслѣдованій безъ жалобъ. Министръ юстиціи можетъ, однако, по устраненіи поводовъ и по соглашеніи съ мѣстною администраціей, отмѣнить это общее распоряженіе, но эта отмѣна не препятствуетъ окончанію находящихся въ производствѣ судебныхъ дѣлъ“ [1]).

По *голландскому* уголовному уложенію неоффиціальными преступленіями признаются:

1. Прелюбодѣяніе (§ 241).

---

[1]) См. Случевскій „Записка объ уголовно-частныхъ преступленіяхъ въ западно-европейскихъ законодательствахъ и литературѣ“ 1895 г. стр. 61—64.

2. Совокупленіе съ дѣвицею отъ 12-ти до 16-ти лѣтняго возраста (§ 245).

3. Оскорбленіе частныхъ лицъ (§§ 261—266, 268 и 269).

4. Поруганіе памяти умершаго (§ 270).

5. Распространеніе оскорбительныхъ сочиненій или изображеній (§ 271).

6. Сообщеніе тайнъ, ввѣренныхъ лицу по должности или званію (§ 272).

7. Умышленное сообщеніе свѣдѣній о торговомъ и промышленномъ предпріятіи лицомъ, состоящимъ въ томъ предпріятіи на службѣ и обязанномъ сохранять его тайны (§ 273).

8. Похищеніе несовершеннолѣтней дѣвицы, безъ согласія родителей и опекуновъ или посредствомъ хитрости, угрозы или насилія (§ 281).

9. Принужденіе посредствомъ угрозы позорящими разоблаченіями (§ 284).

10. Кражи и противозаконное пользованіе произведеніями земли между отлученными отъ стола и ложа супругами или родственниками въ прямой линіи или по боковой во второй степени (§ 316).

11. Вымогательство чрезъ угрозы (§§ 318 и 319).

12. Утайка, учиненная лицами, поименованными въ § 316 (§ 324).

13. Мошенничество, учиненное лицами, поименованными въ § 316 (§ 338).

14. Уничтоженіе или поврежденіе вещей, учиненное лицами, поименованными въ § 316 (§ 353).

15. Отпечатаніе или изданіе сочиненій или изображеній преступнаго содержанія, если это сочиненіе или изображеніе воспроизводитъ дѣяніе, преслѣдуемое не иначе, какъ по жалобѣ (§ 420) [1]).

Итальянское уложеніе допускаетъ преслѣдованіе не иначе какъ по жалобѣ потерпѣвшаго за слѣдующія преступленія:

---

[1]) Ср. Случевскій стр. 64—65.

1. Оскорбленіе главы или дипломатическихъ агентовъ иностранныхъ государствъ по поводу ихъ служебныхъ обязанностей (§§ 128 и 130).

2. Выраженіе презрѣнія лицу по поводу исповѣдываемаго имъ, признаннаго государствомъ вѣроисповѣданія, съ цѣлью оскорбленія того вѣроисповѣданія (§ 141).

3. Самовольное проникновеніе въ чужое жилище (§ 157).

4. Самовольное вскрытіе писемъ, телеграммъ или запечатанныхъ пакетовъ (§§ 159, 160, 161, 163, 164).

5. Самовольное осуществленіе какого-либо права въ случаяхъ, когда виновный долженъ былъ и могъ для этого обратиться къ власти (§ 235).

6. Принужденіе къ совокупленію или совокупленіе съ лицомъ малолѣтнимъ или лицомъ, лишеннымъ возможности сопротивленія (§ 331).

7. Любострастныя дѣйствія, совершенныя при условіяхъ, указанныхъ въ предыдущемъ пунктѣ (§ 333).

8. Развращеніе посредствомъ любострастныхъ дѣйствій лица моложе 16-ти лѣтъ (§ 335).

9. Похищеніе совершеннолѣтней или вышедшей изъ подъ опеки женщины (§§ 340 и 344).

10. Похищеніе несовершеннолѣтней или замужней женщины (§ 341).

11. Похищеніе лица женскаго пола съ цѣлю вступленія съ нимъ въ бракъ (§ 343).

12. Вовлеченіе или благпріятствованіе проституціи несовершеннолѣтней замужней женщины ея мужемъ (§§ 345, 346 и 348), а также принужденіе мужемъ путемъ насилія, обмана или угрозъ къ разврату совершеннолѣтней замужней женщины (§§ 348 и 349).

13. Прелюбодѣяніе замужней женщины (§ 353).

14. Умышленное тѣлесное поврежденіе, если дѣяніе не причинило душевной или соматической болѣзни, продолжавшейся болѣе 10 дней (§ 372) и тѣлесное поврежденіе, учиненное по неосторожности, или по незнанію профессіи, или по несоблюденію полицейскихъ и др. правилъ (§ 375 п. 1).

15. Диффамацію и оскорбленіе (§§ 393—400).

16. Присвоеніе клада или вещей, потерянныхъ другимъ лицомъ или попавшихъ случайно въ его обладаніе (§ 420).

17. Поврежденіе чужой движимой или недвижимой вещи (§§ 424 и 430).

18. Незаконную пастьбу и охоту на чужой землѣ (§§ 426 и 428).

19. Самовольное проникновеніе на чужой огороженный или окопанный участокъ земли (§ 427).

20. Покалѣченіе или истребленіе чужихъ домашнихъ животныхъ (§ 429).

21. Кражу, мошенничество, присвоеніе, укрывательство плодовъ преступленія, учиненные во вредъ супруга, законнымъ порядкомъ разлученнаго, или брата или сестры, не живущихъ въ одной семьѣ съ виновникомъ, или дяди, или племянника, или свойственника во второй степени, живущихъ вмѣстѣ съ виновникомъ (§ 435).

Кромѣ того итальянское уложеніе знаетъ нѣсколько дѣяній, приближающихся къ германскимъ Ermächtigungsdelicte, преслѣдованіе за которыя возбуждается съ разрѣшенія подлежащихъ учрежденій: оскорбленіе короля, королевы, наслѣдника престола или регента (требуется разрѣшеніе министра юстиціи), оскорбленіе сената или палаты депутатовъ (требуется согласіе этихъ учрежденій), преступленія, совершенныя противъ членовъ королевской семьи, если они относятся обычно къ числу неоффиціальныхъ (требуется разрѣшеніе министра юстиціи), и диффамацію или оскорбленіе судебныхъ, политическихъ или административныхъ установленій (требуется разрѣшеніе этихъ установленій) [1]).

Норвежское уложеніе относитъ къ числу неоффиціальныхъ слѣдующія преступленія:

1. Вскрытіе писемъ, запечатанныхъ документовъ и пр., а также уничтоженіе или сокрытіе чужой корреспонденціи (§§ 145—156).

2. Сообщеніе супругу венерической болѣзни или поставленіе его въ опасность заразиться такою болѣзнью (§ 155).

3. Обвиненіе въ наказуемомъ дѣяніи безъ достаточнаго основанія (§ 170).

---

[1]) §§ 122, 123, 124, 127 и 400.

4. Принужденіе угрозами къ любострастнымъ дѣйствіямъ (§ 191).

5. Принужденіе путемъ обмана къ совокупленію, которое потерпѣвшимъ лицомъ принимается за брачное (§ 194).

6. Побужденіе къ совершенію любострастныхъ дѣйствій съ другимъ лицомъ (§ 200).

7. Прелюбодѣяніе (§ 207).

8. Отказъ вступить въ бракъ съ совершеннолѣтнею, которую виновный обольстилъ обѣщаніемъ жениться и сдѣлалъ беременной (§ 210).

9. Нарушеніе приличій безстыдными дѣйствіями или словами въ присутствіи лица, не изъявлявшаго на нихъ согласія (§ 212).

10. Похищеніе несовершеннолѣтняго, не достигшаго 18 лѣтъ, изъ подъ попеченія родителей или другихъ лицъ (§ 216).

11. Вовлеченіе въ бракъ посредствомъ обмана или принужденія (§ 221).

12. Легкіе виды незаконнаго лишенія свободы (§ 226).

13. Причиненіе по неосторожности утраты трудоспособности, болѣзни, обезображенія и т. п., а также тяжкаго тѣлеснаго поврежденія или поврежденія въ здоровьи (§§ 237 и 238).

14. Обиды (§§ 246 и 251).

15. Распространеніе слуховъ, вредящихъ доброму имени и репутаціи другого (§§ 247 и 251).

16. Клевету (§§ 248 и 251).

17. Оскорбленіе памяти умершихъ (§ 252).

18. Присвоеніе и кражу, совершенныя противъ близкихъ (§ 265).

19. Нѣкоторые виды мошенничества и злоупотребленія довѣріемъ, совершенные противъ близкихъ (§§ 270, 271 п. I и 5, 274, 275, 276 и 279).

20. Нарушеніе залоговыхъ и иныхъ правъ кредиторовъ (§ 270).

21. Побужденіе посредствомъ обмана къ совершенію дѣйствій, влекущихъ за собою имущественный ущербъ, а также пользованіе чужой промышленной или коммерческой тайной или открытіе таковой третьими лицами (§ 294).

22. Отказъ отъ исполненія своихъ обязанностей на кораблѣ и оставленіе корабля лицомъ, находящимся тамъ на службѣ (§§ 301, 302 и 303).

23. Недобросовѣстное сообщеніе, результатомъ котораго является разслѣдованіе годности корабля къ плаванію (§ 305).

24. Оставленіе при отправленіи корабля спутника на берегу (§ 306).

25. Неповиновеніе корабельнаго служителя (§ 309).

26. Поврежденіе чужого имущества или противозаконное овладѣніе или пользованіе имъ (§§ 390, 391 и 392).

27. Противозаконное овладѣніе чужимъ недвижимымъ имуществомъ, а также возведеніе постройки на чужой землѣ, произведеніе раскопокъ, посѣва и т. п. (§§ 395 и 396).

28. Загрязненіе чужой воды или отведеніе ея, а также другія нарушенія сосѣдскихъ правъ (§ 398).

29. Пользованіе помѣщеніемъ, пищей, питьемъ и т. п. въ гостинницѣ и въ другихъ подобныхъ мѣстахъ при завѣдомой невозможности за это заплатить (§ 402).

30. Входъ при тѣхъ же условіяхъ въ помѣщеніе, гдѣ дается представленіе, находится выставка и т. п. (§ 403).

31. Смѣшиваніе чужихъ денегъ или цѣнныхъ бумагъ, ввѣренныхъ для сохраненія, со своими и вообще нарушеніе правилъ храненія (§ 404).

32. Нарушеніе принадлежащаго другому права рыбной ловли, охоты и т. п. (§ 407).

33. Различные виды наказуемаго нарушенія договора найма (§ 409—413).

Кромѣ того возбужденіе преслѣдованія за оскорбленіе или тѣлесное поврежденіе, причиненное королю или членамъ его семейства, законъ ставитъ въ зависимость отъ приказанія или согласія короля.

Изъ числа указанныхъ выше дѣяній оскорбленія, предусмотрѣнныя въ §§ 246, 247 и 252, и нѣкоторые виды разглашенія тайнъ (§ 390) преслѣдуются исключительно въ порядкѣ частнаго обвиненія.

Кромѣ того норвежское уложеніе знаетъ рядъ дѣяній, преслѣдованіе за которыя возбуждается или по жалобѣ потерпѣвшаго или ex officio, но не по началу законности, а по началу удобства (wo allgemeine Rücksichten es erfordern,

öffentliche Interesse verlangt); сюда, напримѣръ, относятся: обнаруженіе тайнъ, ввѣренныхъ духовнымъ лицамъ, повѣреннымъ, защитникамъ и т. д. (§ 144), принужденіе (§ 222), нѣкоторые виды тѣлеснаго поврежденія (§ 228, 229) и др.

Наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ уложеніе ставитъ одновременно два условія для возбужденія преслѣдованія въ публичномъ порядкѣ: подачу жалобы потерпѣвшимъ и наличность общественнаго интереса въ преслѣдованіи; сюда, напр., относятся: нѣкоторые виды причиненія имущественнаго вреда (§§ 294, 391 и 408), самовольное овладѣніе, пользованіе и распоряженіе чужою движимою вещью (§§ 392, 393 и 408) и нѣкоторыя другія нарушенія. Примѣненіе начала удобства къ преслѣдованію указанныхъ видовъ преступленій объясняется, конечно, тѣмъ, что норвежскій уголовный процессъ допускаетъ въ широкихъ предѣлахъ субсидіарное частное обвиненіе [1]).

Швейцарскій проектъ уголовнаго уложенія относитъ къ числу неоффиціальныхъ преступленій слѣдующія:

1. Простое тѣлесное поврежденіе (§ 62).

2. Кражу, совершенную противъ восходящаго родственника лицами, живущими вмѣстѣ съ виновными на правахъ членовъ семейства, или противъ супруга, живущаго отдѣльно (§ 71).

3. Нарушеніе со стороны собственника или въ его пользу правъ пользовладѣльца, залогодержателя, имѣющихъ права пользованія или удержанія (§ 62).

4. Присвоеніе чужого имущества, а также незаконное пользованіе ввѣреннымъ имуществомъ (§ 73).

5. Другіе виды присвоенія, совершенные противъ восходящихъ родственниковъ лицами, живущими вмѣстѣ съ виновнымъ на правахъ членовъ семьи (§ 74).

6. Присвоеніе находки или вещи, случайно попавшей въ обладаніе виновнаго (§ 75).

7. Недобросовѣстную конкуренцію (§ 80).

8. Мошенничество по отношенію восходящихъ родственниковъ и проч. (§ 82).

---

[1]) См. Thiersch „Anwendungsgebiet und rationelle Gestalt der Privatklage“ 1901г. стр. 46—47.

9. Нарушеніе домового права (§ 93).

10. Нарушеніе чужихъ тайнъ, ввѣренныхъ лицу вслѣдствіе его профессіи, узнанныхъ путемъ вскрытія чужихъ писемъ и вообще такихъ, которыя виновный обязанъ былъ хранить (§§ 94, 95 и 96).

11. Угрозы (§ 97).

12. Похищеніе женщинъ посредствомъ хитрости, насилія или же пользуясь состояніемъ идіотизма, сумашествія, безсознательности и т. п. (§§ 105 и 106).

13. Прелюбодѣяніе (§ 128).

14. Клевету, диффамацію, обиду, разглашеніе въ подрывъ кредита (§§ 131, 132, 133 и 134).

15. Легкіе случаи нарушенія тѣлесной неприкосновенности (§ 219).

16. Присвоеніе вещей незначительной стоимости (§ 222).

17. Самовольное опубликованіе документа (§ 231).

18. Легкія обиды (§ 234).

Право жалобы принадлежитъ по венгерскому уложенію потерпѣвшей сторонѣ (der verletzten Parei § 110), по голландскому—лицу, въ ущербъ которому преступленіе совершено (au préjudice duquel le délit a été commis §§ 65, 269, 272 и друг.), по итальянскому—потерпѣвшей сторонѣ (parte lesa § 88), по норвежскому—потерпѣвшему (dem Verletzten § 78), по швейцарскому праву—потерпѣвшему (Verletzter § 2).

Въ случаѣ недѣеспособности потерпѣвшаго уложенія венгерское (§ 113), голландское (§ 64), норвежское (§ 78) и швейцарскій проектъ (§ 2 п. 2) передаютъ право жалобы его законнымъ представителямъ, итальянское же проходитъ этотъ вопросъ молчаніемъ. Въ подробностяхъ при опредѣленіи случаевъ недѣеспособности и порядка представительства указанныя законодательства расходятся.

Венгерское уложеніе признаетъ безусловно недѣеспособными для подачи жалобы малолѣтнихъ, не достигшихъ 16 лѣтъ, и другихъ лицъ, находящихся подъ опекой (unter Curatel).—Ихъ во всѣхъ случаяхъ замѣняютъ законные представители (gesetzliche Vertreter). Исключеніе составляютъ взятые въ опеку расточители;—право подачи жалобы за

нихъ принадлежитъ законному представителю лишь по преступленіямъ, направленнымъ противъ имущества [1]).

По голландскому уложенію (§ 64) недѣеспособными для принесенія жалобы считаются малолѣтніе, не достигшіе 16 лѣтъ, и всѣ лица, состоящія подъ опекой, кромѣ расточителей. Послѣдніе имѣютъ право по всѣмъ преступленіямъ приносить жалобу лично (и въ этомъ уложеніе голландское отличается выгодно отъ венгерскаго), за остальныхъ же, ограниченныхъ въ своей дѣеспособности, приносятъ жалобу, лица, являющіяся ихъ законными представителями въ гражданскихъ дѣлахъ (le représentant légal de cette personne dans les affaires civiles). Постановленія эти не примѣняются къ прелюбодѣянію, при которомъ право жалобы принадлежитъ исключительно мужу (§ 241).

Болѣе сложными представляются постановленія норвежскаго уложенія (§ 78). Если потерпѣвшій не достигъ 16 лѣтъ, его замѣняетъ въ правѣ жалобы его опекунъ, а также каждый изъ его родителей или, если ихъ нѣтъ въ живыхъ, его дѣдъ или бабка (Grosseltern), а въ случаѣ, если и этихъ лицъ не имѣется, то опекунское учрежденіе. Если потерпѣвшему болѣе 16, но менѣе 18 лѣтъ, онъ можетъ самостоятельно возбудить преслѣдованіе, но только за такое неоффиціальное преступленіе, которое преслѣдуется въ порядкѣ публичнаго обвиненія (die öffentliche Strafverfolgung beantragen), хотя въ этомъ правѣ съ нимъ конкуррируютъ указанные выше законные представители. Напротивъ, послѣднимъ принадлежитъ исключительное право возбужденія преслѣдованія по дѣламъ, производимымъ въ порядкѣ частнаго обвиненія (wo nur der Verletzte die Anklage erheben kann). Наконецъ при тѣлесныхъ поврежденіяхъ и оскорбленіяхъ законные представители не могутъ начать обвиненія (Anklage) [2]) противъ явно выраженной воли потер-

---

[1]) При этихъ же преступленіяхъ право на принесеніе жалобы *наряду* съ потерпѣвшимъ достигшимъ 16 лѣтъ, но не достигшимъ совершеннолѣтія, принадлежитъ и его законному представителю. См. S. Mayer „Das Ungarische Strafgesetzbuch“ 1878, стр. 197.

[2]) Неясно, обнимаетъ ли это слово и жалобу (Antrag), приносимую по дѣламъ о тѣлесныхъ поврежденіяхъ и оскорбленіяхъ, преслѣдуемыхъ не ex officio, но въ публичномъ порядкѣ (напр., предусмотрѣнныхъ §§ 238, 248 и др.).

нѣвшаго въ возрастѣ отъ 16 до 18 лѣтъ. Въ случаѣ душевной болѣзни потерпѣвшаго, его представляютъ опекунъ, супругъ, родители, совершеннолѣтніе дѣти, а если нѣтъ въ живыхъ ни родителей, ни дѣтей, то дѣдъ и бабка. О другихъ случаяхъ недѣеспособности норвежское уложеніе молчитъ.

По швейцарскому проекту (§ 2 abs. 2) законный представитель замѣняетъ въ правѣ жалобы лицъ недѣеспособныхъ (handlungsunfähige), но если потерпѣвшій достигъ 16 лѣтъ и не страдаетъ психическими дефектами (geistliche Gebrechen), то онъ можетъ и самостоятельно принести жалобу, что не исключаетъ права жалобы его законнаго представителя.

Если преступленіе совершенно *противъ недѣеспособнаго лица его законнымъ представителемъ*, то по венгерскому уложенію (§ 113 abs. 4) преслѣдованіе начинается ex officio, по голландскому уложенію (§ 64 abs. 2)—по жалобѣ опекуна-замѣстителя (subrogé tuteur ou curateur), супруга потерпѣвшаго, его родственника въ прямой линіи, а въ случаѣ, если таковыхъ не имѣется,—по жалобѣ родственниковъ въ боковой линіи до третьей степени включительно. Наконецъ, по норвежскому уложенію право жалобы въ этихъ случаяхъ принадлежитъ опекунскому учрежденію (§ 78). Итальянское уложеніе въ общей части не содержитъ постановленій по этому поводу, но въ особенной части есть указаніе, что въ случаѣ совершенія изнасилованія или любострастныхъ дѣйствій (преслѣдуемыхъ вообще не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшихъ) съ злоупотребленіемъ родительской или опекунской властью преслѣдованіе возбуждается ex officio (§ 336 abs. 3 п. 5) и, напротивъ, что въ случаѣ сводничества мужемъ несовершеннолѣтней жены, преслѣдованіе вчинается по жалобѣ лица, которое имѣло бы надъ нею родительскую или опекунскую власть, если бы она не была замужемъ (§ 348). Послѣднее, т. е. принесеніе жалобы законнымъ представителемъ ad hoc, повидимому, является общимъ правиломъ [1]).

Постановленій о принесеніи жалобы чрезъ повѣреннаго въ этихъ уложеніяхъ не содержится.

---

[1]) Швейцарскій проектъ по этому вопросу никакихъ постановленій не содержитъ.

По вопросу *о дѣлимости* жалобы венгерское уложеніе содержитъ въ общей части постановленіе (§ 115), въ силу котораго принесеніе жалобы противъ одного изъ соучастниковъ неоффиціальнаго преступленія вызываетъ преслѣдованіе противъ всѣхъ, и взятіе жалобы назадъ въ отношеніи одного изъ нихъ влечетъ за собою прекращеніе преслѣдованія противъ всѣхъ (§ 116). Усвоенное въ этихъ постановленіяхъ начало недѣлимости преслѣдованія не распространяется на подлежащихъ преслѣдованію ex officio соучастниковъ относительно неоффиціальнаго преступленія: ихъ судьба не зависитъ отъ подачи или неподачи жалобы (§ 115 abs. 2). Сходныя постановленія даетъ швейцарскій проектъ (§ 2 abs. 3, 4 и 5).

Голландское уложеніе не содержитъ въ общей части опредѣленій относительно недѣлимости жалобы, но въ особенной части всюду говоритъ о *дѣяніяхъ* (а не лицахъ), преслѣдуемыхъ не иначе какъ по жалобѣ (le délit n'est poursuivi que sur la plainte §§ 269, 270, 272 и друг.), изъ чего можно вывести, что имъ принимается начало недѣлимости. Напротивъ, итальянское уложеніе не содержа въ общей части постановленій по вопросу о дѣлимости жалобы, при подачѣ ея, говоритъ, что прощеніе одного изъ обвиняемыхъ идетъ на пользу и другимъ (§ 88 abs. 3). Кромѣ того по поводу прелюбодѣянія оно спеціально оговариваетъ, что жалоба потерпѣвшаго супруга необходимо распространяется на его соучастника (§ 356). Вслѣдствіе этого нужно признать общимъ правиломъ начало недѣлимости преслѣдованія, но за отсутствіемъ указанной оговорки при другихъ преступленіяхъ, если потерпѣвшій ограничиваетъ, вопреки началу недѣлимости, жалобу однимъ изъ обвиняемыхъ, она должна считаться вовсе не поданной [1]). Наконецъ, норвежское уложеніе признаетъ общимъ правиломъ недѣлимость преслѣдованія, почему жалоба, въ которой прямо оговаривается освобожденіе отъ преслѣдованія нѣкоторыхъ изъ соучастниковъ, не принимается во вниманіе, а жалоба, умалчивающая о нѣ-

---

[1]) Практика, повидимому, допускаетъ возбужденіе преслѣдованія противъ одного изъ виновныхъ. См. Alimena „Studi di procedura penale“ 1906, стр. 238.

которыхъ изъ нихъ, можетъ быть ex officio на нихъ распространена (§ 81 abs. 2); по исключенію, жалоба можетъ быть при всѣхъ преступленіяхъ ограничена иниціаторомъ преступной рѣшимости (Urheber des verbrecherischen Entschlusses); кромѣ того при относительно—неоффиціальныхъ преступленіяхъ (присвоеніи, кражѣ, вымогательствѣ, мошенничествѣ и злоупотребленіи довѣріемъ въ отношеніи родственниковъ), если жалоба направлена лишь противъ нѣкоторыхъ изъ соучастниковъ, отъ рѣшенія обвинительной власти зависитъ, возбудить ли преслѣдованіе только противъ нихъ, или противъ всѣхъ соучастниковъ или вовсе его не возбуждать (§§ 265, 266, 270 п. 1 и 5, 274, 275, 276 и 279).

Ни одно изъ разбираемыхъ уложеній не содержитъ другихъ постановленій о содержаніи или формѣ жалобы потерпѣвшаго. Постановленія эти нашли себѣ мѣсто въ судопроизводственныхъ уставахъ среди общихъ правилъ о возбужденіи уголовнаго преслѣдованія.

Уложенія венгерское (§ 112), голландское (§ 66) и норвежское (§ 80) и швейцарскій проектъ (§ 2 abs. 1) устанавливаютъ въ общей части особый *срокъ*, (Antragsfrist), отличный отъ давностнаго, по истеченіи коего право жалобы утрачивается. Срокъ этотъ по венгерскому уложенію и швейцарскому проекту трехмѣсячный, исчисляемый со дня, когда управомоченный узналъ о преступленіи и его совершителѣ (Thäter), по голландскому—также трехмѣсячный, если управомоченный пребываетъ въ Европѣ, и девятимѣсячный, если онъ пребываетъ внѣ Европы, но исчисляемый со дня полученія свѣдѣній о совершившемся фактѣ (fait commis), и по норвежскому—шестимѣсячный, исчисляемый также, какъ по венгерскому, съ тою только разницею, что для законныхъ представителей потерпѣвшаго срокъ не начинаетъ своего теченія ранѣе, полученія ими законныхъ полномочій (ehe ihre Berechtigung eingetreten ist), хотя бы они и ранѣе знали о случившемся, (что, впрочемъ, не требовало особой оговорки въ законѣ, ибо вытекаетъ изъ общаго смысла постановленій о порядкѣ исчисленія срока) [1]).

---

[1]) Ср. выше стр. 121—122.

Что касается итальянскаго уложенія, то при бѣдности опредѣленій его общей части по вопросу о жалобѣ потерпѣвшаго, тамъ нѣтъ постановленія о срокѣ, но въ особенной части относительно нѣкоторыхъ дѣяній такія постановленія содержатся. Такъ, при преступленіяхъ противъ цѣломудрія (§§ 331—335) жалоба должна быть принесена потерпѣвшимъ въ теченіе года со дня совершенія преступленія, а его законнымъ представителемъ (chi abbia diritto di presentare la querela stessa in vece del offeso) въ тотъ же срокъ, но со дня, когда ему объ этомъ стало извѣстно (§ 336 abs. 1); при прелюбодѣяніи мужъ долженъ принести жалобу въ теченіе трехъ мѣсяцевъ со дня, когда ему сдѣлалось о немъ извѣстно (§ 356).

Изъ разбираемыхъ уложеній голландское (§ 65) и норвежское (§ 78 abs. 3) въ общей части устанавливаютъ, къ кому переходитъ право жалобы въ случаѣ *смерти потерпѣвшаго*. Первое изъ нихъ указываетъ, что если потерпѣвшій умретъ до истеченія срока, установленнаго на подачу жалобы, жалоба можетъ быть принесена въ теченіе остающагося времени родителями, дѣтьми или супругомъ умершаго, развѣ бы было очевидно, что умершій не желалъ преслѣдованія. Правило это не примѣняется къ прелюбодѣянію (§ 241 abs. 3), которое такимъ образомъ вовсе не можетъ преслѣдоваться, если супругъ умеръ, не принеся жалобы. Кромѣ того въ голландскомъ уложеніи есть особыя постановленія о томъ, что въ случаѣ диффамаціи умершаго право жалобы принадлежитъ его супругу и родственникамъ въ прямой и боковой линіи до 2-й степени включительно (§ 270). Норвежское уложеніе постановляетъ, что въ случаѣ смерти потерпѣвшаго частное обвиненіе (Anklage) или жалоба (Strafantrag) могутъ быть предъявлены его супругомъ, родственниками въ прямой линіи, братьями и наслѣдниками. Этимъ же лицамъ, въ силу § 252, принадлежитъ право жалобы, когда оскорблена память умершаго.

Уложенія венгерское и итальянское и швейцарскій проектъ не содержатъ на этотъ счетъ опредѣленій въ общей части. Но первое изъ нихъ по поводу посягательствъ на

честь (Verleumdungen und Ehrenbeleidigungen) постановляетъ, что въ случаѣ, если эти дѣянія направляются противъ умершаго, право жалобы принадлежитъ его дѣтямъ, родителямъ, братьямъ или сестрамъ и супругу, и что къ тѣмъ же лицамъ переходитъ право жалобы, если дѣяніе было совершено при жизни потерпѣвшаго, который однако умеръ, не принеся жалобы (§ 273). Такимъ образомъ здѣсь наряду съ нормой, направленной на охрану піетета въ отношеніи умершихъ близкихъ, содержится норма о настоящемъ преемствѣ въ правѣ жалобы. Совершенно аналогичныя постановленія содержитъ § 400 итальянскаго уложенія, предоставляющій право жалобы въ случаѣ посягательства на память умершаго или въ случаѣ смерти оскорбленнаго до принесенія жалобы—его супругу, восходящимъ, нисходящимъ, братьямъ, сестрамъ, ихъ сыновьямъ, родственникамъ въ прямой линіи и ближайшимъ наслѣдникамъ (gli eredi immediati [1]). Швейцарскій проектъ предусматриваетъ лишь оскорбленіе памяти умершаго, предоставляя въ этомъ случаѣ право жалобы супругу, восходящимъ, нисходящимъ, братьямъ и сестрамъ умершаго (§ 131 abs. 2—и 132 abs. 6).

Всѣ разбираемые кодексы допускаютъ принципіально *отказъ отъ поданной жалобы*, но при различныхъ условіяхъ и въ различныхъ предѣлахъ, объ отказѣ же отъ права жалобы до ея подачи хранятъ молчаніе.

По венгерскому уложенію (§ 116) жалоба можетъ быть взята обратно до объявленія приговора, но при преступленіяхъ противъ цѣломудрія и свободы, предусмотрѣнныхъ въ §§ 232—237 и 317—321, однажды поданная жалоба вовсе не можетъ быть взята обратно (§§ 238 и 322); по швейцарскому проекту (§ 2 abs. 4)—до постановленія приговора судомъ первой инстанціи, по голландскому уложенію (§ 67)—

---

[1]) Правила о преемствѣ въ правѣ частнаго обвиненія, когда жалоба подана потерпѣвшимъ при жизни, содержатся въ судопроизводственныхъ уставахъ; ср., напр., § 94 норвежскаго уст. уг. суд. и § 49 венгерскаго уст. уг. суд. (Объясн. Зап. къ проекту нашего уст. уг. суд. т. I стр. 58).

въ теченіе восьми дней со дня подачи и лишь, по исключенію, при прелюбодѣяніи до начала судебнаго разбирательства по дѣлу (tant que l'examen à l'audience du tribunal n'est commencé—§ 241 ч. 4); по итальянскому уложенію—до вступленія приговора въ законную силу, ибо законъ (§ 88) говоритъ, что прощеніе погашаетъ уголовный искъ, но не прекращаетъ обвинительнаго приговора (extingue l'azione penale ma non fa cessare l'esecuzione della condanna); по исключенію при преступленіяхъ противъ цѣломудрія, указанныхъ въ §§ 331—335 этого уложенія, прощеніе обвиняемаго возможно лишь до начала судебнаго разбирательства (che fu aperto il debattimento—§ 336); напротивъ, при прелюбодѣяніи прощеніе прекращаетъ исполненіе наказанія и даже погашаетъ его послѣдствія (gli effeti penali), при чемъ смерть оскорбленнаго супруга приравнивается къ прощенію (§ 358). По норвежскому уложенію (§ 82) взятіе поданной жалобы обратно невозможно послѣ возбужденія уголовнаго обвиненія (nachdem die Anklage erhoben ist), но если жалоба направляется противъ родственниковъ или если дѣло идетъ о прелюбодѣяніи (§ 209), обольщеніи (§ 210) или о наказуемомъ нарушеніи договора найма (§§ 409—412), жалоба можетъ быть взята обратно и позже. При этомъ, хотя законъ не опредѣляетъ, до какого именно момента возможно взятіе жалобы, но въ виду того, что она является по норвежскому уложенію условіемъ возбужденія преслѣдованія, этотъ моментъ не можетъ быть отнесенъ далѣе, чѣмъ вступленіе приговора въ законную силу.

По всѣмъ разбираемымъ уложеніямъ отказъ отъ жалобы есть актъ односторонній, но итальянскій кодексъ (§ 88 ч. 3) и швейцарскій проектъ (§ 2 ч. 6) предоставляютъ обвиняемому право отвергнуть прощеніе потерпѣвшаго и требовать разсмотрѣнія дѣла.

Изъ разбираемыхъ уложеній лишь венгерское (§ 114) содержитъ особое постановленіе о случаѣ, когда *право жалобы принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ.* Въ силу этого постановленія каждый изъ управомоченныхъ осуществляетъ свое право самостоятельно и независимо отъ другихъ.

По вопросу *объ идеальной совокупности* оффиціальнаго и неоффиціальнаго преступленій въ общей части даетъ опредѣленіе также одно венгерское уложеніе (§ 111), постановляя, что за первое преслѣдованіе можетъ быть возбуждено ex officio, не смотря на неподачу жалобы на второе или отказъ отъ нея потерпѣвшаго. Еще дальше въ томъ же направленіи идетъ венгерское уложеніе въ постановленіяхъ о преступленіяхъ противъ цѣломудрія (§§ 232—237), допуская преслѣдованіе ex officio и этихъ, по общему правилу, неоффиціальныхъ преступленій не только въ случаѣ ихъ *идеальной совокупности* съ преступленіемъ оффиціальнымъ (ср. § 235 п. 1 и 239 п. 3), но и въ случаѣ ихъ *связи по времени или мѣсту* съ оффиціальнымъ преступленіемъ (§ 239 п. 2) [1]).

Итальянское уложеніе, не содержа по этому поводу постановленій въ общей части,—въ особенной части относительно преступленій противъ цѣломудрія (§§ 331—335) и самоуправства (§ 235) постановляетъ, что въ случаѣ идеальной ихъ совокупности съ преступленіемъ [2]), преслѣдуемымъ ex officio (quando il fatto sia accompagnato da altro delitto), преслѣдованіе и за эти вообще неоффиціальныя преступленія возбуждается безъ жалобы (§§ 235, 326).

Наконецъ, если норвежское уложеніе не содержитъ и подобныхъ постановленій, то зато, какъ мы видѣли, оно ставитъ возбужденіе уголовнаго преслѣдованія по цѣлому ряду преступленій въ зависимость или отъ жалобы потерпѣвшаго или отъ требованія интересовъ общежитія (dass allgemeine Rücksichten es fordern); несомнѣнно, что въ этихъ случаяхъ органы обвиненія могутъ усмотрѣть въ стеченіи такого преступленія съ другимъ, преслѣдуемымъ ex officio, такое обстоятельство, въ силу котораго интересы общежитія требуютъ преслѣдованія обоихъ преступленій.

---

[1]) Ср. S. Mayer „Das Ungarische Strafgesetzbuch“ 1878 г., стр. 190 и 196.

[2]) При преступленіяхъ противъ цѣломудрія необходимо, чтобы идеально конкуррирующее оффиціальное преступленіе было извѣстной тяжести—§ 336 ч. 3 п. I.

По вопросу о значеніи *измѣненія закона* о жалобѣ потерпѣвшаго опредѣленія содержатся лишь въ норвежскомъ уложеніи (§ 3 ч. 3 и 4). Именно, имъ постоновляется, что послѣ начатія въ законномъ порядкѣ уголовнаго преслѣдованія не принимается во вниманіе то обстоятельство, что позднѣйшій законъ предоставилъ обвиненіе потерпѣвшему или поставилъ уголовное преслѣдованіе въ зависимость отъ его жалобы. Если новый законъ установляетъ срокъ, въ теченіе котораго должна быть принесена жалоба или возбуждено частное обвиненіе, срокъ этотъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ начать своего теченія ранѣе вступленія въ силу этого новаго закона.

Вопроса о томъ, какое значеніе имѣетъ *иностранный законъ* о жалобѣ потерпѣвшаго, прямо касается венгерское уложеніе (§ 16) и швейцарскій проектъ (§ 5 ч. 2) и косвенно норвежское уложеніе (§ 13).

Первое предписываетъ примѣнять постановленія о жалобѣ потерпѣвшаго и къ дѣянію, учиненному за границей, какъ тогда, когда оно является преступленіемъ оффиціальнымъ по закону мѣста совершенія и неоффиціальнымъ по венгерскому закону, такъ и въ обратномъ случаѣ, т. е. когда оно по закону мѣста совершенія признается неоффиціальнымъ, а по закону венгерскому оффиціальнымъ: въ обоихъ случаяхъ такія преступленія не могутъ преслѣдоваться въ Венгріи ex officio. Швейцарскій проектъ воспрещаетъ преслѣдованіе безъ жалобы въ Швейцаріи преступленія, совершеннаго за границей и наказываемаго по иностранному закону не иначе, какъ по жалобѣ. Норвежское уложеніе для преслѣдованія въ Норвегіи иностранца, совершившаго преступленіе (въ техническомъ смыслѣ) за границей, требуетъ кромѣ наказуемости этого дѣянія по закону мѣста совершенія (nach den Gesetzen des Begehungsort stafbar—§ 12 п. 4 в.), возможности его преслѣдованія in concreto (ein Strafanspruch vorliegt—§ 12 ч. 2). Очевидно при такомъ противоположеніи Strafanspruch'a наказуемости подъ нимъ можно разумѣть лишь возможность предъявленія уголовнаго иска

въ конкретномъ случаѣ, а такая возможность безъ жалобы потерпѣвшаго отсутствуетъ [1]).

Разсмотрѣніе приведенныхъ постановленій венгерскаго, голландскаго, итальянскаго, норвежскаго уложеній и швейцарскаго проекта оправдываетъ, повидимому, выводъ, что жалоба по этимъ законодательствамъ является не условіемъ наказуемости дѣяній, а ***условіемъ возбужденія уголовнаго за нихъ преслѣдованія.*** На это указываютъ какъ систематическое положеніе и терминологія постановленій о жалобѣ, такъ и отдѣльныя опредѣленія этихъ кодексовъ. Такъ, венгерское уложеніе помѣщаетъ постановленія о жалобѣ въ IX раздѣлѣ, говорящемъ объ основаніяхъ, ***исключающихъ возбужденіе уголовнаго преслѣдованія*** (Einleitung des Strafverfahrens) и исполненіе наказанія и всюду говоритъ о преступленіяхъ, ***преслѣдуемыхъ*** (verfolgt) не иначе какъ по жалобѣ (§ 110), о возбужденіи производства (Strafverfahren) только по жалобѣ (§ 111), о прекращеніи производства (Einstellung des Verfahrens) въ случаѣ взятія жалобы назадъ (§ 116) и т. д. Равнымъ образомъ голландское уложеніе озаглавливаетъ соотвѣтственный титулъ VII „Подача жалобы и отказъ отъ нея въ случаяхъ преступленій, подлежащихъ ***преслѣдованію*** (poursuivis) не иначе какъ по жалобѣ“ и всюду употребляетъ, термины: преслѣдовать, преслѣдованіе (§§ 64 и 65). Итальянское уложеніе также озаглавливаетъ титулъ IX „О погашеніи ***уголовнаго иска*** и уголовныхъ приговоровъ“ и говоритъ, что прощеніе потерпѣвшаго при неоффиціальныхъ преступленіяхъ ***погашаетъ уголовный искъ*** (estingue l'azione penale). Норвежское уложеніе создаетъ для постановленій о жалобѣ особую главу (7), подъ заглавіемъ „***Уголовный искъ***“ (Die Strafklage), и также всюду говоритъ о преслѣдованіи, уголовномъ преслѣдованіи, обвиненіи и уголовномъ обвиненіи

---

[1]) Постановленія, наприм., итальянскаго уложенія о томъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ дѣянія, совершенныя за-границей, преслѣдуются не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго или по требованію иностраннаго правительства (§ 5 ч. 2), сюда не относятся, ибо они не дѣлаютъ различія, преслѣдуется ли дѣяніе по закону мѣста совершенія ex officio или лишь по жалобѣ потерпѣвшаго.

(Verfolgung, Strafverfolgung, Anklage, Strafanklage). Менѣе выдержанной является терминологія швейцарскаго проекта, который говоритъ о дѣяніи, *наказуемомъ* по жалобѣ (strafbar auf Antrag), и помѣщаетъ постановленія о ней въ главѣ (I) *о наказуемости* (Strafbarkeit).

Но важнѣе, конечно, чѣмъ систематика и терминологія кодексовъ, для разрѣшенія нашего вопроса самое содержаніе ихъ постановленій. И вотъ здѣсь мы видимъ, что всѣ они принимаютъ начало недѣлимости преслѣдованія и допускаютъ взятіе жалобы назадъ отнюдь не позднѣе вступленія приговора въ законную силу [1]), большинство же изъ нихъ отодвигаетъ этотъ моментъ до времени постановленія приговора (венгерское уложеніе и швейцарскій проектъ), къ открытію засѣданія по дѣлу (по голландскому уложенію при прелюбодѣяніи), къ моменту возбужденія уголовнаго преслѣдованія (норвежское уложеніе), къ истеченію восьми дней отъ дня подачи жалобы (голландское уложеніе) или даже вовсе его не допускаютъ для нѣкоторыхъ дѣяній (венгерское уложеніе). Если къ этому добавить, что за нѣкоторыя дѣянія допускается даже возбужденіе преслѣдованія ex officio, если они конкуррируютъ идеально съ преступленіемъ оффиціальнымъ (венгерское и итальянское уложенія), то можно считать достаточно обоснованнымъ выводъ, что новѣйшія законодательства придаютъ жалобѣ потерпѣвшаго процессуальное, а не матеріально-правовое значеніе [2]).

---

[1]) Исключеніе для прелюбодѣянія по итальянскому уложенію.

[2]) Къ этому же выводу относительно итальянскаго уложенія (тогда проекта) пришелъ S. Mayer „Der Entwurf eines Strafgesetzes für das Königreich Italien“ 1877, стр. 118.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Русское право.

I.

При разсмотрѣніи исторіи неоффиціальныхъ преступленій въ германскомъ и французскомъ правѣ мы видѣли, что надлежащая почва для ихъ возникновенія создается только тогда, когда уголовный законодатель, усвоивъ себѣ взглядъ на преступленія противъ частныхъ лицъ, какъ на дѣянія, подлежащія преслѣдованію и наказанію не только въ интересахъ этихъ лицъ, но и въ интересахъ публичныхъ, въ то же время успѣваетъ создать такой аппаратъ, при помощи котораго имѣется возможность преслѣдовать эти преступленія и независимо отъ воли потерпѣвшихъ.

Исторически въ континентальныхъ европейскихъ странахъ моментъ этотъ совпадаетъ съ распространеніемъ инквизиціонной формы процесса на посягательства противъ личныхъ и имущественныхъ правъ. При этомъ инквизиціонный процессъ захватываетъ въ свою сферу всѣ эти посягательства далеко не сразу. Долгое время наряду съ болѣе важными преступленіями, преслѣдуемыми ex officio и въ формахъ розыскного процесса, остается весьма большая область менѣе важныхъ проступковъ, которые продолжаютъ по прежнему преслѣдоваться по жалобѣ потерпѣвшихъ въ формахъ состязательнаго судопроизводства, тождественныхъ или сильно приближающихся къ формамъ процесса гражданскаго (напр. проступки, не влекующія, по изданному въ 1670 г. ордонансу, peine afflictive—во французскомъ правѣ, легкіе виды обиды—въ германскомъ правѣ XVIII ст.). Появленіе неоффиціальныхъ преступленій въ первой группѣ дѣяній констатируется изслѣдователемъ сравнительно легко, ибо здѣсь они сразу получаютъ ярко выраженное свойство

исключеній изъ общаго порядка преслѣдованія (напр. Antragsverbrechen Каролины, прелюбодѣяніе въ французскомъ правѣ XVII ст.). Напротивъ, эволюція второй группы дѣяній представляется гораздо болѣе сложной и менѣе легко поддающейся анализу. Проникновеніе въ эту область воззрѣній на преступленіе, какъ на посягательство на интересы общежитія, совершается гораздо позднѣе и перекрещивается съ тѣми идеями, которыя заставляютъ законодателя, не смотря на признаніе за извѣстными дѣяніями публичнаго характера, всетаки ставить преслѣдованіе ихъ въ зависимость отъ воли потерпѣвшаго. Вслѣдствіе этого изслѣдователю, встрѣчающему въ правѣ извѣстной эпохи рядъ сравнительно нетяжкихъ дѣяній, преслѣдуемыхъ не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго и къ тому же въ порядкѣ частнаго обвиненія, бываетъ весьма затруднительно рѣшить, что это за явленіе, есть ли это переживаніе прежнихъ delicta privata или неоффиціальныя преступленія, проникнутыя публичнымъ характеромъ, или быть можетъ явленіе смѣшанное, не чуждое чертъ той и другой категоріи. Съ особенной наглядностью указанная трудность выступаетъ въ отношеніи обиды.

Обращаясь отъ этихъ общихъ соображеній къ исторіи русскаго права, мы замѣчаемъ, что указанная выше эволюція формъ процесса, являющаяся необходимымъ условіемъ возникновенія неоффиціальныхъ преступленій, совершается здѣсь весьма поздно. Такъ, въ *уложеніи царя Алексѣя Михайловича* хотя инквизиціонная форма процесса (розыскъ) достигаетъ значительнаго развитія, она еще далеко не охватываетъ даже всѣхъ болѣе важныхъ преступленій противъ правъ частныхъ лицъ [1]), а самое ея примѣненіе ставится въ зависимость не только отъ свойства дѣянія, но и отъ способа его обнаруженія. Такъ, „разбойныя и татиныя дѣла“ (глава XXI улож.) принципіально вѣдаются въ разбойномъ приказѣ и производятся въ порядкѣ сыска, при чемъ примиреніе потерпѣвшихъ съ обвиняемыми не только

---

[1]) М. Ф. Владимирскій-Будановъ („Обзоръ исторіи русскаго права“ 1888 г. стр. 540) говоритъ, что „до Петра Великаго вообще надо признать еще состязательныя формы процесса общимъ явленіемъ, а слѣдственныя—исключеніемъ“.

не оказываетъ вліянія на ходъ дѣла, но даже влечетъ пеню для помирившихся истцовъ (уст. XXI ст. 1, 5, 31). Но если потерпѣвшій обвиняетъ какихъ либо людей въ тѣхъ же преступленіяхъ (въ татьбахъ и въ разбояхъ), но безъ поличнаго, безъ язычной молки и не по лихованнымъ обыскамъ, то дѣло отсылается въ судный приказъ и идетъ въ порядкѣ суда, которымъ обыкновенно вѣдаются гражданскія дѣла; то же самое имѣетъ мѣсто, если обвиняемый утверждаетъ, что поличное ему прикинули насильно и по сыску правильность поличнаго не подтвердится (улож. XXI ст. 49, 54). Равнымъ образомъ даже такое тяжкое преступленіе, какъ убійство, совершенное не при наѣздѣ или разбоѣ, подлежитъ гражданскому процессу, хотя и съ нѣкоторыми особенностями [1]). Очевидно, что при такомъ общемъ характерѣ преслѣдованія преступленій, то обстоятельство, что извѣстное дѣяніе преслѣдуется судомъ, а не сыскомъ, по иску потерпѣвшаго, а не ex officio, свидѣтельствуетъ не о томъ, что оно является преступленіемъ неоффиціальнымъ, а лишь о томъ, что публичное его значеніе еще не въ такой степени проникло въ сознаніе законодателя, чтобы онъ счелъ возможнымъ и необходимымъ создать для него особый аппаратъ преслѣдованія, дѣйствующій независимо отъ потерпѣвшаго.

Иной характеръ носитъ слѣдующій крупный памятникъ нашего законодательства—*воинскій уставъ* 1716 г. (П. С. З. № 3006). Онъ характеризуется уже полнымъ развитіемъ инквизиціонной формы процесса, которая имъ распространяется и на маловажные, сравнительно, проступки, разбиравшіеся ранѣе въ формѣ суда [2]) и даже на гражданскія дѣла, хотя и съ нѣкоторыми видоизмѣненіями. Однако воинскій уставъ, являющійся подражаніемъ западно-европейскимъ

---

[1]) Дмитріевъ „Исторія судебныхъ инстанцій“ 1859 г. стр. 360—361, 377; Сергѣевичъ „Лекціи и изслѣдованія по древней исторіи русскаго права 1894 г. стр. 364, 376—377. Впрочемъ сравненіе „суда“ съ современнымъ гражданскимъ процессомъ является лишь приблизительнымъ, ибо цѣлый рядъ гражданскихъ дѣлъ (крѣпостныя дѣла) рѣшался розыскомъ. См. Владимірскій-Будановъ стр. 534.

[2]) См. напр. главу XLII „О чинѣ и рангѣ фискальскомъ“ п. 2 „они долженствуютъ *во всѣхъ безгласныхъ дѣлахъ* и всякихъ преступленіяхъ, *какого бы оныя имени не были*, доносить“...

образцамъ [1]), распространенный за симъ на дѣла, производившіяся и въ общихъ (не военныхъ) судахъ (II. С. З. 3010), повидимому, не могъ быть съ полною послѣдовательностью проведенъ въ жизнь, почему уже въ 1723 г. (II. С. З. 4344, введ., ст. 1, 5 и друг.) законодатель долженъ былъ самъ отказаться отъ важнѣйшихъ его положеній и издать указъ о формѣ суда, возстановляющій и даже расширяющій примѣненіе состязательнаго начала къ уголовнымъ дѣламъ. Однако и этотъ законъ оказался мало практичнымъ почему уже въ 1724 г. появилось разъясненіе (II. С. З. 4607), изъемлющее изъ его дѣйствія дѣла доносительскія и фискальскія [2]). При такой быстрой смѣнѣ взглядовъ законодателя на основныя начала уголовнаго процесса практика и бытъ очевидно не могли поспѣвать за движеніемъ законодательства и продолжали въ значительной степени руководствоваться болѣе соотвѣтствовавшими уровню ихъ правового развитія нормами уложенія Алексѣя Михайловича [3]).

Но оставляя въ сторонѣ вопросъ о томъ, въ какомъ объемѣ и какъ скоро постановленія воинскаго устава о по-

---

[1]) Вопросъ о происхожденіи различныхъ частей воинскаго устава подвергся подробному изслѣдованію со стороны П. О. Бобровскаго („Происхожденіе Артикула Воинскаго и изображеніе процессовъ Петра Великаго по уставу воинскому 1716 г.“ С.П.Б. 1881 г.), который пришелъ къ выводу, что въ основаніе воинскаго артикула положенъ шведскій воинскій артикулъ Густава Адольфа въ редакціи 1683 г., изданный при Карлѣ XI (стр. 10), но что степени наказаній переработаны на основаніи датскаго, голландскаго, германскаго и французскаго законодательствъ (стр. 13—14). Болѣе сложнымъ является вопросъ о происхожденіи „Изображенія процессовъ“. Бобровскій считаетъ ихъ самостоятельной переработкой западно-европейскаго, преимущественно саксонскаго слѣдственнаго процесса (стр. 29—30). Ср. также Латкинъ „Учебникъ исторіи русскаго права“, 1899 г. стр. 524—525 Владимірскій-Будановъ стр. 246, 540.

[2]) Сергѣевичъ „Лекціи и изслѣдованія“ 1883 г., стр. 989—990; Латкинъ „Учебникъ“ стр. 524—525.

[3]) Н. С. Таганцевъ (стр. 198) высказываетъ мнѣніе, что воинскій уставъ въ отношеніи лицъ, не принадлежавшихъ къ воинскому званію, и de jure не отмѣнялъ дѣйствія уложенія, а долженъ былъ примѣняться одновременно съ нимъ. Ср. также Utin „Ueber die Ehrenverletzung nach Russischem Recht seit dem XVII Jahrhundert“ стр. 102; Неволинъ „Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ“ Полн. собр.

рядкѣ преслѣдованія преступленія проникли и утвердились въ практикѣ общихъ уголовныхъ судовъ, ибо этотъ вопросъ прямого отношенія къ нашей темѣ не имѣетъ, мы здѣсь не можемъ не отмѣтить, что въ воинскомъ уставѣ впервые мы встрѣчаемъ одно преступленіе, которое въ порядкѣ преслѣдованія приближается къ *неоффиціальнымъ преступленіямъ* дѣйствующаго права—*обиду*. Опредѣленія „патента о поединкахъ“ (гл. LXIX. В. У.) объ этомъ дѣяніи несомнѣнно оказали большое вліяніе на дальнѣйшее развитіе этого института въ нашемъ общемъ законодательствѣ и послужили даже источникомъ соотвѣтственныхъ постановленій свода 1832 г. Правда, А. К. фонъ-Резонъ полагаетъ, что обида по воинскому уставу является преступленіемъ оффиціальнымъ, ибо законъ „не только позволяетъ, но и приказываетъ потерпѣвшему принести немедленно жалобу“ [1]). Однако выводъ этотъ является едва ли правильнымъ. Патентъ о поединкахъ, предписывая обиженному того часа и безъ всякаго замедленія военному правосудію учиненныя себѣ обиды объявить (ст. 2), а также повелѣвая присутствующимъ при словесныхъ и дѣйствительныхъ ссорахъ и провѣдавшимъ о нихъ инымъ какимъ образомъ того часа сіе военному суду объявить (ст. 10). въ то же время разрѣшаетъ обиженному немедленно бить челомъ *или помириться* (ст. 8), назначая ему наказаніе лишь за промедленіе. Такимъ образомъ законодатель не требуетъ, чтобы каждая обида дѣлалась непремѣнно предметомъ судебнаго разбирательства—обиженному онъ предоставляетъ помириться съ обидчикомъ, не доводя дѣла до суда; но законодатель безусловно требуетъ, чтобы дѣло безъ всякаго промедленія было разрѣшено въ ту или другую сторону, при чемъ мотивомъ этого требованія является опасность, что обиженный прибѣгнетъ вмѣсто суда къ поединку. Объ этомъ свидѣтельствуетъ какъ помѣщеніе приведенныхъ нормъ

соч. т. V. стр. 266. Владимірскій-Будановъ (стр. 541—542) полагаетъ, что по первоначальной мысли законодателя примѣненіе „Краткаго изображенія процессовъ“ должно было ограничиваться военными судами и что лишь впослѣдствіи практика и законодательство распространили этотъ процессъ на другія уголовныя дѣла, а „судъ по формѣ“ былъ ограниченъ гражданскими дѣлами.

[1]) Фонъ-Резонъ стр. 30—31, 34.

въ главѣ LXIX воинскаго устава, именуемой „патентъ о поединкахъ и начатіи ссоръ“, предназначенной бороться съ развитіемъ дуэлей въ войскахъ, такъ и прямое указаніе ст. 10 на то, что цѣлью постановленій объ обидахъ является стремленіе законодателя, „чтобъ (обиженный) ни сколько причины не имѣлъ оную сатисфакцію самъ искать и отомстить“.

Такимъ образомъ нужно признать, что обида, по воинскому уставу дѣйствительно приближается къ современнымъ неоффиціальнымъ преступленіямъ. Законодатель, выставивъ вообще принципъ преслѣдованія ex officio всѣхъ преступленій и наказанія ихъ въ публичномъ интересѣ, усмотрѣлъ таковой и въ наказаніи обидъ, хотя интересъ этотъ здѣсь имъ понимался нѣсколько своеобразно: именно, при криминализаціи этого деликта законодатель кромѣ удовлетворенія потерпѣвшаго преслѣдовалъ главнымъ образомъ полицейскія цѣли предупрежденія другого преступленія (поединковъ) [1]), т. е., говоря языкомъ современной науки, разсматриваетъ обиду не какъ преступленіе, а какъ полицейское нарушеніе. Въ подтвержденіе того, что обида по воинскому уставу не остается простымъ delictum privatum, можно указать на обязанность присутствующихъ доносить о ссорахъ, свидѣтелями коихъ они были (ст. 10), и на суровыя наказанія уголовнаго характера, назначаемыя за различные виды обидъ (заключеніе, отставленіе отъ службы, вычетъ жалованья, наказаніе на тѣлѣ, кромѣ испрошенія прощенія у обидчика—ст. 2) [2]). Но вмѣстѣ съ тѣмъ обида не есть и оффиціальное преступленіе, ибо обиженному предоставлено, хотя только „немедленно“, помириться съ обидчикомъ и

---

[1]) Впрочемъ, законодатель въ этомъ случаѣ, повидимому, не былъ чуждъ и болѣе широкихъ воспитательныхъ задачъ– искорененія грубости нравовъ въ арміи, поднятія личности солдата и возвышенія достоинства воинскаго званія. Ср. Бобровскій „Военное право въ Россіи при Петрѣ Великомъ“ ч. II вып. 3 стр. 328, 348, 422, 427—431.

[2]) Въ другихъ мѣстахъ устава встрѣчаются и иныя наказанія: ударъ по щекѣ отъ профоса (арт. 145), отсѣченіе руки (арт. 146). пригвожденіе руки къ висѣлицѣ или прободеніе ножемъ (арт. 143), Ср. Бобровскій l. c. стр. 424. Сходныя наказанія назначаетъ и уставъ морской 13. Янв. 1720 г. (П. С. З. 3485) см. кн. Ч. V гл. XII, ст. 98—100.

этимъ сдѣлать невозможнымъ его преслѣдованіе и наказаніе [1]).

Однако кромѣ обиды мы напрасно стали бы искать другихъ неоффиціальныхъ преступленій въ воинскомъ уставѣ. Основныя его тенденціи, какъ и вообще тенденціи Петровскаго законодательства, были весьма мало благопріятны развитію института жалобы потерпѣвшаго. Сознательный отказъ государства отъ преслѣдованія извѣстныхъ преступленій въ интересахъ потерпѣвшаго предполагаетъ высокое уваженіе къ человѣческой личности и готовность жертвовать въ извѣстныхъ случаяхъ ради ея интересовъ интересами публичными. Нашъ же Великій Преобразователь слишкомъ былъ увлеченъ планами возрожденія Россіи, чтобы при ихъ осуществленіи, требовавшемъ колоссальнаго труда, считаться съ интересами личности и отступать предъ ними въ своей государственной работѣ. Съ другой стороны и исполнители его предначертаній также не были воспитаны въ принципахъ уваженія къ человѣческой личности. Наконецъ, и шведскіе и нѣмецкіе образцы, которымъ слѣдовало уголовное законодательство Петра Великаго, не могли натолкнуть редакторовъ воинскаго устава на мысль о неоффиціальныхъ преступленіяхъ. Поэтому даже такія преступленія, какъ изнасилованіе и прелюбодѣяніе по воинскому уставу преслѣдовались ex officio [2]).

Что же касается разобранныхъ выше постановленій объ обидахъ, то они появились въ уставѣ, надо думать, не въ виду желанія законодателя пощадить потерпѣвшаго и избавить его отъ грубаго вмѣшательства власти въ дѣло, ка-

---

[1]) Латкинъ (стр. 518) говоритъ, что судоговореніе по воинскимъ процессамъ начиналось *по частной жалобѣ (напр. при личныхъ обидахъ)* или по предписанію военнаго начальства.

[2]) Положеніе это относительно прелюбодѣянія подтверждается толкованіемъ на арт. 170 главы XX, въ силу коего просьба невиннаго супруга за прелюбодѣйную супругу и примиреніе съ ней служитъ основаніемъ лишь къ умаленію наказанія (отголосокъ германской практики XVII столѣтія; см. выше стр. 95) То же положеніе, по справедливому указанію г. фонъ-Резона (стр. 31—32), подтверждается инструкціей земскимъ фискаламъ 31 декабря 1719 г. (П. С. З. 3479), предписывающей имъ доносить, между прочимъ, о насильствѣ и прелюбодѣйствѣ и вспомогать, чтобы оной (преступникъ) по Его Царскаго Величества Уложеніямъ и Уставамъ былъ наказанъ (п. 6).

сающееся его чести, а какъ не вполнѣ сознательный результатъ борьбы между прежними воззрѣніями на это дѣяніе, какъ на гражданское правонарушеніе, и стремленіемъ провести и здѣсь государственно-полицейскую точку зрѣнія.

Начала воинскаго устава, хотя и не сразу вошли въ жизнь, но все же послужили исходнымъ пунктомъ для дальнѣйшаго движенія уголовнаго законодательства. Именно: въ памятникахъ Екатерининскаго времени, въ *уставѣ благочинія* 8 апрѣля 1782 г. (П. С. З. 15379) и въ *манифестѣ о поединкахъ* 21 апрѣля 1787 г. (II. С. З. 16535) мы встрѣчаемся съ тѣми же принципами при преслѣдованіи преступленій вообще и обидъ въ частности, что и въ воинскомъ уставѣ.

Именно, уставъ благочинія предписываетъ частному приставу имѣть бдѣніе, чтобы уголовныя преступленія не оставались безъ наказанія, не смотря на лицо (ст. 88), для чего приставъ, по выслушаніи жалобы, прошенія, увѣдомленія, извѣщенія или донесенія о законопротивности въ его части, не мѣшкавъ ни мало, словесно изслѣдуетъ, стараясь прилежно о узнаніи истины (ст. 99). Поэтому, буде учинилось уголовное преступленіе, и кто кѣмъ въ которой части города найденъ въ уголовномъ преступленіи, то должно уголовнаго преступника отдать частному приставу, онъ же долженъ его допросить на мѣстѣ. Буде же кто уголовнаго преступника имать не станетъ, либо пойманнаго не отдастъ, или объ уголовномъ преступленіи или уголовномъ преступникѣ не увѣдомитъ частнаго пристава, о томъ частный приставъ предложитъ управѣ благочинія, да изслѣдуетъ, его ли виною не представленъ или не увѣдомленъ частный приставъ (ст. 100). Ясно, что въ этихъ постановленіяхъ уставъ благочинія устанавливаетъ общій принципъ возбужденія за всѣ преступленія уголовнаго преслѣдованія ex officio частнымъ приставомъ, который обязанъ, въ качествѣ слѣдователя допрашивать обвиняемаго и свидѣтелей, чинить прочія производства для утвержденія доказательствъ (ст. 102), брать уголовнаго преступника подъ стражу (ст. 104) и производить рядъ иныхъ слѣдственныхъ дѣйствій (ст. 105). Въ частности, среди преступленій, которыя долженъ преслѣдовать частный приставъ, законъ указываетъ рядъ дѣяній, которыя по уложенію Алексѣя Михайловича несомнѣнно болѣе или

менѣе приближались къ гражданскимъ правонарушеніямъ и вѣдались судомъ. Такъ, сюда относятся злостный ущербъ или убытокъ (ст. 227 п. 4), насильное завладѣніе недвижимаго имѣнія (ст. 230 п. 8), увѣчье и раны (ст. 225 п. 2), письма или сочиненія ругательныя (ст. 220 п. 11), разсѣваніе лжи и клеветы (ст. 230 п. 9) [1]). Такимъ образомъ принципъ преслѣдованія преступленій ex officio въ формахъ инквизиціоннаго процесса проведенъ въ уставѣ благочинія весьма послѣдовательно и далеко. Если къ этому добавить, что законодательство Екатерины II, проникшееся идеями Монтескье и Беккаріи, не могло уже въ такой степени игнорировать интересы личности, какъ законодательство предшествующей эпохи, то станетъ ясно, что къ этому времени созрѣла потребность въ установленіи въ законѣ изъятія для извѣстныхъ дѣяній изъ принципа преслѣдованія ex officio.

Этой потребности въ извѣстной мѣрѣ и удовлетворяетъ манифестъ о поединкахъ, устанавливающій преслѣдованіе обидъ не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго [2]). Къ сожалѣнію, манифестъ слишкомъ тѣсно примыкаетъ къ Петровскому патенту о поединкахъ, почему его постановленія проникнуты до извѣстной степени той же полицейской точкой зрѣнія, и это нѣсколько затемняетъ истинный характеръ жалобы потерпѣвшаго при обидахъ. Манифестъ, разсматривая обиды въ связи съ дуэлями и мѣрами къ предупрежденію послѣднихъ, дѣлитъ ихъ на простыя и тяжкія (ст. 16 и 18) [3]). Тяжкія обиды преслѣдуются искомъ уголовнымъ или гражданскимъ (ст, 19—20). Искъ въ обидѣ какъ гражданскій, такъ и уголовный можетъ учинить лишь самъ обиженный, его повѣренный, да родители за малолѣтнихъ

---

[1]) Пасквили и клевета и по воинскому уставу, въ противоположность обидамъ, повидимому, преслѣдовались ex officio и не допускали примиренія до суда (воинск. арт., глава XVIII арт. 149 и 151). Здѣсь можно видѣть отголосокъ германскаго законодательства и практики XVI—XVII в.в., установившихъ преслѣдованіе пасквилей ex officio; см. выше стр. 96 – 97. Ср. Utin стр. 105, Духовской „Понятіе клеветы“ 1873 г, стр. 210—213.

[2]) Ср. фонъ-Резонъ стр. 34.

[3]) Здѣсь впервые въ нашемъ законодательствѣ появляется это дѣленіе, давно усвоенное западно-европейскимъ правомъ. Бобровскій стр. 425, 434—435. Неволинъ т. V стр. 268.

дѣтей, опекунъ за питомца или хозяинъ за служителя (ст. 22—23). Примиреніе до предъявленія иска погашаетъ право иска (ст. 21); равнымъ образомъ и послѣ возбужденія преслѣдованія учинившему личный искъ уголовный не запрещается отъ него отстать (ст. 19). Хотя независимо отъ обиженнаго и присутствующій или услышавшій объ обидѣ (посредникъ) долженъ, въ случаѣ неудавшейся попытки примирить поссорившихся, по истеченіи трехъ дней объявить военному начальству, городничему или земскому исправнику, но цѣлью такого объявленія, въ противоположность воинскому уставу, является уже не возбужденіе уголовнаго преслѣдованія противъ обидчика и обиженнаго [1]), а учрежденіе присмотра за поссорившимися и предотвращеніе вызова на поединокъ (ст. 27). Наконецъ, манифестъ устанавливаетъ особый давностный срокъ [2]) для иска за обиду—годичный при обидѣ словомъ или письмомъ и двухгодичный при обидѣ дѣйствіемъ (ст. 25). Такимъ образомъ манифестъ расширяетъ, сравнительно съ воинскимъ уставомъ, право обиженнаго жаловаться или не жаловаться, не заставляя его вопросъ этотъ рѣшать немедленно и принимая лишь предупредительныя мѣры противъ возможности дуэли.

Послѣдующее наше законодательство, вплоть до изданія уложенія о наказаніяхъ 1845 года, не внесло ничего новаго въ вопросъ о неоффиціальныхъ преступленіяхъ. *Сводъ законовъ* 1832 г. ограничился кодификаціей тѣхъ положеній, какія имѣлись въ воинскомъ и морскомъ уставахъ, уставѣ благочинія, и манифестѣ о поединкахъ (какъ это видно изъ подстатейныхъ ссылокъ и содержанія ст. 367—388 и ст. 792—793 и 798 т. XV). Но вмѣстѣ съ тѣмъ, въ виду систематическаго изложенія нормъ матерьяльнаго права и процесса, начало преслѣдованія преступленій ex officio и

---

[1]) По воинскому уставу присутствовавшій при обидѣ долженъ былъ объявить военному суду (ст. 10 патента о поединкахъ).

[2]) Срокъ этотъ, отличаясь отъ давностнаго десятилѣтняго срока, установленнаго въ манифестѣ 1775 г. (П. С. З. 14275 ст. 44) для всѣхъ другихъ преступныхъ дѣяній (Таганцевъ стр. 1418—1419, Саблеръ „О значеніи давности въ уголовномъ правѣ“ 1872 г. стр. 30), нѣсколько приближается по своему характеру къ германскому Antragsfrist.

изъятіе для обидъ изъ этого начала здѣсь выступаютъ съ большею рельефностью. Именно, ст. 798 т. XV свода устанавливаетъ, что „не запрещается истцу и по принесеніи жалобы мириться съ отвѣтчикомъ въ искѣ (объ ущербѣ); но сей миръ не прекращаетъ ни слѣдствія, ни суда уголовнаго въ отношеніи самого преступленія. Изъ сего общаго правила постановляется *одно изъятіе* въ дѣлахъ о тяжкой обидѣ, производимыхъ уголовнымъ порядкомъ. Въ дѣлахъ сего рода миръ прекращаетъ дѣло, но только тогда, когда съ обидою не сопряжено другое уголовное преступленіе“ [1]). Что касается ст. 377 и 379, то онѣ лишь повторяютъ постановленія ст. 19 и 21 манифеста о правѣ обиженнаго послѣ предъявленія уголовнаго иска отъ него „отстать“ и учинить искъ гражданскій, а также помириться съ обидчикомъ до предъявленія иска.

Другихъ неоффиціальныхъ преступленій сводъ 1832 г. не знаетъ, и даже такія преступленія, какъ растлѣніе и изнасилованіе (ст. 675), пасквили (ст. 385) и клевета (ст. 388) продолжаютъ преслѣдоваться ex officio [2]).

Слѣдующимъ и притомъ наиболѣе крупнымъ этапомъ въ развитіи неоффиціальныхъ преступленій является уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. Но прежде чѣмъ перейти къ анализу постановленій этого памятника по интересующему насъ вопросу, постановленій, остающихся всецѣло нынѣ дѣйствующимъ правомъ, нужно нѣсколько остановиться на тѣхъ законодательныхъ работахъ начала XIX в., которыя, хотя и не получили силы закона, но все же послужили во многихъ отношеніяхъ матеріаломъ для уложенія [3]) и въ

---

[1]) Ср. Баршевъ „Основанія уголовнаго судопроизводства“ 1841 г. стр. 62.

[2]) Г. фонъ-Резонъ (стр. 35) относитъ кромѣ того къ неоффиціальнымъ преступленіямъ свода 1832 г. непослушаніе и оскорбленіе дѣтьми родителей (ст. 655—659) и проступки (кромѣ уголовныхъ) и вины крѣпостныхъ противъ помѣщиковъ (ст. 394), но дѣянія эти не разсматривались въ порядкѣ уголовнаго судопроизводства и соотвѣтственныя статьи закона опредѣляютъ предѣлы и порядокъ осуществленія дисциплинарной власти родителей и помѣщиковъ.

[3]) См. „Краткое обозрѣніе хода работъ и предположеній по составленію новаго кодекса законовъ о наказаніяхъ“ 1846 г. стр. 27, 52, 55.

частности опредѣлили постановку въ немъ неоффиціальныхъ преступленій. Мы имѣемъ въ виду проектъ уголовнаго кодекса, составленный Якобомъ въ 1812 г. [1]), переработанный затѣмъ и изданный въ 1813 г. подъ именемъ *„Проекта уголовнаго уложенія Россійской Имперіи“*.

Проектъ 1813 г., впервые создавая особый отдѣлъ общихъ положеній въ уголовномъ кодексѣ (часть первая: „Основанія уголовнаго права“), вводитъ въ нихъ и постановленія о неоффиціальныхъ преступленіяхъ. Въ § 94 среди причинъ, по которымъ производство дѣла надъ поосудимымъ и наказаніе уничтожаются, указано (4) прощеніе въ нѣкоторыхъ случаяхъ отъ обиженнаго или молчаніе онаго, при чемъ § 104 поясняетъ, что это относится къ „частнымъ преступленіямъ, которыя не сопровождались вредомъ или опасностью для другихъ“, а § 106—что преступленія, за кои наказанія вышеуказаннымъ образомъ прекращены, „вновь не изслѣдуются и не судятся“. Вмѣстѣ съ тѣмъ проектъ, слѣдуя манифесту о поединкахъ и нѣмецкимъ законодательствамъ, устанавливаетъ особый срокъ, погашающій искъ потерпѣвшаго, отличный отъ обыкновенной десятилѣтней давности (§ 94 п. 3 и § 101). Срокъ этотъ, создающій презумпцію прощенія, въ общей части опредѣляется въ два года (§ 105), но въ особенной для отдѣльныхъ преступленій сокращается: до шести недѣль при обидахъ (§ 442), до трехъ дней при изнасилованіи (§ 481), до года при прелюбодѣяніи (§ 486) и исчисляется, въ противоположность давностному, не отъ событія преступленія (§ 103), а отъ того момента, когда обиженному сдѣлалось извѣстно о преступленіи и онъ получилъ возможность подать жалобу [2]). Если къ этому прибавить, что проектъ въ третьей своей части отно-

---

[1]) Проектъ этотъ былъ Якобомъ изданъ на нѣмецкомъ языкѣ въ Halle въ 1818 г. подъ заглавіемъ „Entwurf eines Criminal-Gesetzes für das Russische Reich von Ludwig Heinrich von Jakob“. Самъ Jakob состоялъ съ 1787 по 1806 г. профессоромъ университета въ Halle, засимъ былъ приглашенъ въ харьковскій университетъ, а съ 1810 г. участвовалъ въ коммиссіи составленія законовъ и былъ начальникомъ ея уголовнаго отдѣленія и составителемъ ея уголовнаго уложенія. См. проф. Н. С. Таганцевъ стр. 207.

[2]) § 105 постановляетъ, что „прощеніе отъ обиженнаго предполагается, когда онъ *завѣдомо* объ учиненной ему обидѣ не подалъ

сить цѣлый рядъ преступленій, какъ-то раны и увѣчья безъ отягчающихъ обстоятельствъ (§ 411), обиды (§ 438), общимъ постановленіямъ о которыхъ подчинены клевета и пасквиль (§ 456—462), изнасилованіе женщины (479), прелюбодѣяніе (§ 483—484) и воровство между родственниками и супругами (§ 531)—къ числу неоффиціальныхъ, то станетъ ясно, что проектъ впервые въ нашемъ правѣ, хотя и подъ прямымъ вліяніемъ иностранныхъ законодательствъ [1]) сдѣлалъ попытку развить отрывочныя постановленія нашихъ законовъ о жалобѣ потерпѣвшаго при обидахъ въ цѣлый институтъ. Естественно поэтому, что проектъ 1813 г. сдѣлался исходнымъ пунктомъ дальнѣйшаго движенія нашего законодательства въ этомъ вопросѣ и что большинство его постановленій было положено въ основаніе соотвѣтственныхъ нормъ уложенія о наказаніи 1845 г.

Посмотримъ же, какой характеръ придаетъ неоффиціальнымъ преступленіямъ проектъ 1813 года. Хотя проектъ исходитъ изъ мысли о преслѣдованіи всѣхъ указанныхъ въ немъ преступленій въ порядкѣ уголовнаго судопроизводства и о наказаніи ихъ уголовными взысканіями, тѣмъ не менѣе онъ признаетъ, что многіе изъ нихъ наказываются въ интересахъ исключительно частныхъ лицъ. Это видно изъ того, что онъ дѣлитъ преступленія на государственныя, общественныя и *частныя* (§ 2), при чемъ частное преступленіе имъ опредѣляется какъ то, которымъ нарушаются *токмо права или безопасность одного или нѣсколькихъ частныхъ лицъ*. Оно бываетъ сопровождаемо или не сопровождаемо опасностью (§ 5). Въ послѣднемъ случаѣ, т. е. если „частное преступленіе не сопровождается опасностью“, или какъ выражается проектъ въ другомъ мѣстѣ (§ 104), вредомъ или опасностью для другихъ, оно можетъ быть прекращено прощеніемъ отъ обиженнаго лица и до начатія уголовнаго преслѣдованія и послѣ такового (§§ 104—106;

жалобы въ теченіе двухъ годовъ въ подлежащее мѣсто“. Еще опредѣленнѣе § 442: при изнасилованіи необходимо начать искъ въ теченіе трехъ дней *по освобожденіи отъ насилія* (§ 481).

[1]) См. Таганцевъ стр. 207—208; въ выборѣ дѣяній, отнесенныхъ проектомъ къ числу неоффиціальныхъ, можно, повидимому, усмотрѣть вліяніе Прусскаго Земскаго Права 1796 г.; см. выше стр. 98.

ср. также §§ 438, 486, 531). Такимъ образомъ при неоффиціальныхъ преступленіяхъ право наказанія въ сущности принадлежитъ не государству, а потерпѣвшему, что ихъ сильно сближаетъ съ delicta privata. Эта основная черта института жалобы, какъ мы увидимъ ниже, была сохранена и въ уложеніи 1845 г. [1]).

Правда, какъ видно изъ „Краткаго обозрѣнія хода работъ", составители *уложенія о наказаніяхъ* какъ будто отвергали возможность существованія преступленій, не посягающихъ на общественный порядокъ, [2]) но это ихъ убѣжденіе не получило осуществленія ни въ текстѣ проекта уложенія, ни въ окончательномъ его текстѣ, усвоившемъ себѣ институтъ жалобы съ тѣмъ основнымъ характеромъ, который ему придалъ проектомъ 1813 года. Равнымъ образомъ кругъ неоффиціальныхъ преступленій, намѣченный проектомъ (раны и увѣчія, оскорбленія чести, изнасилованіе, прелюбодѣяніе, семейная кража) былъ усвоенъ и далѣе расширенъ уложеніемъ 1845 г. Напротивъ, институтъ особаго срока, погашающаго право жалобы и отличнаго отъ обыкновенной уголовной давности, не перешелъ въ уложеніе, составители котораго предпочли для всѣхъ преступленій (а не только не-

---

[1]) Составители проекта 1844 г. по поводу неоффиціальныхъ преступленій не ссылаются на проектъ 1813 г. и основываютъ ст. 162, содержащую общія опредѣленія о неоффиціальныхъ преступленіяхъ, на ст. 416 Св. Зак. Угол., говорящей о томъ, что нѣтъ иска, если кто съ кѣмъ въ обидѣ помирился.

[2]) Нѣтъ сомнѣнія, говорится въ этомъ обозрѣніи (стр. 78—79), что, смотря съ теоретической точки зрѣнія, преступленія могутъ раздѣляться на вредныя или для всего общества, или же для однихъ частныхъ лицъ; но въ практикѣ сіе едва ли нужно или полезно. Въ прежнее время, т. е. по юриспруденціи Среднихъ вѣковъ, признавались преступленіями противъ Государства всѣ тѣ, которыя были преслѣдуемы per inquisitionem слѣдственнымъ порядкомъ, по самой силѣ закона, не ожидая, чтобы отъ лица обиженнаго принесена была жалоба; преступленіями противъ частныхъ лицъ признавались тѣ, о которыхъ искъ могъ быть производимъ и наказаніе опредѣляемо единственно по принесенной отъ потерпѣвшаго лица жалобѣ (accusation). Такая теорія была основана на началахъ частію Римскаго, частію же Каноническаго Права. Въ наше время положеніе вещей совершенно измѣнилось. *Теперь всѣ преступленія преслѣдуются самою силою закона*, и потому всѣ они, въ семъ отношеніи, должны почитаться преступленіями противъ общественнаго порядка.

оффиціальныхъ) установить, въ зависимости отъ тяжести грозящаго наказанія, нѣсколько давностныхъ сроковъ [1]).

Итакъ, составители проекта уложенія о наказаніяхъ 1844 г. въ общемъ послѣдовали проекту 1813 г. и лишь во время обсужденія его въ коммиссіи или въ общемъ собраніи государственнаго совѣта [2]) въ эти постановленія было введено одно существенное измѣненіе. Именно, къ ст. 162 проекта, гласящей: „Когда преступленіе или проступокъ такого рода, что оныя на основаніи законовъ не иначе могутъ подлежать вѣдѣнію и разсмотрѣнію суда, какъ вслѣдствіе жалобы, обиженнымъ или оскорбленнымъ чрезъ то противозаконное дѣяніе частнымъ лицомъ приносимой, то приговоръ о наказаніи виновнаго отмѣняется, если принесшій жалобу примирится съ виновнымъ прежде исполненія приговора“,— было прибавлено „Изъ сего исключаются лишь особенные въ статьяхъ 426, 1998, 1999—2005. 2007, 2027. 2028, 2040—2042 сего уложенія означенныя случаи [3]) и такимъ образомъ впервые былъ созданъ въ нашемъ правѣ особый разрядъ неоффиціальныхъ преступленій, не допускающихъ примиренія.

Слѣдующимъ крупнымъ этапомъ въ развитіи неоффиціальныхъ преступленій у насъ являются *судебные уставы* 20 ноября 1864 г., ибо уставъ уголовнаго судопроизводства, создавъ обвинительный процессъ. тѣсно связалъ тѣ изъ неоффиціальныхъ преступленій, которыя допускаютъ примиреніе, съ институтомъ частнаго обвиненія и подчинилъ преслѣдованіе тѣхъ, которыя не допускаютъ примиренія, общему перядку публичнаго обвиненія, чѣмъ увеличилъ разстояніе между этими двумя разновидностями.

Дальнѣйшее движеніе нашего законодательства не внесло уже крупныхъ перемѣнъ въ изслѣдуемый институтъ, который и по нынѣ дѣйствующему праву представляется при-

---

[1]) См. проектъ 1844 г. ст. 163, стр. 48. Въ объясненіяхъ къ этой статьѣ годичный и двухлѣтній сроки, погашавшіе иски за обиду, трактуются какъ давностные

[2]) Къ сожалѣнію, журналы Государственнаго Совѣта остались для насъ недоступны. См. однако „Краткое обозрѣніе“ стр. 136—137.

[3]) Нынѣ преступленія, предусмотрѣнныя ст. 395 (соотвѣтствующей 426 изд. 1845 г) и 1542—1543 (соотвѣт. 2027—2028 того же изд.), преслѣдуются ex officio и упоминанія о нихъ въ ст. 157 (соотвѣтств. ст. 162) не содержится.

близительно въ томъ же видѣ, въ какомъ онъ былъ созданъ уложеніемъ 1845 года [1]).

II.

Уложеніе о наказаніяхъ и уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, относятъ къ числу неоффиціальныхъ слѣдующія преступленія:

1. Прелюбодѣяніе (ст. 1585 улож. о наказ.).

2. Изнасилованіе, растлѣніе и обольщеніе дѣвицъ или женщинъ, когда совершеніе преступленія не имѣло послѣдствіемъ смерти изнасилованной или растлѣнной (примѣч. къ ст. 1532).

3. Различные виды похищенія замужнихъ женщинъ (ст. 1580—1582 улож. о наказ.).

4. Похищеніе женщины для вступленія съ нею въ бракъ, а также принужденіе ко вступленію въ бракъ насиліемъ, или угрозами, или приведеніемъ въ безсознательное состояніе, или обманомъ (ст. 1549—1551 улож. о наказ.).

5. Сообщеніе происходящей отъ непотребства болѣзни (ст. 103 и 18 уст. о наказ.).

6. Нанесеніе легкихъ ранъ или увѣчья и причиненіе неважнаго по степени своей вреда здоровью, а равно и нанесеніе увѣчья или раны, независимо отъ тяжести, по неосторожности (примѣч. 1 къ ст. 1496 улож. о наказ.), если эти поврежденія не нанесены при эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ или пароходныхъ сообщеній (примѣч. 3 къ ст. 1496 улож. о наказ.).

7. Нанесеніе однимъ супругомъ другому ранъ, увѣчья, тяжкихъ побоевъ и другихъ истязаній или мученій, когда упомянутыя насилія не имѣли послѣдствіемъ смерти потерпѣвшаго супруга или же лишеніе его разсудка, зрѣнія, слуха, языка или одного изъ членовъ тѣла (примѣч. 2 къ ст. 1496) [2]), если эти поврежденія не нанесены при эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ сообщеній (прим. 3 къ ст. 1496).

8. Насиліе и самоуправство (ст. 142 и 18 уст. о наказ.).

---

[1]) Впрочемъ, все это время продолжала дѣйствовать тенденція къ увеличенію числа этихъ дѣяній. См. Н. Стояновскій „Практическое руководство къ русскому уголовному судопроизводству“ 1858 г. стр. 89—91, фонъ-Резонъ, стр. 36—38.

[2]) Сенатъ (рѣш. уг. касс. деп. 1877 г. № 35) относитъ сюда и противозаконное лишеніе свободы супруга, распространительно толкуя это примѣчаніе, что едва ли правильно.

9. Личныя обиды (ст. 1534 улож. о наказ. и примѣч. къ ней, ст. 130—135 и 18 уст. о наказ.).

10. Клевету (ст. 1535, 1539 и примѣч. къ ст. 1539 улож. о наказ., 136 и 18 уст. о наказ.), разглашеніе чужихъ тайнъ (ст. 137 и 18 уст. о наказ.), опозореніе и злословіе въ печати (ст. 1039—1040 и примѣч. къ ст. 1539 улож. о наказ.).

11. Угрозы вымогательныя и простыя, а также принужденіе (примѣч. къ ст. 1548 улож. о наказ., ст. 139—141 и 18 уст. о наказ.) [1]).

12. Кражу, мошенничество и присвоеніе между родителями и дѣтьми и между супругами (примѣч. къ ст. 1664 и 1675 улож. о наказ. и ст. 19 уст. о наказ.).

13. Различные виды присвоенія ученой и художественной собственности (ст. 1683—1685 улож.).

14. Поддѣлку торговыхъ клеймъ и знаковъ и примыкающія къ ней дѣянія (законъ 26 февраля 1896 г. отд. III ст. 1, измѣняющій и дополняющій главу 14 разд. VIII улож.) [2]).

15. Истребленіе и поврежденіе чужого движимаго имущества или же лѣса, садовъ, огородовъ и проч., когда никто отъ этого не подвергался опасности (прим. къ ст. 1625 улож. о наказ., 152—153[2] и 18 ст. уст. о наказ.).

16. Различные виды самовольнаго пользованія чужою недвижимостью (ст. 145, 146[1], 147—151 и 18 уст. о наказ.) и различные виды похищенія чужого лѣса и самовольной порубки (ст. 155, 156 и 158 п. 1—5 и 18[1] уст. о наказ.).

17. Упорное неповиновеніе родительской власти со стороны дѣтей, развратное поведеніе и другіе явные пороки, вступленіе въ бракъ безъ разрѣшенія родителей или опе-

---

[1]) Государственная Дума въ засѣданіи 29 мая 1908 г. приняла проектъ министерства юстиціи о преслѣдованіи ex officio болѣе тяжкихъ видовъ угрозы.

[2]) Практика Сената (рѣш. уг. касс. деп. 1898 г. № 4) распространила по аналогіи начало неоффиціальности преслѣдованія также на нарушеніе чужой привиллегіи на изобрѣтеніе (ст. 1353 улож. о нак.), ссылаясь на существо и смыслъ привиллегіи и на законъ 26 февраля 1896 г. о товарныхъ знакахъ—пріемъ едва ли правильный. Взглядъ, аналогичный взгляду сената, ранѣе былъ высказанъ г. Арефой („Частныя и часто-общественныя преступленія по русскому праву“ Жур. Гр. и Уг. Пр. 1878 г. № 4, стр. 43—44), который его подкрѣплялъ ссылками на ст. 129 и 160—161 уст. фабр. и относилъ къ неоффиціальнымъ преступленіямъ также самовольное воспроизведеніе рисунковъ или моделей (ст. 1357)

куновъ, отказъ родителямъ въ алиментахъ (ст, 1562, 1566 и 1567 улож. о нак. и ст. 143 и 18 уст. о наказ.).

18. Притѣсненіе судовщиковъ со стороны прибрежныхъ жителей (ст. 84 и 18 уст. о наказ.).

19. Неповиновеніе, непочтительность и развратную жизнь купеческихъ приказчиковъ и сидѣльцевъ, подрывъ ими кредита хозяина разглашеніемъ тайнъ или другими дѣйствіями, нарушеніе ремесленниками своихъ обязанностей по отношенію къ заказчикамъ, причиненіе имъ ущерба и проч. (ст. 1185, 1187, 1364—1367 улож. о наказ.), проступки малолѣтнихъ ремесленниковъ, неплатежъ ремесленными мастерами платы подмастерьямъ и невыдачу аттестата (ст. 1377, 1381—1382 улож. о наказ.).

20. Заключеніе сельскимъ рабочимъ договора найма, завѣдомо для него невыполнимаго (ст. 51^3 и 18 уст. о нак.).

21. Преступленія, совершенныя русскимъ подданнымъ за границей противъ верховной власти или противъ правъ подданныхъ иностраннаго государства (ст. 174 улож. о нак.) [1]).

Всѣ перечисленныя преступленія, подобно неоффиціальнымъ преступленіямъ германскаго права, могутъ быть раздѣлены на *относительно* и *абсолютно неоффиціальныя*. Къ первой категоріи относятся: нанесеніе однимъ супругомъ другому тѣлесныхъ поврежденій средней тяжести, преслѣдуемыхъ ex officio между посторонними (примѣч. 1 и 2 къ ст. 1496 улож. о наказ.), и кража, мошенничество и растрата между супругами (ст. 1664 и 1675 ул. и ст. 19 уст. о нак.), остальныя же должны быть отнесены ко второй категоріи [2]).

Большее значеніе имѣетъ дѣленіе неоффиціальныхъ преступленій на *недопускающія примиренія* принесшаго жа-

---

[1]) Ср. фонъ-Резонъ стр. 36—38, 252, Макалинскій „Практическое руководство для судебныхъ слѣдователей“ изд. 1907 г. т. I, стр. 38—42. Арефа относитъ къ числу неоффиціальныхъ преступленій также оскорбленіе дѣйствіемъ начальника (ст. 395), самовольное лишеніе свободы (ст. 1542—1543), неосторожное (ст. 1165) и злостное банкротство (ст. 1166) —ук. соч. стр. 71—93, 101—102. Но мнѣніе это въ отношеніи первыхъ двухъ преступленій опирается на редакцію ст. 157 улож. о нак. изд. 1866 г., нынѣ измѣненную, а въ отношеніи двухъ послѣднихъ на смѣшеніе преюдиціальности съ жалобой потерпѣвшаго. То же мнѣніе относительно обоихъ видивъ банкротства было ранѣе высказано Неклюдовымъ въ учебникѣ Бернера, стр. 334.

[2]) Другое дѣленіе германскаго права на Antrags и Ermächtigungsverbrechen нашему праву осталось неизвѣстно, ибо всѣ наши неоффиціальныя преступленія должны быть отнесены къ типу Antragsverbrechen. Такого же, повидимому, мнѣнія фонъ-Резонъ (стр. 78—79), хотя онъ прямо по этому вопросу и не высказывается.

лобу съ виновнымъ и *допускающія таковое* (ст. 157 улож. о наказ.). Къ первой категоріи относятся различные виды растлѣнія и изнасилованія (ст. 1323—1526 и 1528), похищеніе женщинъ (ст. 1529—1530 и 1549), обольщеніе несовершеннолѣтней опекуномъ или учителемъ или инымъ лицомъ, имѣющимъ по званію своему или особымъ обстоятельствамъ надзоръ за нею и большую или меньшую степень надъ нею власти (ст. 1532), принужденіе вступить въ бракъ посредствомъ насилія, угрозъ или обмана (ст. 1550—1551) и оскорбленіе присутственныхъ мѣстъ, установленій и должностныхъ лицъ (ст. 1213[5] уст. угол. суд.) [1]); ко второй всѣ остальныя. Дѣленіе это, представляющее значительное сходство съ дѣленіемъ австрійскаго проекта на Antrags—и Privat-delicte, существеннѣйшимъ образомъ сказывается на самой формѣ процесса, которая различна для дѣлъ этихъ двухъ категорій. Тогда какъ послѣ подачи жалобы потерпѣвшимъ преступленія перваго вида преслѣдуются въ томъ же порядкѣ, какъ и преступленія оффиціальныя и обличеніе виновныхъ по дѣламъ этого рода въ общихъ судебныхъ установленіяхъ возлагается на прокуроровъ, преступленія второго вида разсматриваются въ особомъ порядкѣ и обличеніе ихъ предоставляется исключительно частнымъ обвинителямъ (ст. 5 уст. уг. суд.).

Проектъ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства, куда предполагается перенести изъ уложенія постановленія о неоффиціальныхъ преступленіяхъ, относитъ къ ихъ числу слѣдующія [2]):

---

[1]) Это послѣднее дѣяніе, хотя и не указано въ ст. 157 улож. о наказ., но представляетъ полное сходство въ порядкѣ преслѣдованія съ перечисленными тамъ дѣяніями, ибо преслѣдованіе за него, хотя и возбуждается не иначе, какъ по жалобамъ, объявленіямъ или сообщеніямъ потерпѣвшихъ оскорбленіе, но при участіи прокурора (ст. 1213[5] уст. уг. суд.), который представляетъ здѣсь обвиненіе на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и въ дѣлахъ о преступленіяхъ оффиціальныхъ (рѣш. уг. касс. деп. 1883 г. № 26), а примиреніе потерпѣвшаго съ обидчикомъ не оказываетъ вліянія на судьбу дѣла (рѣш. уг. касс. деп. 1899 г. № 4, хотя и не вполнѣ опредѣленно).

[2]) Проектъ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства ст. 29[1] и 29[4] (стр. 292—293). См. также „Объяснительную записку къ проекту новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства“ 1900 г. т. I стр. 24—25.

1. Прелюбодѣяніе (ст. 418 угол. улож.).

2. Любострастныя дѣйствія (ст. 513—515), плотское сношеніе съ несовершеннолѣтнею дѣвицею путемъ обольщенія (ст. 517), плотское сношеніе съ лицомъ женскаго пола безъ ея согласія или путемъ насилія, или угрозъ, или же съ ребенкомъ, не достигшимъ четырнадцати лѣтъ, или же съ лицомъ женскаго пола душевно-больнымъ или находящимся въ безсознательномъ состояніи и т. п. (ст. 520, 522 и 523 и. 2).

3. Похищеніе несовершеннолѣтней для непотребства или для того, чтобы повредить ея чести (ст. 505).

4. Вступленіе въ бракъ посредствомъ принужденія и участіе въ этомъ преступномъ дѣяніи (ст. 408), вступленіе въ бракъ съ лицомъ, находившимся въ безсознательномъ состояніи, противъ воли его (ст. 409), вступленіе въ бракъ посредствомъ обмана (ст. 410), невозвращеніе ребенка (ст. 503), похищеніе незамужней для вступленія съ нею въ бракъ (ст. 506).

5. Увозъ незамужней, не достигшей 21 года, для вступленія съ нею въ бракъ безъ согласія родителей ея (ст. 417).

6. Неосторожное причиненіе тѣлеснаго поврежденія (ст. 474), умышленное причиненіе легкаго тѣлеснаго поврежденія (ст. 469 ч. 1 и 470) и насиліе надъ личностью кромѣ случаевъ, когда оно учинено надъ служителемъ власти (ст. 475).

7. Принужденіе путемъ насилія, угрозъ или же злоупотребленія опекунскою или родительскою властью (ст. 507).

8. Наказуемыя посягательства на домовое право (ст. 511 и 512).

9. Оскорбленія, кромѣ случаевъ, когда они направлены противъ служителя власти (ст. 530, 531, 533 и 540).

10. Оглашеніе тайнъ (ст. 541—545).

11. Наказуемую угрозу, за исключеніемъ квалифицированныхъ ея случаевъ (ст. 510 ч. 1).

12. Присвоеніе, воровство или иные захваты имущества, признаваемые преступленіями или проступками, когда они совершены между супругами или между восходящими или нисходящими родственниками.

13. Преступныя дѣянія противъ авторскаго права (ст. 620—622).

14. Простое поврежденіе чужого имущества (ст. 547).

15. Поврежденіе чужихъ скота или виноградника общеопасными способами (ст. 550 п.п. 8 и 10).

16. Самовольное пользованіе чужимъ имуществомъ (ст. 623—625).

17. Отказъ въ пособіи родителямъ, упорное неповиновеніе имъ, грубое съ ними обхожденіе и вступленіе въ бракъ вопреки ихъ воспрещенію (ст. 419).

18. Необъявленіе о находкѣ, удержаніе или растрату таковой и присвоеніе чужихъ клада, забытаго имущества или пригульнаго скота (ст. 571—573).

19. Неявку на сельскую работу, уходъ съ таковой и полученіе задатка отъ нѣсколькихъ нанимателей (ст. 376 п. 2 и 3), грубое обхожденіе сельскаго рабочаго, слуги, подмастерья или ремесленнаго ученика или неповиновеніе этихъ лицъ (ст. 377).

20. Преступныя дѣянія, учиненныя внѣ предѣловъ Россіи, коими виновный посягнулъ на право иностраннаго государства или иностраннаго подданнаго [1]).

Изъ этого числа только присвоеніе, воровство и иные захваты имущества между супругами и восходящими и нисходящими родственниками относятся къ *относительно неоффиціальнымъ* преступленіямъ, кругъ которыхъ такимъ образомъ проектъ суживаетъ сравнительно съ дѣйствующимъ правомъ.

Напротивъ, проектъ увеличиваетъ, сравнительно съ уложеніемъ о наказаніяхъ, число неоффиціальныхъ преступленій, *не допускающихъ примиренія*. Сюда относятся: вступленіе въ бракъ посредствомъ принужденія и участіе въ этомъ преступномъ дѣяніи, вступленіе въ бракъ съ лицомъ, находившимся въ безсознательномъ состояніи противъ воли его; вступленіе въ бракъ посредствомъ обмана; невозвращеніе ребенка; похищеніе несовершеннолѣтней для непотребства или для того, чтобы повредить ея чести; похищеніе незамужней для вступленія съ нею въ бракъ; любострастныя дѣйствія; плотское сношеніе съ несовершеннолѣтнею дѣвицею путемъ обольщенія; плотское сношеніе съ лицомъ

---

[1]) Объяснительная записка т. I стр. 24—25.

женскаго пола безъ его согласія на то, путемъ насилія, угрозъ, или же съ ребенкомъ, не достигшимъ четырнадцати лѣтъ, или же съ лицомъ женскаго пола душевно-больнымъ или находящимся въ безсознательномъ состояніи; оскорбленія правительственныхъ или общественныхъ установленій или лицъ служащихъ, кромѣ служителей власти, по поводу отправленія ими служебныхъ обязанностей, и преступныя дѣянія, учиненныя внѣ предѣловъ Россіи, коими виновный посягнулъ на право иностраннаго государства или иностраннаго подданнаго (ст. 29⁴ проекта [1]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ различіе между неоффиціальными преступленіями, допускающими примиреніе и его недопускающими, по проекту гораздо меньше, чѣмъ по дѣйствующему праву, ибо съ одной стороны прокуратура на общемъ основаніи принимаетъ участіе въ преслѣдованіи дѣлъ первой категоріи (ст. 5 проекта), а съ другой—потерпѣвшіе могутъ принять участіе въ обличеніи обвиняемыхъ предъ судомъ наряду съ прокурорскимъ надзоромъ по всѣмъ дѣламъ, подвѣдомственнымъ окружнымъ судамъ, судебнымъ палатамъ или правительствующему сенату (ст. 8 проекта), составляетъ ли предметъ ихъ преступленіе оффиціальное или неоффиціальное той или иной категоріи [2]).

Что касается соображеній, въ силу которыхъ законодатель счелъ нужнымъ отнести перечисленныя выше дѣянія къ категоріи неоффиціальныхъ, то на этотъ счетъ мы находимъ довольно скудныя свѣдѣнія какъ въ *мотивахъ* къ проекту уложенія о наказаніяхъ, такъ и въ мотивахъ къ уставу о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями. Именно, подъ примѣчаніемъ къ ст. 1944 проекта уложенія о наказан. (соотвѣтствующей ст. 1532 дѣйствующаго улож. о наказан.) говорится: „сколь ни важно для государства, чтобы такія дѣянія, каковы суть растлѣніе, изнасилованіе и похищеніе женщинъ, были преслѣдуемы всею строгостію

---

[1]) Ср. Объяснит. зап. т. I стр. 24.

[2]) См. мою статью „Дополнительное частное обвиненіе по проекту новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства“ Журн. Мин. Юст. 1903 г. Мартъ стр. 205—211.

законовъ, какъ скоро они сдѣлались гласными, но нельзя однако-жъ не признать, что было бы *неудобно и противно нравственному чувству приличія* вмѣнять безъ необходимости въ обязанность и даже *дозволять мѣстной полиціи* или иному начальству проникать и *вмѣшиваться въ тайны семействъ*, ибо для многихъ и въ большей части случаевъ *извѣстность оскорбленій сего рода дѣлаетъ ихъ наиболѣе тяжкими*. Посему мы рѣшились внести здѣсь въ видѣ примѣчанія постановленіе, которое по свойству своему принадлежитъ къ уставу судопроизводства о преступленіяхъ и проступкахъ [1]).

Въ уставѣ о наказаніяхъ, въ главѣ одиннадцатой, по поводу оскорбленій чести мы находимъ слѣдующія соображенія: „Наше законодательство признаетъ основнымъ началомъ *невмѣшательство правительства въ дѣла о личныхъ обидахъ* и предоставляетъ ихъ вчиненіе, продолженіе, даже и прекращеніе одному усмотрѣнію оскорбленныхъ. Начало это—вполнѣ справедливое потому, что *одни обиженные могутъ знать и оцѣнить, не нанесетъ ли имъ оглашеніе обиды еще большаго позора и вреда въ обществѣ, нежели самое оскорбленіе*“... „Далѣе, сводъ 1857 г. *не только не считаетъ необходимымъ наказывать за обиды... но скорѣе желаетъ избѣжать въ этихъ случаяхъ наказанія*, ибо, во-первыхъ, предписываетъ отмѣнять его въ случаѣ примиренія сторонъ прежде исполненія приговора (улож. ст. 171), а во-вторыхъ, отдаетъ явное предпочтеніе гражданскимъ искамъ предъ уголовными“ [2]).

Кромѣ того подъ ст. 18—19 уст. о наказ. мы находимъ краткое замѣчаніе, что „всѣ эти проступки *не представляютъ особеннаго вреда для общества*, а въ то же время одни только потерпѣвшіе отъ нихъ и могутъ знать, въ какой степени виновно совершившее проступокъ лицо“ [3]).

---

[1]) Проектъ уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ, внесенный въ 1844 г. въ Государственный Совѣтъ изд. 1871 г. стр. 645, 646. Подъ другими статьями, трактующими о преступленіяхъ, преслѣдуемыхъ не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго, никакихъ объясненій не содержится. См. ст. 1945 (стр. 648), ст. 1955 (стр. 649), ст. 1967 (стр. 653), стр. 655 и т. д.

[2]) „Судебные уставы 20 ноября 1864 г. съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны, изданные Государственной канцеляріей 1867 г. ч. IV стр. 54.

[3]) L. c. стр. 23.

Наконецъ, нѣкоторыя объясненія сущности неоффиціальныхъ преступленій содержатся въ мотивахъ къ уставу уголовнаго судопроизводства, взятыхъ изъ объяснительной къ нему записки 1863 г.: „Уголовныя дѣла, говорится подъ ст. 5 уст. уг. суд., по проступкамъ или преступленіямъ могутъ заключать въ себѣ или *нарушеніе главнѣйшимъ образомъ правъ только извѣстнаго частнаго лица, безъ особеннаго посягательства на безопасность общества*, или преимущественно посягательство этого именно рода, болѣе тяжкое и вредное. Въ первомъ случаѣ уголовныя дѣла могутъ быть вчинаемы не иначе, какъ по жалобѣ частнаго лица, потерпѣвшаго отъ преступленія вредъ, обиду или убытки, а во второмъ они начинаются безъ всякой со стороны частнаго лица жалобы, по силѣ самаго закона (сводъ зак. т. XV ч. I улож. о нак. стр. 171). Въ дѣлахъ перваго рода является истцомъ частное лицо, въ дѣлахъ второго рода истцомъ представляется власть обвинительная, преслѣдующая преступленіе во имя закона. *Первыя могутъ прекращаться примиреніемъ истца съ нарушителемъ его права*, вторыя—ни въ какомъ случаѣ. Такимъ образомъ первыя *близко подходятъ къ дѣламъ гражданскимъ* и подлежатъ болѣе или менѣе порядку производства, для гражданскихъ дѣлъ установленному; вторыя—слѣдуютъ особому теченію, однимъ чисто уголовнымъ дѣламъ свойственному“ [1]).

Еще рѣшительнѣе частный характеръ неоффиціальныхъ преступленій, допускающихъ примиреніе, подчеркивается въ мотивахъ къ ст. 104 уст. уг. суд., взятыхъ изъ объяснительной записки ст.-секр. гр. Блудова:

„По самому свойству нѣкоторыхъ противозаконныхъ дѣяній, говорится тамъ, *не нарушающихъ ни въ чемъ общественнаго порядка и спокойствія и касающихся исключительно личныхъ правъ частныхъ людей*, въ большей части случаевъ дѣла о нихъ почти никогда у насъ не начинались безъ особой просьбы или жалобы лицъ, понесшихъ вредъ, убытки или оскорбленія“.

Сопоставляя приведенные мотивы, нельзя не видѣть, что они выдвигаютъ *два основанія* особаго порядка возбу-

[1]) Объяснительная записка къ проекту устава уголовнаго судопроизводства 1863 г. стр. 8—9 ср. также судебные уставы изд. Госуд. Канц. т. II, стр. 28.

жденія и, частью, дальнѣйшаго производства дѣлъ о неоффиціальныхъ преступленіяхъ, пріурочивая ихъ *къ двумъ категоріямъ* этихъ преступленій: это, во-первыхъ, вредъ вмѣшательства органовъ власти въ тайны семейства, сопряженнаго съ огласкою преступленій, дѣлающею его особенно тяжкимъ для потерпѣвшихъ; и, во-вторыхъ, свойство преступленій, нарушающихъ главнѣйшимъ образомъ или даже исключительно права только извѣстнаго частнаго лица и не нарушающихъ особенно или вовсе общественнаго порядка и спокойствія. Первое основаніе приводится редакторами закона по поводу дѣяній, не допускающихъ примиренія (прим. къ ст. 1532 улож. о нак.), второе—по поводу дѣяній, таковое допускающихъ (ст. 5 и 104 уст. угол. суд.). Только по поводу личныхъ обидъ въ представленіи составителей закона (уст. о нак., глава II) оба основанія—вредъ огласки для обиженнаго и незаинтересованность государства въ наказаніи—сливаются.

Лицо, управомоченное на принесеніе жалобы, именуется въ общей части уложенія о наказаніяхъ (ст. 157 и 159) „обиженнымъ или оскорбленнымъ чрезъ то противозаконное дѣяніе“, а въ общей части устава о наказаніяхъ (ст. 18 и 19)—„потерпѣвшимъ обиду, вредъ или убытокъ“. Но кромѣ того уложеніе о наказаніяхъ пытается при многихъ отдѣльныхъ дѣяніяхъ обозначить это лицо болѣе конкретными признаками, называя въ качествѣ потерпѣвшихъ супруга (ст. 1585), изнасилованную, растлѣнную, похищенную, обольщенную (ст. 1534 примѣч.), лицо, подвергшееся ранамъ и увѣчьямъ (ст. 1496 прим. 1), потерпѣвшаго супруга (ст. 1496 примѣч. 2), самихъ оскорбленныхъ (ст. 1533 прим.), угрожаемыхъ (ст. 1548 примѣч.), родителей и опекуновъ (ст. 1549), лицо, противъ воли своей вступившее въ супружество (ст. 1550), обманутыхъ (ст. 1551) и проч. [1]).

Однако, этотъ перечень, очевидно, не разрѣшаетъ всѣхъ трудностей, которыя возникаютъ при опредѣленіи въ кон-

---

[1]) Фонъ-Резонъ, стр. 126—127.

кретномъ случаѣ, кто же является потерпѣвшимъ отъ того или иного дѣянія, а потому вполнѣ правильно поступаетъ проектъ, ограничивающійся общимъ указаніемъ, что уголовныя дѣла объ извѣстныхъ преступленіяхъ возбуждаются не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго (ст. 29[1] и 29[4]).

Но кто же является „обиженнымъ или оскорбленнымъ чрезъ противозаконное дѣяніе", „потерпѣвшимъ обиду, вредъ или убытокъ" по дѣйствующему праву и „потерпѣвшимъ" по проекту?—Ни текстъ дѣйствующаго закона, ни текстъ проекта на этотъ вопросъ отвѣта не даетъ [1]). Поэтому здѣсь остается вполнѣ открытое поле для теоріи права; она и должна дать опредѣленныя указанія, которыя могли бы служить путеводнымъ маякомъ для судебной практики. Каковы должны быть эти указанія съ нашей точки зрѣнія—мы пытались установить въ первой части настоящаго труда [2]).

Засимъ возникаетъ вопросъ, всякій ли потерпѣвшій или только потерпѣвшій дѣеспособный можетъ лично осуществить принадлежащее ему право жалобы?

---

[1]) Лицомъ пострадавшимъ, говоритъ „Объяснительная записка" къ проекту (т. I стр. 20), отъ уголовно наказуемаго посягательства долженъ почитаться тотъ, *чьи права и интересы непосредственно нарушены тѣми дѣйствіями, изъ которыхъ слагается законный составъ преступленія*, при чемъ ближайшее распознаваніе лица потерпѣвшаго должно принадлежать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судебной практикѣ; ср. также ibid., стр. 32.

[2]) Сенатъ давалъ лишь рядъ казуистическихъ рѣшеній по поводу того, кто долженъ считаться потерпѣвшимъ при томъ или иномъ неоффиціальномъ преступленіи: такъ, въ рѣшеніи уг. касс. деп. 1869 г. № 843 сенатъ призналъ потерпѣвшимъ хозяина дома, въ которомъ произведено было буйство во время отправленія богослуженія, ибо по мнѣнію сената, было бы несогласно съ общепринятымъ понятіемъ о вредѣ, какъ нарушеніи права не одного имущественнаго, но и личнаго, не признавать потерпѣвшимъ такого хозяина; ибо къ числу нарушеній личнаго права несомнѣнно принадлежитъ и нарушеніе неприкосновенности и спокойствія домашняго очага. За симъ, въ рѣшеніи 1874 г. № 133, въ которомъ разсматривалось дѣло по обвиненію Сазонова Головинымъ въ томъ, что онъ согналъ его косцовъ своими рабочими съ луга, сенатъ призналъ, что потерпѣвшимъ отъ преступленія лицомъ представляется не Головинъ, а его рабочіе, ибо самоуправство есть преступленіе направленное противъ личныхъ правъ. (Ср. также

Отвѣтъ на этотъ вопросъ съ точки зрѣнія нашего дѣйствующаго права представляется весьма затруднительнымъ, ибо оно хранитъ по этому пункту полное молчаніе. Не мудрено поэтому, что молчаніе это истолковывалось въ смыслѣ предоставленія непосредственнаго права жалобы недѣеспособнымъ, въ частности малолѣтнимъ [1]) по началу ubi lex non distinguit, et nobis non est distinguendum. Но уже А. К. фонъ-Резонъ, признавая всю силу этого довода, указываетъ, что „далеко не всѣ малолѣтніе въ состояніи *фактически* (курсивъ подлинника) имъ воспользоваться. За отсутствіемъ опредѣленія закономъ возраста, съ котораго потерпѣвшій можетъ быть признанъ правоспособнымъ на принесеніе жалобы, приходится въ каждомъ случаѣ опредѣлить: дѣйствуетъ ли малолѣтній, принося или не принося жалобу, съ разумѣніемъ, съ пониманіемъ принадлежащаго ему права и вытекающихъ изъ онаго результатовъ или нѣтъ“ [2]).

Дѣйствительно, предоставленіе закономъ права жалобы предполагаетъ возможность разумно имъ воспользоваться, ибо по справедливому указанію сената [3]), „законъ, изображенный въ примѣчаніи къ ст. 1532 улож., имѣетъ въ виду, по мысли составителей проекта уложенія 1844 г., оградить потерпѣвшихъ отъ преступленій противъ чести и цѣломудрія женщинъ отъ вмѣшательства полицейской и судебной власти въ семейныя тайны въ тѣхъ случаяхъ, когда сіи преступленія не сдѣлались гласными и когда оглашеніе оскорбленій сего рода усугубляло бы, въ большей части

рѣш. 1875 г. № 50 и др.). Въ другихъ рѣшеніяхъ сенатъ ограничивался довольно неопредѣленными указаніями, что потерпѣвшимъ лицомъ считается тотъ, кто непосредственно понесъ вредъ или убытки отъ преступнаго дѣянія, хотя бы онъ и не заявлялъ или не имѣлъ даже юридическаго права заявлять лично гражданскаго иска на судѣ (рѣш. уг. касс. деп. 1875 г. № 510).

[1]) Рѣш. уголовн. касс. деп. Сената 1869 г. № 780 и 2026, 1870 г. № 116, 465, 1035 и 1107, 1871 г. № 1463 (впрочемъ, во всѣхъ этихъ случаяхъ жалобщикамъ было, повидимому, болѣе 14 лѣтъ). Того же мнѣнія Неклюдовъ „Руководство для мировыхъ судей“ 1872 г. т. I стр. 244 и повидимому Макалинскій т. I, стр. 124—125.

[2]) Фонъ-Резонъ, стр. 132.

[3]) Угол. касс. деп. 1897 г. № 12.

случаевъ, ихъ тяжесть. Поэтому,—и исключительно въ огражденіе личныхъ интересовъ потерпѣвшихъ женщинъ и ихъ законныхъ представителей, *законъ предоставилъ имъ на выборъ*: или призвать къ воздаянію содѣявшихъ имъ зло судебную власть, подвергнувшись всѣмъ тягостнымъ, но неизбѣжнымъ въ цѣляхъ правосудія распросамъ, или сохранить случившееся въ полной или относительной тайнѣ, безъ всѣхъ послѣдствій судебнаго разслѣдованія и разбирательства". Чтобы произвести указанный выборъ сознательно, очевидно, нужно обладать извѣстной степенью разумѣнія. Этимъ жалоба при преступленіяхъ неоффиціальныхъ и отличается отъ жалобы потерпѣвшаго при прочихъ преступленіяхъ: здѣсь она является *осуществленіемъ права выбора*, тамъ—*однимъ изъ поводовъ* къ возбужденію уголовнаго преслѣдованія (ст. 297 уст. уг. суд.). Поэтому, если тамъ и можно допустить принесеніе жалобы малолѣтними или вообще недѣеспособными потерпѣвшими, то здѣсь этого отнюдь сдѣлать нельзя, не извращая совершенно смысла всего института.

Но, соглашаясь въ этомъ отношеніи съ А. К. фонъ-Резономъ, мы не можемъ согласиться съ тѣмъ способомъ, который онъ предлагаетъ для опредѣленія дѣеспособности потерпѣвшаго. Онъ считаетъ возможнымъ предоставить (кому?), *въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ* рѣшать дѣйствуетъ ли малолѣтній, принося или не принося жалобу, съ разумѣніемъ. Но если еще возможно, хотя и крайне неудобно, подвергать соотвѣтствующему изслѣдованію малолѣтняго, *принесшаго жалобу*, то какъ это сдѣлать съ *не принесшимъ таковой*, какъ рѣшить, молчитъ ли онъ потому, что не понимаетъ своихъ интересовъ, или потому, что вполнѣ сознательно пришелъ къ заключенію о вредѣ для себя возбужденія уголовнаго преслѣдованія? Раньше чѣмъ подвергать соотвѣтственному испытанію того или иного малолѣтняго, хранящаго молчаніе, необходимо установить, что онъ—потерпѣвшій, такъ какъ онъ самъ себя за такового не выдаетъ, а для этого нужно установить хотя бы вѣроятность того, что извѣстное преступленіе имѣло мѣсто. Но вѣдь это какъ разъ и запрещено дѣлать вопреки желанію или молчанію потерпѣвшаго. Поэтому мы полагаемъ, что недѣеспо-

собность потерпѣвшаго мѣшающая ему осуществить лично право жалобы, должна быть опредѣлена легко распознаваемымъ внѣшнимъ признакомъ -учрежденіемъ надъ нимъ опеки.

Такимъ образомъ нужно признать, что малолѣтній, т. е. не достигшій 17-лѣтняго возраста, не можетъ принести жалобу лично. Его въ этомъ правѣ замѣняетъ родитель, опекунъ [1]) или попечитель, котораго можетъ себѣ испросить вмѣсто опекуна достигшій 14 лѣтъ малолѣтній [2]). Основаніемъ для опредѣленія именно такой возрастной границы служитъ то, что такъ она опредѣляется въ гражданскомъ правѣ, являющемся и понынѣ главной sedes materiae ученія о дѣеспособности вообще. Что эти опредѣленія самъ законодатель признаетъ подлежащими перенесенію и въ сферу публичнаго права, доказывается ст. 19 уст. гражд. суд., устанавливающею, что „за всѣхъ состоящихъ подъ опекою какъ по несовершеннолѣтію [3]), такъ и по душевнымъ или физическимъ недугамъ, ищутъ или отвѣчаютъ на судѣ ихъ родители или опекуны", ибо гражданскій процессъ является такою же отраслью публичнаго права, какъ и процессъ уго-

---

[1]) Проф. И. Я. Фойницкій „Курсъ уголовнаго судопроизводства" 1899 г. т. II, стр. 33—34, проф. Н. С. Таганцевъ „Русское уголовное право" 1902 г. стр. 1411 (собственно онъ говоритъ о замѣнѣ недѣеспособнаго потерпѣвшаго законнымъ представителемъ при примиреніи), Будзинскій „Начала уголовнаго права" 1870 г., стр. 305.

[2]) Попечитель въ этомъ случаѣ отличается отъ опекуна только по названію. См. ст. 219 ч. I т. X св. зак.

[3]) Законодатель здѣсь допускаетъ lapsus linguae, употребляя вмѣсто слова „малолѣтство"—„несовершеннолѣтіе", ибо несовершеннолѣтніе не могутъ состоять подъ опекой. Ср. Анненковъ „Система русскаго гражданскаго права" 1899 г. т. I стр. 197. Мотивы редакторовъ судебныхъ уставовъ къ ст. 19 уст. гражд. суд. (изд. Государств. Канцеляріи т. I стр. 33—36) указываютъ на то, что они хотѣли лишить процессуальной дѣеспособности лицъ, не достигшихъ 21 года, но текстъ ст. 19, говорящей о состоящихъ подъ опекой (а не попечительствомъ), заставляетъ признать и для гражданскаго процесса гранью дѣеспособности 17-лѣтній возрастъ, а потому достигшіе 17 лѣтъ самостоятельно ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ. См. рѣш. гражд. кассац. деп. 1879 г. № 118, 1876 г. № 203 и 361, 1873 г. № 1355, иначе гражд. касс. деп. въ рѣшеніи 1872 г. № 363, въ которомъ лицо, достигшее 17 лѣтъ, признано было неправоспособнымъ искать безъ согласія попечителя. Впрочемъ, вопросъ этотъ вообще является спорнымъ въ литературѣ и судебной практикѣ см. В. Л. Исаченко „Основы гражданскаго процесса" 1904 г., стр. 398—404.

ловный, и при томъ отраслью наиболѣе ему родственною. Законность пріема, заключающагося въ привлеченіи постановленій гражданскаго права о представительствѣ и дѣеспособности для пополненія въ этомъ пунктѣ правилъ уголовнаго закона была признана и въ германской литературѣ по поводу вопроса о томъ, кто долженъ приносить жалобу, если потерпѣвшимъ является лицо юридическое,—вопроса, не разрѣшаемаго германскимъ уголовнымъ уложеніемъ [1]).

Впрочемъ нужно сказать, что въ нашихъ законахъ есть нѣкоторыя, хотя и недостаточныя, указанія на то, что правила гражданскаго права о законномъ представительствѣ подлежатъ перенесенію въ сферу права уголовнаго. Эти указанія заключаются въ ст. 175 и 265 ч. I т. X, которыя цитируетъ и г. фонъ-Резонъ, но изъ которыхъ онъ не сдѣлалъ всѣхъ выводовъ. Статьи эти говорятъ о правѣ родителей и опекуновъ въ случаѣ личной обиды, несовершеннолѣтнимъ нанесенной, „отыскивать законное удовлетвореніе“ (ст. 265). „производить иски узаконеннымъ порядкомъ“ (ст. 175), при чемъ сопоставленіе этихъ статей съ другими статьями тѣхъ же раздѣловъ едвали оставляетъ сомнѣніе, что дѣло идетъ *о замѣнѣ* родителями и опекунами малолѣтнихъ въ правѣ иска [2]). Однако на первый взглядъ остается открытымъ вопросъ, о какомъ искѣ говоритъ законъ—гражданскомъ ли только (о „безчестьи“—ст. 667—670), или и уголовномъ. А. К. фонъ-Резонъ, повидимому, полагаетъ, что эти постановленія касаются лишь гражданскаго иска объ обидѣ [3]), но болѣе внимательное разсмотрѣніе источника,

---

[1]) Впрочемъ, нужно оговориться, что во французской литературѣ какъ мы видѣли, господствуетъ иной взглядъ на значеніе молчанія закона относительно права малолѣтнихъ потерпѣвшихъ приносить жалобу при неоффиціальныхъ преступленіяхъ: молчаніе это толкуется въ смыслѣ предоставленія имъ такихъ же правъ, какъ и лицамъ вполнѣ дѣеспособнымъ. Нѣкоторыя колебанія замѣчаются только въ вопросѣ о правѣ лишеннаго дѣеспособности мужа (interdit) принести жалобу на прелюбодѣяніе жены. См. выше, стр. 182.

[2]) Contra угол. касс. деп. (1870 г. № 116), утверждающій, но безъ всякой мотивировки, что ст. 265 зак. гражд., предоставляя опекунамъ право отыскивать законное удовлетвореніе въ личной обидѣ, нанесенной малолѣтнему, нисколько не указываетъ на то, чтобы этого права были лишены сами несовершеннолѣтніе.

[3]) Фонъ-Резонъ l. c., стр. 131—132.

на которомъ основаны ст. 175 и 265, приводитъ къ заключенію, что онѣ относятся къ обоимъ искамъ. Въ качествѣ источника подъ этими статьями указана ст. 23 манифеста о поединкахъ 21 апрѣля 1787 г. (П. С. З. 16535), гласящая: „не запрещается учинить искъ въ обидѣ: *родителямъ за малолѣтнихъ дѣтей*, или *опекуну за питомца*, или хозяину за служителя". Но изъ ст. 18 того же манифеста мы узнаемъ, что: „искъ въ обидѣ есть двухъ родовъ: 1) въ обидѣ тяжкой *искъ уголовный*, 2) въ обидѣ легкой—*гражданскій*". Итакъ, ст. 23 манифеста, а за ней и ст. 175 и 265 ч. I т. X св. зак. очевидно, говорятъ о представительствѣ родителей и опекуновъ за малолѣтнихъ какъ въ уголовномъ, такъ и въ гражданскомъ искѣ. Но быть можетъ ст. 175 и 263 ч. I т. X устанавливаютъ правило тождественное правилу уголовныхъ законовъ (напр. ст. 18 уст. о наказ.) о томъ, что у родителей и опекуновъ существуетъ право жалобы наряду съ малолѣтними, а не въ замѣнъ ихъ?—Такое толкованіе противорѣчило бы роли опекуна по своду законовъ гражданскихъ и оно могло бы быть принято въ томъ лишь случаѣ, если бы находило опору въ текстѣ ст. 265, каторая однако формулирована сходно со ст. 282, говорящей о ходатайствѣ опекуна по всѣмъ судебнымъ дѣламъ малолѣтняго. Кромѣ того, такое толкованіе не согласовалось бы съ другимъ источникомъ ст. 175 ч. I т. X—со ст. 19 уст. гражд. суд. 20 ноября 1864 г. (П. С. З. 41477), которая несомнѣнно предписываетъ замѣну малолѣтнихъ въ процессѣ ихъ родителями и опекунами, и подлежало бы распространенію и на гражданскіе иски объ обидахъ, что является, очевидно, невозможнымъ.

Указанныя соображенія, устанавливающія то положеніе, что за лицъ потерпѣвшихъ, не достигшихъ 17 лѣтъ, жалобу должны приносить ихъ родители и опекуны, должны быть распространены за предѣлы личной обиды, о которой говорятъ ст. 175 и 265 ч. I т. X св. зак., на всѣ неоффиціальныя преступленія, ибо, какъ мы видѣли, ст. 162 проекта уложенія о наказ. 1844 г. (соотвѣтствующая ст. 157 дѣйствующаго уложенія), содержащая правила о неоффиціальныхъ преступленіяхъ вообще, явилась продуктомъ обобщенія ст.

416 свода зак. угол. (изд. 1842 г. [1]), эта же статья, вмѣстѣ съ предшествующими ей, въ свою очередь, заимствована изъ манифеста о поединкахъ 21 апрѣля 1787 г. (П. С. З. 16535), послужившаго источникомъ ст. 175 и 265 ч. I т. X св. зак. Такимъ образомъ можно утверждать, что редакторы уложенія о наказаніяхъ 1845 г., имѣя въ виду распространить на другія неоффиціальныя преступленія правила, существованія въ нашемъ законодательствѣ относительно порядка преслѣдованія обидъ, не сдѣлали исключенія и для правила о замѣнѣ малолѣтнихъ родителями или опекунами въ осуществленіи права жалобы.

Остается послѣдній доводъ въ пользу принадлежащаго малолѣтнимъ самостоятельнаго права жалобы—ссылка на примѣч. къ ст. 1532. улож. о нак. предоставляющей право жалобы *самой растлѣнной* [2]). Г. фонъ-Резонъ, сопоставляя ст. 1523 и 1524, дѣлаетъ изъ нихъ выводъ, что растлѣніе можетъ имѣть мѣсто лишь въ отношеніи дѣвицы, не достигшей четырнадцати лѣтъ, а посему подъ растлѣнной, о которой говоритъ примѣч. къ ст. 1532, слѣдуетъ непремѣнно разумѣть малолѣтнюю, не достигшую четырнадцати лѣтъ.— Но этотъ выводъ всецѣло опирается на предположеніе, что уложеніе о наказаніяхъ слова „растлѣніе“, „растлѣнная“ употребляетъ всюду въ одномъ и томъ смыслѣ. Предположеніе это, однако, оказывается невѣрнымъ, ибо ст. 1528 примѣняетъ терминъ „растлѣніе“ и къ изнасилованію невинной дѣвушки, имѣющей болѣе четырнадцати и даже болѣе 17 лѣтъ [3]). Слѣдовательно, вопреки мнѣнію г. фонъ-Резона, уложеніе подъ растлѣніемъ разумѣетъ съ одной стороны совокупленіе съ ребенкомъ, не достигшимъ 14 лѣтъ, а съ другой—вообще совокупленіе съ невинной дѣвушкой, каковъ бы ни былъ ея возрастъ, почему центръ тяжести этого понятія лежитъ

---

[1]) Проектъ, стр. 47.

[2]) Неклюдовъ. „Руководство для мировыхъ судей“ т. I, стр. 250; фонъ-Резонъ, стр. 131.

[3]) Это положеніе подтверждается ст. 778 свод. закон. угол. (изд. 1842 г.), послужившей источникомъ для ст. 1522—1525 улож. о наказ. (см. проектъ стр. 641—642), ибо въ ней говорится о „насильномъ растлѣніи дѣвицы совершеннолѣтней“; ср. также рѣш. угол. касс. деп. 1874 г. № 650.

не въ возрастѣ, а въ половой невинности объекта преступленія, которая лишь презюмируется для дѣтей моложе 14 лѣтъ [1]). При такомъ пониманіи термина „растлѣніе“ упоминаніе въ прим. къ ст. 1532 права жалобы, принадлежащаго „самой растлѣнной“, еще не доказываетъ, что осуществленіе этого права принадлежитъ лично ей, хотя бы она и не имѣла общей гражданской и процессуальной дѣеспособности, и не подрываетъ тѣхъ соображеній, въ силу которыхъ здѣсь ее долженъ замѣнить ея законный представитель, о которомъ далѣе и говоритъ то же примѣчаніе [2]).

Что касается проекта новой редакціи устава уг. суд., то онъ также не указываетъ прямо, въ какихъ случаяхъ потерпѣвшій не можетъ лично принести жалобы, а долженъ быть замѣненъ законнымъ представителемъ (ст. 29[1] прилож. I къ проекту, стр. 392), но косвенное на это указаніе имѣется въ примѣчаніяхъ къ этой статьѣ и къ ст. 29[4], говорящихъ, что дѣла о преступныхъ дѣяніяхъ, въ тѣхъ статьяхъ указанныхъ, когда они совершены законными представителями потерпѣвшихъ, *„не достигшихъ семнадцатилѣтняго возраста или по законнымъ основаніямъ лишенныхъ возможности непосредственной охраны своихъ правъ“*... могутъ быть возбуждены безъ жалобы потерпѣвшаго [3]), а также въ 29[2], говорящей,

---

[1]) И. Я. Фойницкій „Курсъ уголовнаго права. Часть особенная“. 1893 г. стр. 155—156. В. Д. Набоковъ „Элементарный учебникъ особенной части русскаго уголовнаго права“ 1903 г. стр. 86, contra Неклюдовъ „Руководство къ особенной части“ 1876 г. I, стр. 398 - 399.

[2]) Косвенное подтвержденіе высказаннаго мнѣнія мы находимъ въ рѣш. уг. касс. деп. 1892 г. № 59 по дѣлу Іегера, въ которомъ между прочимъ сказано „но и независимо отъ сего, по основному началу нашего процесса, всякое *дѣеспособное* лицо, принимающее участіе въ процессѣ въ качествѣ стороны, можетъ дѣйствовать лично или чрезъ лицъ, имъ на то уполномоченныхъ“. Такимъ образомъ здѣсь сенатъ призналъ, что условіемъ личнаго принесенія жалобы и личнаго участія въ дѣлѣ въ качествѣ частнаго обвинителя или уполномочія на это добровольнаго представителя является дѣеспособность потерпѣвшаго, а слѣдовательно при отсутствіи такой дѣеспособности возможно лишь участіе въ дѣлѣ чрезъ законнаго представителя.

[3]) Въ Объяснительной запискѣ (т. I стр. 36) на этотъ счетъ сказано: „Вмѣстѣ съ симъ Коммиссія находитъ *излишнимъ особо оговаривать въ законѣ*, что лица, по возрасту или по болѣзненному состоянію лишенныя возможности совершать разумныя и сознательныя дѣйствія,

что „если потерпѣвшій отъ преступныхъ дѣяній, указанныхъ въ предшедшей (29[1]) статьѣ, *не достигъ семнадцатилѣтняго возраста*, то примиреніе его съ обвиняемымъ почитается дѣйствительнымъ, когда оно послѣдовало съ согласія его законнаго представителя". Такимъ образомъ проектъ воспрещаетъ малолѣтнему потерпѣвшему мириться безъ согласія законнаго представителя, а также считаетъ недостаточной его иниціативу при совершеніи преступленія противъ него его законнымъ представителемъ. Прямой отсюда выводъ, что его воля, съ точки зрѣнія законодателя, является недостаточно зрѣлой для рѣшенія при неоффиціальныхъ преступленіяхъ вопроса о судьбѣ уголовнаго преслѣдованія [1]).

не могутъ подавать частныхъ жалобъ, а таковыя вмѣсто нихъ приносятся ихъ законными представителями, ибо положеніе это, вполнѣ усвоенное нашею судебною практикой, представляется очевиднымъ". Мы, однако, видѣли, что положеніе это далеко не столь очевидно, а потому внесеніе соотвѣтствующаго постановленія, по примѣру германскаго, венгерскаго и другихъ новѣйшихъ уложеній, является весьма желательнымъ. Ср. мою статью „Преступленія, преслѣдуемыя только по жалобѣ потерпѣвшаго, и реформа уголовнаго законодательства въ Россіи". Вѣстникъ Права 1905 г. Мартъ стр. 232—235.

[1]) Впрочемъ, неудачная казуистическая редакція ст. 29[2] можетъ внести неопредѣленность и даже путаницу въ толкованіе постановленій проекта. Буквальный смыслъ ст. 29[2] создаетъ для потерпѣвшихъ, не достигшихъ 17 лѣтъ, положеніе лицъ полудѣеспособныхъ, которые могутъ мириться съ обидчикомъ, но лишь съ согласія законнаго представителя. Изъ этого слѣдуетъ, что, если потерпѣвшій достигъ 17 лѣтъ, то онъ уже является вполнѣ дѣеспособнымъ на принесеніе жалобы и другія дѣйствія. Но заключать отсюда, что лицо, не достигшее 17 лѣтъ, не можетъ безъ согласія своего законнаго представителя принести жалобу, пожалуй, значило бы придавать распространительное толкованіе ст. 29[2]. Напротивъ, толкуя законъ a contrario, можно признать за нимъ это право. Такимъ образомъ эта статья, если ее понимать буквально, дѣлая спеціальную оговорку по опредѣленному поводу, подрываетъ до извѣстной степени соображенія, основанныя на общемъ смыслѣ нашихъ законовъ, въ силу которыхъ лица, не достигшія 17 лѣтъ, не должны пользоваться самостоятельнымъ правомъ жалобы, и вноситъ не улучшеніе, а ухудшеніе въ законъ какъ со стороны его ясности, такъ и со стороны его цѣлесообразности. Но въ конечномъ выводѣ все таки нужно признать, что лицъ, не достигшихъ 17 лѣтъ, по проекту, въ правѣ жалобы замѣняютъ или по крайней мѣрѣ дополняютъ ихъ законные представители, призванные изъявлять согласіе на ея подачу.

Тѣ же начала mutatis mutandis должны быть примѣнены къ *безумнымъ, сумасшедшимъ, глухонѣмымъ и нѣмымъ*, состоящимъ подъ опекой, ибо уголовные законы также молчатъ о томъ, могутъ ли они осуществлять самостоятельно право жалобы, законы же гражданскіе и уставъ гражданскаго судопроизводства ставятъ ихъ въ одинаковое съ малолѣтними положеніе [1]).

Въ силу ст. 375—377, ч. 1, т. X св. зак., признанные безумными и сумасшедшими отъ правительствующаго сената поручаются въ смотрѣніе ихъ ближайшимъ родственникамъ, а имущество ихъ отдается въ управленіе ихъ наслѣдникамъ, которые подчиняются въ этомъ отношеніи правиламъ относительно опеки надъ малолѣтними. Равнымъ образомъ, въ силу ст. 381, ч. 1, т. X глухонѣмые и нѣмые состоятъ до 21 года подъ опекою, по достиженіи же 21 года по распоряженію правительствующаго сената опека сохраняется надъ тѣми изъ нихъ, которые, по выраженію закона, „не обучены грамотѣ и лишены всякаго средства пріобрѣтать понятія и выражать свою волю“, грамотные же или признаются вполнѣ дѣеспособными, или надъ ними учреждается попечительство. Какъ опека, такъ и попечительство надъ нѣмыми и глухонѣмыми подчиняются тѣмъ же правиламъ, которыя установлены для опеки и попечительства надъ малолѣтними и несовершеннолѣтними. Уставъ гражданскаго судопроизводства къ этому добавляетъ, что за всѣхъ, состоящихъ подъ опекою какъ по несовершеннолѣтію, такъ и по душевнымъ и физическимъ недугамъ (изъ послѣднихъ нашъ законъ упоминаетъ, говоря объ опекѣ, лишь глухонѣмоту и нѣмоту) ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ родители и опекуны (ст. 19).

Соображеніе съ этими законоположеніями вполнѣ опредѣленно разрѣшаетъ вопросъ о томъ, кто долженъ пода-

---

[1]) Однако съ точки зрѣнія рѣш. гражд. касс. деп. 1906 г. № 29 право опекуна сумасшедшаго супруга жаловаться на прелюбодѣяніе, учиненное другимъ супругомъ, можетъ быть подвергаемо сомнѣнію въ виду того, что сенатъ отрицаетъ за такимъ опекуномъ право оспаривать законность рожденія ребенка, рожденнаго отъ прелюбодѣянія женою сумасшедшаго. Но мы думаемъ, что доводы сената въ этомъ случаѣ не достаточно убѣдительны.

вать жалобу, если совершено неоффиціальное преступленіе противъ недѣеспособнаго, надъ которымъ *уже учреждена опека*. Но какъ быть *если опека еще не учреждена?* Въ этихъ случаяхъ надо различать малолѣтнихъ, глухонѣмыхъ и нѣмыхъ съ одной стороны, и безумныхъ и сумасшедшихъ съ другой. Относительно первой группы законъ устанавливаетъ формальный критерій недѣеспособности, которымъ и долженъ руководствоваться органъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія при разрѣшеніи вопроса о принятіи жалобы. Если жалобщикъ глухъ и нѣмъ или только нѣмъ, жалоба отъ него не должна быть принята, или вѣрнѣе, ей не должно быть дано хода, *если жалобщикъ не докажетъ*, что ему согласно ст. 381 ч. 1 т. X предоставлено въ установленномъ порядкѣ право управлять и распоряжаться своимъ имуществомъ на равнѣ съ другими совершеннолѣтними и ему должно быть объяснено, что для подачи жалобы ему необходимо исходатайствовать учрежденіе надъ собою опеки, ибо онъ презюмируется недѣеспособнымъ [1]). Напротивъ, всѣ остальные граждане достигшіе 17 лѣтъ, презюмируются обладающими процессуальной дѣеспособностью [2]), и органы преслѣдованія не въ правѣ отклонять ихъ ходатайства о возбужденіи уголовнаго преслѣдованія подъ тѣмъ предлогомъ, что по ихъ предположенію жалобщики лишены въ дѣйствительности необходимыхъ для разумныхъ дѣйствій психическихъ качествъ.

Позиція проекта новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства относительно указанныхъ случаевъ та же, что и относительно малолѣтнихъ.

Наконецъ, за *юридическихъ лицъ*, не смотря на молчаніе уголовнаго закона, также должны приносить жалобы ихъ представители, дѣйствующіе въ качествѣ ихъ органовъ въ

---

[1]) Ср. Анненковъ „Система русскаго гражданскаго права“ 1899 г. т. I, стр. 203—205 и другіе цивилисты, у него цитированные, а также гражд. касс. деп. рѣш. 1883 г. № 51; иначе въ позднѣйшемъ рѣшеніи 1899 г. № 116, признающемъ, что для грамотныхъ нѣмыхъ и глухонѣмыхъ, достигшихъ 21 года, устанавливается презумпціи дѣеспособности, если они не были освидѣтельствованы и надъ ними не было учреждено опеки.

[2]) Ср. рѣш. гражд. касс. деп. 1875 г. № 250.

сферѣ гражданскаго права и процесса, но для нихъ не обязательно подавать жалобу чрезъ повѣреннаго, ибо ст. 27 уст. гр. суд. не можетъ быть всецѣло примѣненакъ уголовному процессу, да и въ гражданскомъ процессѣ практика склонна толковать ее слишкомъ распространительно, воспрещая, напримѣръ, подписаніе исковаго прошенія всѣмъ составомъ правленія общества [1]), тогда какъ единственнымъ мотивомъ введенія ея въ уставъ гражданскаго судопроизводства служила невозможность для юридическаго лица предстать (т. е. явиться) на судъ иначе какъ черезъ уполномоченныхъ къ тому повѣренныхъ [2]). Поэтому въ сферѣ какъ гражданскаго, такъ и уголовнаго процесса слѣдуетъ различать подачу бумагъ, которыя могутъ быть подписаны и коллегіальнымъ органомъ юридическаго лица, и личную явку въ судъ, которая возможна лишь чрезъ повѣреннаго. Впрочемъ уголовный кассаціонный департаментъ нѣсколько иначе разрѣшаетъ этотъ вопросъ, утверждая, что лица юридическія могутъ приносить жалобы лишь черезъ повѣренныхъ, уполномоченныхъ на то или общими собраніями или законными представителями этихъ лицъ—ихъ правленіями [3]).

Что касается находящихся подъ опекою *расточителей и несостоятельныхъ должниковъ*, по дѣламъ которыхъ учреждена администрація или конкурсъ, то они сохраняютъ вполнѣ самостоятельное право жалобы, участія въ которомъ не принимаютъ органы, ограничивающіе ихъ имущественную дѣеспособность, ибо уголовные законы не содержатъ никакихъ для нихъ ограниченій, а ст. 20 и 22 уст. гр. суд. не могутъ быть здѣсь примѣняемы по аналогіи. Дѣйствительно, законы, ограничивающіе дѣеспособность расточителей и несостоятельныхъ должниковъ, преслѣдуютъ единственную цѣль

---

[1]) Рѣш. гражд. касс. деп. 1882 г. № 109, 1878 г. № 153, 1875 г. № 521; извѣстный поворотъ въ практикѣ знаменуетъ собою рѣш. гр. касс. деп. 1887 г. № 38, допустившее подачу въ судъ бумагъ, подписанныхъ правленіемъ акціонернаго общества и нашедшее подтвержденіе въ новѣйшемъ рѣшеніи за 1907 г. № 74.

[2]) Ст. 27 уст. гр. суд. основана на ст. 166 т. X ч. 2, изд. 1857 г., воспрещавшей именно *явку общества въ судъ* иначе, какъ чрезъ повѣренныхъ.

[3]) Рѣш. уг. касс. деп. 1892 г. № 59.

сохраненія ихъ имущества для ихъ рода или кредиторовъ и налагаютъ извѣстныя ограниченія лишь въ сферѣ имущественныхъ правъ. Поэтому и право искать и отвѣчать на судѣ отнимается у соотвѣтственныхъ субъектовъ и передается ихъ законнымъ представителямъ лишь по стольку, по сколькуо оно служитъ къ установленію и защитѣ имущественныхъ правъ [1]). Напротивъ, права личныя и иски съ ними сопряженные остаются въ полномъ и исключительномъ распоряженіи этихъ субъектовъ [2]). Ясно такимъ образомъ, что право жалобы при преступленіяхъ неоффиціальныхъ, не нося имущественнаго характера и будучи тѣснѣйшимъ образомъ связано съ личностью потерпѣвшаго, должно всецѣло находиться въ его распоряженіи тѣмъ болѣе, что то или иное рѣшеніе потерпѣвшимъ вопроса о возбужденіи уголовнаго преслѣдованія не лишаетъ возможности его представителя домогаться вознагражденія за имущественный вредъ и убытки, если они послѣдовали отъ преступленія, вступивъ въ уголовное дѣло въ качествѣ гражданскаго истца или предъявивъ искъ къ виновному въ судѣ гражданскомъ [3]).

Тѣ же соображенія примѣнимы къ опекунамъ надъ имуществомъ *безвѣстно отсутствующихъ* [4]).

Порядокъ назначенія опекуновъ лицъ недѣеспособныхъ и дѣятельность ихъ по принесенію жалобъ, примиренію съ виновными и проч. опредѣляется общими нормами гражданскаго права объ опекахъ. Поэтому если у недѣеспособнаго нѣсколько опекуновъ, они должны и при разрѣшеніи вопросовъ, возникающихъ по поводу принесенія жалобы на неоффиціальное преступленіе, дѣйствовать съ общаго согласія, а если такового нельзя достигнуть, то представлять свое разногласіе на разрѣшеніе опекунскаго мѣста (ст. 286 ч. 1 т. X св. зак. [5]). Впрочемъ представительство

---

[1]) Ср. рѣш. общ. собр. 1890 г. № 15.

[2]) Рѣш. гр. касс. деп., 1880 г. № 154 и 279, 1879 г. № 362.

[3]) Фонъ-Резонъ 133—135, ср. Макалинскій т. I, стр. 50—52, и рѣш. гр. касс. деп. 1882 г. № 52.

[4]) Фонъ-Резонъ, стр. 137.

[5]) Рѣш. гр. касс. деп. 1875 г. № 102, Анненковъ „Система“ 1905 г. т. V, стр. 292—3.

недѣеспособнаго въ данномъ отношеніи, а слѣдовательно и въ дѣлѣ принесенія жалобы, по тѣмъ или инымъ соображеніямъ можетъ быть поручено опекунскимъ мѣстомъ и одному изъ опекуновъ [1]).

Но и дѣеспособнымъ потерпѣвшимъ принадлежитъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ *не исключительное* право жалобы, ибо этимъ правомъ наряду съ ними могутъ пользоваться и другіе лица. Такъ, на ряду съ потерпѣвшими при нанесеніи тѣлесныхъ поврежденій однимъ изъ супруговъ другому право жалобы принадлежитъ его родителямъ (примѣч. 2 къ ст. 1496 улож. о наказ.), при преступленіяхъ противъ цѣломудрія женщинъ, перечисленныхъ въ примѣч. къ ст. 1532 улож. о наказ., мужу потерпѣвшей, если она замужняя, а если нѣтъ—ея родителямъ, родственникамъ, опекунамъ или другимъ лицамъ, по званію своему обязаннымъ имѣть о ней попеченіе; при обидахъ, клеветѣ и угрозахъ—супругу потерпѣвшаго, родителямъ или опекунамъ (примѣч. къ ст. 1534, 1539 и 1548 улож. о наказ), при похищеніи женщинъ для вступленія въ бракъ и при принужденіи ко вступленію въ бракъ—родителямъ ея или опекунамъ (ст. 1549 и 1550), при вовлеченіи въ бракъ посредствомъ приведенія въ состояніе безпамятства или посредствомъ обмана—родителямъ, (ст. 1551 улож. наказ.), при проступкахъ, предусмотрѣнныхъ уставомъ о наказ.—супругамъ, родителямъ, опекунамъ и вообще тѣмъ, которые должны имѣть попеченіе о потерпѣвшихъ; наконецъ, при оскорбленіи должностныхъ лицъ и учрежденій путемъ печати—начальству ихъ.

Буквальный смыслъ этихъ постановленій и отсутствіе въ нихъ какихъ-либо ограниченій обусловливаемыхъ возрастомъ или вообще дѣеспособностью непосредственно потерпѣвшихъ, приводитъ къ заключенію, что перечисленнымъ лицамъ принадлежитъ право жалобы на ряду съ правомъ дѣеспособныхъ потерпѣвшихъ и независимо отъ него [2]).

---

[1]) Рѣш. гр. касс. деп. 1882 г. № 9, 1886 г. № 54.

[2]) Сенатъ такое право призналъ при оскорбленіяхъ, нанесенныхъ дѣтямъ, за родителями безотносительно къ возрасту дѣтей (рѣш. уг. касс. деп. 1869 г. № 882, 873 г. № 871), за мужемъ въ случаѣ оскорбленія жены (рѣш. уг. касс. деп. 1871 г. № 372, 1871, № 826), за начальствомъ въ случаѣ оскорбленія должностныхъ лицъ и учрежденій.

Болѣе того, прим. 2-е къ ст. 1496 улож. о наказ. прямо указываетъ, что родители имѣютъ право приносить жалобы по поводу тѣлесныхъ поврежденій, нанесенныхъ ихъ дѣтямъ, состоящимъ въ бракѣ, т. е. лицамъ, вышедшимъ изъ подъ ихъ попеченія и достигшимъ въ большинствѣ случаевъ возраста 17, а то и 21 года. Такимъ образомъ здѣсь родители и другія лица трактуются закономъ не какъ представители непосредственно потерпѣвшихъ—ибо представительство предполагаетъ *замѣну*, основанную на добровольномъ или законномъ полномочіи,—а какъ самостоятельные субъекты права жалобы, осуществляющіе его въ собственномъ интересѣ [1]), какъ посредственно потерпѣвшіе.

Послѣднее наименованіе можетъ быть къ нимъ примѣнено потому, что преступленіе нарушаетъ не ихъ субъективныя права, а лишь ихъ интересы, охраны которыхъ законодатель не имѣлъ въ виду, создавая составъ соотвѣтствующихъ преступленій. Что эти посредственно потерпѣвшіе вооружены правомъ жалобы въ собственномъ интересѣ, а не въ интересѣ непосредственно потерпѣвшаго, явствуетъ изъ того, что они могутъ его осуществить даже вопреки явно выраженной волѣ вполнѣ дѣеспособнаго непосредственно потерпѣвшаго [2]), очевидно являющагося единственнымъ судьей въ вопросѣ о томъ, что ему вредно, а что полезно. Законъ по крайней мѣрѣ, никакихъ ограниченій въ этомъ направленіи для нихъ не создаетъ.

Также точно, въ силу молчанія закона нужно признать. что каждый изъ такихъ посредственно потерпѣвшихъ имѣетъ самостоятельное право жалобы, почему можетъ случиться, что одинъ будетъ считать нужнымъ жаловаться, а

(приговоры угол. касс. деп. 9 ноября 1893 г. по дѣлу князя Мещерскаго, 26 апрѣля 1894 г. по дѣлу Озмидова, 17 мая 1894 г. по дѣлу Зарубина. См. Шрамченко и Ширковъ устав. уг. суд. 1907 г., стр. 1110, А. Ѳ. Кони „За послѣдніе годы“ 1898 г. Рѣчь по дѣлу о князѣ Мещерскомъ, обвиняемомъ въ опозореніи въ печати военныхъ врачей, стр. 40—52).

[1]) Фонъ-Резонъ, стр. 142—145.

[2]) Contra Кистяковскій „Элементарный учебникъ общаго уголовнаго права“ 1891 г., стр. 693.

другой нѣтъ. Если бы при этомъ оба они дѣйствовали не въ собственныхъ интересахъ, которые могутъ быть противоположны, а въ единомъ интересѣ непосредственно потерпѣвшаго, создавалась бы неразрѣшимая коллизія.

Какъ мы видѣли, въ качествѣ такихъ посредственно потерпѣвшихъ законъ указываетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ супруговъ непосредственно потерпѣвшихъ, ихъ родителей, опекуновъ и лицъ, по званію своему обязанныхъ имѣть о нихъ попеченіе (прим. къ ст. 1532 улож. о наказ.) [1]).

Кого разумѣетъ законъ подъ супругами, опекунами, родителями—это едва ли можетъ возбудить сомнѣніе. Можно только замѣтить, что подъ супругами законъ разумѣетъ мужей (а не женъ) [2]), подъ родителями—законныхъ родителей, а также мать (но не отца) незаконнаго ребенка. Такое различіе обусловливается постановленіями гражданскихъ законовъ, вручающихъ охрану интересовъ семьи не женѣ, а мужу (ст. 106 ч. 1 т. X св. зак.) и устанавливающихъ, что мать внѣбрачнаго ребенка несетъ обязанности и пользуется по отношенію къ нему правами, указанными въ постановленіяхъ о власти родительской (ст. 132[1] ч. 1 т. X Св. Зак. въ редакціи закона 3 іюня 1902 г.), а отецъ лишь обязанъ давать средства на его содержаніе [3]) (ст. 132[4]). Къ законнымъ родителямъ приравниваются усыновители (ст. 156[1] ч. 1 т. X).

Гораздо менѣе яснымъ представляется вопросъ о томъ, кого разумѣетъ законодатель подъ „лицами, обязанными по званію своему имѣть попеченіе о потерпѣвшемъ". Неклю-

---

[1]) Уставъ о наказаніяхъ говоритъ о „тѣхъ, которые должны имѣть попеченіе о нихъ" (ст. 18).

[2]) Н. А. Неклюдовъ, т. II, стр. 77, проф. И. Я. Фойницкій „Курсъ уголовнаго судопроизводства т. II", 1899 г., стр. 34.

[3]) До изданія закона 3 іюня 1902 г. вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ законы уголовные считались съ кровною связью между незаконнымъ ребенкомъ и его матерью, представлялся гораздо болѣе спорнымъ: Н. А. Неклюдовъ (Руководство къ особенной части 1876 г. т. 1, стр. 290), напримѣръ, считалъ возможнымъ примѣнять постановленія о родственномъ убійствѣ (ст. 1449) въ случаѣ убійства матери незаконнымъ ея ребенкомъ и vice versa, проф. Таганцевъ (О преступленіяхъ противъ жизни т. II 1871 г. № 158, стр. 13—19) эту возможность отрицалъ; сенатъ (рѣш. уг. касс. деп. 1898 г. ю 26) держался того же мнѣнія; слишкомъ далеко въ этомъ случаѣ идетъ г. фонъ-Резонъ, распро-

довъ [1]) говоритъ, что уставъ о наказаніяхъ подъ ними подразумѣваетъ лицъ, имѣющихъ попеченіе надъ обиженнымъ или по природѣ, или по закону, или по житейскимъ причинамъ,—а г. фонъ-Резонъ [2]) утверждаетъ, что законъ указываетъ на обязательныя и болѣе продолжительныя отношенія и притомъ на такія, которыя относятся нетолько къ одной извѣстной сторонѣ человѣческой жизни, но обнимаютъ все существованіе опекаемаго. Мы съ своей стороны полагаемъ, что отношенія этихъ лицъ къ подопечному, нося фактическій характеръ, должны представлять аналогію отношеніямъ родителей къ дѣтямъ или опекуновъ къ подопечнымъ. [3]) Поэтому подъ формулу закона подойдутъ воспитатели, пріемные родители, вотчимъ или мачеха, у которыхъ находится на попеченіи пасынокъ и проч. [4]).

Что касается проекта, то онъ не вноситъ существенныхъ измѣненій въ дѣйствующія постановленія о правѣ посредственно потерпѣвшихъ на принесеніе жалобъ. Онъ только распространяетъ это право на одинаковый кругъ лицъ при всѣхъ неоффиціальныхъ преступленіяхъ и довольно неудачно объединяетъ ихъ въ понятіи „законныхъ представителей“ (ст. 29^1 и 29^4). При этомъ проектъ не различаетъ случаевъ, когда третьи лица пользуются правомъ жалобы вмѣсто недѣеспособныхъ, отъ тѣхъ случаевъ, когда они его осуществляютъ на ряду съ дѣеспособными потерпѣвшими; но въ виду принятаго выше толкованія нужно признать, что если потерпѣвшій не достигъ 17 лѣтъ, законный представитель его замѣняетъ (кромѣ случаевъ окончанія дѣла миромъ, когда въ силу ст. 29^2, онъ пополняетъ его волю), а если потерпѣвшій достигъ этого возраста, онъ пользуется

страняющій постановленія о правѣ приносить жалобу за непосредственно потерпѣвшаго на обоихъ незаконныхъ родителей (стр. 147), ссылаясь на рѣш. уг. касс. деп. 1870, № 1615, которое expressis verbis признало право жалобы за матерью незаконнаго ребенка, но изъ мотивовъ котораго можно вывести такое же право и для отца.

[1]) Неклюдовъ „Руководство для мировыхъ судей“ т. II 1874 г., стр. 77.

[2]) L. c., стр. 150.

[3]) Сходно рѣш. уг. касс. деп. 1891 г. № 11.

[4]) Сенатъ подвелъ подъ это понятіе дѣда (рѣш. уг. касс. деп. 1868 г. № 77) и воспитателя недѣеспособнаго (рѣш. 1870 г. № 595).

самостоятельнымъ правомъ жалобы на ряду съ нимъ, какъ посредственно потерпѣвшій. [1]).

Также точно прямо не разрѣшается нашимъ закономъ вопросъ о томъ, кому принадлежитъ право возбужденія уголовнаго преслѣдованія въ тѣхъ случаяхъ, когда ***преступленіе совершено самимъ законнымъ представителемъ*** противъ недѣеспособнаго представляемаго. Одни авторы находятъ, что въ этомъ случаѣ возбужденіе уголовнаго преслѣдованія возможно со стороны прокурора, въ интересахъ нравственности и справедливости и во избѣжаніе безнаказанности преступленія. [2]). Другіе [3]) считаютъ, что и въ этихъ случаяхъ должны быть сохранены особенности преслѣдованія, свойственныя дѣяніямъ этой категоріи, но только право жалобы должно переходить на другого законнаго представителя.

Это послѣднее рѣшеніе вопроса съ нашей точки зрѣнія является единственно правильнымъ, ибо совершеніе дѣянія законнымъ представителемъ не лишаетъ его тѣхъ свойствъ въ силу которыхъ интересы потерпѣвшаго могутъ требовать въ извѣстныхъ случаяхъ, чтобы преслѣдованіе не было возбуждено. Между тѣмъ прокуроръ, къ которому перешло бы право преслѣдованія, былъ бы и юридически и фактически лишенъ возможности руководствоваться этими интересами. Поэтому, выходомъ изъ создавшейся коллизіи должно быть предоставленіе права жалобы лицу, отличному отъ виновнаго, но руководствующемуся тѣми же соображеніями, которыми руководился бы самъ потерпѣвшій, если бы онъ былъ дѣеспособенъ, а не прокурору, дѣйствующему по началу законности. Неправильно только непремѣнно связывать, какъ это дѣлаетъ г. фонъ-Резонъ, назначеніе опекуна для разрѣщенія вопроса о принесеніи жалобы съ лишеніемъ виновныхъ—родителя родительской власти, а опекуна опе-

---

[1]) См. подробнѣе въ моей статьѣ въ Вѣстникѣ Права кн. 3, стр. 229 и слѣд.

[2]) Лохвицкій, „Курсъ русскаго уголовнаго права“ 1867 г., стр. 582, Случевскій („Учебникъ русскаго уголовнаго процесса“ 1895 г., стр. 565), ссылающійся при этомъ неправильно на рѣш. уг. касс. деп. 1870 г. № 1220 и 1875 г. № 590.

[3]) Неклюдовъ „Руководство къ особ. части“ т. I, стр. 403, фонъ-Резонъ, стр, 139 – 141.

кунскихъ полномочій. Иногда наличность преступленія можетъ быть недостаточно доказана, или преступленіе недостаточно серьезно (напр. личная обида или насиліе, предусмотренное ст. 142 уст., о нак.) для отрѣшенія опекуна отъ должности, а возбужденія уголовнаго преслѣдованія все-таки желательно. Основаніемъ для назначенія спеціальнаго опекуна въ этомъ случаѣ служитъ не полная негодность прежняго, а коллизія его личныхъ интересовъ въ этомъ пунктѣ съ интересами подопечнаго. Поэтому здѣсь вполнѣ умѣстна аналогія съ случаями коллизіи имущественныхъ интересовъ опекуна и подопечнаго, не ведущей непремѣнно къ удаленію опекуна, а разрѣшаемой назначеніемъ спеціальнаго опекуна по защитѣ интересовъ малолѣтняго въ этомъ отношеніи. [1]).

Принятое рѣшеніе является вполнѣ согласнымъ и съ буквальнымъ смысломъ уголовныхъ законовъ, не устанавливающихъ никакихъ изъятій изъ порядка преслѣдованія не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшихъ, для тѣхъ случаевъ, когда виновниками являются законные ихъ представители. Въ одномъ частномъ случаѣ уложеніе даже прямо подтверждаетъ недопустимость преслѣдованія ex officio дѣянія, по природѣ своей неоффиціальнаго, и тогда, когда оно совершенно опекуномъ противъ несовершеннолѣтней: мы имѣемъ въ виду ст. 1532 улож. о наказ., предусматривающую между прочимъ, обольщеніе несовершеннолѣтней *ея опекуномъ*, преслѣдуемое, въ силу примѣчанія въ ней, не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшей.

Совсѣмъ иначе разрѣшается этотъ вопросъ въ проектѣ, который въ разбираемыхъ случаяхъ предписываетъ преслѣдованіе ex. officio (примѣч. къ ст. 29[1] и 29[4]).

Дѣйствующее законодательство проходитъ молчаніемъ также вопросъ о правѣ жаловаться на неоффиціальныя преступленія *чрезъ повѣреннаго*, если не считать ст. 43, 44 уст. уг. суд., ссылающихся на ст. 45—50 уст. гр. суд. и относящихся лишь къ дѣламъ, производящимся у мировыхъ судей, а также соотвѣтствующихъ ст. 7—8 правилъ о производ. судеб. дѣлъ, подсудныхъ земскимъ начальникамъ и го-

---

[1]) Рѣш. гр. касс. деп. 1879, № 396, 1886, № 54, 1893 г. № 8.

родскимъ судьямъ 29 декабря 1889 г. Но и указанныя законоположенія не даютъ опоры для рѣшенія вопроса о томъ, можетъ ли повѣренный рѣшить самостоятельно вопросъ о принесеніи жалобы или онъ долженъ быть лишь исполнителемъ рѣшенія самого потерпѣвшаго. Поэтому вопросъ о предѣлахъ права потерпѣвшаго принести жалобу чрезъ повѣреннаго долженъ быть рѣшенъ на основаніи общаго смысла законовъ, и въ этомъ отношеніи наше право не представляетъ существенныхъ отличій отъ права германскаго и французскаго, почему и рѣшеніе должно быть дано тождественное съ тѣмъ, которое принято тамъ.

Иными словами наше законодательство не воспрещаетъ принесеніе жалобъ чрезъ представителя, но это должно быть представительство не въ волѣ, а въ выраженіи воли. Поэтому полномочіе на принесеніе жалобы можетъ быть дано лишь послѣ того, какъ преступленіе сдѣлалось извѣстно потерпѣвшему, а не впередъ на преслѣдованіе будущихъ преступленій. Поэтому же такъ называемая общая довѣренность является совершенно недостаточной для принесенія жалобы, а требуется довѣренность спеціальная. [1]). Но управленіе дѣлами или имѣніемъ, по общей довѣренности или безъ таковой, можетъ ставить управляющаго въ такое отношеніе къ управляемому имуществу, въ силу коего преступленія, совершенныя противъ этого имущества, по смыслу закона, должны быть разсматриваемы, какъ направленныя не только противъ собственника, но и противъ управляющаго. Тогда, конечно, и ему принадлежитъ право жалобы, но не въ силу общей довѣренности собственника, а какъ лицу непосредственно потерпѣвшему [2]). Впрочемъ, все зависитъ отъ того, какъ долженъ быть истолкованъ соотвѣт-

---

[1]) Сходно фонъ-Резонъ, стр. 151—153, Неклюдовъ. Руководство для миров. суд. т. I, стр. 285, также сенатъ, который характеризуетъ довѣренность, достаточную для подачи жалобы, какъ „спеціальную“ (рѣш. уг. касс. деп. 1869 г. № 39), свидѣтельствующую о „ясно выраженной волѣ лицъ, считающихъ себя обиженными“ (рѣш. уг. касс. деп. 1870 г. № 831), уполномачивающую повѣреннаго „на возбужденіе обвиненія противъ опредѣленнаго лица“ (рѣш. уг. касс. деп. 1892 г. № 59).

[2]) Фонъ-Резонъ, стр. 154—6, и повидимому рѣш. уг. касс. деп. 1873 г. № 972.

ствующій уголовный законъ, какъ опредѣленъ составъ подлежащаго преступленія и кто признанъ непосредственно потерпѣвшимъ.

Повѣреннаго потерпѣвшій можетъ избрать не только изъ числа присяжныхъ или частныхъ повѣренныхъ, но и изъ числа другихъ лицъ, коимъ не воспрещено ходатайствовать по чужимъ дѣламъ. [1]). Послѣднее ограниченіе вытекаетъ не только изъ 44 ст. уст. уг. суд. (ибо тогда оно было бы примѣнимо лишь къ дѣламъ, подсуднымъ мировымъ учрежденіямъ), а и изъ общаго смысла процессуальныхъ законовъ, устраняющихъ вообще отъ представительства въ процессѣ лицъ, указанныхъ въ 246 ст. уст. гр. суд. Поэтому оно распросраняется, вопреки мнѣнію г. фонъ-Резона, и на дѣла, подсудныя общимъ судебнымъ установленіямъ. Подтвержденіемъ этого положенія является ст. 565 уст. уг. суд., устраняющая этихъ лицъ отъ защиты, хотя несомнѣнно законодатель стремился какъ можно болѣе обезпечить обвиняемыхъ защитой и старался возможно расширить кругъ лицъ, изъ которыхъ предоставляется обвиняемому избирать себѣ защитника [2]).

Наконецъ, по вопросу о формѣ полномочія, въ виду отсутствія въ законѣ какихъ либо на этотъ счетъ указаній относительно дѣлъ, подсудныхъ общимъ судебнымъ установленіямъ, нужно признать, что форма эта можетъ быть какъ письменной, такъ и словесной, при чемъ словесное порученіе можетъ быть установлено не только протоколомъ должностного лица, въ присутствіи котораго оно дается, но и всякими другими доказательствами, какъ, напримѣръ, послѣдующимъ заявленіемъ довѣрителя, не встрѣчающимъ сом-

---

[1]) Иначе г. фонъ-Резонъ, (стр. 153), утверждающій, что повѣренными могутъ быть лишь лица, имѣющія въ силу Высочайше утвержд. мнѣнія Госуд. Совѣт. отъ 25 мая 1874 г. (нынѣ ст. 406[1] учр. суд. угол. и слѣд.) право веденія чужихъ гражданскихъ дѣлъ. Однако мнѣніе это невѣрно, ибо ст. 44 говоритъ прямо о томъ, что повѣренными могутъ быть, кромѣ присяжныхъ и частныхъ повѣренныхъ, и *другіе лица*, коимъ законъ не воспрещаетъ ходатайствовать по чужимъ (не сказано гражданскимъ) дѣламъ; съ другой стороны ст. 406[1] учр. суд. уст. expressis verbis ограничиваетъ свою силу дѣлами гражданскими, производящимися въ общихъ и мировыхъ установленіяхъ.

[2]) Ср. рѣш. уг. касс. деп. 1900 г. № 19, общ. собр. 1884 г. № 40.

нѣнія со стороны суда, свидѣтельскими показаніями и проч. Тоже нужно сказать и о дѣлахъ, подсудныхъ земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ. Иначе дѣло обстоитъ у мировыхъ судей. Здѣсь въ силу ст. 44 уст. уг. суд. и ст. 46—47 уст. гражд. суд. полномочіе должно быть заявлено *или словесно мировому судьѣ, который его вноситъ въ свой* протоколъ, подписываемый тяжущимся, если онъ грамотный, или письменно въ прошеніи или довѣренности, съ засвидѣтельствованіемъ подписи довѣрителя мировымъ или городскимъ судьей, земскимъ начальникомъ, нотаріусомъ, полиціей *или волостнымъ начальствомъ*. Такимъ образомъ получается несоотвѣтствіе между формой полномочія на принесеніе жалобы въ общихъ и мировыхъ судебныхъ установленіяхъ. Для общихъ судовъ, вѣдающихъ болѣе серьезныя дѣла, достаточно, напримѣръ, письменнаго заявленія, подпись на коемъ никѣмъ не засвидѣтельствована, для мировыхъ же судей, разсматривающихъ дѣла меньшей важности, такого заявленія недостаточно. Очевидно, редакторы устава уголовнаго судопроизводства, ссылаясь на соотвѣтствующія статьи устава гражданскаго судопроизводства, не предусмотрѣли всѣхъ выводовъ, которыя будутъ сдѣланы изъ этой ссылки, но къ сожалѣнію устранить ихъ путемъ толкованія не представляется возможнымъ. [1]).

Указанныя правила относительно права принесенія жалобы лично или чрезъ представителя законнаго или добровольнаго примѣняются и къ поддержанію ***частнаго обвиненія*** или, какъ выражается законъ, къ обличенію обвиняемыхъ предъ судомъ. Хотя сфера примѣненія частнаго обвиненія по нашему дѣйствующему праву не совпадаетъ съ областью неоффиціальныхъ преступленій, ибо съ одной стороны въ мировыхъ учрежденіяхъ (ст. 3 уст. уг. суд.) и вообще въ мѣстныхъ судахъ (ст. 181 прав. 29 Дек. 1889 г.) потерпѣвшій въ качествѣ частнаго обвинителя можетъ участвовать также въ дѣлахъ по преступленіямъ оффиціальнымъ, если они не принадлежатъ къ числу проступковъ „относящихся до разныхъ частей административнаго управленія“ (разд. 4 уст. уг. суд.), обличеніе которыхъ предъ су-

---

[1]) **Фонъ-Резонъ, стр. 153—4, Неклюдовъ т. I, стр. 283—4.**

домъ ввѣряется особымъ административнымъ органамъ и полиціи, [1]) а съ другой, въ общихъ судебныхъ установленіяхъ порядокъ частнаго обвиненія не распространяется на неоффиціальныя преступленія, исчисленныя въ ст. 157 улож. (ст. 5 уст. уг. суд.), но въ предѣлахъ тѣхъ дѣяній, которыя являются одновременно неоффиціальными и преслѣдуемыми въ частномъ порядкѣ, субъекты права жалобы и права частнаго обвиненія являются тождественными. Выводъ этотъ вытекаетъ изъ того, что ст. 5 и 6 уст. уг. суд. подъ частнымъ обвинителемъ разумѣютъ лицо потерпѣвшее отъ преступленія или проступка, преслѣдованіе за который можетъ быть возбуждено не иначе, какъ по его жалобѣ, и подлежитъ прекращенію въ случаѣ примиренія. Такимъ образомъ несомнѣнно, что правами частнаго обвинителя пользуются тѣ изъ субъектовъ права жалобы, которые сами являются потерпѣвшими, и вопросъ можетъ возникать лишь объ ихъ законныхъ и добровольныхъ представителяхъ. Но очевидно, онъ долженъ быть разрѣшенъ, при отсутствіи отличныхъ постановленій въ законѣ, на основаніи тѣхъ же общихъ соображеній, которыя нами были положены въ основаніе разрѣшенія вопроса о правѣ законныхъ представителей и повѣренныхъ приносить жалобу за представляемыхъ. Впрочемъ, относительно права частныхъ обвинителей замѣнять себя повѣренными въ ст. 570 и 585 уст. уг. суд. содержится прямое упоминаніе. [2]).

Сомнѣніе можетъ возбуждать лишь вопросъ о томъ, достаточна ли общая довѣренность для поддержанія частнаго обвиненія по дѣлу уже возбужденному, или необходима довѣренность спеціальная, какъ и для подачи жалобы по дѣлу еще не возбужденному. Мы полагаемъ, что и здѣсь необходимо требовать спеціальнаго полномочія, [3]) ибо нѣко-

---

[1]) Чебышевъ-Дмитріевъ „Русское уголовное судопроизводство“ 1875 г., стр. 153, Неклюдовъ т. I, стр. 6—7, рѣш. уг. касс. деп. 1868 г. № 801, 1869, № 689, 1891 г. № 20, общ. собр. 1894 № 21.

[2]) Право частнаго обвинителя замѣнять себя повѣреннымъ распространяется и на періодъ предварительнаго слѣдствія см. рѣш. уг. касс. деп. 1892 г. № 59, contra Дворжицкій „Частное обвиненіе“ въ Суд. Газ. 1895 г. № 22.

[3]) Квачевскій „Объ уголовномъ преслѣдованіи, дознаніи и предварительномъ изслѣдованіи преступленій“ 1866 г. ч. I, стр. 186—181,

торыя дѣйствія частнаго обвинителя (примиреніе, неявка въ засѣданіе) какъ бы аннулируютъ поданную жалобу, и по своему значенію для потерпѣвшаго должны быть приравнены къ акту подачи жалобы, почему необходимо, чтобы довѣренность свидѣтельствовала о знаніи потерпѣвшимъ конкретнаго дѣянія, преслѣдованіе котораго онъ поручаетъ повѣренному, и о той степени довѣрія къ повѣренному, которая соотвѣтствуетъ значенію для него даннаго дѣла. По той же причинѣ въ спеціальной довѣренности должно быть прямо выражено право повѣреннаго окончить дѣло миромъ; въ противномъ случаѣ состоявшееся внѣ суда примиреніе должно считаться недѣйствительнымъ, а явка такого повѣреннаго въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ предписываетъ склоненіе сторонъ къ миру (ст. 303[1] Уст. Уг. Суд.). не замѣняетъ явки самого обвинителя и влечетъ за собою прекращеніе дѣла. Изъятіе составляютъ лишь дѣла производящіяся у мировыхъ судей, по которымъ, въ силу прямого текста ст. 44 уст. уг. суд. и ст. 48 уст. гр. суд., необязательно включеніе въ довѣренность права окончить дѣло миромъ, ибо такое право принадлежитъ повѣренному силою закона.[1]) Но, конечно, содержащееся въ ст. 44 уст. уг. суд. и 48 уст. гр. суд. постановленіе должно толковаться ограничительно, а потому для дѣйствительности примиренія повѣреннаго потерпѣвшаго съ обвиняемымъ необходимо, чтобы дѣло находилось еще въ производствѣ мировыхъ установленій, для примиренія же послѣ постановленія приговора мировымъ съѣздомъ, когда дѣло перенесено по жалобѣ той или другой стороны въ сенатъ, [2]) а тѣмъ болѣе послѣ вступленія приговора въ законную силу необходимо, спеціальное полномочіе.

Неклюдовъ, стр. 285, contra рѣш. уг. касс. деп. 1881 г. № 31 (гдѣ, впрочемъ, разбирался случай, въ которомъ на ряду съ общей довѣренностью судъ имѣлъ въ виду спеціальное по данному дѣлу заявленіе объ избраніи повѣреннаго).

[1]) Рѣш. уг. касс. деп. 1868 г № 866.

[2]) Рѣш. уг. касс. деп. 1872 г. № 1352, 1874 г. № 604, 1875 г. № 51.

Наше законодательство не содержитъ прямыхъ постановленій относительно *дѣлимости* или недѣлимости *жалобы* при неоффиціальныхъ преступленіяхъ, но и уложеніе, и уставъ о наказаніяхъ, и уставъ уголовнаго судопроизводства говорятъ о преступленіяхъ или проступкахъ и дѣлахъ, кои не иначе могутъ подлежать разсмотрѣнію суда, какъ вслѣдствіе жалобы, а не о виновныхъ, преслѣдуемыхъ не иначе какъ по жалобѣ, откуда можно сдѣлать выводъ, что предметомъ жалобы должно быть опредѣленное дѣяніе въ цѣломъ, а не тѣ или иные его исполнители. Если къ этому прибавить, что вообще изъ смысла постановленій уложенія объ отдѣльныхъ преступленіяхъ и о соучастіи и изъ совокупнаго смысла постановленій устава уголовнаго судопроизводства слѣдуетъ, что, въ случаѣ совершенія извѣстнаго преступленія, отвѣтственными и подлежащими привлеченію къ суду признаются всѣ соучастники, кромѣ тѣхъ, относительно коихъ существуютъ препятствія, положительно установленныя закономъ, правильно будетъ признать, что жалоба, потерпѣвшаго, устраняя препятствіе къ преслѣдованію даннаго дѣянія, этимъ самымъ открываетъ возможность для судебной власти разсмотрѣть вопросъ о виновности всѣхъ соучастниковъ и прикосновенныхъ.

Однако сдѣланные выводы должны быть признаны достаточно обоснованными лишь въ отношеніи дѣяній, не подлежащихъ примиренію, которыя отличаются отъ оффиціальныхъ преступленій тѣмъ, что только возбужденіе преслѣдованія за нихъ принадлежитъ потерпѣвшему, дальнѣйшее судебное преслѣдованіе ихъ принадлежитъ прокурору на общемъ основаніи (ст. 5 уст. гражд. суд.). Напротивъ, по дѣламъ, оканчиваемымъ миромъ, отступленія отъ общаго порядка производства являются гораздо болѣе значительными, ибо они, по мысли составителей судебныхъ уставовъ, должны были подлежать „болѣе или менѣе порядку производства, для гражданскихъ дѣлъ установленному“. Но если чисто-уголовное преслѣдованіе по природѣ своей является недѣлимымъ, то, напротивъ, гражданскій искъ можетъ быть предъявленъ по усмотрѣнію истца къ тѣмъ или инымъ отвѣтчикамъ, состоящимъ съ нимъ въ юридическихъ отношеніяхъ, и судъ не можетъ распростра-

нять его дѣйствіе на отвѣтчиковъ, въ исковомъ прошеніи не указанныхъ. Поэтому при преступленіяхъ неоффиціальныхъ, по которымъ законъ допускаетъ примиреніе и которыя, какъ мы увидимъ ниже, по дѣйствующему нашему праву сильно приближаютъ къ delicta privata и подлежать преслѣдованію и наказанію главнымъ образомъ въ интересахъ потерпѣвшихъ, а не въ интересахъ публичныхъ, почему при нихъ субъектомъ права наказанія является жалобщикъ, едва ли можно отрицать, что ему, какъ таковому, должно быть предоставлено отказаться отъ осуществленія своего права въ отношеніи какъ всѣхъ, такъ и нѣкоторыхъ виновныхъ [1]). Такимъ образомъ при отсутствіи прямыхъ указаній надлежитъ признать, что жалоба потерпѣвшаго по преступленіямъ, допускающимъ примиреніе, дѣлима, по остальнымъ же неоффиціальнымъ преступленіямъ недѣлима [2]).

Указанное положеніе, вытекающее изъ общаго смысла постановленій нашихъ законовъ о неоффиціальныхъ преступленіяхъ, усвоено и формулировано проектомъ въ ст. 29^3, гласящей, что „въ случаѣ совершенія одного изъ преступныхъ дѣяній, указанныхъ въ ст. 29^1 сего устава, нѣсколькими лицами, потерпѣвшій можетъ просить о возбужденіи уголовнаго преслѣдованія, а также окончить дѣло примиреніемъ, не только въ отношеніи всѣхъ указанныхъ лицъ, но и нѣкоторыхъ изъ нихъ“. Статья эта не распро-

---

[1]) Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 128, Макалинскій т. I, стр. 128 contra повидимому, Квачевскій т. I, стр. 346, проф. Н. Д. Сергѣевскій „Русское уголовное право“ 1900 г., стр. 361.

[2]) Спасовичъ „Учебникъ уголовнаго права“ 1863 г., стр. 314—315 и А. Ѳ. Кистяковскій „Элементарный учебникъ общаго уголовнаго права“ 1891 г., стр. 192 защищаетъ начало недѣлимости, а Будзинскій „Начала уголовнаго права“ 1870 г., стр. 306, Неклюдовъ „Учебникъ“ Бернера 1865 г., стр. 907 и фонъ-Резонъ, (стр. 124—125) начало дѣлимости для всѣхъ неоффиціальныхъ преступленій. Сенатъ въ рѣшеніяхъ уг. касс. деп. за 1869 г. № 418 и 1870 г, № 486, состоявшихся по дѣламъ, допускающимъ примиреніе, призналъ также начало дѣлимости жалобы (вопросъ о примѣнимости этого начала къ преступленіямъ неоффиціальнымъ, не допускающимъ примиренія, насколько мнѣ извѣстно, не восходилъ на разсмотрѣніе сената). Наконецъ проф. Бѣлогрицъ-Котляревскій („Учебникъ русскаго уголовнаго права“ 1903 г., стр. 333) защищаетъ начало недѣлимости для всѣхъ преступленій, кромѣ относительно неоффиціальныхъ.

страняетъ своего дѣйствія на преступленія, исчисленныя въ ст. 29[4], т. е. такія, которыя не подлежатъ примиренію, почему въ отношеніи ихъ примѣняется принципъ недѣлимости преслѣдованія [1]). По исключенію проектъ подчиняетъ дѣйствію этого принципа и дѣла о прелюбодѣяніи, хотя они допускаютъ примиреніе (ст. 29[3] примѣч.), причемъ составители проекта мотивируютъ это изъятіе тѣмъ, что, какъ свидѣтельствуетъ наша судебная практика, отдѣльное привлеченіе къ отвѣтственности соучастника прелюбодѣянія безъ одновременнаго возбужденія уголовнаго преслѣдованія противъ виновнаго супруга, вызывается обыкновенно корыстными происками шантажнаго свойства жалобщика-супруга [2]).

Уложенія и уставъ о наказаніяхъ не содержатъ постановленій *о формѣ и содержаніи жалобы* при неоффиціальныхъ преступленіяхъ, уставъ же угол. суд. и правила 29 декабря 1889 г. содержатъ лишь общія постановленія о жалобѣ потерпѣвшаго, независимо отъ того, является ли ея предметомъ оффиціальное или неоффиціальное преступленіе (ст. 42, 45—47 и 301—303, 306 уст. уг. суд., ст. 173 прав. 1889 г.).

Въ силу этихъ постановленій жалоба можетъ быть какъ письменной, такъ и словесной (ст. 45 и 306 уст. уг. суд.). Письменная жалоба должна быть изложена на русскомъ языкѣ [3]) и подписана или самимъ жалобщикомъ или, въ случаѣ его неграмотности или болѣзни, лицомъ, которому онъ это довѣритъ, при чемъ изъ жалобы или составленнаго послѣ ея принятія протокола допроса жалобщика (ст. 307) должно явствовать, почему жалоба не подписана самимъ потерпѣвшимъ [4]). Впрочемъ, несоблюденіе этого условія, не

---

[1]) Объясн. зап. т. I, стр. 45.

[2]) Объясн. зап. т. I, стр. 48.

[3]) Ст. 557 учр. суд. уст. предъявляетъ это требованіе къ бумагамъ, подаваемымъ въ судебныя установленія въ Прибалтійскихъ губерніяхъ. Очевидно, что оно a fortiori примѣнимо къ жалобамъ, подаваемымъ въ губерніяхъ, гдѣ дѣйствуетъ общее учрежденіе судебныхъ установленій. Переводчика законъ (ст. 410 и 579 уст. уг. суд.) допускаетъ лишь въ томъ случаѣ, если обвиняемый или свидѣтель не понимаетъ по русски.

[4]) Неклюдовъ т. I, стр. 254.

установленнаго прямо ст. 45 уст. уг. суд., едва ли можетъ влечь за собою признаніе жалобы ничтожной, если не подлежитъ сомнѣнію, что потерпѣвшій желалъ ее принести [1]. Словесныя жалобы записываются въ протоколъ лицомъ, уполномоченнымъ на ихъ принятіе (ст. 45 и 306 уст. угол. суд. и 173 прав. 1889 г.) и несоставленіе протокола лишаетъ словесную жалобу ея значенія [2]); протоколъ подписывается жалобщикомъ, если онъ грамотенъ (45 и 469—470 уст. уг. суд.); за неграмотнаго по дѣламъ, подсуднымъ общимъ установленіямъ, должно подписать уполномоченное имъ лицо (ст. 470); къ неграмотнымъ, очевидно, должны быть приравнены лица, не могущія писать по болѣзни или по другой причинѣ. Соблюденія другихъ формъ законъ не требуетъ [3]).

На принятіе какъ письменныхъ такъ и словесныхъ жалобъ уполномочены мировые (ст. 45 уст. уг. суд.) гминные (ст. 1291) и другіе мѣстные судьи (ст. 173 прав. 1889 г.), полицейскіе чины (ст. 47 и 306 уст. уг. суд., ст. 175 прав. 1889 г.) [4]), судебные слѣдователи, прокуроры и ихъ товарищи (ст. 306) [5]). При этомъ законъ прямо не говоритъ, должны ли быть при подачѣ жалобы тому или иному изъ указанныхъ органовъ соблюдены правила о подсудности предметной и мѣстной, но изъ нѣкоторыхъ его указаній нужно прійти къ утвердительному рѣшенію вопроса. Такъ, уставъ уголовнаго судопроизводства трактуетъ жалобу, какъ одинъ изъ законныхъ поводовъ къ начатію предварительнаго слѣдствія (ст. 297). Но, очевидно, такое значеніе можетъ имѣть лишь жалоба, поданная съ соблюденіемъ правилъ территоріальной подсудности, изложенныхъ въ ст. 289. Также точно требованіе ст. 302 уст. уг. суд., чтобы въ жалобѣ было указано, между

---

[1]) Фонъ-Резонъ, стр. 188.

[2]) Фонъ-Резонъ стр. 186—187, contra рѣш. уг. касс. деп. 1870 г. № 595.

[3]) Рѣш. уг. касс. деп. 1867 г. № 82, рѣш. общ. собр. 1883 г. № 6.

[4]) Сенатъ относитъ къ ихъ числу и органы сельской полиціи (рѣш. 1870 г. № 595), что должно быть признано вполнѣ правильнымъ въ силу ст. 261 уст. уг. суд.

[5]) Рѣш. общ. собр. 1880 г. № 10, contra Лонгиновъ „Примирительное разбирательство мировыми судьями дѣлъ, подлежащихъ по существу вѣдомству окружныхъ судовъ“ Жур. Гр. и Уг. Пр. 1883 г. № 2, стр. 30.

прочимъ, мѣсто совершенія преступнаго дѣянія, объясняется тѣмъ, что законодатель желалъ дать слѣдователю возможность сразу же рѣшить вопросъ о своей компетентности. Вмѣстѣ съ тѣмъ въ законѣ не содержится правила, въ силу коего слѣдователь былъ бы обязанъ передать мировому судьѣ или другому слѣдователю жалобу по преступленію ему неподсудному, изъ чего можно заключить, что онъ такую жалобу можетъ оставить безъ послѣдствій или возвратить жалобщику. Правда, ст. 482 уст. уг. суд., предписываетъ слѣдователю передать дѣло по принадлежности, если оно ему окажется неподсуднымъ, но отсюда нельзя вывести, что жалоба на неоффиціальное преступленіе, подсудное мѣстному суду, можетъ быть подана и слѣдователю, ибо при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что ст. 482 уст. уг. суд. относится къ случаямъ, когда *по слѣдствію* откроется, что дѣло ему неподсудно, т. е. предполагаетъ, что изъ самой жалобы нельзя было заключить о неподсудности дѣла, и что она выяснилась лишь въ дальнѣйшемъ [1]). Тѣ же соображенія, въ силу ст. 42, 46 и 117 уст. уг. суд. и ст. 199 прав. 1889 г., примѣнимы и къ жалобамъ по преступленіямъ, подсуднымъ мѣстнымъ судьямъ [2]).

Въ силу ст. 48 и 306 уст. уг. суд., одинаково относящихся къ оффиціальнымъ и неоффиціальнымъ преступленіямъ [3]), жалоба можетъ быть принесена потерпѣвшимъ прямо мѣстной полиціи [4]). Это же постановленіе повторяется и ст. 175 правилъ 1889 г. Что законъ разумѣетъ подъ „мѣст-

---

[1]) Ср. рѣш. уг. касс. деп. 1869 г. № 87.

[2]) Квачевскій ч. III стр. 161—162, рѣш. 1869 г. № 812, 1874 № 507.

[3]) Contra Лонгиновъ, стр. 22 и слѣд. Рудановскій „О дѣлахъ возникающихъ по частнымъ жалобамъ“ Юр. Вѣст. 1888 г. № 9, стр. 81.

[4]) Это явствуетъ не только изъ текста указанныхъ статей, но и изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи Государственной Канцеляріи подъ ст. 46 (стр. 51), гдѣ сказано: *„когда преступленіе или проступокъ принадлежитъ къ числу тѣхъ,* коими нарушаются одни только права частныхъ лицъ, *и на основаніи закона никто, кромѣ сихъ лицъ, не можетъ вчинить о томъ дѣла* (улож. о наказ. ст. 171, 173, 2094 примѣч.. 2206 примѣч. т. п.), то дѣла сего рода, имѣя почти всѣ свойства дѣлъ гражданскихъ, должны быть подчинены одному съ ними порядку. Посему лица, требующія разсмотрѣнія оныхъ, обязаны доставлять и всѣ нужныя для

ной“ полиціей, на это намекаетъ ст. 48 уст. уг., которая тѣсно связываетъ принятіе жалобы съ дѣятельностью полиціи по производству дознаній. Поэтому правильно будетъ сказать, что компетентнымъ на принятіе жалобы будетъ тотъ полицейскій органъ, который компетентенъ въ данномъ случаѣ произвести дознаніе, т. е. такой, въ участкѣ коего совершенно или обнаружилось преступное дѣяніе или имѣетъ пребываніе подозрѣваемый (ст. 778 п. 17 и 884 общ. учр. губ. и 288—289 уст. уг. суд., примѣнимыя mutatis mutandis и къ дознаніямъ), но вмѣстѣ съ тѣмъ и жалоба, поданная въ уѣздное или городское полицейское управленіе, должна считаться надлежаще принесенной, ибо послѣднее распространяетъ свое вѣдомство на весь уѣздъ или городъ (ст. 633 общ. учр. губ. [1]).

Прокуроры и ихъ товарищи компетентны на принятіе жалобъ лишь по дѣламъ, подвѣдомственнымъ общимъ судебнымъ мѣстамъ (ст. 306 и 45, 48 уст. уг. суд.), и притомъ

того свѣдѣнія. Понесшему ущербъ, убытокъ или оскорбленіе, обыкновенно извѣстно, какимъ образомъ, когда и кѣмъ оные причинены; а если онъ иногда и можетъ не знать, кто, напримѣръ, нанесъ вредъ его имуществу, то и въ семъ случаѣ собственная польза заставляетъ его стараться разузнать о томъ прежде начатія дѣла. Для сего онъ *можетъ обратиться къ полиціи*, коей прямою обязанностью есть и будетъ первое дознаніе о всякомъ случившемся въ ея вѣдомствѣ противозаконномъ дѣяніи и о виновномъ въ учиненіи онаго. См. статью устава 48-ю“. Хотя редакція приведенныхъ мотивовъ на первый взглядъ допускаетъ и толкованіе въ томъ смыслѣ, что обращеніе къ полиціи является не жалобой, а средствомъ „разузнать прежде начатія дѣла“ о виновникѣ дѣянія и что засимъ жалоба должна быть принесена мировому судьѣ, но текстъ ст. 48 уст. уг. суд., не дѣлающей различія между оффиціальными и неоффиціальными преступленіями и въ то же время предписывающей полиціи о послѣдствіяхъ розысканія, произведеннаго по заявленію потерпѣвшаго, представлять мировому судьѣ, дѣлаетъ такое толкованіе невозможнымъ, ибо представленіи полиціи судьѣ о послѣдствіяхъ розысковъ было бы совершенно не нужно, если бы потерпѣвшій обязывался тому же судьѣ по окончаніи этихъ розысковъ подать особую жалобу съ изложеніемъ главныхъ ихъ результатовъ (рѣш. уг. касс. деп. 1873 г. № 385, 1875 № 184, 1900 № 35). Contra Лонгиновъ, стр. 16.

[1]) Впрочемъ, нужно сказать, что вѣдомство отдѣльныхъ полицейскихъ органовъ по производству дознаній осталось въ законѣ почти безъ опредѣленія ср. Квачевскій ч. II стр. 120—122, 150—151.

по такимъ, которыя подсудны тому суду, при которомъ состоитъ данный прокуроръ или его товарищъ [1]).

Подача жалобы съ нарушеніемъ территоріальной или предметной подсудности лишаетъ эту жалобу значенія, но если лицо, ее получившее, передастъ ее по подсудности (къ чему не обязано), то она считается поданной съ момента ея полученія компетентнымъ органомъ.

Что касается содержанія жалобы, то въ ней, согласно ст. 302 и 46 уст. уг. суд., означаются имя, фамилія, званіе или прозвище и мѣстожительство обвинителя, преступное дѣйствіе, время и мѣсто его совершенія, понесенные вредъ и убытки, приблизительное исчисленіе вознагражденія, если оно требуется, обвиняемое или подозрѣваемое лицо, мѣсто его жительства и причины по коимъ взводится на него подозрѣніе, свидѣтели или иныя доказательства, коими жалоба подтверждается и годъ, мѣсяцъ и число подачи жалобы. Однако далеко не всѣ эти свѣдѣнія имѣютъ одинаковое значеніе и должны быть непремѣнно указаны въ жалобѣ. На это указываетъ ст. 46, говорящая, что они должны быть указаны *по возможности*; на это же указываютъ и общія соображенія, относительно тѣхъ свѣдѣній, которыя какъ будто безусловно требуются ст. 302 [2]). Такъ, разъ 308 ст. уст. уг. суд. не обязываетъ жалобщика доказывать преступное дѣяніе, нельзя отъ него непремѣнно требовать указанія въ самой жалобѣ причинъ, по которымъ возводится на кого либо подозрѣніе. Тоже нужно сказать и о дѣлахъ, подсудныхъ земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ, ибо ст. 174 правилъ 1889 г. предоставляетъ судьѣ, когда доказательства признаны недостаточными (а слѣдовательно и тогда, когда они вовсе не указаны), поручить полиціи произвести дознаніе. Иначе дѣло обстоитъ съ преступленіями, подсудными мировымъ судьямъ и допускающими примиреніе, ибо ст. 47

---

[1]) Это положеніе оспаривается напр. г. Рудановскимъ (ук. соч. стр. 81) въ отношеніи дѣлъ, идущихъ въ частномъ порядкѣ, въ виду того, что въ нихъ прокуратура не принимаетъ участія.

[2]) Фонъ-Резонъ стр. 184—185, Квачевскій ч. II стр. 179—180, ч. III стр. 228—229, Макалинскій т. II стр. 194. В. Случевскій, стр. 566—567 1895, рѣш. общ. собр. 1880 г. № 10.

уст. уг. суд. запрещаетъ судьѣ по этимъ дѣламъ поручать полиціи собираніе необходимыхъ по дѣлу свѣдѣній, а въ силу ст. 104 уст. уг. суд. судья ограничивается разсмотрѣніемъ тѣхъ только доказательствъ, которыя сторонами представлены или указаны, самъ же ихъ отнюдь не собираетъ и не поручаетъ собирать полиціи. Поэтому доказательства событія преступленія и виновности извѣстнаго лица должны быть указаны жалобщиками, но не непремѣнно въ самой жалобѣ: онъ можетъ указать ихъ и позже въ засѣданіи суда [1]).

Равнымъ образомъ разъ судебный слѣдователь обязанъ, въ силу ст. 291 уст. уг. суд., приступить къ слѣдствію по преступленію, неизвѣстно гдѣ совершенному и лишь обнаруженному въ его участкѣ, нѣтъ основанія лишать жалобу потерпѣвшаго значенія законнаго повода къ начатію предварительнаго слѣдствія, если въ ней не указано мѣсто совершенія дѣянія, которое можетъ быть жалобщику неизвѣстно, но, по возможности, будетъ приведено въ извѣстность слѣдователемъ. Тоже нужно сказать о времени совершенія дѣянія. Наконецъ, преступленіе могло вовсе не причинить матеріальнаго вреда и убытковъ, указанія которыхъ требуетъ ст. 302 въ пунктѣ 3-мъ.

Такимъ образомъ приходится, за отсутствіемъ указаній въ законѣ, отдѣлить существенное и необходимое содержаніе жалобы отъ несущественнаго на основаніи общихъ соображеній о юридической ея природѣ.

Разъ жалоба является условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія или условіемъ наказуемости (что въ данномъ случаѣ не дѣлаетъ разницы) конкретнаго дѣянія и разъ подача ея является отказомъ потерпѣвшаго отъ принадлежащаго ему права помѣшать возбужденію преслѣдованія или осуществленіемъ принадлежащаго ему права пре-

---

[1]) Тѣ же начала, какъ видно изъ объясненій, приведенныхъ подъ ст. 104 уст. уг. суд. (изд. госуд. канц.), составители судебныхъ уставовъ намѣрены были примѣнить и ко всѣмъ дѣламъ, подсуднымъ общимъ судебнымъ мѣстамъ, но намѣреніе это не получило осуществленія въ текстѣ закона. Напротивъ, ст. 308, относящаяся и къ неоффиціальнымъ преступленіямъ, не обязываетъ жалобщика на предварительномъ слѣдствіи доказывать преступное дѣяніе. Иначе рѣш. уг. касс. деп. 1868 г. № 266 и Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 147.

слѣдованія, въ жалобѣ должно быть означено и въ достаточной мѣрѣ индивидуализировано то дѣяніе, по поводу котораго надлежитъ возбудить процессъ. Это вытекаетъ изъ того, что право жалобы, принадлежащее потерпѣвшему, по смыслу закона можетъ быть имъ осуществлено лишь тогда, когда онъ имѣетъ возможность взвѣсить значеніе преступленія для своихъ интересовъ, т. е. тогда, когда оно ему извѣстно въ своихъ конкретныхъ чертахъ, что и должно явствовать изъ жалобы; къ числу этихъ существенныхъ конкретныхъ чертъ при относительно неоффиціальныхъ преступленіяхъ принадлежитъ и знаніе виновнаго, чего нельзя сказать объ абсолютно неоффиціальныхъ преступленіяхъ. Съ другой стороны предметомъ современнаго процесса вообще можетъ быть только опредѣленный фактическій составъ, конкретное дѣяніе, ограниченное въ пространствѣ и времени [1]), и разъ жалоба признается основаніемъ будущаго процесса, въ ней долженъ быть указанъ его предметъ. Но юридическая квалификація дѣянія въ жалобѣ является не только не необходимой, но даже излишней, ибо эта квалификація нисколько не связываетъ судъ, который обязанъ самостоятельно и независимо отъ взгляда жалобщика опредѣлить юридическое значеніе дѣянія (ст. 751, 752 и 797 п. 2 уст. уг. суд.) [2]). Поэтому судъ также мало долженъ считаться съ просто ошибочной квалификаціей жалобы, какъ и съ сознательнымъ желаніемъ жалобщика ограничить отвѣтственность обвиняемаго одной изъ двухъ возможныхъ квалификацій одного и того же дѣянія [3]). Един-

[1]) На это указываетъ, напримѣръ, ст. 314 уст. уг. суд.

[2]) Аналогичное ученіе развивается многими процессуалистами относительно содержанія искового прошенія, коимъ начинается гражданскій процессъ. См. проф. В. М. Гордонъ „Основаніе иска въ составѣ измѣненія исковыхъ требованій". 1902 г., стр. 71 – 132.

[3]) См. по поводу оффиціальныхъ преступленій рѣш. уг. касс. деп. 1874 г. № 621, 1888 г. № 4, также Немеровскій „Отношеніе приговора по обвиненію" стр. 398; по поводу неоффиціальныхъ преступленій рѣш. уг. касс. 1867 г. № 331 и 1872 г. № 1236 (сенатъ въ нихъ призналъ допустимымъ переходъ отъ обвиненія въ обидѣ къ обвиненію въ клеветѣ), 1871 г. № 1473 (переходъ отъ обиды къ самоуправству), 1873 № 725 (переходъ отъ клеветы къ обидѣ), 1900 г. № 35 (переходъ отъ самовольнаго пользованія къ самоуправству); contra фонъ-Резонъ, стр. 176 и повидимому, Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 148—149.

ственное исключеніе изъ этого правила представляетъ случай, когда жалобщикъ выставляетъ извѣстную квалификацію, какъ *условіе*, подъ которымъ онъ подаетъ жалобу. Въ этомъ случаѣ, невѣрная или ограничительная квалификація имѣетъ лишь то значеніе, что, въ виду незаконности самаго условія, жалоба, должна быть признана недѣйствительной.

Засимъ, такъ какъ поводомъ для возбужденія преслѣдованія по неоффиціальному преступленію является жалоба не всякаго добровольца, а лишь потерпѣвшаго или его представителя, въ жалобѣ должно быть означено, кѣмъ она подается, и изъ нея должно явствовать, что жалобщикъ является потерпѣвшимъ или его представителемъ или инымъ лицомъ, которому законъ особо предоставляетъ право жалобы [1]).

Нѣсколько сомнительнѣе становится вопросъ относительно указанія жалобщикомъ своего мѣстожительства. Изъ общаго значенія жалобы необходимость такового не вытекаетъ, ибо компетентная власть, получивъ жалобу, въ которой мѣстожительство жалобщика не означено, не лишена возможности сама собрать о немъ свѣдѣнія. И дѣйствительно, по нашему дѣйствующему праву и судебный слѣдователь и полиція какъ по дѣламъ, подсуднымъ общимъ, такъ и мѣстнымъ судамъ (ст. 48 уст. уг. суд. и 125 прав. 1889 г.) могутъ по собственной иниціативѣ собирать всѣ необходимыя свѣдѣнія по дѣлу, разъ въ виду ихъ имѣется жалоба потерпѣвшаго [2]). Въ иное положеніе законъ (ст. 47 уст. уг. суд.) ставитъ лишь мирового судью, которому категорически воспрещается по полученію жалобы по неоффиціальному преступленію поручать полиціи собрать необходимыя свѣдѣнія относительно обвиняемаго и доказательства, подтверждающія обвиненіе [3]). Правда, статья эта прямо не

---

[1]) Фонъ-Резонъ, стр. 174—175.

[2]) Рѣш. общ. собр. 1880 г. № 10, contra Рудановскій („О дѣлахъ возникающихъ по частнымъ жалобамъ“ Юрид. Лѣст. 1885, № 1, стр. 76 и слѣд.) относительно дѣлъ, подсудныхъ окружнымъ судамъ, но разсматриваемыхъ безъ участія присяжныхъ засѣдателей.

[3]) Ст. 174 правилъ 1889 г. такихъ ограниченій земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ не ставитъ.

говоритъ о свѣдѣніяхъ о мѣстожительствѣ жалобщика, но смыслъ ея, очевидно, тотъ, что мировой судья по дѣламъ этого рода вообще не долженъ проявлять иниціативы и долженъ ограничиваться, какъ въ дѣлахъ гражданскихъ, матеріаломъ, доставленнымъ ему сторонами; поэтому подобно тому, какъ исковое прошеніе, въ которомъ не указано мѣстожительство истца, оставляется судомъ безъ движенія (ст. 269 уст. гр. суд.), такъ и жалобѣ, въ которой не указано мѣстожительство жалобщика, мировой судья не долженъ давать хода. На первый взглядъ можетъ показаться, что постановленіе это логически вытекаетъ изъ взгляда составителей судебныхъ уставовъ на дѣла, оканчиваемыя примиреніемъ, какъ такія, которыя въ порядкѣ производства должны приближаться къ дѣламъ гражданскимъ, но при ближайшемъ разсмотрѣніи это заключеніе оказывается невѣрнымъ, а постановленіе ст. 47 уст. уг. суд. мало обоснованнымъ. Дѣло въ томъ, что ограниченіе иниціативы суда по собиранію доказательствъ и розыску обвиняемыхъ относится только къ дѣламъ, подсуднымъ мировымъ судьямъ, а не общимъ судамъ, да и то не ко всѣмъ, а только къ тѣмъ, по которымъ жалоба подана непосредственно мировому судьѣ. Стоитъ на то же преступленіе принести жалобу полиціи, какъ положеніе рѣзко мѣняется: полиція по этому quasi гражданскому дѣлу обязывается „произвести розысканіе“, какъ и по всякому другому, и о послѣдствіяхъ представить мировому судьѣ (ст. 48). Ясно, такимъ образомъ, что дѣло не въ характерѣ преступленія, а въ желаніи законодателя освободить мирового судью отъ лишней переписки или въ другихъ столь же случайныхъ мотивахъ. Вполнѣ поэтому правильно ст. 174 прав. 1889 г. не воспроизвела указаннаго запрета ст. 47 уст. уг. суд. Какъ бы тамъ ни было, но въ жалобѣ, подаваемой мировому судьѣ необходимо указаніе мѣстожительства жалобщика [1]).

Далѣе необходимо указаніе въ жалобѣ обвиняемаго. По общему правилу жалобщика нельзя признать обязаннымъ непремѣнно указать виновнаго, который можетъ

---

[1]) Фонъ-Резонъ, стр. 185.

быть ему не извѣстенъ, ибо слѣдователь, какъ видно изъ 277 ст. уст. уг. суд., долженъ приступить къ слѣдствію при наличности законнаго повода и достаточнаго основанія и тогда, когда виновный остается неизвѣстнымъ, и можетъ лишь по производствѣ разслѣдованія, если все-таки онъ останется не обнаруженнымъ, испросить разрѣшеніе суда на прекращеніе слѣдствія. Но въ этомъ отношеніи законъ, повидимому, устанавливаетъ изъятіе для дѣлъ, допускающихъ примиреніе. Это изъятіе объясняется тѣмъ, что до начала производства по дѣламъ этого рода судъ долженъ сдѣлать попытку склонить стороны къ миру, что, конечно, возможно лишь въ томъ случаѣ, если въ жалобѣ указанъ и обвиняемый [1]). Необходимость такого указанія въ жалобахъ на неоффиціальныя преступленія, подсудныя по роду мировымъ судьямъ [2]), вытекаетъ изъ ст. 47 уст. уг. суд., воспрещающей судьѣ при неимѣніи въ виду обвиняемаго поручать полиціи производить разслѣдованіе [3]), въ дѣлахъ же, подсудныхъ общимъ судамъ—изъ ст. 35 первоначальной редакціи уст. уг. суд. и ст. 303[1], изложенной въ редакціи закона 21 мая 1891 г. Ст. 35 уст. уг. суд. подчиняла вѣдомству мировыхъ судей собственно для склоненія къ миру дѣла, хотя и влекущія наказанія, превышающія нормальную подсудность мѣстныхъ судовъ, но могущія оканчиваться примиреніемъ, а мотивы къ ней указывали, что дѣла этого рода должны начинаться путемъ мирового разбирательства и только въ случаѣ неуспѣха примиренія слѣдуетъ передавать ихъ по принадлежности [4]). Равнымъ образомъ ст. 303[1]

---

[1]) Ср. Фонъ-Резонъ „О начатіи производства въ окружныхъ судахъ дѣлъ, производимыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія, и о дальнѣйшемъ движеніи ихъ“ Жур. Гр. и Уг. Прав. 1877, № 3, стр. 117.

[2]) Проф. Таганцевъ (Рус. уг. право, стр. 1439) полагаетъ, что вообще въ жалобѣ, подаваемой мировому судьѣ потерпѣвшимъ, хотя бы предметомъ ея было преступленіе оффиціальное, долженъ быть указанъ обвиняемый и что при отсутствіи такого указанія дѣло подлежитъ прекращенію; при этомъ онъ ссылается на ст. 46 п. 4, но, какъ мы видѣли, эта статья требуетъ указанія обвиняемаго по возможности

[3]) Рѣш. уг. касс. деп. 1874 г. № 328, фонъ-Резонъ „По поводу опредѣленія общаго собранія касс. деп. отъ 11 февраля 1880 г.“ Жур. Гр. и Уг. Пр. 1882 г. № 7, стр. 40.

[4]) Уст. уг. суд. изд. Гос. Канц., стр. 47.

говоритъ, что по дѣламъ этого рода судебный слѣдователь, *не приступая къ производству слѣдствія*, обязанъ вызвать стороны для склоненія ихъ къ миру [1]). Ясно такимъ образомъ, что сама жалоба должна давать слѣдователю данныя, достаточныя для такого вызова, т. е. указывать обвиняемаго. Но относительно дѣлъ мировой подсудности ст. 48 и въ этомъ пунктѣ содержитъ одно отступленіе: жалоба, поданная полиціи, можетъ и не содержать указанія на опредѣленнаго виновника, обнаружить коего до представленія жалобы судьѣ составляетъ ея обязанность [2]). Наконецъ, ст. 174 прав. 1889 г., предоставляя городскому судьѣ и земскому начальнику поручить полиціи производство дознанія между прочимъ, „когда подозрѣваемый не указанъ жалобщикомъ“, этимъ самымъ устанавливаетъ возможность и по неоффиціальнымъ преступленіямъ принести жалобу указаннымъ должностнымъ лицамъ безъ указанія обвиняемаго.

Засимъ въ жалобѣ должно быть указано то учрежденіе, въ которое жалоба направляется, и выражено желаніе жалобщика, чтобы по поводу даннаго дѣянія было возбуждено уголовное преслѣдованіе. Недостаточно простого заявленія потерпѣвшаго о случившемся [3]), ибо такое заявленіе можетъ быть сдѣлано съ цѣлью вернуть при содѣйствіи полиціи пропавшія вещи, подъ вліяніемъ ошибочнаго убѣжденія въ своей обязанности донести о случившемся и пр., а между тѣмъ внутренній смыслъ института жалобы заключается въ томъ, что преслѣдованіе возбуждается лишь въ случаѣ сознательнаго желанія потерпѣвшаго, котораго конечно нѣтъ на лицо, если онъ заявляетъ о случившемся

---

[1]) Рѣш. общ. собр. 1880, № 10 допускаетъ собираніе „предварительныхъ свѣдѣній“ полиціей, слѣдователями и прокуратурой до склоненія сторонъ къ миру. Противъ этого мнѣнія справедливо возражалъ еще въ 1882 г. фонъ-Резонъ (ук. соч., стр. 41), теперь же оно также едва ли можетъ быть согласовано съ ст. 303[1] въ редакціи закона 1891 г.

[2]) См. изд. Гос. Канц., стр. 51, ср. фонъ-Резонъ, стр. 185, рѣш. уг. касс. деп. 1874 г. № 4.

[3]) Фонъ-Резонъ, стр. 176—180, Макалинскій т. II, стр. 194 рѣш. общ. собр. 1880 г. № 10, уг. касс. деп. 1874 г. № 562, 1872 г. № 306, 1869 № 418 contra рѣш. уг. касс. деп. 1870 г. № 595 и 1194.

по одному изъ приведенныхъ выше мотивовъ [1]). Нѣкоторую неясность въ этотъ вопросъ вноситъ постановленіе ст. 301 уст. уг. суд., гласящее, что объявленія лицъ потерпѣвшихъ признаются жалобами. Однако дѣлать отсюда выводъ, что простое объявленіе потерпѣвшаго производить всѣ эффекты жалобы, едва ли будетъ правильно. Просто здѣсь имѣется неточно редактированная статья, не выражающая истинной мысли законодателя. Ст. 301 не содержитъ полнаго опредѣленія понятія жалобы, а указываетъ лишь одну черту этого понятія--исхожденіе жалобы отъ потерпѣвшаго. Другая черта этого понятія—требованіе возбужданія преслѣдованія—не была подчеркнута законодателемъ, ибо она вытекаетъ изъ самого наименованія жалобы. Жаловаться значитъ не только заявлять или сообщать, но и просить заступничества и вмѣшательства. Что законодатель вкладывалъ такой именно смыслъ въ терминъ „жалоба“, видно и изъ ст. 303 уст. уг. суд., говорящей, что ни судебный слѣдователь, ни прокуроръ не могутъ *отказать* въ начатіи слѣдствія потерпѣвшему: значитъ законодатель исходилъ изъ предположенія, что жалобщикъ *проситъ* о начатіи слѣдствія, ибо тому, кто только заявляетъ о событіи, но не проситъ о начатіи слѣдствія, отказать въ томъ нельзя. Такимъ образомъ если непотерпѣвшій даже проситъ о возбужденіи преслѣдованія, это будетъ съ точки зрѣнія закона только объявленіе (хотя вообще такую просьбу можно назвать и жалобой), если же о томъ же проситъ потерпѣвшій,—это будетъ жалоба въ техническомъ смыслѣ этого слова.

Итакъ, по дѣйствующему праву существенными принадлежностями жалобы являются—указаніе учрежденія, которому жалоба подается, обозначеніе жалобщика и отношенія его или представляемаго имъ лица къ событію преступленія, индивидуализированіе преступнаго событія и заявленіе о желаніи возбудить уголовное преслѣдованіе. Иногда

---

[1]) Такимъ образомъ, вопреки мнѣнію фонъ-Резона (стр. 179), не только конструкція жалобы, какъ матеріальнаго условія наказуемости, но и конструкція ея, какъ процессуальнаго условія преслѣдованія, влечетъ за собою требованіе, чтобы въ жалобѣ была выражена воля потерпѣвшаго, направленная на преслѣдованіе дѣянія, а не одно сообщеніе власти о случившемся.

требуется указаніе въ жалобѣ адреса жалобщика, лица подозрѣваемаго и доказательствъ преступленія. Всѣ остальныя подробности, требуемыя, напримѣръ, при составленіи обвинительнаго акта (ст. 520), хотя и желательны, но не необходимы. Правда, законъ говоритъ, что по дѣламъ, производящимся въ порядкѣ частнаго обвиненія, обвинительный актъ замѣняется жалобою частнаго обвинителя (ст. 526), которая затѣмъ прочитывается по открытіи судебнаго засѣданія (ст. 678), но изъ этого еще нельзя вывести, что жалоба по изложенію своему должна соотвѣтствовать обвинительному акту. Различное значеніе этихъ документовъ, отражающееся на ихъ содержаніи, вытекаетъ изъ того, что жалобой начинается уголовное преслѣдованіе и что результатомъ ея можетъ быть производство предварительнаго слѣдствія, обвинительный же актъ резюмируетъ данныя уже произведеннаго дознанія или предварительнаго слѣдствія; жалоба можетъ исходить отъ потерпѣвшаго, не свѣдущаго въ законахъ, обвинительный же актъ составляется прокуроромъ-юристомъ и проч. [1]).

Проектъ не вноситъ никакихъ существенныхъ измѣненій, сравнительно съ дѣйствующимъ правомъ, въ постановленія о формѣ и содержаніи жалобы потерпѣвшаго [2]). Онъ содержитъ лишь нѣкоторыя редакціонныя улучшенія [3]) и, отмѣ-

---

[1]) Фонъ-Резонъ „О начатіи производства въ окружныхъ судахъ дѣлъ производимыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія“ Жур. Гр. и Уг. Пр. 1877 г. № 3, стр. 116—120. Случевскій „Учебникъ“, стр. 565—7. Ср. также рѣш. общ. собр. 1880 г. № 10, 1890 г. № 4, изъ которыхъ второе кромѣ того указываетъ, что въ дѣлахъ частнаго обвиненія, подсудныхъ присяжнымъ засѣдателямъ, обвинительная камера, въ случаѣ неполноты жалобы и несоотвѣтствія ея требованіямъ ст. 520 уст. уг. суд., обязана, примѣнительно къ ст. 537, замѣнить ее своимъ опредѣленіемъ, которое и будетъ прочитано при открытіи судебнаго слѣдствія. Contra, повидимому, Чебышевъ-Дмитріевъ (стр. 470—474), приводящій опредѣленіе Владимірскаго окруждаго суда, разрѣшившее вопросъ въ смыслѣ соотвѣтствія жалобы ст. 520 уст. уг. суд.

[2]) „Руководствуясь изложенными соображеніями, говорится въ объяснительной запискѣ (т. I, стр. 29), коммиссія находитъ нежелательнымъ введеніе въ нашъ законъ какихъ-либо новыхъ правилъ для жалобъ по дѣламъ, возбуждаемымъ лишь по волѣ потерпѣвшаго“.

[3]) Ср. напр. ст. 302 уст. уг. суд. со ст. 192 проекта.

ныя дѣйствіе ст. 47 и 104 уст. уг. суд. [1]), вводитъ большую согласованность между правилами о жалобахъ подаваемыхъ общимъ и мѣстнымъ судамъ (ст. 1047, 1050, 1053 проекта [2]).

Наше право не знаетъ особаго *срока*, установленнаго большинствомъ западно-европейскихъ законодательствъ для возбужденія преслѣдованія по преступленіямъ неоффиціальнымъ; право жалобы потерпѣвшаго погашается общею уголовною давностью, установленною для всѣхъ уголовныхъ преступленій (ст. 158 улож. о накас.), при чемъ къ нему ближайшее отношеніе имѣетъ тотъ видъ давности, который именуется давностью не безгласности преступленія [3]). Законъ говоритъ, что если въ теченіи опредѣленнаго закономъ срока, измѣняющагося въ зависимости отъ тяжести наказанія, „преступленія не сдѣлалось гласнымъ, то-есть, когда по оному не было никакого производства или слѣдствія, ниже донесенія или *жалобы*, извѣта или иного показанія“, наказаніе отмѣняется за давностью (ст. 158 улож. о наказ.). Въ примѣненіи къ неоффиціальнымъ преступленіямъ этотъ законъ долженъ пониматься въ томъ смыслѣ, что наказаніе погашается давностью, если въ опредѣленный срокъ уполномоченнымъ лицомъ не будетъ подано компетентному органу жалобы, удовлетворяющей изложеннымъ выше требованіямъ [4]), ибо только такая жалоба при этихъ дѣяніяхъ можетъ служить основаніемъ дѣлопроизводства или слѣдствія [5]). Что касается давности необнаруженія виновнаго, то такъ какъ способы розысканія преступника судебной властью при

---

[1]) См. Об. Зап. т. I, стр. 71—72.

[2]) Подробнѣе о формѣ и содержаніи жалобы по проекту см. мою статью въ Вѣстн. Прав. 1905 г. кн. 4, стр. 190—195.

[3]) Таганцевъ „Уложеніе о наказаніи“ изд. 1901 г., стр. 166.

[4]) Ср. Н. С. Таганцевъ, стр. 1443. И. Я. Фойницкій (Ученіе о наказаніи, стр. 117) полагаетъ, что происшествіе, для перерыва давности, должно сдѣлаться извѣстнымъ не только полиціи, но и судебной власти, откуда можно сдѣлать выводъ, что съ его точки зрѣнія подача жалобы полиціи по неоффиціальному преступленію не прерываетъ давности.

[5]) Рѣш. уг. касс. деп. 1871 г. № 356 и 1419, contra рѣш. 1880 г. № 32.

неоффиціальныхъ преступленіяхъ не представляютъ никакихъ особенностей, здѣсь въ полной мѣрѣ дѣйствуютъ общія правила объ исчисленіи сроковъ этого вида давность.

Но на ряду съ общей давностью, примѣняемой и къ неоффиціальнымъ преступленіямъ, наше уложеніе о наказаніяхъ знаетъ спеціально установленный для оканчиваемыхъ примиреніемъ дѣлъ, особый видъ давности—*давность нехожденія* (ст. 159). Давность эта начинаетъ течь послѣ подачи жалобы и истекаетъ въ тѣ же сроки, какъ и общая давность. Теченіе ея каждый разъ прерывается актами „хожденія по дѣлу“ со стороны жалобщика, т. е. подачею имъ прошеній по дѣлу, просьбами о скорѣйшемъ его разрѣшеніи, жалобами на медленность, представленіемъ доказательствъ и проч., а также слѣдственными и судебными дѣйствіями, производимыми судебными органами по собственной иниціативѣ [1]). Эти правила должны быть распространены и на преступныя дѣянія, предусмотрѣнныя уставомъ о наказаніяхъ, ибо хотя о давности нехожденія ст. 21 уст. о наказ. прямо не говоритъ, но выраженіе закона „когда въ теченіе тѣхъ же сроковъ не было по нимъ никакого производства“ обнимаетъ по буквальному своему смыслу и этотъ видъ давности. Кромѣ того ст. 21 уст. о наказ. не отмѣнила въ цѣломъ составѣ общія правила уложенія о давности [2]), и если давность нехожденія примѣняется къ болѣе важнымъ дѣяніямъ, предусмотрѣннымъ уложеніемъ, нѣтъ основанія не примѣнять ее къ менѣе важнымъ, предусмотрѣннымъ уставомъ [3]).

Спорнымъ въ нашей литературѣ является вопросъ о томъ, возможно ли примѣненіе ст. 159 улож. о наказ. послѣ постановленія по дѣлу обвинительнаго приговора [4]). По мнѣ-

---

[1]) Рѣш. уг. касс. деп. 1869 г. № 740, 1874, № 109, 1876, № 70 и др., Саблеръ, стр. 80, Таганцевъ, стр. 1442, Неклюдовъ въ учебникѣ Бернера, стр. 900, contra фонъ-Резонъ, стр. 208.

[2]) Рѣш. уг. касс. деп. 1867 г. № 313, 1868 г. № 281, Саблеръ, стр. 80—82, Макалинскій т. I, стр. 117 contra рѣш. 1867, № 270.

[3]) Фонъ-Резонъ, стр. 206.

[4]) Впрочемъ, въ литературѣ было высказано мнѣніе, что буквальный смыслъ ст. 159 позволяетъ ее примѣнять только послѣ постановленія приговора („*наказаніе отмѣняется*“): см. Дворжицкій „Объ

нію проф. И. Я. Фойницкаго [1]) ст. 159, говорящая объ *отмѣнѣ наказанія за давностью*, если проситель оставитъ потомъ дѣло безъ хожденія, не дѣлаетъ различія. оставилъ ли онъ хожденіе до постановленія приговора или послѣ него. и устанавливаетъ такимъ образомъ для этихъ дѣлъ давность приговора. Напротивъ, большинство писателей [2]) признаютъ, что давность приговора вообще совершенно неизвѣстна нашему уложенію о наказаніяхъ, а сенатъ [3]), ссылаясь на исторію происхожденія ст. 158 улож. о наказ., въ томъ же смыслѣ разрѣшаетъ этотъ вопросъ примѣнительно къ неоффиціальнымъ преступленіямъ. Въ подкрѣпленіи точки зрѣнія проф. И. Я. Фойницкаго можно было бы привести еще то, что производство о неоффиціальныхъ преступленіяхъ, допускающихъ примиреніе, приближается къ производству гражданскихъ дѣлъ, а гражданское право знаетъ не только давность нехожденія во время производства дѣла (ст. 1 прилож. къ ст. 694 ч. 1 т. X св. зак.), но и послѣ постановленія рѣшенія, если оно не приведено въ исполненіе (ст. 6 того же приложенія). Но не смотря на это все же нужно признать болѣе правильнымъ мнѣніе остальныхъ авторовъ и сената, ибо уложеніе о наказаніяхъ воспроизводитъ ст. 101 проекта 1813 г. [4]), въ основу коей, какъ видно изъ разсужденій Государственнаго Совѣта въ 1824 г., положено то начало, что хотя „въ общемъ правилѣ время не можетъ изгладить преступленія, но *трудность обнаружить истину давно сокрытую*, безъ повода къ ложнымъ доносамъ, къ утѣсненію невинныхъ и потрясенію общаго спокойствія, заставила установить изъ сего общаго правила изъятіе и сіе изъятіе есть давность“ [5]), почему давность наказанія, совершенно независящая отъ трудности обнаружить истину, которая презюмируется вопло-

---

щенной въ состоявшемся приговорѣ, очевидно устранена одномъ пробѣлѣ закона по дѣламъ частнаго обвиненія“ Жур. Мин. Юст. 1902 г. № 7, стр. 199—200.

[1]) Ученіе о наказан., стр. 116—117

[2]) Н. С. Таганцевъ, стр. 1424, Н. Д. Сергѣевскій, стр. 356, Л. Е. Владимировъ, стр. 252.

[3]) Рѣш. уг. касс. деп. 1880 г. № 23.

[4]) Проектъ 1844 г., стр. 48.

[5]) Цитировано въ рѣш. уг. касс. деп. 1880 г. № 23.

составителями уложенія. Кромѣ того правила устава уголовнаго судопроизводства объ исполненіи приговоровъ, не дѣлающія никакого изъятія для преступленій неоффиціальныхъ (ст. 182—183, 957, 948—9), свидѣтельствуютъ о томъ, что приговоры о преступленіяхъ, допускающихъ примиреніе, подлежатъ исполненію со стороны мирового судьи или прокурора безъ всякой просьбы потерпѣвшаго, почему отъ него въ этой стадіи производства никакого хожденія закономъ не требуется. А разъ это такъ, то едва ли есть основаніе соединять для потерпѣвшаго утрату права наказанія съ бездѣйствіемъ органовъ власти, являющимся нарушеніемъ ихъ служебнаго долга. Что же касается преступника, то институтъ неоффиціальныхъ преступленій вовсе не имѣетъ въ виду создать для него такія преимущества, которыми онъ не пользуется при преступленіяхъ оффиціальныхъ.

Проектъ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства также не устанавливаетъ особаго срока, погашающаго право жалобы потерпѣвшаго. Что же касается давности, то постановленія о ней, содержащіяся въ уголовномъ уложеніи (ст. 68), распространяютъ свое дѣйствіе и на преступленія неоффиціальныя. Въ силу этихъ постановленій теченіе давности преслѣдованія прекращается „возбужденіемъ противъ обвиняемаго уголовнаго преслѣдованія въ установленномъ порядкѣ“, подъ которымъ нужно разумѣть по дѣламъ о преступленіяхъ неоффиціальнныхъ подачу жалобы управомоченнымъ лицомъ компетентному органу, если въ жалобѣ указано лицо подозрѣваемое, и совершеніе послѣ подачи такой жалобы слѣдственныхъ дѣйствій противъ опредѣленнаго лица, если въ жалобѣ обвиняемый не указывается [1]).

---

[1]) Ср. ст. 2 проекта устава уг. суд. гласящую, что судебное преслѣдованіе возбуждается какъ должностными, такъ и частными лицами, и объясненія къ проекту редакціонной коммиссіи по составленію проекта уголовнаго уложенія (общая часть, стр. 617—618), contra Таганцевъ (Русское Уголовное Право, стр. 1439—1440) полагающій, что выраженіе „возбужденіе противъ обвиняемаго уголовнаго преслѣдованія“ во всякомъ случаѣ исключаетъ возможность признать окончаніемъ давности одно заявленіе о преступленіи, хотя и компетентному органу власти, даже съ указаніемъ обвиняемаго лица, въ видѣ жалобы, объявленія ими доноса, а предполагаетъ учиненіе какихъ-либо процессуальныхъ дѣйствій по дѣлу органами судебной власти или

Спеціальной давности нехожденія уголовное уложеніе не сохраняетъ и внести постановленія о ней въ проектъ устава уголовнаго судопроизводства также не предположено [1]).

Законъ нашъ не содержитъ постановленій о вліяніи *смерти потерпѣвшаго* на производство по дѣламъ о преступленіяхъ неоффиціальныхъ, почему вопросъ этотъ приходится разрѣшать на основаніи общихъ началъ, положенныхъ въ основаніе этого института. При этомъ слѣдуетъ различать, умеръ ли потерпѣвшій до подачи жалобы или послѣ нея. Если потерпѣвшій умеръ, не подавъ жалобы, возбужденіе уголовнаго преслѣдованія дѣлается невозможнымъ. Правда, возникаетъ вопросъ о переходѣ права жалобы къ наслѣдникамъ потерпѣвшаго, но, очевидно, вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ отрицательно, ибо наслѣдованіе имѣетъ мѣсто лишь въ имущественныхъ правахъ наслѣдодателя, къ числу каковыхъ не принадлежитъ право жалобы при неоффиціальныхъ преступленіяхъ. Право это, заключающееся въ возможности оказывать вліяніе на ходъ *уголовнаго* правосудія по этимъ дѣламъ и не приносящее его носителю непосредственно (какъ, напримѣръ, право гражданскаго иска въ уголовномъ судѣ) никакой матеріальной выгоды, является правомъ неимущественнымъ и въ тоже время строго личнымъ (jus personalissimum), а потому не можетъ быть предметомъ гражданскаго оборота вообще и наслѣдованія въ частности [2]). Нужно однако сказать, что сенатъ въ рѣшеніи за 1896 г. № 24 по дѣлу Ксіонджека (по уголовному кассаціонному департаменту), отступая отъ прежней своей практики, установилъ изъятіе изъ этого правила для преступленій, имѣющихъ своимъ предметомъ недвижимое

органими обвиненія. Но ст. 2 проекта уст. уг. суд. указываетъ, что судебное преслѣдованіе возбуждается какъ должностными, такъ и *частными лицами*: поэтому, казалось бы, требуемое ст. 68 уг. улож. возбужденіе преслѣдованія имѣетъ уже мѣсто въ моментъ подачи жалобы потерпѣвшимъ частнымъ лицомъ, если въ ней указанъ обвиняемый.

[1]) Об. Зап. т. I, стр. 62—63.

[2]) См. выше, стр. 123, также фонъ-Резонъ, стр. 200—201, Объясн. Зап. т. I, стр. 56, рѣш. уг. касс. деп. 1880 г. № 16, 1893 г. № 43.

имѣніе или его принадлежности. По мнѣнію сената „право преслѣдованія виновныхъ въ совершеніи преступныхъ дѣяній, направленныхъ противъ правъ собственности на недвижимое имѣніе, несомнѣнно принадлежитъ владѣльцу этого послѣдняго, независимо отъ того, былъ ли проступокъ совершенъ во время его владѣнія онымъ или ранѣе, но обнаруженъ лишь имъ, а не прежнимъ владѣльцемъ, такъ какъ всякаго рода иски по имѣнію причисляются по закону къ составу имѣнія (ст. 417 т. X ч. 1, ст. 526 граж. улож. Царства Польскаго), а слѣдовательно, владѣющій имѣніемъ имѣетъ полное право предъявлять ихъ, хотя бы нарушеніе и было учинено до пріобрѣтенія имъ имѣнія“ [1]). Такимъ образомъ сенатъ находитъ, что въ силу ст. 417 т. X ч. 1 съ переходомъ имѣнія отъ одного собственника къ другому, въ силу универсальнаго или сингулярнаго преемства, къ нему переходитъ и право жалобы на проступки, объектомъ коихъ было это имѣніе. Едва ли, однако, возможно согласиться съ этимъ выводомъ, ибо ст. 417 говоритъ, что къ составу имуществъ наличныхъ причисляются и „тяжбы по оным (имуществамъ) въ судебныхъ мѣстахъ производимыя“, т. е. имѣетъ въ виду гражданскіе иски вещаго характера [2]), а отнюдь не право возбужденія уголовнаго преслѣдованія, хотя бы по поводу имущественныхъ преступленій. Такимъ образомъ ни ст. 417 ч. 1 т. X, ни какія-либо иныя постановленія гражданскихъ законовъ не могутъ быть приведены въ подкрѣпленіе доктрины сената.

Сложнѣе становится вопросъ, когда смерть потерпѣвшаго послѣдовала послѣ принесенія имъ жалобы. Законъ не содержитъ указанія на то, чтобы смерть потерпѣвшаго служила основаніемъ прекращенія уголовнаго преслѣдованія (ст. 16 уст. уг. суд.). Отсюда близокъ выводъ, что смерть эта и не является такимъ основаніемъ [3]). Выводъ этотъ не встрѣчаетъ никакихъ сомнѣній и не сталкивается ни съ ка-

---

[1]) Эту же точку зрѣнія въ коммиссіи по пересмотру судебныхъ уставовъ защищали Н. С. Таганцевъ и И. Я. Фойницкій. См. Об. Зап. къ уст. уг. суд. т. I, стр. 61.

[2]) Анненковъ „Система Гражд. Права“ т. I 1899 г., стр. 615—616.

[3]) Лохвицкій, стр. 267, Фойницкій т. II, стр. 34, Дворжицкій „Частное обвиненіе“ въ суд. Газ. 1895г. № 24, рѣш. уг. касс. деп. 1878 г. № 18 1876 г. № 48, 1872 г. № 1003.

кими процессуальными трудностями, когда дѣло идетъ о преступленіяхъ, не допускающихъ примиренія [1]), ибо они преслѣдуются въ публичномъ порядкѣ и смерть потерпѣвшаго не лишаетъ дѣло обвинителя, въ качествѣ коего выступаетъ прокуроръ. Но когда неоффиціальное преступленіе преслѣдуется въ частномъ порядкѣ и потерпѣвшій—обвинитель умираетъ послѣ подачи жалобы, возникаетъ вопросъ о томъ, можно ли продолжать дѣло. Въ виду отсутствія въ нашемъ законѣ указаній на переходъ права частнаго обвиненія отъ однихъ лицъ къ другимъ и непримѣнимости къ нему правилъ наслѣдованія, нѣтъ лица, которое могло бы вступить въ дѣло въ качествѣ обвинителя вмѣсто потерпѣвшаго.

Правда, нѣкоторые писатели [2]) предлагали въ этомъ случаѣ замѣнить частнаго обвинителя прокуроромъ, но такая замѣна, быть можетъ желательная de lege ferenda, являлась бы de lege lata прямымъ нарушеніемъ ст. 5 уст. уг. суд., предоставляющей по дѣламъ этого рода обличеніе обвиняемыхъ предъ судомъ исключительно частнымъ обвинителямъ [3]). Съ другой стороны разсмотрѣніе дѣла, по крайней мѣрѣ въ первой инстанціи, вовсе безъ участія обвинителя представляется, на первый взглядъ, затруднительнымъ. Обвинительный процессъ, повидимому, требуетъ непремѣнно участія обвинителя и обвиняемаго. Кромѣ того законъ въ различныхъ своихъ постановленіяхъ о дѣлахъ частнаго порядка какъ будто исходитъ изъ предположенія, что обви-

---

[1]) Фонъ-Резонъ, стр. 232.

[2]) Ср. Кессель „Слѣдственная практика“ въ Юрид. Вѣст. 1882 г. № 5, стр. 116—118, И. Г. Щегловитовъ „Уголовно-частный порядокъ преслѣдованія“ Юрид. Вѣст. 1889 г. Май, стр. 78—79, Волжинъ „Жалобы и протесты по судебнымъ уставамъ“ Жур. Гр. и Уг. Пр. 1887 г. кн. 9, стр. 52—53. Впрочемъ и эти писатели защищаютъ свою точку зрѣнія болѣе de lega ferenda.

[3]) Указанной трудности не существуетъ въ нашемъ военно-уголовномъ процессѣ, ибо тамъ по дѣламъ, допускающимъ примиреніе обвинителемъ на ряду съ потерпѣвшимъ выступаетъ прокуроръ (ст. 216 и 883 уст. воен. суд. Ср. И. Г. Щегловитовъ „Уголовно-частный порядокъ преслѣдованія“ Юрид. Вѣст. 1890 г. № 3 - 4, стр. 305—7), къ которому и должно всецѣло перейти обвиненіе въ случаѣ смерти потерпѣвшаго.

нитель непремѣнно присутствуетъ въ засѣданіи. Такова напр., ст. 120 уст. уг. суд., предписывающая мировому судьѣ склонять стороны къ миру. Таковы ст. 135 и 593 уст. уг. суд., въ силу коихъ, въ случаѣ неявки въ судъ частнаго обвинителя безъ законной причины, дѣло подлежитъ прекращенію. Но ни эти статьи, ни обвинительное начало окончательно не рѣшаютъ вопроса. Прекращеніе дѣла можетъ имѣть мѣсто лишь при неявкѣ обвинителя безъ уважительной причины, наличность же такой причины влечетъ за собою отложеніе дѣла, а смерть частнаго обвинителя является, конечно, законною причиною неявки и не можетъ быть, вопреки мнѣнію сената, высказанному въ рѣшеніи 1903 г. № 11, приравнена къ отреченію отъ уголовнаго иска, о которомъ говоритъ ст. 593; но вмѣстѣ съ тѣмъ и отложеніе дѣла въ этомъ случаѣ будетъ безцѣльнымъ, такъ какъ несомнѣнно обвинитель не явится и въ слѣдующее засѣданіе.

Съ другой стороны и присутствіе сторонъ на судѣ не является такимъ послѣдствіемъ обвительнаго начала, которое не допускало бы отступленій. Уставу уголовнаго судопроизводства извѣстны заочные приговоры, постановляемые въ отсутствіи обвиняемаго (ст. 133 и 834) ему же извѣстны и случаи разсмотрѣнія дѣла въ отсутствіи обвинителя (ст. 135, 141[1], 834[8]). Правда, уставъ ничего не говоритъ о разсмотрѣніи дѣла въ отсутствіи частнаго обвинителя по случаю его смерти, такъ что здѣсь несомнѣнно имѣется пробѣлъ въ законѣ, который нужно такъ или иначе пополнить путемъ толкованія. Для этого открывается двоякій путь: или создать неустановленную закономъ причину прекращенія уголовнаго преслѣдованія, или допустить разсмотрѣніе дѣла въ отсутствіи частнаго обвинителя. Послѣдній путь, съ нашей точки зрѣнія, является болѣе правильнымъ [1]), ибо онъ не создаетъ помимо закона новаго изъятія изъ общаго начала, что каждое преступное дѣяніе должно подлежать преслѣдованію и наказанію и что однажды начатый процессъ долженъ быть доведенъ до приговора. Путь этотъ

---

[1]) Ср. статью К. В. „Смерть частнаго обвинителя до разрѣшенія дѣла въ первой суд. инстанціи“ въ Журн. Мин. Юст. 1894 г. № 2, стр. 213—214.

даже не создаетъ совершенно аномальнаго порядка производствѣ, ибо, какъ мы видѣли, уставу уг. суд. извѣстны отдѣльные случаи, въ которыхъ дѣло даже въ первой инстанціи (не говоря уже объ апелляціонной) можетъ слушаться въ отсутствіи обвинителя, при чемъ судъ принимаетъ во вниманіе заявленныя обвинителемъ по дѣлу ходатайства (ст. 135, 141[1], 834[8]). Въ разбираемомъ случаѣ эти ходатайства будутъ содержаться въ первоначальной жалобѣ потерпѣвшаго, а также въ тѣхъ его заявленіяхъ, которыя онъ успѣлъ сдѣлать до смерти [1]). Такимъ образомъ здѣсь приходится лишь распространить установленный закономъ порядокъ производства на случай, прямо имъ не предусмотрѣнный, что вовсе не выходитъ за предѣлы обычныхъ способовъ интерпрераціи процессуальныхъ законовъ. Нужно, впрочемъ, сказать, что почти всѣ писатели, занимавшіеся этимъ вопросомъ, стоятъ на противоположной точкѣ зрѣнія и находятъ, что смерть частнаго обвинителя, послѣдовавшая до постановленія приговора судомъ первой инстанціи, служитъ причиною прекращенія уголовнаго преслѣдованія [2]). Что касается судебной практики, то она первоначально твердо держалась взгляда, защищаемаго нами выше [3]). Лишь въ самое послѣднее время, въ рѣшеніи уг. касс. деп. за 1903 г. № 11 вопросъ этотъ подвергся пересмотру [4]), при чемъ сенатъ нашелъ, что „если по неоднократнымъ разъясненіямъ правительствующаго сената смерть частнаго обвинителя не принадлежитъ къ числу законныхъ причинъ прекращенія уголовнаго преслѣдованія, то неявка такого

---

[1]) Того же мнѣнія г. Волжинъ ук. соч., стр. 53—54.

[2]) Неклюдовъ т. I, стр. 45—46, Чебышевъ-Дмитріевъ стр. 134, Макалинскій т. I, стр. 132—134, фонъ-Резонъ, стр. 234, Случевскій Учебникъ, стр. 593, Фойницкій, Ученіе о наказ. стр. 130—132 (изъятіе составляютъ лишь преступленія противъ имущественныхъ правъ, преслѣдованіе коихъ переходитъ къ наслѣдникамъ) и др. Contra Лохвицкій, стр. 267 и повидимому Utin (стр. 166), при чемъ послѣдній имѣлъ въ виду процессуальные порядки, существовавшіе до изданія судебныхъ уставовъ.

[3]) Рѣш. уг. касс. деп. 1871 г. № 1455, 1872, № 1003, 1876 № 48, 1878 № 18, 1880 № 16.

[4]) Нѣкоторый намекъ на поворотъ въ практикѣ сената содержится уже въ рѣшеніи за 1893 г. № 43.

обвинителя къ разбору дѣла, въ силу ст. 135 уст. уг. суд., должна влечь за собою прекращенія производства по жалобѣ, если только дѣло такого рода, что можетъ быть прекращено примиреніемъ".—Однако, мы уже видѣли, что ст. 135, на которую ссылается сенатъ, придаетъ такое значеніе неявкѣ „безъ представленія уважительныхъ причинъ", къ числу коихъ едва ли можно не относить смерть обвинителя.

Проектъ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства вноситъ въ законъ прямое постановленіе о томъ, что смерть потерпѣвшаго является препятствіемъ для возбужденія и основаніемъ для прекращенія начатаго преслѣдованія по дѣламъ, которыя могутъ быть окончены примиреніемъ (ст. 16 и 5) [1]).

Другимъ основаніемъ, погашающимъ право жалобы, въ извѣстныхъ случаяхъ является по нашему закону *примиреніе* обвиняемаго съ обиженнымъ.

Мы видѣли, что западно-европейскія законодательства и доктрина различаютъ, состоялось ли примиреніе или отказъ отъ жалобы до подачи ея потерпѣвшимъ или послѣ таковой. Нашъ уставъ уголовнаго судопроизводства также предусматриваетъ въ ст. 16 п. 3 обѣ комбинаціи, постановляя, что въ случаѣ примиренія обвиняемаго съ обиженнымъ судебное преслѣдованіе въ отношеніи уголовной отвѣтственности обвиняемаго не можетъ быть возбуждено (очевидно, когда примиреніе состоялось до подачи жалобы), а начатое подлежитъ прекращенію (конечно, если примиреніе послѣдовало послѣ подачи жалобы). Такимъ образомъ текстъ закона не оставляетъ сомнѣнія, что примиреніе оказываетъ одинаковое вліяніе на право жалобы, когда бы оно ни состоялось.

Но редакція п. 3 ст. 16 уст. уг. суд. возбуждаетъ сомнѣніе въ другомъ отношеніи. Она не опредѣляетъ точно, при какихъ преступленіяхъ примиреніе можетъ имѣть значеніе обстоятельства, препятствующаго возбужденію уголовнаго преслѣдованія, а отсылаетъ къ указаннымъ закономъ

---

[1]) См. подробнѣе въ моей статьѣ, помѣщенной въ Вѣстн. Прав. за 1905 г. Апрѣль, стр. 81—83.

случаямъ. Между тѣмъ вопросъ о томъ, каковы эти случаи, ограничиваются ли они преступленіями, допускающими примиреніе или охватываютъ собою всѣ преступленія неоффиціальныя, является спорнымъ. Г. фонъ-Резонъ полагаетъ, что по уставу уголовнаго судопроизводства дѣйствію этого правила подчиняются всѣ преступленія неоффиціальныя, предусмотрѣнныя уложеніемъ о наказаніяхъ, и основываетъ свое мнѣніе на 41 ст. 2 ч. св. зак. уголовныхъ изд. 1857 г., гласящей: „по преступленіямъ и проступкамъ, которые на основаніи законовъ не иначе могутъ подлежать вѣдѣнію и разсмотрѣнію суда, какъ вслѣдствіе жалобы обиженнымъ или оскорбленнымъ чрезъ то противозаконное дѣяніе лицомъ приносимой, не запрещается истцу *и по принесеніи жалобы* мириться съ отвѣтчикомъ въ искѣ. Въ дѣлахъ сего рода примиреніе истца съ отвѣтчикомъ прекращаетъ дѣло, если жалоба о примиреніи принесена прежде исполненія приговора и когда съ оскорбленіемъ не соединено другое преступленіе. Сіе правило однако-жъ не распространяется на случаи, означенные въ статьяхъ: 440, 2076—2083, 2085, 2105, 2106, 2118—2120 улож. о наказ. Въ сихъ случаяхъ, по какому бы, впрочемъ поводу не начались производимыя на основаніи сихъ статей дѣла, примиреніе истца съ отвѣтчикомъ не прекращаетъ ни слѣдствія, ни суда въ отношеніи самаго преступленія“. Изъ словъ ея: „и по принесеніи жалобы“ цитируемый авторъ выводитъ возможность примиренія *до принесенія жалобы*, а такъ какъ изъятіе для статьи 440 и др. сдѣлано относительно возможности прекращенія дѣла *по принесеніи жалобы*, то слѣдовательно примиреніе до ея принесенія возможно для всѣхъ неоффиціальныхъ преступленій безъ изъятія [1]).

Очевидно однако, что вся эта аргументація, покоющаяся на союзѣ „и“, является крайне искусственной. Законодатель въ этой статьѣ занимался лишь вопросомъ о прекращеніи дѣлъ послѣ принесенія жалобы, а потому онъ не имѣлъ въ виду устанавливать ни правила, ни изъятія изъ него, относительно примиренія до подачи жалобы, почему вопросъ этотъ совершенно не разрѣшается цитированной статьей свода. Напротивъ, ст. 16 уст. уг. суд. устанавливаетъ совер-

[1]) См. фонъ-Резонъ, стр. 197.

шенно одинаковыя основанія для прекращенія и для невозбужденія преслѣдованія, и правила эти должны быть отнесены къ однимъ и тѣмъ же случаямъ. Особенно это ясно относительно п. 3, ибо мы тщетно стали бы искать въ законахъ указанія на значеніе примиренія помимо ст. 157 улож. о нак. (171 изд. 1857 г.), на которую ссылались, какъ на основаніе ст. 16 уст. уг. суд., и составители судебныхъ уставовъ [1]).

Къ тѣмъ же результатамъ приводитъ и болѣе подробное историческое изслѣдованіе вопроса. Ст. 41 ч. 2 св. зак. угол., изд. 1857 г., на которую ссылается г. фонъ-Резонъ, соотвѣтствуетъ ст. 919 св. зак. угол. изд. 1842 года, редакція которой была измѣнена для согласованія съ уложеніемъ о наказаніяхъ 1845 г., причемъ однако, слова „не запрещается истцу и по принесеніи жалобы мириться съ отвѣтчикомъ въ искѣ“ взяты текстуально изъ свода 1842 г. Единственнымъ же неоффиціальнымъ преступленіемъ до изданія уложенія о наказаніяхъ была тяжкая обида, постановленія о которой основаны на манифестѣ о поединкахъ 21 апрѣля 1787 г. (П. С. З. 16535 ст. 19, 21). Если при этомъ принять во вниманіе, что перешедшія безъ измѣненій въ сводъ—ст. 21 манифеста говоритъ о примиреніи до предъявленія иска, а ст. 19 объ отказѣ отъ него послѣ предъявленія, то станетъ яснымъ, что какъ манифестъ, такъ и сводъ имѣли въ виду установить право мириться до подачи жалобы лишь для дѣлъ, по которымъ допускается примиреніе и послѣ подачи таковой. Поэтому нужно признать, что по нашему праву примиреніе до подачи жалобы препятствуетъ возбужденію уголовнаго преслѣдованія лишь по дѣламъ, которыя могутъ быть и по возбужденіи окончены миромъ [2]).

Права, г. фонъ-Резонъ въ подкрѣпленіе своей точки зрѣнія приводитъ и общія соображенія: онъ говоритъ, что право отказа есть только логическое послѣдствіе права на принесеніе жалобы, что ограниченіе права отказа можетъ быть признано лишь въ томъ случаѣ, если оно установлено

---

[1]) Изданіе Госуд. Канц., стр. 32.

[2]) Того же, повидимому, мнѣнія И. Я. Фойницкій „Ученіе о наказаніи“, стр. 129.

положительнымъ закономъ, что 157 ст. улож. о наказ. не допускаетъ примиренія при извѣстныхъ неоффиціальныхъ преступленіяхъ лишь послѣ начатія дѣла и что поэтому нельзя не признать, что по нашимъ законамъ право потерпѣвшаго на отказъ отъ жалобы до ея подачи должно быть признано по всѣмъ неоффиціальнымъ преступленіямъ [1]). Однако, въ дѣйствительности право отказа отъ жалобы логически вытекаетъ изъ права жалобы лишь въ томъ случаѣ, если разсматривать послѣднее, какъ осуществленіе потерпѣвшимъ ему же принадлежащаго права наказанія. Если право наказанія принадлежитъ ему и ему одному—онъ, конечно, воленъ отказаться какъ отъ самого права наказанія, такъ и отъ того процессуальнаго пути, которымъ оно можетъ быть осуществлено. Но такое воззрѣніе на право жалобы, какъ мы увидимъ ниже, имѣетъ основаніе лишь въ примѣненіи къ преступленіямъ, допускающимъ примиреніе послѣ возбужденія преслѣдованія. Напротивъ, при остальныхъ неоффиціальныхъ преступленіяхъ право подать или не подать жалобу есть лишь право потерпѣвшаго помѣшать уголовному преслѣдованію и осуществленію со стороны государства принадлежащаго ему права наказанія. Ясно, что государству должно принадлежать въ этихъ случаяхъ право преслѣдованія, ограниченное волей потерпѣвшаго лишь въ той мѣрѣ, въ какой это указано положительно закономъ Къ тому же вопросъ практически сводится не къ праву потерпѣвшаго отказаться отъ подачи жалобы, примирившись съ виновнымъ, а къ *безповоротности* этого отказа. Конечно, никто не можетъ помѣшать потерпѣвшему, помирившись съ обидчикомъ, не подавать жалобы, но какъ быть если, не смотря на состоявшееся примиреніе, онъ все же подаетъ жалобу? — Должна ли судебная и слѣдственная власть ее игнорировать, или, напротивъ, власти эти не должны считаться съ возраженіемъ обвиняемаго, вытекающимъ изъ примиренія съ потерпѣвшимъ?—Ясно, что при молчаніи закона судъ долженъ избрать первый путь, ибо ему подана надлежащая жалоба, обстоятельства же ей предшествовавшія, какъ не предусмотрѣнныя закономъ, для него

---

[1]) Стр. 198.

безразличны. Не всякое соглашеніе, состоявшееся между частными лицами относительно принадлежащаго одному изъ нихъ права, признается и пользуется защитой со стороны органовъ государства [1]). Такъ, соглашеніе сторонъ, лишающее одну изъ нихъ права обратиться къ гражданскому суду въ случаѣ нарушенія ея правъ другой, признается не имѣющимъ силы и не поражающимъ иска, предъявленнаго вопреки такому соглашенію [2]). Тѣмъ болѣе соглашеніе, лишающее потерпѣвшаго права обратиться къ содѣйствію суда уголовнаго, не можетъ имѣть силы безъ прямого разрѣшенія закона. И нужно сказать, что законодатель, давая не во всѣхъ случаяхъ такое разрѣшеніе, могъ исходить изъ весьма серьезныхъ соображеній. Нельзя забывать, что институтъ жалобы установленъ всецѣло въ интересахъ потерпѣвшаго и тѣхъ общественныхъ организацій, въ составъ которыхъ онъ входитъ (напр. его семьи), а отнюдь не въ интересахъ обвиняемаго. Далѣе надо помнить, что вопросъ о принесеніи или непринесеніи жалобы нерѣдко представляется для потерпѣвшаго весьма сложнымъ, трудно разрѣшимымъ; возможны нерѣшимость, колебанія и опрометчивыя дѣйствія, безповоротность которыхъ едва ли справедлива и необходима въ интересахъ публичныхъ. Поэтому, напр., законъ предоставляетъ потерпѣвшему, уже рѣшившемуся на преслѣдованіе, по нѣкоторымъ по крайней мѣрѣ преступленіямъ, возможность отступленія въ видѣ взятія жалобы назадъ, неявки къ разбору дѣла, примиренія съ обидчикомъ. Какое же основаніе придавать безповоротное значеніе противоположному рѣшенію вопроса, въ смыслѣ отказа отъ преслѣдованія до его возбужденія, сопряженному съ жертвою публичными интересами, лежащими въ наказаніи виновнаго? Въ интересахъ потерпѣвшаго, побудившихъ законодателя создать неоффиціальныя преступленія, никакого основанія къ тому не заключается; какъ разъ даже наоборотъ. Обвиняемый также не можетъ ссылаться на пріобрѣтенное примиреніемъ право на безнаказанность, ибо наказаніе и при этихъ преступленіяхъ не налагается въ интересахъ исклю-

---

[1]) См. выше, стр. 133—134.

[2]) Рѣш. гражд. касс. деп. 1876 г. № 270, 1879 № 22.

чительно потерпѣвшаго и ему не принадлежитъ право прощенія. Такимъ образомъ прекращеніе дѣла за примиреніемъ сторонъ до подачи жалобы, какъ и послѣ подачи ея, возможно лишь по тѣмъ преступленіямъ, которыя особо не перечислены, въ качествѣ изъятыхъ изъ этого правила, въ ст. 157 улож. о наказ.

Моментъ съ котораго прекращается право сторонъ мириться, опредѣляется уложеніемъ и уставомъ о наказаніяхъ различно: ст. 157 улож. разрѣшаетъ принесшему жалобу примириться съ виновнымъ „прежде исполненія приговора“, ст. 20 уст. о наказ. говоритъ, что проступки, означенные въ ст. 18, 18[1] и 19 „не влекутъ за собою наказанія въ случаѣ примиренія обиженнаго или потерпѣвшаго убытокъ съ виновнымъ въ проступкѣ лицомъ“, а ст. 22 уст. о наказ.—что „опредѣленное приговоромъ наказаніе отмѣняется вслѣдствіе примиренія съ обиженнымъ“. Такимъ образомъ ст. 20 и 22 уст. о наказ. формулированы настолько общимъ образомъ, что подъ ихъ текстъ подойдетъ и примиреніе, состоявшееся послѣ отбытія части наказанія. Напротивъ, относительно ст. 157 улож. возникаетъ сомнѣніе, разумѣетъ ли она конецъ или начало отбытія наказанія. Хотя нѣтъ логическихъ основаній дѣлать различіе въ моментѣ, до котораго возможно примиреніе, по дѣламъ, подсуднымъ общимъ и мировымъ судамъ, хотя въ мотивахъ къ ст. 20 и 22 уст. о наказ. не содержится указаній на то, чтобы составители устава хотѣли въ этомъ пунктѣ отступить отъ системы уложенія, такъ что въ постановленіяхъ ст. 20 и 22 можно было бы видѣть аутентическое толкованіе ст. 157 улож., тѣмъ не менѣе буквальный смыслъ этой статьи и особенно сопоставленіе ея со ст. 1591 и 1592 улож. приводятъ къ заключенію, что здѣсь разумѣется *начало* фактическаго исполненія наказанія [1]). Дѣйствительно, упоминаніе въ законѣ, что при-

---

[1]) Рѣш. уг. касс. деп. 1867 г. № 580, 1882 г. № 22, общ. собр. 1887 г. № 2, Таганцевъ, стр. 1414, фонъ-Резонъ, стр. 224 contra Квачевскій т. I, стр. 346, Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 131, Макалинскій т. I, стр. 128—134, Лохвицкій, стр. 267, который полагаетъ, ссылаясь на тождественно редактированную ст. 1549 улож., что хотя потерпѣвшій не можетъ до исполненія приговора произвольно уменьшить назначенное судомъ на-

миреніе возможно лишь *до окончанія* исполненія приговора было бы совершенно ненужнымъ, ибо ясно, что *послѣ окончанія* отбытія наказанія примиреніе фактически не можетъ оказать никакого вліянія на участь виновнаго. Также точно, по справедливому указанію г. фонъ-Резонъ [1]), статьямъ 1591 1592 не зачѣмъ было бы упоминать о правѣ родителей ходатайствовать объ уменьшеніи мѣры наказанія для своихъ дѣтей, разъ они сами могли бы, въ силу ст. 157, эту мѣру уменьшить, прервавъ, напримѣръ, примиреніемъ начатое уже отбытіе наказанія.

Право примириться съ виновнымъ принадлежитъ въ силу закона „принесшему жалобу“ (ст. 157), т. е. самому потерпѣвшему или его законному или добровольному представителю,—послѣднему, если онъ уполномоченъ спеціально и на окончаніе дѣла миромъ. Впрочемъ, въ мировыхъ установленіяхъ судебная практика презюмируетъ право повѣреннаго, ведущаго дѣло, окончить его миромъ, ссылась на ст. 44 уст. граж. суд. и 48 уст. уг. суд. [2]).

Можетъ случиться, что жалобу принесъ самъ потерпѣвшій, а мировая сдѣлка заключена его законнымъ представителемъ или наоборотъ. Необходимо лишь, чтобы здѣсь было представительство въ истинномъ смыслѣ этого слова, не нарушающее юридическаго тожества принесшаго жалобу съ заключившимъ миръ. Такое представительство имѣетъ мѣсто, какъ мы видѣли выше, когда потерпѣвшій не достигъ 17 лѣтъ, одержимъ безуміемъ или сумашествіемъ, глухъ и нѣмъ или только нѣмъ. Напротивъ, если онъ достигъ уже 17 лѣтъ и не страдаетъ указанными физическими или психическими недугами, у него не можетъ быть законныхъ представителей въ истинномъ смыслѣ этого слова. Потому невозможна коллизія между волей потерпѣвшаго и законнаго представителя, о которой говорятъ нѣкоторые

казаніе, но это не значитъ, что онъ не можетъ путемъ примиренія прекратить дальнѣйшее отбываніе наказанія, когда часть его уже отбыта; того же мнѣнія повидимому Арефа „Частныя и частно-общественныя преступленія“; Жур. Гр. и Уг. Пр. 1878 г. № 4, стр. 58—61.

[1]) стр. 224.

[2]) См. выше стр. 265.

писатели [1]). Если потерпѣвшему менѣе 17 лѣтъ, его воля не имѣетъ юридическаго значенія, если ему болѣе 17 лѣтъ, у него не можетъ быть законнаго представителя, уполномоченнаго на принесеніе жалобы и взятіе ея обратно. Иное дѣло — когда напр. родители не замѣняютъ въ правѣ жалобы своихъ дѣтей, а пользуются имъ наряду съ послѣдними. Случай этотъ долженъ разрѣшаться на основаніи правилъ о стеченіи правъ нѣсколькихъ потерпѣвшихъ, на которомъ мы остановимся ниже [2]).

Примиреніе, состоявшееся послѣ подачи жалобы, является безповоротнымъ и прекращаетъ дѣло навсегда [3]).

Засимъ возникаетъ вопросъ о томъ, достаточно ли для невозможности преслѣдованія односторонняго отказа потерпѣвшаго или необходимо согласіе на него обвиняемаго. Ст. 157 улож. о наказ., ст. 20 и 22 уст. уг. суд. говорятъ *о примиреніи* потерпѣвшаго съ виновнымъ, и буквальный смыслъ этого выраженія на первый взглядъ указываетъ на двустороннее изъявленіе воль, на соглашеніе между обиженнымъ и обидчикомъ [4]), но болѣе внимательное разсмотрѣніе постановленій закона приводитъ къ обротному выводу.

Прежде всего нужно отмѣтить случай, когда законъ прямо придаетъ одностороннему дѣйствію жалобщика значеніе основанія къ прекращенію уголовнаго преслѣдованія: это — неявка обвинителя — потерпѣвшаго къ назначенному сроку безъ уважительныхъ причинъ въ судебное засѣданіе ни лично, ни чрезъ повѣреннаго (ст. 135 и 593 уст. угол. суд.). При этомъ законъ указываетъ, что такая неявка признается *отреченіемъ отъ уголовнаго иска.* Но разъ *презюмируемое отреченіе* отъ уголовнаго иска является причиной прекра-

---

[1]) Кистяковскій, стр. 693, Бѣлогрицъ Котляревскій, стр. 333, отдающіе предпочтеніе въ случаяхъ такой коллизіи волѣ самого потерпѣвшаго.

[2]) Ср. фонъ-Ревонъ, стр. 216—217.

[3]) Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 133.

[4]) Такъ понимаетъ это выраженіе уг.-касс. деп. (рѣш. 1880 г. № 31), Лохвицкій, стр. 266—7, Фойницкій Ученіе о наказаніи, стр. 129, Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 130—431, Харламовъ „Уголовно-частный порядокъ преслѣдованія“ Юр. Вѣст. 1889 г., стр. 274—277.

щенія дѣла, то тѣмъ болѣе такое значеніе имѣетъ *отреченіе прямо выраженное.* Правда, сенатъ [1]) пытается ограничить послѣдствія этого вывода временемъ, предшествующимъ явкѣ обвинителя на судъ, допуская односторонній отказъ отъ уголовнаго иска лишь до явки на судъ, хотя бы и послѣ подачи жалобы, ибо съ явкой обвинителя устраняется возможность примѣненія ст. 593 уст. уг. суд., но это соображеніе сената является невѣрнымъ въ двухъ отношеніяхъ: во первыхъ, и *послѣ первой явки* обвинителя дѣло можетъ быть прекращено, разъ слушаніе его было отложено на другой срокъ, къ которому *вторично* вызванный обвинитель *не явился* [2]), а во вторыхъ, ст. 593 уст. уг. суд. указываетъ условія, при которыхъ презюмируется отказъ отъ иска, а не устанавливаетъ срока, до котораго отказъ этотъ можетъ быть явно выраженъ. Этотъ послѣдній срокъ, при отсутствіи иного опредѣленія въ законѣ, очевидно, долженъ совпадать со срокомъ, до котораго возможно примиреніе. Въ подкрѣпленіе своей доктрины сенатъ ссылается и на общія соображенія: допустить предположеніе, что жалобщикъ можетъ во всякомъ положеніи процесса односторонним отказомъ отъ жалобы прекратить производство, „значило бы, говоритъ онъ, признать, что частный обвинитель, привлекшій кого-либо къ суду не только безъ достаточныхъ или безъ всякихъ основаній, но даже по завѣдомо ложному обвиненію и прекратившій затѣмъ дѣло заявленіемъ, что онъ отказывается поддерживать свою жалобу, не долженъ отвѣчать за тотъ нравственный и матеріальный вредъ, который онъ причинилъ напрасно имъ обвиняемому лицу, такъ какъ прекращеніе дѣла безъ разсмотрѣнія его по существу, безъ признанія судомъ обвиняемаго оправданнымъ, а обвиненія недобросовѣстнымъ, не даетъ, по закону, обвиняемому права преслѣдовать обвинителя за лживое обвиненіе, ни требовать съ него удовлетворенія за понесенные убытки“. Однако, и эти соображенія сената, вѣрныя de lege ferenda [3]),

---

[1]) Рѣш. уг. касс. деп. 1880 г. № 31.

[2]) Contra Бутовскій „Объ обязанностяхъ частнаго обвинителя въ процессѣ“ Жур. Мин. Юст. 1899 г. № 3, стр. 198.

[3]) Ср. мою статью въ Вѣст. Права 1905 г. № 4, стр. 71—73.

не имѣютъ значенія при толкованіи дѣйствующаго закона, допускающаго односторонній отказъ отъ жалобы въ видѣ неявки въ засѣданіе. Очевидно, всѣ тѣ вредныя послѣдствія, которыя сенатъ пытается отклонить своимъ толкованіемъ, могутъ имѣть мѣсто и въ этомъ случаѣ, устранить который, въ виду категорическаго смысла закона, безсильно толкованіе.

Такимъ образомъ можно признать, что законодатель употребляя слово „примиреніе“, не связывалъ съ нимъ неразрывно понятія объ обоюдномъ соглашеніи сторонъ. Въ его представленіи оно обнимало и односторонній отказъ отъ жалобы [1]). Это положеніе, по справедливому замѣчанію г. фонъ-Резона [2]), подтверждается и мотивами къ ст. 162 проекта уложенія о наказ. (нынѣ ст. 157 улож.), въ которыхъ составители закона говорятъ, что „*прощеніе* можетъ быть даровано не только прежде, но и послѣ постановленія приговора, ибо сіе послѣднее обстоятельство не измѣняетъ существо прощаемаго дѣянія“ [3]).

Что касается формы, въ которую должно быть облечено примиреніе или односторонній отказъ, дабы повлечь за собою невозможность возбужденія уголовнаго преслѣдованія или необходимость его прекращенія, если оно уже возбуждено, то законъ на этотъ счетъ хранитъ молчаніе. Поэтому нужно признать, что, вообще говоря, закономъ для этихъ актовъ никакой формы не предписано и что они могутъ быть доказываемы всѣми способами, допустимыми въ уго-

---

[1]) Ср. Квачевскій ч. I, стр. 216 и 346, Макалинскій т. I, стр. 125: Бутовскій ук. соч., стр. 199, послѣдній особенно относительно отказа отъ жалобы послѣ вступленія приговора въ законную силу.

[2]) Ук. соч., стр. 196.

[3]) „Проектъ уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ“ СПБ. 1871 г., стр. 47; это же положеніе подтверждается и болѣе раннею исторіею неоффиціальныхъ преступленій. Именно, манифестъ о поединкахъ 21 апрѣля 1787 г. (П. С. З. 16535) въ ст. 19 говоритъ „буде кто на кого учинитъ въ обидѣ личной искъ уголовный, тому не запрещается *отъ онаго отстать* и учинить искъ гражданскій“. Въ конечномъ выводѣ къ тому же результату, повидимому, приходитъ и И. Я. Фойницкій, утверждающій, „что *практически* требуется собственно не обоюдное примиреніе, а односторонній отказъ потерпѣвшаго“ (Ученіе о наказ., стр. 129).

ловномъ процессѣ, въ томъ числѣ и свидѣтельскими показаніями [1]).

Правительствующій сенатъ [2]) однако требуетъ, чтобы примиреніе, состоявшееся внѣ суда, было облечено въ форму прошенія, подтвержденнаго сторонами лично, согласно ст. 1362 уст. гр. суд., при чемъ до такого подтвержденія возможенъ отказъ стороны отъ примиренія, удостовѣреннаго даже ея подписью; но указанная практика сената не только не находитъ опоры въ законѣ, но и противорѣчитъ смыслу его: ст. 1362 уст. гр. суд, очевидно, можетъ относиться только къ дѣламъ гражданскимъ, а смыслъ уголовнаго закона о значеніи примиренія не оставляетъ сомнѣнія, что таковое является актомъ, препятствующимъ продолженію дѣла или возобновленію его подачей новой жалобы, актомъ безповоротнымъ и независимо отъ его формы не допускающимъ позднѣйшаго отказа отъ него [3]). Поэтому нужно признать, что примиреніе, состоявшееся внѣ суда, и внѣсудебный отказъ отъ права жалобы не связаны съ предустановленной формой.

Напротивъ, относительно примиренія (а слѣдовательно и отказа отъ жалобы), состоявшагося въ судѣ, законъ содержитъ особыя опредѣленія. Прежде всего уставъ уголовнаго судопроизводства знаетъ особую процедуру склоненія сторонъ къ миру по дѣламъ, производимымъ въ порядкѣ частнаго обвиненія. Обрядъ склоненія къ миру при неоффиціальныхъ преступленіяхъ является отголоскомъ частноправнаго воззрѣнія на нихъ, въ силу коего желательно, чтобы дѣла, изъ нихъ вытекающія, подобно другимъ дѣламъ гражданскимъ, оканчивались миролюбиво. Исходя изъ этой точки зрѣнія, составители судебныхъ уставовъ 1864 г. предполагали даже всѣ дѣла о преступленіяхъ, допускающихъ примиреніе, сдѣлать подсудными мировымъ судьямъ, (п. 1 ст. 19 и ст. 25 основн. полож. уг. суд., Высочайше утв. 29 сентября 1862 г.), какъ лицамъ, пользующимся довѣріемъ

---

[1]) Фонъ-Резонъ, стр. 225—227.

[2]) Рѣш. уг. касс. деп. 1874 г. № 443 и 637, обш. собр. 1887 г. № 2.

[3]) Неклюдовъ. Руководство, стр. 78, Фойницкій. Ученіе о наказ., стр. 130.

мѣстнаго населенія [1]). Хотя затѣмъ, при составленіи уст. уг. суд., отъ этого предположенія отказались, но въ уставѣ, какъ яркое воспоминаніе о немъ и свидѣтельство усвоеннаго взгляда на неоффиціальныя преступленія. осталась ст. 35, въ силу которой эти дѣла, подсудныя общимъ судебнымъ установленіямъ, все же отнесены къ вѣдомству мировыхъ судей, для склоненія сторонъ къ миру; лишь закономъ 21 мая 1891 г. статья эта была замѣнена ст. 303[1] уст. уг. суд., ввѣряющей склоненіе къ миру по дѣламъ, подсуднымъ общимъ судебнымъ мѣстамъ. судебнымъ слѣдователямъ, къ которымъ дѣло поступаетъ для производства предварительнаго слѣдствія или спеціально для склоненія къ миру, если въ предварительномъ слѣдствіи надобности не встрѣчается (ст. 546 уст.). Поэтому нынѣ мировой судья (ст. 120), предсѣдатель съѣзда (ст. 165), судебный слѣдователь (ст. 303[1]), земскій начальникъ и городской судья (ст. 201 прав. 1889 г.) обязаны предложить сторонамъ окончить дѣло миромъ и результатъ этой процедуры внести въ протоколъ, который по закону служитъ отраженіемъ всѣхъ существенныхъ судебныхъ дѣйствій (ст. 497, 835—837 уст. уг. суд.), и въ который, въ частности, должно быть внесено „примиреніе сторонъ и условія, на которыхъ оно послѣдовало“ (ст. 142 уст. уг. сул. и ст. 101 п. 6 и 217 прав. 1889 г.). Тѣ же постановленія примѣняются и въ томъ случаѣ, если иниціатива примиренія на судѣ исходитъ отъ самихъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ.

Преслѣдованіе подлежитъ также прекращенію, если по дѣлу, подсудному общимъ судебнымъ мѣстамъ, обвинитель не явится безъ законныхъ причинъ къ судебному слѣдователю, вызвавшему его для склоненія къ миру (ст. 303[1]), или

---

[1]) Ср. А. Лонгиновъ „Примирительное разбирательство мировыми судьями дѣлъ, подлежащихъ по существу вѣдомству окружныхъ судовъ“ Жур. Гр. и Уг. Пр. 1883 г. № 2, стр. 1—3. Здѣсь же авторъ справедливо указываетъ, что многіе пробѣлы въ правилахъ закона, опредѣляющихъ производство этихъ дѣлъ въ общихъ судахъ, объясняются недостаточно внимательной переработкой постановленій основныхъ положеній со стороны редакторовъ устава уголовнаго судопроизводства, рѣшившихъ отступить отъ первоначально намѣченнаго плана.

для допроса [1]), или если онъ не прибудетъ въ судъ къ назначенному для разбора дѣла времени. То же самое имѣетъ мѣсто и въ мѣстныхъ судебныхъ установленіяхъ, въ случаѣ неявки обвинителя къ назначенному сроку безъ уважительныхъ причинъ (ст. 135 уст. уг. суд. и 212 прав.) [2]). Исключеніе составляетъ лишь неявка обвинителя къ разбирательству, назначенному по отзыву подсудимаго послѣ заочнаго приговора [3]) (ст. 141[1] и 834[8] уст. уг. суд. и 215 прав. 1889 г.), когда судъ разсматриваетъ дѣло по существу, принимая во вниманіе объясненія и ходатайства, предъявленныя обвинителемъ при заочномъ разсмотрѣніи дѣла. Напротивъ, явка частнаго обвинителя въ апелляціонную инстанцію по общему правилу необязательна (ст. 157 и 879 уст. уг. суд. и 225 прав. 1889 г.), почему его неявка не влечетъ за собою прекращенія дѣла. Исключеніе составляетъ случай, когда судъ признаетъ его присутствіе необходимымъ (ст. 157 и 879[1]) [4]). Наконецъ, неявка въ кассаціонную инстанцію никогда не можетъ имѣть этого послѣдствія (ст. 917). Явку самаго обвинителя замѣняетъ явка его повѣреннаго (ст. 135 и 593) [5]). Для прекращенія дѣла, въ случаѣ неявки потерпѣвшаго, необходимо увѣдомленіе повѣсткой самого потерпѣвшаго или его повѣреннаго [6]). Опозданіе обвинителя къ назначенному въ повѣсткѣ часу не служитъ еще основаніемъ для прекра-

---

[1]) См. Харламовъ, стр. 277.

[2]) Напротивъ, неявка обвиняемаго къ примирительному разбирательству трактуется какъ нежеланіе мириться - рѣш. общ. собр. 1880 г. № 10, уг. касс. деп. 1881 г. № 28, contra Харламовъ („Уголовно-частный порядокъ преслѣдованія“ Юр. Вѣст. 1889 г. № 2, стр. 270—274), допускающій сообщеніе условій примиренія, принимаемыхъ обвинителемъ, судьѣ по мѣсту жительства обвиняемаго, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и приводъ обвиняемаго. Вопросъ окончательно разрѣшенъ ст. 303[1] уст. уг. суд.

[3]) Бутовскій („Объ обязанностяхъ частнаго обвинителя въ процессѣ“ Жур. Мин. Юст. 1899 г. № 3, стр. 198), утверждаетъ, что явка обвинителя не обязательна, если повѣрка доказательствъ уже состоялась при его участіи и дѣло затѣмъ отложено на другое засѣданіе, однако, это мнѣніе не имѣетъ опоры въ законѣ.

[4]) Фонъ-Резонъ, стр. 231.

[5]) Ср. рѣш. уг. касс. деп. 1892 г. № 59.

[6]) Рѣш. уг. касс. деп. 1869 г. № 922, 1874 г. № 471.

щенія дѣла, если онъ успѣлъ явиться до провозглашенія резолюціи по его дѣлу [1]). Если въ виду суда не имѣется данныхъ, указывающихъ на законную (593 ст.) или уважительную (ст. 135) причину неявки обвинителя, онъ постановляетъ приговоръ о прекращеніи дѣла, но обвинитель не лишается этимъ права въ апелляціонномъ отзывѣ доказывать, что дѣло прекращено неправильно ибо онъ не явился по законной или уважительной причинѣ [2]).

Таковы условія прекращенія дѣлъ о преступленіяхъ неоффиціальныхъ вслѣдствіе явнаго или презюмируемаго отказа потерпѣвшаго отъ жалобы по дѣйствующему праву.

Что касается проекта новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства, то моментъ, *начиная съ котораго* примиреніе между потерпѣвшимъ и виновнымъ имѣетъ юридическое значеніе, опредѣляется имъ сходно съ дѣйствующимъ правомъ (ст. 16 проекта). Напротивъ, моментъ, *до котораго* возможно примиреніе, проектомъ отодвигается назадъ по всѣмъ дѣламъ къ вступленію приговора въ законную силу (ст. 29[1]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, узаконяя существующую судебную практику, проектъ термину „примиреніе“ придаетъ техническое значеніе обоюднаго согласія обвиняемаго и потерпѣвшаго на прекращеніе дѣла и лишаетъ односторонній отказъ отъ жалобы всякаго значенія, мотивируя свое рѣшеніе тѣмъ, что „отказъ отъ жалобы, если таковой будетъ влечь прекращеніе дѣла, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда обвиненіе начато недобросовѣстно, можетъ поставить обвиняемаго въ крайне тягостное и затруднительное положеніе, такъ какъ онъ будетъ лишенъ возможности разъясненіемъ обстоятельствъ дѣла доказать свою невиновность“ [3]). Но это соображеніе сохраняетъ свою силу и относительно неявки обвинителя. Поэтому проектъ постановляетъ, что неприбытіе въ

---

[1]) Рѣш. уг. касс. деп. 1871 г. № 1586, 1875 г. № 136, 1877 г. № 4.

[2]) 1877 г. № 4, 1869 г. № 258, 1870 г. № 1254 и 1402, 1871 г. № 186, 1872 г. № 685; въ другихъ рѣшеніяхъ Сенатъ считаетъ возможнымъ допустить пересмотръ судьей своего опредѣленія, что едва ли правильно; см. рѣш. уг. касс. деп. 1871 г. № 1872, соед. прис. 22 мая 1903 г. по д. № 168.

[3]) Объясн. Зап. т. 1, стр. 53—54.

судъ потерпѣвшаго, пользующагося правами обвинителя, не препятствуетъ открытію судебнаго засѣданія (ст. 545), не дѣлая разницы между дѣлами, которыя не могутъ быть, и такими, которыя могутъ быть оканчиваемы миромъ. Засѣданіе, открытое такимъ образомъ въ отсутствіе потерпѣвшаго, можетъ быть закончено приговоромъ по существу, о чемъ свидѣтельствуетъ ст. 777, предписывающая предсѣдательствующему склонять къ миру потерпѣвшаго и обвиняемаго, если они на лицо. Это положеніе подтверждается и ст. 832, предписывающей въ случаѣ неявки потерпѣвшаго къ новому разбирательству послѣ постановленія заочнаго приговора, не только дѣло не прекращать, но даже принимать во вниманіе его объясненія и ходатайства предъявленныя при первомъ разбирательствѣ [1]). Иначе изложенный вопросъ разрѣшается проектомъ по дѣламъ, подсуднымъ участковымъ судьямъ: по нимъ неявка обвинителя служитъ основаніемъ къ отказу въ жалобѣ, если дѣло относится къ числу подлежащихъ окончанію миромъ (ст. 1031), развѣ бы обвиняемый потребовалъ его разсмотрѣнія (ст. 1082) [2]). Проектъ, отмѣняя склоненіе къ миру потерпѣвшаго и обвиняемаго на предварительномъ слѣдствіи, въ виду тѣхъ практическихъ неудобствъ, которые соединены для потерпѣвшаго съ многократными вызовами въ судъ сначала для склоненія къ миру, потомъ къ слѣдствію, наконецъ къ судебному разбирательству, тѣмъ не менѣе сохранилъ самый обрядъ склоненія къ миру, перенеся его къ моменту, непосредственно предшествующему постановленію приговора (ст. 777 и 1113). Наконецъ, проектъ отказывается отъ установленія какихъ-либо требованій относительно формы, въ которой примиреніе должно быть доведено до свѣдѣнія суда, считая достаточными „письменныя или словесныя заявленія сторонъ (каждой изъ сторонъ?), подкрѣпленныя какими-либо доказательствами“ [3]).

---

[1]) Ср. Объясн. Зап. т. III, стр. 188.
[2]) Ibid., стр. 189.
[3]) Объясн. Зап. т. I, стр. 54.

Въ томъ случаѣ, когда одно преступное дѣяніе причиняетъ *вредъ нѣсколькимъ потерпѣвшимъ*, возникаетъ вопросъ о томъ, достаточна ли жалоба одного изъ нихъ для возбужденія преслѣдованія.

Вопросъ этотъ прямо не разрѣшается закономъ, который обыкновенно говоритъ, что преслѣдованіе возбуждается по жалобѣ потерпѣвшаго, обиженнаго и т. д., т. е. исходитъ изъ предположенія, что имѣется на лицо одинъ потерпѣвшій. Однако, если принять во вниманіе, что каждое ограниченіе права преслѣдованія за совершившееся преступленіе есть явленіе аномальное, которое должно быть прямо установлено закономъ, что если законодатель въ отдѣльныхъ случаяхъ изъявляетъ готовность пожертвовать публичнымъ интересомъ, соединеннымъ съ наказаніемъ преступленій, частному интересу потерпѣвшаго, то все же нѣтъ основаній думать, что онъ хотѣлъ поставить интересъ того потерпѣвшаго, который не желаетъ преслѣдованія, выше чѣмъ того, который его добивается, нужно признать, что отдѣльный потерпѣвшій можетъ, не подавая жалобы, парализовать инціативу преслѣдованія со стороны органовъ государства, но не со стороны другихъ потерпѣвшихъ отъ этого же дѣянія. Поэтому жалоба одного изъ нѣсколькихъ потерпѣвшихъ является достаточнымъ основаніемъ для возбужденія уголовнаго преслѣдованія [1]).

Но въ этомъ случаѣ возникаетъ вопросъ объ объемѣ, въ которомъ должно вестись преслѣдованіе и примѣняться наказаніе. Г. фонъ-Резонъ [2]) полагаетъ, что вопросъ этотъ рѣшается различно въ зависимости отъ состава извѣстныхъ преступныхъ дѣяній. Если объектъ его не дѣлимъ,—дѣяніе должно наказываться въ полномъ объемѣ. Напротивъ, если по свойству нарушеннаго права дѣяніе является дѣлимымъ, наказаніе должно быть наложено за ту его часть, которая нарушаетъ интересы жалующагося потерпѣвшаго, а не остальныхъ. Вопросъ о дѣленіи отвѣтственности обыкновенно воз-

---

[1]) Проф. Бѣлогрицъ-Котляревскій „Учебникъ русскаго уголовнаго права“ 1904 г., стр. 333. Фойницкій т. II, стр. 34, фонъ-Резонъ, стр. 113, Неклюдовъ т. I, стр. 48, Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 132—133.

[2]) Фонъ-Резонъ, стр. 113—115, сходно Случевскій, Учебникъ, стр. 565.

никаетъ при посягательствахъ на имущество, принадлежащее нѣсколькимъ лицамъ. Поэтому если дѣло идетъ объ отравленіи лошади (1624 ст. улож. о наказ.), принадлежащей двумъ лицамъ, изъ которыхъ жалуется только одно, виновный, по словамъ г. фонъ-Резона, не можетъ отвѣчать за отравленіе полу-лошади; напротивъ, если украдена вещь стоющая 400 р., то по жалобѣ одного изъ ея собственниковъ виновный можетъ быть осужденъ лишь за кражу на сумму не свыше 300 р. Мнѣніе это логически вытекаетъ изъ взгляда на жалобу, какъ на осуществленіе потерпѣвшимъ права наказанія, принадлежащаго ему въ мѣру понесеннаго вреда. Напротивъ, если жалоба есть условіе возбужденія уголовнаго преслѣдованія, если подача ея освобождаетъ принадлежащее государству право наказанія, до того парализованное, то послѣднее должно быть осуществлено въ полномъ объемѣ независимо отъ того, потерпѣлъ ли жалобщикъ весь или часть послѣдовавшаго отъ даннаго дѣянія вреда. Конечно, этотъ выводъ относительно неоффиціальныхъ преступленій, оканчиваемыхъ примиреніемъ, колеблется тѣмъ, что они въ нашемъ правѣ носятъ многія черты частныхъ деликтовъ и съ этой точки зрѣнія, казалось бы, приходится признать правильнымъ взглядъ г. фонъ-Резона, но лишь въ отношеніи этихъ дѣяній, а не всѣхъ неоффиціальныхъ преступленій. Однако практическія трудности, вытекающія изъ такого рѣшенія вопроса, и отсутствіе въ законѣ нормъ, ихъ разрѣшающихъ, приводятъ насъ къ заключенію, что законодатель не имѣлъ намѣренія рѣшить этотъ вопросъ, отправляясь отъ частной природы этихъ дѣяній. Самъ г. фонъ-Резонъ указываетъ тѣ затрудненія, которыя возникаютъ въ томъ случаѣ, когда лицо, виновное въ кражѣ вещи, стоющей болѣе 300 руб. и принадлежащей двумъ его сыновьямъ, по жалобѣ одного изъ нихъ будетъ осуждено за кражу на сумму менѣе трехсотъ руб., а затѣмъ вступитъ жалоба другого потерпѣвшаго. Возможно ли вторично разбирать дѣло? Слѣдуетъ ли осужденнаго однажды подвергнуть вторично наказанію за кражу на сумму менѣе или болѣе 300 руб.? Г. фонъ-Резонъ [1]) полагаетъ, что вопросы эти разрѣшаются

---

[1]) Стр. 117—118.

на основаніи 22 ст. уст. уг. суд. въ смыслѣ оставленія перваго приговора безъ измѣненія (исключеніе дѣлается для взысканій, поступающихъ въ пользу потерпѣвшихъ) и невозможности новаго по дѣлу разбирательства. Однако едва ли подачу жалобы другимъ потерпѣвшимъ можно разматривать, какъ обнаруженіе впослѣдствіи обстоятельствъ, увеличивающихъ вину подсудимаго. Жалоба не есть обстоятельство, опредѣляющее виновность или ея размѣръ, а требованіе объ осуществленіи права наказанія по однимъ воззрѣніямъ, и устраненіе препятствія къ уголовному преслѣдованію по другимъ. Фактъ же причиненія ущерба двумъ лицамъ не есть „обнаруженное впослѣдствіи“ обстоятельство, ибо оно могло быть извѣстно и при разсмотрѣніи дѣла впервые. Такимъ образомъ разбираемый случай прямо не подходитъ подъ 22 ст. уст. уг. суд., хотя въ силу общихъ началъ процесса несомнѣнно, что новое разсмотрѣніе того же дѣла, однажды разсмотрѣннаго по существу, является недопустимымъ. Такимъ образомъ выходитъ, что при первомъ разборѣ дѣла игнорировалось, безъ прямого указанія закона, такое обстоятельство, которое могло бы тогда оказать вліяніе на размѣръ наказанія и которое не можетъ уже впослѣдствіи быть принято во вниманіе. Конечно, если разсматривать налагаемое за уголовно частныя преступленія наказаніе, какъ нѣчто такое, что примѣняется исключительно въ интересахъ потерпѣвшаго, опоздавшему жалобщику можно сказать: vigilantibus jura sunt siripta, хотя его положеніе будетъ хуже, чѣмъ положеніе при аналогичныхъ условіяхъ истца въ гражданскомъ процессѣ, ибо формально противъ послѣдняго не дѣйствуетъ exceptio rei judicatae, хотя бы противъ его соучастника въ нераздѣльномъ правѣ (напр. совладѣльца) и состоялось рѣшеніе, вошедшее въ законную силу (ст. 895 уст. гр. суд.). Но какъ ни сильны элементы delicti privati въ нашихъ преступленіяхъ неоффиціальныхъ, допускающихъ примиреніе, нельзя отрицать, что съ ихъ наказаніемъ соединенъ и публичный интересъ, хотя бы уступающій по своей интенсивности частному, и не создающій для государства права преслѣдованія; а разъ это такъ, то нѣтъ возможности безъ прямого постановленія закона понижать наказаніе за эти дѣянія только потому, что

однимъ изъ потерпѣвшихъ не принесена теперь (хотя быть можетъ и будетъ принесена впослѣдствіи) жалоба.

Такимъ образомъ каждый изъ потерпѣвшихъ независимо отъ другого можетъ подать жалобу и вызвать уголовное преслѣдованіе противъ виновныхъ. Вопросъ осложняется, если въ производствѣ судебныхъ установленій уже есть или было дѣло о томъ же преступленіи по жалобѣ другого потерпѣвшаго. Этотъ вопросъ долженъ быть разсмотрѣнъ отдѣльно относительно допускающихъ примиреніе и остальныхъ неоффиціальныхъ преступленій. Если жалоба подана однимъ изъ потерпѣвшихъ и преслѣдуемое дѣяніе относится къ числу допускающихъ примиреніе, другой потерпѣвшій не лишенъ возможности путемъ подачи жалобы вступить въ дѣло во всякомъ положеніи и явиться вторымъ обвинителемъ, ибо каждый потерпѣвшій имѣетъ право быть обвинителемъ (ст. 5 уст. уг. суд.). При этомъ хотя законъ ничего не говоритъ о правѣ второго потерпѣвшаго явиться послѣ открытія засѣданія по дѣлу и вступить въ роль обвинителя (ибо вообще законъ молчитъ о стеченіи нѣсколькихъ обвинителей), тѣмъ не менѣе положеніе его не можетъ быть приравниваемо къ неявкѣ *увѣдомленнаго* повѣсткой обвинителя (ст. 135 и 593 уст. гр. суд.); кромѣ того вступленіе новаго обвинителя въ дѣло во всякомъ его положеніи, вплоть до вступленія приговора въ законную силу не вноситъ въ процессъ какихъ-либо пертурбацій, говорящихъ за его недопустимость [1]).

Иное дѣло, если второй потерпѣвшій не жаловался до вступленія въ законную силу приговора, состоявшагося по жалобѣ перваго изъ нихъ. Будетъ ли это приговоръ обвинительный или оправдательный, онъ окончательно исчерпываетъ вопросъ о данномъ преступленіи и обвиняемый не можетъ быть подвергнутъ вторично суду и слѣдствію, а тѣмъ болѣе наказанію за то же дѣяніе, хотя бы поводъ къ этому являлся въ видѣ жалобы другого потерпѣвшаго

---

[1]) Ср. выше, стр. 126; ср. также право третьяго лица въ нашемъ гражданскомъ процессѣ вступить въ дѣло во всякомъ его положеніи на сторонѣ истца или отвѣтчика (ст. 663 уст. гр. суд., рѣш. гр. касс. деп. 1896 г. № 99, 1880 г. № 108, 1901 г. № 9, 1876 г. № 103, 1895 г. № 3 и друг.).

(ст. 21 и 22 уст. уг. суд.). Такое же значеніе имѣетъ приговоръ объ освобожденіи подсудимаго отъ суда, когда преступное его дѣяніе покрывается давностью или милостивымъ манифестомъ (п. 2 ст. 771 уст. уг. суд.), ибо эти причины погашаютъ самое право наказанія, принадлежитъ ли оно государству или потерпѣвшимъ и, разъ они признаны приговоромъ, вступившимъ въ законную силу, дѣйствіе ихъ безповоротно. Иначе разрѣшается вопросъ о „другихъ законныхъ причинахъ прекращенія дѣла", о которыхъ говоритъ тотъ же пунктъ ст. 771 уст. уг. суд. Если это—причины, поражающія, какъ и вышеназванныя, право наказанія (напр. смерть обвиняемаго), ихъ дѣйствіе столь же безповоротно. Если же это лишь причины, мѣшающія возбужденію или продолженію уголовнаго преслѣдованія, онѣ могутъ впослѣдствіи отпасть, и такъ какъ право наказанія продолжаетъ существовать, открывается возможность новаго процесса по поводу того же дѣянія, хотя прежній и былъ оконченъ вошедшимъ въ законную силу приговоромъ, постановленнымъ на основаніи п. 2 ст. 771 уст. уг. суд., а не частнымъ только опредѣленіемъ о прекращеніи производства. Такъ, если послѣ открытія засѣданія по дѣлу обнаружится, что оно было возбуждено безъ надлежащей жалобы потерпѣвшаго, судъ долженъ постановить приговоръ объ освобожденіи подсудимаго отъ суда, но это не мѣшаетъ тому же или другому потерпѣвшему подать надлежащую жалобу, по которой должно быть возбуждено новое производство [1]), ибо въ первомъ было установлено не отсутствіе наказуемаго дѣянія, а лишь отсутствіе формальнаго условія для возбужденія преслѣдованія (Prozess-voraussetzung). Тоже нужно сказать о подачѣ жалобы лицомъ, въ сущности не являющимся потерпѣвшимъ, ибо признаніе этого обстоятельства судомъ, хотя бы и въ приговорѣ, не можетъ лишить дѣйствительно потерпѣвшаго или государство права преслѣдованія и наказанія. Наконецъ, и примиреніе одного изъ потерпѣвшихъ съ обвиняемымъ во время судебнаго слѣдствія, заключая въ себѣ отказъ съ его стороны отъ его правъ, не можетъ вліять на

---

[1]) Contra рѣш. уг. касс. деп. 1871 г. № 883 (не совсѣмъ, однако, ясное).

право другого не мирившагося и даже вовсе не участвовавшаго въ этомъ процессѣ потерпѣвшаго продолжать преслѣдованіе или начать его вновь.

Тѣ же соображенія mutatis mutandis примѣняются и къ преступленіямъ неоффиціальнымъ, не допускающимъ примиренія, съ тою лишь разницею, что второй жалобщикъ-потерпѣвшій ничего новаго въ процессъ своей жалобой не вноситъ, ибо жалоба перваго уже вызвала дѣятельность прокурорскаго надзора въ полномъ ея объемѣ, активное же участіе потерпѣвшихъ послѣ подачи жалобы въ обвиненіи по этимъ дѣламъ столь же незначительно, какъ и по другимъ дѣламъ публичнаго порядка.

Проектъ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства не содержитъ новыхъ постановленій по разбираемому вопросу. Лишь постановленіе ст. 501 проекта, предоставляющей потерпѣвшему просить судъ о допущеніи его къ участію въ дѣлѣ на правахъ обвинителя *до открытія судебнаго засѣданія*, отмѣняетъ то толкованіе дѣйствующаго права, которое нами было предложено выше. Хотя статья эта имѣетъ въ виду случай, когда ни одинъ изъ потерпѣвшихъ еще не заявилъ о желаніи своемъ выступить обвинителемъ, такъ что единственнымъ обвинителемъ пока является прокуроръ (по проекту прокуратура принимаетъ участіе и въ дѣлахъ о неоффиціальныхъ преступленіяхъ [1]), но тѣмъ не менѣе буквальный ея смыслъ обнимаетъ и тотъ случай, когда одинъ изъ потерпѣвшихъ уже принимаетъ участіе въ дѣлѣ въ качествѣ дополнительнаго обвинителя вмѣстѣ съ прокуроромъ и вопросъ идетъ о правѣ вступить въ это дѣло другого потерпѣвшаго отъ того же дѣянія. Очевидно, что въ силу ст. 501 проекта это право имъ утрачивается съ момента открытія засѣданія по дѣлу.

Указанныя положенія относятся не только къ случаю стеченія нѣсколькихъ потерпѣвшихъ отъ одного и того же дѣянія, но вообще къ случаямъ стеченія нѣсколькихъ управомоченныхъ на подачу жалобы по поводу даннаго дѣянія, по скольку каждый изъ нихъ имѣетъ самостоятельное пра-

---

[1]) См. нашу статью: „Дополнительное частное обвиненіе по проекту новой редакціи уст. уг. суд.“ въ Журн. Мин. Юстиц. 1903 г, № 3.

во жалобы, а не является лишь представителемъ потерпѣвшаго въ истинномъ смыслѣ этого слова [1]).

Осложненія другого порядка получаются въ томъ случаѣ, когда данное дѣяніе представляетъ собою *идеальную совокупность оффиціальнаго и неоффиціальнаго или двухъ неоффиціальныхъ преступленій.*

Обращаясь къ первой комбинаціи, нужно различать, конкуррируетъ ли идеально оффиціальное преступленіе съ неоффиціальнымъ, преслѣдуемымъ въ публичномъ или въ частномъ порядкѣ. Въ первомъ случаѣ дѣяніе должно быть обслѣдовано во всѣхъ направленіяхъ и при наложеніи наказанія учтены обѣ его квалификаціи, ибо жалоба потерпѣвшаго, какъ мы увидимъ ниже, въ этихъ случаяхъ является лишь условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія, установленнымъ въ интересахъ потерпѣвшаго, требующихъ оставленія событія преступленія въ безгласности. Но разъ преслѣдованіе за идеально конкуррирующее преступленіе возбуждено (напр. за кровосмѣшеніе, находящееся въ идеальной совокупности съ прелюбодѣяніемъ) и факты обслѣдованы, нѣтъ основанія преграждать суду возможность всесторонне квалифицировать подлежащее его сужденію дѣяніе: такой всесторонней квалификаціи не мѣшаютъ интересы потерпѣвшаго, ибо все равно тѣ факты, оглашеніе коихъ ему можетъ быть непріятно или судебное разсмотрѣніе коихъ нарушаетъ его интересы, оглашены и подвергнуты изслѣдованію на судѣ, —права же помилованія обвиняемаго потерпѣвшему не принадлежитъ. Правда, интересы потерпѣвшаго могли бы быть болѣе соблюдены, если бы въ этихъ случаяхъ безъ его жалобы невозможно было бы возбужденіе уголовнаго преслѣдованія и за конкуррирующее преступленіе оффиціальное, но указаній на такое ограниченіе государственнаго права преслѣдованія мы не находимъ въ

---

[1]) Об. Зап. т. I, стр. 35—36, contra относительно правъ мужа, приносящаго жалобу за оскорбленіе, нанесенное женѣ, и самой жены рѣш. уг. касс. деп. 1871 г. № 826.

законѣ, а между тѣмъ преслѣдованіе ex officio составляетъ общее правило, и всякое отступленіе отъ него должно быть указано expressis verbis.

Впрочемъ, нужно сказать, что сенатъ не раздѣляетъ развиваемой нами точки зрѣнія и, ссылаясь на букву прим. въ ст. 1532 улож. о наказ., находитъ, что и въ случаяхъ идеальной совокупности, напримѣръ, растлѣнія съ кровосмѣшеніемъ, наказаніе должно быть наложено лишь за послѣднее преступленіе. Такъ, въ рѣшеніи уг. касс. деп. 1881 г. № 41 [1]) говорится слѣдующее: „Несомнѣнно, что въ тѣхъ случаяхъ, когда кровосмѣшеніе соединено было съ растлѣніемъ малолѣтней (1524 ст. улож.) или изнасилованіемъ, разслѣдованіе перваго изъ сихъ преступленій должно коснуться дѣйствій обвиняемаго, относившихся и до двухъ послѣднихъ преступленій, хотя бы и не было возбуждено уголовное преслѣдованіе противъ обвиняемаго, въ порядкѣ, указанномъ въ примѣчаніи къ ст. 1532 улож, такъ какъ въ этихъ случаяхъ разслѣдованіе имѣетъ цѣлью раскрытіе наличности и признаковъ того же самаго преступнаго событія, въ которомъ обвинительная власть, не касаясь растлѣнія или изнасилованія, усматриваетъ законные поводы для привлеченія обвиняемаго къ отвѣтственности за преступленіе кровосмѣшенія и при томъ обнаруженіе въ этихъ случаяхъ событія преступленія въ полномъ его составѣ необходимо и потому, что съ установленіемъ наличности растлѣнія или изнасилованія въ этомъ событіи преступленія устраняется возможность возбужденія правительственною властью обвиненія въ кровосмѣшеніи противъ лица, ставшаго жертвою этого растлѣнія или изнасилованія, но приведенныя условія разслѣдованія событія преступленія въ подобныхъ настоящему случаяхъ не даютъ однако обвинительной власти права, при возбужденіи обвиненія въ кровосмѣшеніи, привлекать вмѣстѣ съ тѣмъ обвиняемаго къ отвѣтственности и за преступленіе растлѣнія или изнасилованія, безъ требованія о томъ потерпѣвшихъ лицъ, въ нарушеніе положительнаго воспрещенію закона, выраженнаго въ примѣчаніи къ ст. 1532 улож. о наказ.“.

---

[1]) То же положеніе подтверждается и въ рѣшеніи 1891 г. № 11.

Однако указанныя разсужденія сената едва ли могутъ быть согласованы если не съ буквою прим. къ ст. 1532 улож. о наказ., то съ внутреннимъ его смысломъ и съ тою цѣлью, которую имѣлъ въ виду достичь законодатель этимъ постановленіемъ. Въ мотивахъ къ прим. къ ст. 1944 проекта уложенія о наказ. мы читаемъ: „Сколько ни важно для государства, чтобы такія дѣянія, каковы суть растлѣніе, изнасилованіе и похищеніе женщинъ, *были преслѣдуемы всею строгостью законовъ, какъ скоро они сдѣлались гласными*, но нельзя однако жъ не признать, что было бы неудобно и противно нравственному чувству приличія, вмѣнять безъ необходимости въ обязанность или даже дозволять мѣстной полиціи или иному начальству проникать и вмѣшиваться въ тайны семействъ. ибо для многихъ и въ большей части случаевъ, *извѣстность оскорбленія сего рода* дѣлаетъ ихъ наиболѣе тяжкими. Посему мы рѣшились внести здѣсь въ видѣ примѣчанія постановленіе, которое по свойству своему принадлежитъ къ уставу судопроизводства о преступленіяхъ и проступкахъ, что дѣла о растлѣніи, изнасилованіи и т. п. начинаются не иначе, какъ по жалобѣ самой оскорбленной женщины, *или ея родителей, родственниковъ, опекуновъ* или другихъ лицъ, которыя имѣютъ о ней попеченіе, исключая лишь случаи, когда послѣдствіемъ преступленія была смерть изнасилованной или растлѣнной“. Но разъ „извѣстность оскорбленія сего рода“ и притомъ извѣстность судебная, сдѣлалась неизбѣжной, какое можетъ быть основаніе освобождать виновнаго отъ заслуженнаго имъ наказанія? [1])

Иное положеніе создается, когда оффиціальное преступленіе конкуррируетъ идеально съ неоффиціальнымъ, допускающимъ примиреніе. Такъ какъ по дѣйствующему праву при преступленіяхъ этой категоріи право преслѣдованія и наказанія принадлежитъ потерпѣвшему, то, очевидно, безъ его жалобы преслѣдованію можетъ подлежать лишь кон-

---

[1]) Иного мнѣнія держатся авторы, придающіе жалобѣ значеніе условія наказуемости дѣянія (см. напр. фонъ-Резонъ, стр. 96), а также нѣкоторые писатели, прямо не высказывающіеся по вопросу о природѣ жалобы (напр. Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 123).

куррирующее оффиціальное преступленіе; напротивъ, если жалоба потерпѣвшимъ подана, дѣяніе должно преслѣдоваться во всемъ объемѣ. Но тогда возникаетъ затрудненіе другого рода: оффиціальное преступленіе подлежитъ преслѣдованію въ порядкѣ публичнаго обвиненія, неоффиціальное въ порядкѣ частнаго. Наша судебная практика [1]) установила, что ст. 205 уст. уг. суд., предписывающая разсмотрѣніе нѣсколькихъ обвиненій противъ одного и того же подсудимаго однимъ и тѣмъ же судомъ, не примѣнима къ случаямъ, когда одно изъ обвиненій подлежитъ частному, а другое публичному порядку, но при этомъ имѣлась въ виду реальная, а не идеальная совокупность преступленій оффиціальнаго и неоффиціальнаго, изъ которыхъ каждое безъ какихъ-либо серьезныхъ процессуальныхъ неудобствъ можетъ быть разсмотрѣно отдѣльно, а затѣмъ наказаніе по совскупности можетъ быть опредѣлено примѣнительно къ ст. 213 уст. уг. суд. Но совсѣмъ иное положеніе создается въ случаяхъ идеальной совокупности. Здѣсь раздѣльное разсмотрѣніе обоихъ обвиненій было бы сопряжено съ двукратнымъ обсужденіемъ однихъ и тѣхъ же дѣйствій разными судами, а слѣдовательно съ возможностью взаимно противорѣчащихъ приговоровъ. Предъ этой опасностью блѣднѣютъ тѣ неудобства, которыя могутъ получиться отъ совмѣстнаго выступленія въ процессѣ на сторонѣ обвиненія прокурора и частнаго обвинителя, которые могутъ разойтись во взглядѣ на дѣло, и другіе процессуальныя осложненія, могущія произойти изъ различія въ правилахъ представленія доказательствъ, обжалованія и проч., установленныхъ для дѣлъ того и другого рода. Такія же приблизительно неудобства создаются и участіемъ гражданскаго истца въ процессѣ, однако дѣйствующее право съ нами примиряется безъ особаго ущерба для дѣла правосудія. Къ изложенному нужно добавить, что въ практикѣ мировыхъ установленій соединеніе публичнаго и частнаго порядка широко практикуется (напр. въ случаяхъ привлеченія по ст. 38 и 135 уст. о наказ.) и не вызываетъ особыхъ затрудненій.

---

[1]) Ср. рѣш. уг. касс. деп. 1870 г. № 619, 1876 г. № 70.

Случай идеальной совокупности двухъ неоффиціальныхъ преступленій, преслѣдуемыхъ каждое въ публичномъ порядкѣ, разрѣшается аналогично случаю совокупности такого неоффиціальнаго преступленія съ оффиціальнымъ: достаточно, если подана была жалоба по одному изъ конкуррирующихъ преступленій, чтобы судъ былъ обязанъ разслѣдовать дѣяніе со всѣхъ сторонъ и примѣнить наказаніе, принимая въ соображеніе и то преступленіе, по которому жалобы подано не было.

Напротивъ, если конкуррируютъ два преступленія неоффиціальныя, преслѣдуемыя въ частномъ порядкѣ или преслѣдуемое въ частномъ порядкѣ съ преслѣдуемымъ въ публичномъ, при отсутствіи жалобы по первому изъ нихъ судъ не имѣетъ права принимать его во вниманіе при опредѣленіи наказанія, ибо нѣтъ о томъ требованія субъекта, которому принадлежитъ право наказанія. Этотъ случай весьма близко соприкасается съ случаемъ неправильной квалификаціи со стороны жалобщика того дѣянія, о преслѣдованіи котораго онъ проситъ [1]). Разница заключается однако въ томъ, что въ разбираемомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ идеальною совокупностью преступленій (ideale Verbrechenskonkurrenz), а не со стеченіемъ нѣсколькихъ уголовныхъ законовъ (Gesetzeskonkurrenz), изъ которыхъ одинъ обнимаетъ всѣ стороны даннаго конкретнаго дѣянія, а другой лишь отдѣльные части его. Ясно, что въ первомъ случаѣ мы имѣемъ нѣсколько преступленій и соотвѣтственно этому для одного или нѣсколькихъ субъектовъ возникаетъ столько же правъ наказанія, во второмъ же случаѣ лишь тотъ законъ, который обнимаетъ дѣяніе во всей его полнотѣ, обосновываетъ единое право наказанія, и попытка потерпѣвшаго вывести свое право изъ другого закона есть просто неправильная квалификація, не пріемлемая для суда, обязаннаго ex officio примѣнять право согласно волѣ законодателя [2]).

---

[1]) Напримѣръ, потерпѣвшій жалуется на обиду, а дѣяніе составляетъ клевету.

[2]) Нужно однако сказать, что при крайней спорности всего ученія объ идеальной совокупности и границахъ, отдѣляющихъ ее отъ

Засимъ нужно остановиться на вопросѣ о томъ, какъ долженъ поступить судъ, когда преступленіе *при возбужденіи уголовнаго преслѣдованія трактовилось, какъ оффиціальное, но въ дальнѣйшемъ производствѣ оказалось, что оно должно быть отнесено къ числу неоффиціальныхъ*. Здѣсь также нужно различать нѣсколько случаевъ.

Если изъ самаго процессуальнаго дѣйствія, послужившаго законнымъ поводомъ къ возбужденію уголовнаго преслѣдованія, явствуетъ, что данное преступленіе принадлежитъ къ числу неоффиціальныхъ и что судебный слѣдователь или судъ приняли дѣло къ своему производству безъ жалобы потерпѣвшаго, вслѣдствіе неправильнаго пониманія закона, все производство должно быть отмѣнено, въ какой бы его стадіи ошибка ни обнаружилась, хотя бы то было въ кассаціонной инстанціи, ибо оно было возбуждено вопреки 1 ст. уст. уг. суд., соблюденіе которой обезпечивается признаніемъ ничтожными всѣхъ судебныхъ дѣйствій, послѣдовавшихъ въ ея нарушеніе [1]).

Напротивъ, если преслѣдованіе было возбуждено правильно и лишь въ дальнѣйшемъ теченіи дѣла выяснились такія обстоятельства, въ силу коихъ данное дѣяніе должно быть признано неоффиціальнымъ, нужно различать, къ какой категоріи это неоффиціальное преступленіе принадлежитъ: если это—дѣяніе, преслѣдуемое въ порядкѣ публичнаго обвиненія, преслѣдованіе должно продолжаться и закончиться приговоромъ, ибо, по справедливому замѣчанію сената [2]) „зависимость возбужденія нѣкоторыхъ уголовныхъ дѣлъ отъ воли и усмотрѣнія потерпѣвшаго не опредѣляетъ самой преступности учиненнаго, а имѣетъ только процессуальное значеніе“ и притомъ значеніе условія возбужденія

стеченія законовъ, въ разсмотрѣніе котораго мы не имѣемъ возможности здѣсь входить, (см. Liszt Lehrbuch § 56, стр. 223—226, Binding Handbuch, стр. 526—529, 570—588), отдѣльные казусы должны рѣшаться такъ или иначе въ зависимости отъ того, будетъ ли въ нихъ признана идеальная совокупность или стеченіе уголовныхъ законовъ.

[1]) Рѣш. уг. касс. деп. 1888 г. № 33.

[2]) Ibid.

уголовнаго преслѣдованія, а не условія постановленія приговора (Prozess—a не Urtheil—voraussetzung). Поэтому когда преслѣдованіе возбуждено въ согласіи съ 1 ст. уст. уг. суд., оно должно быть доведено до конца, не смотря на отсутствіе жалобы, наличность которой могла быть необходима для начала дѣла, но не для его продолженія или для постановленія приговора.

Но это положеніе примѣнимо лишь къ тѣмъ неоффиціальнымъ преступленіямъ, которыя преслѣдуются въ порядкѣ публичнаго обвиненія. Напротивъ, при остальныхъ неоффиціальныхъ преступленіяхъ жалоба не есть процессуальное условіе для осуществленія государствомъ права наказанія, а требованіе потерпѣвшаго объ осуществленіи принадлежащаго ему права наказанія. Ясно поэтому, что въ какой бы стадіи процесса ни обнаружилось, что право наказанія принадлежитъ не государству, которое предъявило такое требованіе, а потерпѣвшему, который его не предъявлялъ, дѣло должно быть прекращено или долженъ быть постановленъ приговоръ объ освобожденіи обвиняемаго отъ суда, въ силу п. 3 ст. 771 уст. уг. суд., развѣ бы потерпѣвшій заявилъ, что онъ требуетъ наказанія [1]).

При этомъ такой приговоръ не мѣшаетъ новому возбужденію преслѣдованія въ случаѣ поступленія жалобы потерпѣвшаго, ибо имъ отвергнуто лишь право наказанія на сторонѣ государства, а не потерпѣвшаго, т. е. признано, что

---

[1]) Судебн. Вѣстн. 1866 г. № 90, рѣш. уг. касс. деп. 1874 г. № 562; указанное выше рѣшеніе сената за 1888 г. № 33 по дѣлу Полеводина, къ сожалѣнію не проводитъ различія между указанными двумя видами неоффиціальныхъ преступленій, случай же, въ немъ разбиравшійся—переходъ отъ ст. 287 улож. къ ст. 135 уст. о наказ.—еще болѣе способенъ ввести въ заблужденіе относительно объема примѣненія тезиса сената, вѣрнаго въ указанныхъ въ текстѣ предѣлахъ. Впрочемъ, въ конечномъ результатѣ рѣшеніе сената правильно, ибо въ дѣлѣ имѣлось требованіе потерпѣвшаго о наказаніи обидчика. Рѣшеніемъ этимъ сенатъ резюмируетъ и подводитъ теоретическій фундаментъ подъ всю предшествующую свою практику: См. рѣш 1872 г. № 1003, 1875 г. № 478, 1876 г. № 48 и 190. Постановленіе при указанныхъ условіяхъ обвинительнаго приговора по всѣмъ неоффиціальнымъ преступленіямъ допускаетъ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 124—126. На противоположной точки зрѣнія стоятъ пи-

уголовный искъ предъявленъ не надлежащимъ истцомъ. Такому рѣшенію вопроса не препятсвуетъ и буква ст. 21 уст. уг. суд. говорящей объ *оправданномъ*, а не освобожденномъ отъ наказанія обвиняемымъ [1]).

Обратный случай, т. е. когда дѣло начато по жалобѣ потерпѣвшаго въ предположеніи, что предметъ его составляетъ неоффиціальное преступленіе, а затѣмъ окажется, что преслѣдуемое дѣяніе принадлежитъ къ числу оффиціальныхъ, не представляетъ затрудненій, ибо жалоба потерпѣвшаго служитъ законнымъ поводомъ для возбужденія преслѣдованія по всѣмъ преступленіямъ. Нѣкоторое сомнѣніе можетъ быть возбуждаемо лишь тѣмъ, что по дѣламъ о преступленіяхъ оффиціальныхъ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ обвиненіе должно поддерживаться прокурорскимъ надзоромъ, (въ мировыхъ оно можетъ быть представлено и потерпѣвшимъ). большинство же неоффиціальныхъ преступленій преслѣдуется въ порядкѣ частнаго обвиненія. Но эти сомнѣнія при ближайшемъ разсмотрѣніи легко разсѣиваются: если измѣненіе обвиненія выяснилось въ періодъ предварительнаго производства вплоть до открытія судебнаго засѣданія по дѣлу, прокуроръ или камера преданія суду (ст. 549) должны быть поставлены объ этомъ въ извѣстность и обвиненіе на судѣ будетъ уже представлено не частнымъ обвинителемъ, а прокуроромъ (ст. 510—511 уст. уг. суд.);

сатели, считающіе, что жалоба при всѣхъ преступленіяхъ неоффиціальныхъ есть условіе наказуемости дѣянія, которое конечно должно быть на лицо при постановленіи приговора. См фонъ-Резонъ, стр. 95. Сходно съ защищаемой нами точкой зрѣнія высказывается г. Лонгиновъ, (стр. 41) который предлагаетъ отсрочивать исполненіе приговора до тѣхъ поръ, пока потерпѣвшій помирится съ виновнымъ или заявитъ, что требуетъ наказанія. Развиваемый въ текстѣ взглядъ, впервые мною намѣченный въ цитированной выше статьѣ въ Вѣстникѣ Права (1905 г. № 4, стр. 201 – 203), принятъ повидимому г. Немировскимъ („Отношеніе приговора къ обвиненію“ 1906 г., стр. 295).

[1]) Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 128, contra Буцковскій („О дѣятельности прокурорскаго надзора“, стр. 65—66), который впрочемъ предлагаетъ послѣ вердикта присяжныхъ, признавшаго наличность неоффиціальнаго преступленія, предоставить потерпѣвшему высказаться, желаетъ ли онъ наказанія виновнаго или предпочитаетъ съ нимъ примириться, (стр. 69—70).

если же измѣненіе обвиненія послѣдуетъ лишь на судѣ, то дѣло или будетъ обращено къ дослѣдованію, если въ томъ окажется надобность (752 ст. уст. уг. суд.), и тогда опять таки будетъ примѣнена ст. 511 уст. уг. суд., или же судомъ, хотя бы proprio motu будетъ поставленъ дополнительный вопросъ по признакамъ оффиціальнаго преступленія (ст. 751 уст. уг. суд.) [1]) и тогда, въ случаѣ утвердительнаго на него отвѣта, потребуется заключеніе прокурора о наказаніи, если дѣло разсматривалось съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей; во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ прокуратура можетъ вступить въ дѣло лишь путемъ подачи протеста или участія въ разсмотрѣніи дѣла во 2-й инстанціи, если дѣло туда перейдетъ по жалобѣ обвиняемаго [2]).

Но, конечно, указанныя измѣненія обвиненія допустимы лишь въ предѣлахъ одного и того же дѣянія. Хотя нашъ уставъ уголовнаго судопроизводства повидимому допускаетъ распространеніе приговора и на другое дѣяніе подсудимаго, обнаруженное во время судебнаго слѣдствія и находящееся съ первымъ въ реальной совокупности, если оно не можетъ для него повлечь болѣе тяжкое наказаніе,

---

[1]) Немировскій „Отношеніе приговора къ обвиненію“ 1906 г., стр. 364, рѣш. уг. касс. деп. 1868 г. № 254, 1870 г. № 972, 1873 г. № 233, 1874 г. № 310.

[2]) Иначе вопросъ этотъ разрѣшаютъ Случевскій, (стр. 618) и Немировскій, (стр. 396), полагающіе, что и при измѣненіи обвиненія на судѣ разбирательство должно быть пріостановлено, а дѣло передано прокурору для надлежащаго направленія, ибо постановленіе приговора противорѣчило бы ст 4 уст. уг. суд. Но обвиненіе въ неоффиціальномъ преступленіи должно быть исчерпано приговоромъ и до этого частный обвинитель не можетъ быть устраненъ отъ участія въ дѣлѣ. Съ другой стороны только приговоръ или вердиктъ присяжныхъ окончательно констатируетъ, что на лицо имѣется оффиціальное преступленіе. Поэтому до этого момента нѣтъ основанія примѣнять ст. 4 уст. уг. суд., а послѣ этого момента примѣнять ее поздно, если не считать заключенія прокурора по вопросу о наказаніи въ дѣлахъ, подсудныхъ присяжнымъ засѣдателямъ. Признать же состоявшійся приговоръ или вердиктъ недѣйствительнымъ, въ отношеніи квалификаціи дѣянія, какъ преступленія оффиціальнаго, и допустить новый разборъ дѣла въ этихъ предѣлахъ съ участіемъ прокурора, было бы нарушеніемъ принципа non bis in idem ради одного формализма. Опорой иного рѣшенія не можетъ служить ст. 547 и 549 уст. уг. суд., которыя могутъ

чѣмъ дѣяніе, указанное въ обвинительномъ актѣ (ст. 752) [1]), но это распространеніе можетъ имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда нѣтъ юридическихъ препятствій къ обслѣдованію на судѣ новаго дѣянія; отсутствіе жалобы потерпѣвшаго или отсутствіе прокурора въ этихъ случаяхъ должно считаться такимъ препятствіемъ, ибо нѣтъ необходимости это смежное дѣяніе непремѣнно разрѣшать въ данномъ процессѣ: оно можетъ, безъ нарушенія принципа non bis in idem, быть разсмотрѣно въ особомъ процессѣ съ соблюденіемъ всѣхъ требуемыхъ закономъ для преступленій этого рода формальностей. Разсмотрѣніе его въ томъ же процессѣ допускается лишь по соображеніямъ удобства, которыя должны отступить предъ другими требованіями закона, когда они съ ними сталкиваются. Поэтому наказаніе за такое смежное дѣяніе, если оно даже относится къ числу перечисленныхъ въ ст. 157 улож. о наказ., безъ жалобы потерпѣвшаго недопустимо, ибо оно предполагаетъ, въ противоположность случаю идеальной совокупности такого преступленія съ преступленіемъ оффиціальнымъ или простого измѣненія квалификаціи, результатомъ котораго является переходъ отъ обвиненія въ преступленіи оффиціальномъ (напр. въ кровосмѣшеніи) къ обвиненію въ преступленіи этого рода (напр. въ изнасилованіи), привлеченіе совершенно новыхъ фактовъ, оглашенію и обслѣдованію которыхъ потерпѣвшій, по смыслу закона, можетъ воспротивится.

Что касается праекта новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства, то съ точки зрѣнія его постановленій всѣ

быть примѣнены со всею послѣдовательностью лишь въ періодъ приготовительныхъ къ суду распоряженій (почему онѣ и помѣщены въ главѣ второй раздѣла четвертаго устава), со времени же открытія засѣданія по дѣлу они при столкновеніи должны уступить мѣсто принципу, въ силу коего однажды предъявленное обвиненіе должно быть разрѣшено приговоромъ (ст. 771 уст. уг. суд.). Предоставленіе суду во время судебнаго слѣдствія возбуждать вопросъ объ устраненіи извѣстнаго обвиненія, безъ разрѣшенія его приговоромъ, совершенно противорѣчило бы началу отдѣленія власти судебной отъ обвинительной, проводимому, по крайней мѣрѣ, при разсмотрѣніи дѣла въ судебномъ засѣданіи достаточно послѣдовательно нашимъ уставомъ. Ср. Немировскій, стр. 369—370.

[1]) Немировскій. стр. 373—379.

разобранные вопросы рѣшаются также, какъ по дѣйствующему праву, но съ тою существенною разницею, что всѣ неоффиціальныя преступленія проекта должны быть приравнены къ дѣяніямъ, перечисленнымъ въ ст. 157 улож. о нак., ибо при нихъ всѣхъ жалоба потерпѣвшаго является условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія. Поэтому въ случаѣ идеальной совокупности оффиціальнаго и неоффиціальнаго преступленія оба подлежатъ преслѣдованію ex officio [1]). При этомъ даже не возникаетъ трудности въ случаѣ желанія потерпѣвшаго участвовать въ процессѣ въ качествѣ обвинителя, ибо проектъ съ одной стороны вводитъ участіе прокуратуры въ нынѣшнихъ дѣлахъ частнаго обвиненія (ст. 5), а съ другой допускаетъ дополнительное частное обвиненіе потерпѣвшихъ по дѣламъ о преступленіяхъ оффиціальныхъ (ст. 3) [2]).

Также точно въ случаѣ измѣненія обвиненія на судѣ, въ силу котораго дѣяніе получило признаки неоффиціальнаго преступленія, это послѣднее во всѣхъ случаяхъ можетъ быть разрѣшено приговоромъ, не смотря на отсутствіе жалобы. Правило это членъ коммиссіи Н. С. Таганцевъ, согласно сужденіямъ большинства членовъ III отдѣла предлагалъ закрѣпить внесеніемъ въ законъ слѣдующаго постановленія (ст. 29⁴) [3]): „Если при разсмотрѣніи на судѣ уголовнаго дѣла въ общемъ порядкѣ, вслѣдствіе измѣнившихся обстоятельствъ, окажется, что обвиненіе относится къ преступному дѣянію, преслѣдуемому въ порядкѣ уголовно-частномъ, то отсутствіе надлежащей жалобы не останавливаетъ производства или приведенія приговора въ исполненіе, буде потерпѣвшій или его законный представитель не заявитъ о нежеланіи преслѣдовать виновнаго“. Равнымъ образомъ случай измѣненія обвиненія въ неоффиціальномъ преступленіи въ обвиненіе въ преступленіи оффиціальномъ по проекту не возбуждаетъ никакихъ

---

[1]) Ср. мою статью въ Вѣст. Права 1905 г. № 4, стр. 201—202.

[2]) См. мою статью „Дополнительное частное обвиненіе по проекту новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства“ Жур. Мин. Юст. 1903 г. № 3, стр. 205—211.

[3]) Проектъ. Приложеніе IV, стр. 453.

сомнѣній, ибо прокуроръ участвуетъ и въ производствѣ дѣлъ о тѣхъ и другихъ преступленіяхъ.

Правила о преступленіяхъ оффиціальныхъ терпятъ значительное осложненіе также въ томъ случаѣ, если извѣстное дѣяніе было *совершено при дѣйствіи стараго закона*, по которому оно признавалось оффиціальнымъ, и производство о немъ до обнародованія новаго закона, относящаго его къ числу неоффиціальныхъ, не закончилось приговоромъ, вступившимъ въ законную силу.

По тѣмъ дѣламъ, при которыхъ жалоба является требованіемъ субъекта права наказанія, преслѣдованіе безъ жалобы не можетъ быть начато, а начатое подлежитъ прекращенію, ибо въ моментъ постановленія приговора судъ долженъ примѣнить новый законъ, въ силу котораго отсутствіе требованія потерпѣвшаго дѣлаетъ данное дѣяніе ненаказуемымъ. Сложнѣе становится вопросъ, если къ моменту обнародованія новаго закона обвинительный приговоръ уже постановленъ, но не вступилъ въ законную силу. Судъ не имѣетъ основанія и права пересматривать приговоръ по собственной иниціативѣ, но обвиняемый можетъ обжаловать этотъ приговоръ и апелляціонная инстанція должна будетъ его освободить отъ наказанія, ибо она обязана примѣнить тотъ законъ, который дѣйствуетъ въ моментъ постановленія приговора ею, а не судомъ первой инстанціи. Иное дѣло, если приговоръ подлежитъ обжалованію въ кассаціонномъ порядкѣ: непримѣненіе новаго закона обжаловано быть не можетъ, ибо судъ, разрѣшавшій дѣло по существу, примѣнить его не могъ. Въ единственномъ лишь случаѣ новый законъ можетъ быть принятъ во вниманіе: если приговоръ будетъ отмѣненъ кассаціонной инстанціей по нарушенію какихъ-либо другихъ законовъ, то судъ, въ который дѣло будетъ обращено къ новому разсмотрѣнію, обязанъ будетъ примѣнить новый законъ [1]).

Напротивъ, тамъ, гдѣ жалоба является процессуальнымъ условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія, т. е.

---

[1]) См. фонъ-Резонъ, стр. 90.

при дѣяніяхъ, указанныхъ въ ст. 157 улож. о наказ., дѣло, начатое безъ жалобы при дѣйствіи стараго закона, таковой не требовавшаго, должно безпрепятственно продолжаться и при дѣйствіи новаго закона, введшаго требованіе жалобы; если же дѣяніе совершено при старомъ законѣ и преслѣдованіе не было еще возбуждено до вступленія въ силу новаго закона, оно можетъ быть начато лишь въ случаѣ подачѣ жалобы.

Указанныя положенія нашли себѣ признаніе въ именномъ указѣ о введеніи въ дѣйствіе уложеніе 1845 г. отъ 27 марта 1846 г. (П. С. З. № 19880).

Что касается проекта новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства и уголовнаго уложенія, то въ нихъ не содержится на этотъ случай спеціальнаго опредѣленія, но такъ какъ по проекту жалоба во всѣхъ случаяхъ является лишь процессуальнымъ условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія, то, конечно, вопросъ долженъ быть разрѣшенъ также, какъ онъ разрѣшается по дѣйствующему праву для преступленій, спеціально указанныхъ въ ст. 157 улож. о наказ.

Возмемъ обратный случай. Пусть по старому закону дѣяніе преслѣдовалось въ порядкѣ частнаго обвиненія, а новый законъ ввелъ преслѣдованіе въ порядкѣ обвиненія публичнаго. Очевидно, что этотъ новый законъ не можетъ быть распространенъ на дѣянія, до его изданія совершенныя, и не потому, что новый законъ является болѣе строгимъ, какъ думаетъ г. фонъ-Резонъ [1]), а потому, что въ моментъ совершенія дѣянія право преслѣдованія и наказанія пріобрѣтено не государствомъ, а потерпѣвшимъ и новый законъ не переноситъ это уже пріобрѣтенное право на государство [2]).

---

[1]) Стр. 91.

[2]) Иначе поступаетъ законъ 26 іюня 1908 г., постановляя, что дѣла объ угрозахъ, предусмотрѣнныхъ ст. 1545—1548 улож. о нак., по коимъ до обнародованія сего закона не послѣдовало примиренія обвиняемаго съ потерпѣвшимъ, получаютъ дальнѣйшее движеніе въ порядкѣ, установленномъ уст. уг. суд. для дѣлъ, возникающихъ помимо жалобы потерпѣвшаго. Это постановленіе едва ли можетъ быть согласовано съ природою указанныхъ въ немъ преступленій по дѣйствовавшему до сихъ поръ праву.

Иное получается положеніе, если при старомъ законѣ совершено дѣяніе изъ группы, указанной въ ст. 157 улож., а новый законъ устанавливаетъ для него преслѣдованіе ex officio. Здѣсь вступаетъ въ силу правило, по которому новый процессуальный законъ примѣняется къ преступленіямъ, совершеннымъ до вступленія его въ дѣйствіе, ибо уже при старомъ законѣ право наказанія возникло для государства, а возбужденіе процесса только было поставлено въ зависимость отъ жалобы, въ силу же новаго закона это препятствіе устранено и обвинительная власть получила свободу дѣйствія [1]).

Наконецъ, послѣднимъ осложненнымъ случаемъ, подлежащимъ нашему разсмотрѣнію, является случай *совершенія заграницей преступленія*, подлежащаго суду въ Россіи, при чемъ преступленіе это *по законамъ мѣста совершенія является неоффиціальнымъ, а по нашимъ законамъ оффиціальнымъ, или наоборотъ.*

Такъ какъ въ силу ст. 172 и 173 улож. о наказ. русскій или иностранный подданный, учинившій внѣ предѣловъ Россіи преступленіе въ нарушеніе правъ одного или нѣсколькихъ россійскихъ подданныхъ „подлежитъ дѣйствію постановленій сего уложенія“, при чемъ его примѣненіе не обусловлено наказуемостью или даже воспрещенностью дѣянія по законамъ мѣста совершенія,—то нужно признать, что для возбужденія преслѣдованія за учиненное въ иностранномъ государствѣ противъ русскаго подданнаго дѣяніе безразлично, является ли оно по законамъ этого государства преступленіемъ неоффиціальнымъ или нѣтъ, имѣетъ ли при немъ жалоба потерпѣвшаго матеріальное или процессуальное значеніе. Все дѣло въ томъ, требуетъ ли уложеніе о наказаніяхъ для его преслѣдованія жалобу потерпѣвшаго или допустаетъ возбужденіе дѣла ex officio. Правильность этого толкованія подтверждается и текстомъ ст. 192 свода зак. уг. (изд. 1842 г.) на которой основана нынѣшняя ст. 173 улож. о наказ. [2]), гласящимъ, что „рос-

---

[1]) Таганцевъ, стр. 283.

[2]) См. Проектъ улож. о наказ. ст. 178, стр. 54.

сійскій подданный, учинившій преступленіе или оказавшійся сообщникомъ какого-либо злодѣянія въ иностранномъ государствѣ, если онъ бѣжавъ явится въ Россію, или когда будетъ выданъ отъ иностраннаго правительства, имѣетъ быть по доказательствамъ о его преступленіи, ***судимъ и наказанъ по всей строгости законовъ, точно такъ, какъ бы преступленіе учинено имъ было внутри Россіи***".

Иначе дѣло обстоитъ, если въ Россіи возникаетъ вопросъ объ отвѣтственности россійскаго подданнаго учинившаго преступленіе противъ правъ одного или нѣсколькихъ изъ подданныхъ иностранной державы. Возбужденіе противъ него преслѣдованія возможно лишь въ томъ случаѣ, если на него поступятъ жалобы или обвиненія (ст. 174 улож. о наказ.). Постановленіе это должно быть истолковано въ томъ смыслѣ, что жалоба потерпѣвшаго необходима, если по законамъ мѣста учиненія данное дѣяніе отнесено къ числу неоффиціальныхъ, оффиціальное же сообщеніе иностраннаго компетентнаго органа на равнѣ съ жалобой потерпѣвшаго допустимо во всѣхъ остальныхъ случаяхъ. Правда, буквальное толкованіе ст. 174 допускаетъ ея пониманіе и въ томъ смыслѣ, что жалоба требуется только тогда, когда преступленіе отнесено къ неоффиціальнымъ россійскими законами, но такое толкованіе аннулируетъ значеніе соотвѣтственнаго мѣста ст. 174, ибо само собою разумѣется, что разъ примѣняются постановленія уложенія о наказ., то должны быть примѣнены и постановленія о жалобѣ потерпѣвшаго, почему и упоминать о ней особо не представлялось необходимымъ [1]).

Эти же постановленія безъ существенныхъ измѣненій воспроизводятся и проектомъ новой редакціи уст. уг. суд. (ст. 29[6]).

Обращаясь за симъ къ выясненію ***юридической природы неоффиціальныхъ преступленій*** по русскому праву, нужно прежде всего установить то положеніе, вытекающее впрочемъ само собою изъ бѣглаго даже обозрѣнія относящихся сюда постановленій дѣйствующихъ нашихъ кодексовъ, что институтъ жалобъ не является единымъ и неизмѣннымъ по

---

[1]) Ср. **фонъ-Ревонъ**, стр. 244—253.

отношенію къ различнымъ категоріямъ неоффиціальныхъ преступленій. Напротивъ, значеніе жалобы представляется однимъ при преступленіяхъ, допускающихъ примиреніе потерпѣвшаго съ обвиняемымъ, и совершенномъ другимъ при тѣхъ преступленіяхъ, которыя примиренія не допускаютъ.

Что касается первой категоріи, то жалоба потерпѣвшаго здѣсь не является условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія въ томъ смыслѣ, что принадлежащее государству право наказанія обращается съ подачей жалобы въ право уголовнаго преслѣдованія. Жалоба здѣсь не является также и условіемъ наказуемости дѣянія въ томъ смыслѣ, что, съ ея подачей потерпѣвшимъ, для государства возникаетъ право наказанія, которое оно и осуществляетъ обычнымъ порядкомъ, путемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія. При этихъ дѣяніяхъ жалоба потерпѣвшаго является ничѣмъ инымъ, какъ осуществленіемъ *принадлежащаго ему, потерпѣвшему, права наказанія*, подобно тому, какъ гражданскій искъ является средствомъ установленія и осуществленія судебнымъ порядкомъ принадлежащаго истцу гражданскаго права. Такимъ образомъ, неоффиціальныя преступленія, допускающія примиреніе, весьма близко приближаются къ delicta privata, за которыя наказаніе налагается не въ интересахъ публичныхъ, а въ интересахъ потерпѣвшаго.

Подтвержденіе правильности этого положенія мы находимъ какъ въ исторіи возникновенія въ нашемъ законодательствѣ неоффиціальныхъ преступленій этой категоріи, такъ и въ законодательныхъ мотивахъ и постановленіяхъ дѣйствующаго права. Разсматривая исторію неоффиціальныхъ преступленій, мы уже видѣли, что постановленія о нихъ, появляющіяся въ уложеніи 1845 г., основываются на ст. 416 свода законовъ, относящейся къ личной обидѣ. Между тѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что по своду законовъ обида по своему характеру весьма сильно приближалась къ delictum privatum. Это видно изъ того, что сводъ различалъ обиду тяжкую и обиду простую, причемъ обида простая давала основаніе къ предъявленію иска гражданскаго, а обида тяжкая къ предъявленію иска уголовнаго или гражданскаго. Ясно такимъ образомъ, что дѣяніе, всѣ послѣдствія котораго могутъ исчерпываться по желанію потерпѣвшаго предъявле-

ніемъ гражданскаго иска въ порядкѣ суда гражданскаго, не можетъ считаться настоящимъ уголовнымъ преступленіемъ. Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій обращался къ иску уголовному, обида сохраняла свой характеръ частнаго деликта, ибо по точному смыслу 412—413 ст. свода зак. (изд. 1842 г.) этотъ уголовный искъ, принадлежалъ обиженному, а не государственной власти. Указанныя постановленія свода, какъ это видно изъ ст. 161 и 162 проекта 1844 г., послужили основаніемъ для постановленій общей части уложенія о наказаніяхъ о неоффиціальныхъ преступленій, и такимъ образомъ указанныя черты обиды по сводному законодательству были перенесены на всѣ тѣ многочисленныя неоффиціальныя преступленія, допускающія примиреніе, которыя вновь вводились въ наше законодательство уложеніемъ 1845 г. Тотъ же характеръ за указанными преступленіями сохранили и составители устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, и устава уголовнаго судопроизводства, какъ это подтверждается объяснительными записками къ этимъ кодексамъ, въ которыхъ говорится, что проступки эти не представляютъ особеннаго вреда для общества и что они заключаютъ нарушеніе, главнѣйшимъ образомъ, правъ только извѣстныхъ частныхъ лицъ безъ особеннаго посягательства на безопасность общества, почему истцомъ по этимъ дѣламъ является частное лицо, а самое дѣло подлежитъ болѣе или менѣе порядку производства, для гражданскихъ дѣлъ установленному. Такимъ образомъ и составители судебныхъ уставовъ видѣли въ неоффиціальныхъ преступленіяхъ, подлежащихъ примиренію, настоящія delicta privata. Правда г. фонъ-Резонъ [1]) оспариваетъ значеніе приведенныхъ соображеній составителей судебныхъ уставовъ и противопоставляетъ имъ то мѣсто изъ объяснительной записки къ проекту уложенія о наказаніяхъ, гдѣ говорится, что „въ прежнее время, т. е. по юриспруденціи среднихъ вѣковъ, признавались преступленіями противъ государства всѣ тѣ, которыя были преслѣдуемы „per inquisitionem“, слѣдственнымъ порядкомъ по самой силѣ закона, не ожидая, чтобы отъ лица обиженнаго принесена была жалоба; преступленіями про-

---

[1]) Ук соч., стр. 3—5.

тивъ частныхъ лицъ признавали тѣ, о коихъ иски могли быть производимы и наказанія опредѣляемы единственно по принесенію отъ потерпѣвшаго лица жалобы „accusation“. Такая теорія была основана на началахъ частью римскаго, частью каноническаго права. Въ наше время положеніе вещей совершенно измѣнилось. *Теперь всѣ преступленія преслѣдуются самою силою закона и поэтому всѣ они въ семъ отношеніи должны почитаться преступленіями противъ общественнаго порядка*“. Однако это мѣсто изъ объяснительной записки доказываетъ слишкомъ много, а потому не доказываетъ ничего. Если бы выраженная въ немъ мысль была осуществлена составителями проекта въ законодательныхъ постановленіяхъ, то институтъ жалобъ потерпѣвшаге совсѣмъ не нашелъ бы себѣ мѣста въ уложеніи 1845 г., ибо всѣ преступленія подлежали бы преслѣдованію самою силою закона. Въ дѣйствительности же мы видимъ совершенно иное, почему нужно признать, что приведенное мѣсто осталось субъективнымъ мнѣніемъ редакторовъ объяснительной записки и не оказало никакого вліянія на волю законодателя. Напротивъ, приведенныя выше историческія соображенія и мотивы составителей судебныхъ уставовъ оказали рѣшительное вліяніе на самое содержаніе постановленій уложенія о наказаніяхъ, устава о наказаніяхъ и устава уголовнаго судопроизводства о жалобѣ потерпѣвшаго.

Обращаясь къ этимъ постановленіямъ, мы дѣйствительно видимъ, что въ теченіе всего процесса потерпѣвшій является полнымъ хозяиномъ уголовнаго преслѣдованія, публичная же власть никакого участія въ этомъ преслѣдованіи не принимаетъ. Такъ, отъ потерпѣвшаго не только зависитъ возбуждать или невозбуждать уголовное преслѣдованіе, подавши жалобу или воздержавшись отъ подачи таковой, отъ него же зависитъ въ любой моментъ процесса прекратить уже начатое уголовное преслѣдованіе, примирившись съ виновнымъ, или не явившись въ засѣданіе, назначенное для разсмотрѣнія дѣла, или оставивши дѣло вообще безъ движенія въ теченіе установленнаго закономъ срока (давность нехожденія). Напротивъ, нормальные органы уголовнаго преслѣдованія—полиція у мѣстныхъ судей и прокурорскій надзоръ въ общихъ судебныхъ установленіяхъ—никакого участія въ про-

изводствѣ этихъ дѣлъ не принимаютъ. Болѣе того, даже судъ, призванный разрѣшать эти дѣла, лишенъ присущей ему въ уголовныхъ дѣлахъ инициативы; въ дѣлѣ представленія доказательствъ онъ долженъ ограничиваться лишь тѣмъ матеріаломъ, который ему представленъ обвинителемъ и обвиняемымъ, какъ бы этотъ матеріалъ, по мнѣнію суда не былъ не полонъ, и постановить рѣшеніе secundum allegata ac probata [1]). Не только въ теченіе процесса, но и послѣ постановленія приговора и даже вступленія его въ законную силу потерпѣвшій остается хозяиномъ дѣла и распорядителемъ назначеннаго виновному наказанія. По крайней мѣрѣ по дѣламъ, подсуднымъ мировымъ судьямъ, отъ воли потерпѣвшаго зависитъ даже послѣ фактическаго обращенія приговора къ исполненію, даже послѣ отбытія осужденнымъ части наказанія, освободить его отъ дальнѣйшаго отбыванія такового. Правда, по преступленіямъ подсуднымъ общимъ судебнымъ установленіямъ, дѣло обстоитъ нѣсколько иначе; здѣсь съ фактическимъ обращеніемъ приговора къ исполненію, т. е. съ началомъ отбытія наказанія виновнымъ власть потерпѣвшаго прекращается и съ этого момента субъектомъ права наказанія какъ бы является государственная власть; но указанная разница между постановленіями уложенія и устава о наказаніяхъ едва ли можетъ быть приписана различію, сознательно проводимому составителями указанныхъ кодексовъ, между неоффиціальными преступленіями, предусмотрѣнными тѣмъ и другимъ; скорѣе она является случайнымъ послѣдствіемъ отдѣльныхъ выраженій, употребленныхъ законодателемъ въ отдѣльныхъ статьяхъ, которыя однако своимъ буквальнымъ смысломъ приводятъ толкователя закона къ различнымъ выводамъ при интерпретаціи обоихъ этихъ кодексовъ.

Изъ приведеннаго обозрѣнія постановленій уложенія, устава о наказаніяхъ и устава уголовнаго судопроизводства съ несомнѣнностью, казалось бы, вытекаетъ, что полнымъ распорядителемъ судьбы процесса, а также и фактическаго исполненія наказанія при этихъ преступленіяхъ является по-

---

[1]) Это внѣ спора относительно мировыхъ судей (ст. 104 уст. уг. суд.).

терпѣвшій. Единственнымъ объясненіемъ этому явленію можетъ служить лишь то обстоятельство, что самое право наказанія въ этихъ случаяхъ принадлежитъ никому иному, какъ тому же потерпѣвшему, ибо въ противномъ случаѣ было бы совершенно непонятно, почему государство считаетъ нужнымъ здѣсь передать принадлежащее ему право наказанія въ полное распоряженіе или, даже болѣе, на полный произволъ частнаго лица [1]). Такой выводъ изъ постановленій нашего дѣйствующаго права косвенно какъ бы признается и г. фонъ-Резономъ, который однако возстаетъ противъ мысли объ отождествленіи нашихъ неоффиціальныхъ преступленій съ delicta privata. Такъ, онъ говоритъ [2]), что „по частнымъ преступленіямъ все дальнѣйшее движеніе зависитъ исключительно отъ благоусмотрѣнія лица потерпѣвшаго, по преступленіямъ преслѣдуемымъ лишь по жалобѣ, дѣятельность потерпѣвшаго или ограничивается однимъ принесеніемъ жалобы или прекращается въ извѣстный моментъ производства дѣла“.—Но мы только что видѣли, что по неоффиціальнымъ преступ-

---

[1]) Это положеніе подтверждается и ст. 1368 уст. гр. суд., которая предоставляетъ заинтересованнымъ лицамъ передавать на разсмотрѣніе третейскаго суда, кромѣ дѣлъ гражданскихъ (да и то не всѣхъ), и дѣла, соединенныя въ чемъ-либо съ преступленіемъ или проступкомъ, если они на основаніи уголовныхъ законовъ могутъ быть прекращаемы примиреніемъ, а также и всемилостивѣйшими манифестами, которые не распространяютъ своего дѣйствія, полностью на дѣла объ оскорбленіяхъ чести, преслѣдуемыхъ по частной жалобѣ (см. всем. ман. 14 ноября 1894 г. ст. IV п. 3, всем. ман. 14 мая 1896 г. ст. XIII п. 10, 11 августа 1904 г. ст. XIX п. 12). Изъ того же воззрѣнія на характеръ этихъ дѣяній повидимому исходилъ и проектъ закона объ условномъ осужденіи, составленный въ коммиссіи 1903 г., по разсмотрѣнію вопросовъ, касающихся введенія въ дѣйствіе новаго уголовнаго уложенія, не допускавшій при нихъ условнаго осужденія (ст. 3). Но проектъ здѣсь шелъ еще дальше чѣмъ дѣйствующее право, почему критики проекта (напр. см. проф. А. А Піонтковскій Журн. Мин. Юст. 1904 г. № 10, стр. 28) справедливо указали, что по дѣйствующему праву потерпѣвшему при неоффиціальныхъ, преступленіяхъ, допускающихъ примиреніе, не предоставлено право выбора карательной мѣры, а слѣдовательно, распространеніе условнаго осужденія на эти дѣянія не противорѣчитъ ихъ юридическому характеру. Думская коммиссія, обсуждавшая проектъ въ 1908 г., согласилась съ этимъ мнѣніемъ (см. докладъ М. С. Аджемова, стр. 5).

[2]) Фонъ-Резонъ ук. соч., стр. 3.

леніямъ, допускающимъ примиреніе, все дальнѣйшее движеніе производства зависитъ исключительно отъ благоусмотрѣнія потерпѣвшаго и что дѣятельность потерпѣвшаго при нихъ и вліяніе его на судьбу обвиняемаго прекращается лишь съ окончаніемъ производства дѣла, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже съ окончаніемъ отбытія наказанія. Равнымъ образомъ и другое возраженіе, приводимое г. фонъ-Резономъ [1]) противъ защищаемой нами конструкціи, нисколько въ сущности ее не подрываетъ: онъ указываетъ на то, что наказанія, налагаемыя за неоффиціальныя преступленія, несомнѣнно заключаютъ въ себѣ общественный элементъ, ибо это тѣ же виды лишенія свободы или выговоръ, замѣчаніе и внушеніе, которые примѣняются къ преступленіямъ оффиціальнымъ. Правда, въ этомъ отношеніи наши неоффиціальныя преступленія отличаются отъ римскихъ delicta privata, которыя наказывались денежными взысканіями, поступавшими въ пользу потерпѣвшихъ, но все же нельзя утверждать, чтобы указанныя выше наказанія не могли служить субъективнымъ удовлетвореніемъ для потерпѣвшаго. Напротивъ, во многихъ случаяхъ потерпѣвшій, если бы ему предложили на выборъ, (а такой именно выборъ ему и предоставляется при обидѣ), предпочтетъ, чтобы его обидчикъ подвергся лишенію свободы, тому, чтобы онъ уплатилъ въ его пользу извѣстную денежную сумму. Въ виду этого личный характеръ наказаній, налагаемыхъ за неоффиціальныя преступленія, вовсе еще не свидѣтельствуетъ о присутствіи въ этихъ преступленіяхъ общественнаго элемента. Вѣдь не такъ еще давно лица, не совершившія никакого преступленія, подвергались лишенію свободы въ случаѣ простой невозможности уплатить долгъ. Наказанія, носящія личный характеръ, столь же способны служить удовлетвореніемъ обществу за нанесенный ему вредъ, какъ и потерпѣвшему за причиненную ему обиду [2]).

Совсѣмъ иной характеръ по нашему дѣйствующему праву носитъ жалоба потерпѣвшаго при неоффиціальныхъ

---

[1]) Ibid., стр. 4—5.

[2]) Аналогичное съ защищаемымъ въ текстѣ воззрѣніе на неоффиціальныя преступленія, допускающія примиреніе, было высказано Макалинскимъ, т. I, стр. 129—131, Кесселемъ, ук. соч., стр. 119.

преступленіяхъ, не допускающихъ примиренія. Здѣсь она дѣйствительно является ни чѣмъ инымъ, какъ условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія со стороны государственной власти въ осуществленіе права наказанія, которое принадлежало государству и до подачи жалобы. Это положеніе, въ примѣненіи къ дѣяніямъ этого рода, подтверждается какъ историческими соображеніями и законодательными мотивами, такъ и постановленіями уложенія о наказаніяхъ и устава уголовнаго судопроизводства.

Эта категорія дѣяній появляется въ нашемъ законодательствѣ впервые въ уложеніи 1845 г., при чемъ самыя постановленія оныхъ не находятся ни въ какой преемственной связи съ постановленіями свода законовъ или болѣе ранними законодательными памятниками. Это видно изъ того, что примѣчаніе къ ст. 1944 проекта 1844 г. значится какъ постановленіе новое. Равнымъ образомъ, та часть 157 ст. уложенія о наказаніяхъ, которая трактуетъ объ этихъ дѣяніяхъ, въ проектѣ уголовнаго уложенія (ст. 162) вовсе не содержалась и была, повидимому, впервые внесена въ текстъ закона государственнымъ совѣтомъ. Установить поэтому какую-либо связь постановленій дѣйствующаго права объ этихъ преступленіяхъ съ первымъ неоффиціальнымъ преступленіемъ, появившимся въ нашемъ законодательствѣ и носящимъ характеръ частнаго деликта—съ обидой, не представляется возможнымъ. Съ другой стороны законодатель, внося въ уложеніе примѣчаніе къ ст. 1944, мотивировалъ это постановленіе тѣмъ, что „было бы неудобно и противно нравственному чувству приличія вмѣнять безъ необходимости въ обязанность или даже дозволять мѣстной полиціи или иному начальству проникать и вмѣшиваться въ тайны семейства, ибо для многихъ и въ большей части случаевъ извѣстность оскорбленія сего рода дѣлаетъ ихъ наиболѣе тяжкими“. Такимъ образомъ, законодатель, создавая эту категорію дѣяній, имѣлъ въ виду оградить интересы самихъ потерпѣвшихъ и ихъ семьи отъ разглашенія отнесенныхъ сюда дѣяній. Но эта цѣль, которую ставилъ себѣ законодатель, конечно достигалась не тѣмъ, что самое дѣяніе признавалось не наказуемымъ до подачи жалобы или наказуемымъ лишь въ интересахъ потерпѣв-

шаго, а тѣмъ, что возбужденіе уголовнаго преслѣдованія, сопряженнаго съ оглаской самаго дѣянія, ставилось въ зависимость отъ воли потерпѣвшаго. Соотвѣтственно этому законодатель предоставилъ потерпѣвшему при этихъ дѣяніяхъ право оказывать вліяніе на судьбу уголовнаго преслѣдованія лишь въ первоначальный моментъ. Потерпѣвшій можетъ подать жалобу или отъ подачи ея воздержаться, въ зависимости отъ того, что онъ считаетъ для себя болѣе выгоднымъ: купить безгласность дѣянія оставленіемъ его безнаказаннымъ, или домогаться наказанія обидчика, претерпѣвая сопряженную съ нимъ и опасную для его интересовъ огласку. Но если указанный вопросъ потерпѣвшимъ однажды разрѣшенъ въ послѣднемъ смыслѣ, государственная власть вступаетъ въ свои права и потерпѣвшій никакого дальнѣйшаго вліянія на ходъ уголовнаго преслѣдованія уже не имѣетъ. Съ подачей жалобы дѣла этого рода подлежатъ преслѣдованію со стороны прокурорской власти также точно, какъ и дѣла, возникающія изъ преступленій оффиціальныхъ, и примиреніе потерпѣвшаго съ обвиняемымъ никакого значенія для судьбы дѣла не имѣетъ. Ясно такимъ образомъ, что при этихъ дѣяніяхъ жалоба потерпѣвшаго является условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія, которое производится въ интересахъ публичныхъ, во имя осуществленія принадлежащаго государству права наказанія.

Что касается проекта новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства, то онъ старается сблизить указанныя двѣ категоріи неоффиціальныхъ преступленій и вмѣстѣ съ тѣмъ ослабить въ преступленіяхъ, допускающихъ примиреніе, черты частнаго деликта. Это выражается въ томъ, что въ преслѣдованіи неоффиціальныхъ преступленій объихъ категорій, по крайней мѣрѣ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ, принимаетъ участіе и представитель публичной власти, въ лицѣ прокурорскаго надзора, и представитель частныхъ интересовъ—потерпѣвшій, въ качествѣ дополнительнаго обвинителя; затѣмъ въ томъ, что со вступленіемъ приговора въ законную силу и по дѣламъ, допускающимъ примиреніе, потерпѣвшій утрачиваетъ возможность оказывать вліяніе на судьбу обвиняемаго. Такимъ образомъ проектъ оставляетъ неприкосновенной приведенную выше конструк-

цію неоффиціальныхъ преступленій, не допускающихъ примиренія, но въ то же время онъ позволяетъ ту же самую конструкцію примѣнить съ нѣкоторыми видоизмѣненіями и къ преступленіямъ, допускающимъ примиреніе, ибо въ силу его постановленія жалоба потерпѣвшаго и при этихъ дѣяніяхъ является условіемъ возбужденія и (въ отличіе отъ дѣяній первой категоріи) продолженія уголовнаго преслѣдованія, почему съ завершеніемъ процесса приговоромъ, вступавшимъ въ законную силу, отпадаетъ для потерпѣвшаго возможность вліять на опредѣленное судомъ наказаніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ право наказанія и при преступленіяхъ, допускающихъ примиреніе, принадлежитъ государству, почему прокуратура, въ качествѣ представителя государственныхъ интересовъ, принимаетъ участіе въ преслѣдованіи этихъ дѣяній, какъ только препятствіе къ возбужденію преслѣдованія устраняется подачей жалобы потерпѣвшимъ.

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ.

Основаніе права жалобы и выводы de lege ferenda.

I.

Разсмотрѣнныя въ предшествующей части настоящей работы постановленія европейскихъ законодательствъ о правѣ жалобы на первый взглядъ отличаются такимъ разнообразіемъ и даже пестротой, что юристъ-теоретикъ, поставившій себѣ цѣлью не изслѣдованіе природы жалобы потерпѣвшаго въ узкихъ предѣлахъ одного какого-либо законодательства, а имѣющій въ виду установить такого рода обобщенія, которыя бы характеризовали этотъ институтъ во всѣхъ современныхъ законодательствахъ, можетъ счесть свою задачу неосуществимой. Однако болѣе внимательное изученіе этихъ постановленій приводитъ къ заключенію, что изъ кажущагося разнообразія и пестроты могутъ быть извлечены нѣкоторыя общія теоретическія положенія и можетъ быть установлена нѣкоторая послѣдовательность въ развитіи отдѣльныхъ чертъ этого института. Главнѣйшимъ изъ этихъ положеній является то, что догматическая обрисовка института жалобы въ томъ или иномъ законодательствѣ находится въ зависимости отъ тѣхъ цѣлей или тѣхъ уголовно-политическихъ основаній, которыя побудили даннаго законодателя установить преслѣдованіе извѣстныхъ преступленій не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго. Вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдя за развитіемъ института жалобы въ западно-европейскихъ и русскомъ законодательствахъ на протяженіи XIX и начала XX столѣтія, можно замѣтить, какъ постепенно однѣ цѣли, смѣнялись другими, въ зависимости отъ измѣненія общаго характера уголовнаго законодательства.

Впрочемъ, вопросъ о томъ, какими побужденіями руководился законодатель, вводя въ томъ или иномъ случаѣ

неоффиціальное преслѣдованіе, представляется нерѣдко довольно сложнымъ, потому что законодательные мотивы сплошь да рядомъ не содержатъ достаточныхъ данныхъ для разрѣшенія этого вопроса. Поэтому изслѣдователю приходится обращаться къ тѣмъ теченіямъ въ научной литературѣ, подъ вліяніемъ которыхъ несомнѣнно формировался и взглядъ законодателя на эти преступленія. Такимъ образомъ путь изслѣдованія въ данномъ вопросѣ намѣчается приблизительно слѣдующій: прежде всего необходимо разобраться въ различныхъ теоріяхъ, такъ или иначе объясняющихъ институтъ жалобы потерпѣвшаго; засимъ посмотрѣть, какіе догматическіе выводы должны быть сдѣланы изъ этихъ теорій, какъ съ ихъ точки зрѣнія должны быть разрѣшены отдѣльные сюда относящіеся вопросы; сравнивши указанные выводы съ постановленіями положительныхъ законодательствъ, можно болѣе или менѣе безошибочно заключить, какими въ дѣйствительности мотивами руководился тотъ или иной законодатель, давая то или иное мѣсто институту жалобы. Такимъ образомъ, смѣна теорій, съ одной стороны, и законодательныхъ постановленій, съ другой, даетъ возможность намѣтить то направленіе, въ которомъ совершается эволюція института жалобы и вмѣстѣ съ тѣмъ съ большей или меньшей вѣроятностью предвидѣть, какой характеръ этотъ институтъ получитъ въ ближайшемъ будущемъ. Наконецъ эти послѣднія результаты изслѣдованія въ связи съ общими теоретическими принципами и соображеніями цѣлесообразности могутъ дать также опору и для извѣстныхъ предложеній de lege ferenda, ибо только тѣ предложенія, которыя соотвѣтствуютъ общему историческому движенію законодательства, могутъ разсчитывать на прочное осуществленіе въ законѣ.

II.

Литературныя теоріи, объясняющія институтъ жалобы потерпѣвшаго, могутъ быть раздѣлены на три большія группы [1]).

[1]) При изученіи литературы для насъ осталась недоступной старая диссертація Ziegler „De delictis nonnisi ad laesi querelam coercendis“ Gott. 1806, но Zachariä (Archiv des Criminalrechts 1845, стр. 567) говоритъ, что работа эта ist unbedeutend und ohne wissenschaftlichen Werth*.

Къ первой группѣ относятся тѣ теоріи, которыя видятъ въ неоффиціальныхъ преступленіяхъ юридическое явленіе, болѣе или менѣе приближающееся къ римскимъ delicta privata, т. е. дѣяніямъ, которыя наказываются преимущественно или исключительно въ интересѣ не общежитія, а потерпѣвшаго. Соотвѣтственно этому и право преслѣдованія при этихъ дѣяніяхъ какъ въ смыслѣ иниціативы, такъ и въ смыслѣ продолженія преслѣдованія должно принадлежать потерпѣвшему-жалобщику, роль-же государства ограничиваться оказаніемъ заинтересованнымъ лицамъ судебно-правовой защиты. Отсюда сближеніе жалобы съ искомъ въ области гражданскаго права, сліяніе ея съ частнымъ обвиненіемъ и подчиненіе самого уголовнаго процесса, въ которомъ разсматриваются эти дѣянія, нормамъ, близкимъ къ нормамъ процесса гражданскаго.

Конечно, не всѣ представители этой теоріи, которую можно назвать *теоріей частнаго деликта*, съ одинаковой ясностью и рѣшительностью высказываютъ основную ея мысль, не всѣ дѣлаютъ изъ нея конечные выводы, но именно такъ, по нашему мнѣнію, должна быть резюмирована ея сущность и это мы постараемся подтвердить изложеніемъ ученій наиболѣе яркихъ представителей этого направленія.

Къ ихъ числу принадлежитъ прежде всего Геннеръ, [1]) который утверждаетъ, что карательная власть государства не имѣетъ никакого основанія, а потому и никакого права вмѣшиваться въ посягательства на отчуждаемыя права частныхъ лицъ, пока потерпѣвшіе не призываютъ ее на свою защиту, и что въ этихъ случаяхъ задачи государства принципіально ограничиваются укрѣпленіемъ неприкосновенности правъ (die Sicherheit der Rechte zu befestigen). Далѣе онъ сравниваетъ этотъ принципъ съ принципомъ volenti non fit injuria и подкрѣпляетъ свой взглядъ на порядокъ преслѣдованія этихъ преступленій ученіемъ римскаго права о delicta privata. Такимъ образомъ этотъ наиболѣе рѣшитель-

---

[1]) Gönner, статья въ neues Archiv für Criminalrecht B. VII „Sol die Untersuchung bei Verbrechen wider veraüsserliche Privatrechte, wenn sie nicht mit gemeinen Gefahr verbunden sind, von Amtswegen oder nur auf Anzeige des Beleidigten eintreten“ стр. 481.

ный сторонникъ разбираемой теоріи считаетъ, что институтъ жалобы потерпѣвшаго *по принципіальнымъ соображеніямъ* долженъ охватывать всю область посягательствъ на отчуждаемыя права частныхъ лицъ, т. е. напримѣръ, всю область имущественныхъ преступленій. Ясно однако, что въ такомъ видѣ теорія эта не получила осуществленія ни въ одномъ изъ законодательствъ XIX в. и, чтобы найти положительное для нея основаніе, нужно вернуться къ постановленіямъ классической эпохи римскаго права или къ временамъ leges barbarorum въ Германіи и Русской Правды у насъ. Только въ эти отдаленныя эпохи сознаніе общественнаго значенія посягательствъ на права отдѣльныхъ лицъ было настолько слабо, а средства, которыми располагало государство для преслѣдованія преступниковъ, настолько скудны, что вся эта обширная и важная область преступленій всецѣло предоставлялась самодѣятельности потерпѣвшихъ.

Подобныя воззрѣнія настолько далеки и чужды современному правосознанію, что другіе писатели того-же направленія для обоснованія своихъ взглядовъ принуждены были прибѣгнуть къ иной аргументаціи и, главное, отвести для современныхъ delicta privata гораздо болѣе скромные предѣлы.

Такъ, Баръ, не стремясь къ увеличенію числа неоффиціальныхъ преступленій, объясняетъ однако существованіе ихъ въ законѣ тѣмъ, что при нихъ карательная власть государства призвана проявлять свое вмѣшательство только въ томъ случаѣ, если необходимость въ репрессіи даннаго преступленія констатирована со стороны заинтересованныхъ круговъ (обыкновенно—со стороны потерпѣвшаго) въ установленной закономъ формѣ жалобы [1]). Такимъ образомъ, по мнѣнію Бара, интересъ частныхъ лицъ рѣшаетъ вопросъ о томъ, подлежитъ-ли наказанію данное неоффиціальное преступленіе, хотя дѣянія эти въ большей или меньшей мѣрѣ проникнуты публичнымъ характеромъ; а разъ это такъ, все-же приходится признать при этихъ дѣяніяхъ истиннымъ субъектомъ права наказанія не государство, а тѣ заинтересованные круги, отъ которыхъ зависитъ констатированіе

[1]) Bar „Ueber die rechtliche Natur des Strafantrages des Verletzten bei den sogenannten Antragsdelicten“ въ Goltdammers Archiv B. XIX стр. 644—645.

необходимости уголовной репрессіи или ея отсутствія въ данномъ случаѣ. Поэтому теорія Бара существенно отличается отъ теоріи Геннера не юридическимъ обоснованіемъ жалобы потерпѣвшаго, а тѣми предѣлами, которые ею отводятся для этого института. Однако и съ точки зрѣнія этой теоріи остается невыясненнымъ, отчего только дѣянія, отнесенныя, напримѣръ, германскимъ правомъ къ Antragsdelict-амъ должны наказываться лишь постольку, по сколько того требуютъ заинтересованные лица, и почему тотъ-же принципъ не распространяется на другія преступленія противъ частныхъ лицъ. Баръ, сузивъ предѣлы примѣненія теоріи Геннера, явно не соотвѣтствовавшей современнымъ ей положительнымъ законодательствамъ, логически однако не обосновалъ этого суженія, и теорія его въ этомъ отношеніи не является оправданіемъ положительнаго права, а какъ бы сама ищетъ въ немъ конечной опоры.

Дальнѣйшее ограниченіе сферы примѣненія того же принципа заключаютъ въ себѣ теоріи Цахаріэ, Іона, Г. Мейера и многихъ другихъ. Они не сочли возможнымъ однимъ этимъ принципомъ объяснить существованіе всѣхъ тѣхъ Antragsdelict-овъ, которые ими были найдены въ современныхъ законодательствахъ, а поэтому такъ или иначе комбинировали его съ другими принципами, или раздѣляя самыя неоффиціальныя преступленія на группы, въ зависимости отъ того, что послужило для законодателя мотивомъ устраненія преслѣдованія ex officio, или допуская множественность такихъ мотивовъ для однихъ и тѣхъ же Antragsdelict'овъ. Хотя конструкціи эти, нося такимъ образомъ смѣшанный, эклектическій характеръ, не вмѣщаются всецѣло въ разбираемую группу теорій, но такъ какъ нѣкоторыя изъ нихъ представляютъ болѣе ясное и яркое развитіе той же мысли, что и теорія Бара, мы сочли цѣлесообразнымъ именно здѣсь остановиться на этой сторонѣ ученія хотя бы одного изъ представителей такого рода смѣшанныхъ теорій.

Такъ, Цахаріэ [1]), котораго можно назвать родоначальникомъ этихъ ученій, дѣлитъ всѣ неоффиціальные преступле-

---

[1]) Zachariae „Von den Verbrechen, welche nur auf Antrag des Verletzten verfolgt und bestraft werden sollen“ въ Archiv des Criminalrechts 1847, стр. 401 и слѣд.

нія на три группы; къ первой изъ нихъ онъ относитъ дѣянія (обиды, легкія тѣлесныя поврежденія), при которыхъ наказаніе должно приближаться къ частному удовлетворенію (Privatsatisfaction) потерпѣвшаго, который, при отсутствіи государственнаго наказанія, прибѣгъ бы къ мести [1]). Приведенный авторъ съ гораздо большею ясностью, чѣмъ Баръ, формулируетъ разбираемое основаніе жалобы потерпѣвшаго, ибо онъ прямо поясняетъ, почему въ этихъ случаяхъ необходимость репрессіи должна быть констатирована потерпѣвшимъ: потому, говоритъ онъ, что государство весьма мало заинтересовано въ ихъ наказаніи, разъ потерпѣвшій молчитъ, а также потому, что наказаніе здѣсь служитъ удовлетвореніемъ не государству, а потерпѣвшему. Эта разновидность теоріи частнаго деликта правильно объясняетъ нѣкоторыя явленія положительнаго права, но и она не останавливается на вопросѣ о томъ, какъ возможно согласовать публичный характеръ современнаго уголов-

---

[1]) Ко второй группѣ онъ относитъ преступленія, которыя въ общемъ сами по себѣ нарушаютъ интересы государства, но особенно *близкія отношенія потерпѣвшаго къ виновному измѣняютъ характеръ дѣяній*, замыкающихся въ тѣсную сферу семьи, главѣ которой вообще должна принадлежать достаточная карательная власть для ихъ репрессіи поэтому здѣсь лишь по призыву потерпѣвшаго или главы семьи государственная власть должна оказывать свою помощь (напр. семейная кража). Третью группу составляютъ дѣянія, при которыхъ, не смотря на нарушеніе публичнаго интереса, интересы потерпѣвшаго или его близкихъ, ихъ доброе имя, положеніе въ обществѣ, спокойствіе семьи *требуютъ невмѣшательства судебной власти*, исключенія судебнаго преслѣдованія и соединеннаго съ нимъ strepitus judicii. При дѣяніяхъ первой категоріи возможно *прощеніе и освобожденіе* полное или частичное отъ наказанія и послѣ приговора, при второй взятіе жалобы назадъ возможно до постановленія приговора, при третьей – *взятіе жалобы недопустимо*. Ср. также Iohn „Sind Antragsvergehen überhaupt legislatorisch zu rechtfertigen“ (Verhandlungen des 12 Dentschen Iuristentages, стр. 223). Сюда же должны быть отнесены и многіе другіе писатели, видящіе въ отсутствіи или незначительности вреда для общежитія одно изъ основаній отнесеніе преступленія къ числу неоффиціальныхъ. Напримѣръ, Köstlin (System des Deutschen Strafrechts 1855, стр. 516), формулирующій это начало въ довольно неопредѣленномъ, по его собственнымъ словамъ, положеніи: minima non curat praetor, впрочемъ, de lege ferenda онъ является противникомъ неоффиціальныхъ преступленій; фонъ-Резонъ (стр. 55—57), пытающійся, хотя по нашему мнѣнію безу-

наго права съ наложеніемъ наказаній исключительно или преимущественно въ частномъ интересѣ.

Наконецъ представителемъ послѣдней разновидности этой теоріи является Доховъ, который пытается обосновать ее на процессуальной цѣлесообразности. Хотя публичный интересъ требуетъ, говоритъ онъ [1]), чтобы всѣ сдѣлавшіяся извѣстными преступныя дѣянія подвергались преслѣдованію, но невозможность осуществить это требованіе наличными силами государства вынуждаетъ поставить здѣсь извѣстныя границы. Приходится поэтому нѣкоторыя преступныя дѣянія оставлять безнаказанными. Но какіе именно? При рѣшеніи этого вопроса необходимо имѣть въ виду, что при уголовномъ преслѣдованіи не всѣхъ преступныхъ дѣяній государство заинтересовано въ равной мѣрѣ, но обыкновенно при болѣе тяжелыхъ въ большей степени, чѣмъ при болѣе легкихъ; поэтому публичный интересъ требуетъ нерѣдко въ отношеніи однихъ и тѣхъ же преступленій въ различное время и въ различныхъ мѣстахъ возбужденія или невозбужденія уголовнаго преслѣдованія. Достаточно,

---

спѣшно, провести границу между этимъ началомъ и наказаніемъ преступнаго дѣянія въ частномъ интересѣ; H. Meyer (Lehrbuch, стр. 300) видящій одно изъ основаній института жалобы въ томъ, что „Bestrafung ohne den Willen des Betheiligten in manchen Fallen unnöthig sein wurde“; Köhler (стр. 9—10) утверждающій, что „der Staat wird dem Verletzten eine Entscheidung nur dann überlassen, wenn er glaubt, dass die nachtheilige Wirkung einer Strafthat auf die Gesammtheit von einer unfühlbaren Geringfügigkeit ist... oder (здѣсь онъ переходитъ уже къ другому основанію) wenn wenigstens eine nicht allzu grosse Gemienschädlichkeit es ihm erlaubt, Rücksicht zu nehmen auf die sehr naheligenden Interessen eines Verletzten jenachdem auf Nichtbestrafung oder Bestrafung“ и др. Сходно также многіе итальянскіе авторы: Carmignani, Castori, Setti и др., цитированные у Alimena „Su la natura del diritto di querela“, въ „Studi di procedura penale“ 1906, стр. 233. 234, Stoos „Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts“ 1892, B. I, стр. 278. Изъ французскихъ авторовъ E. Trebutien „Cours élementaire de droit criminel“ 1884, t. II, стр. 155, Garraud „Précis de drofit criminel“ 1885, стр. 488. Такое же алектическое обоснованіе, въ составъ коего въ качествѣ одного изъ элементовъ входитъ незначительность вреда для общества, даетъ рядъ русскихъ авторовъ; см. Будзинскій стр. 303—304, Спасовичъ, стр. 314, Таганцевъ, стр. 121—122, Кистяковскій, стр. 689.

[1]) Dochow, стр. 260.

напримѣръ, вспомнить о тѣлесныхъ поврежденіяхъ. Но если ставить уголовное преслѣдованіе въ зависимость отъ наличности публичнаго интереса и, слѣдовательно, оставлять безъ преслѣдованія преступленія, которыми этотъ публичный интересъ затрогивается въ незначительной степени, то необходимо избѣгать, чтобы вопросъ этотъ разрѣшался всецѣло одной прокуратурой. Возможно, конечно, допустить, въ качествѣ корректива, субсидіарное обвиненіе всѣхъ гражданъ или лицъ потерпѣвшихъ, но если на это не рѣшаются, то монополія уголовнаго преслѣдованія можетъ быть избѣгнута и тѣмъ, что потерпѣвшему предоставляется домогаться рѣшенія суда, въ силу котораго прокуратура обязана начать уголовное преслѣдованіе. *Но тотъ же результатъ можетъ быть достигнутъ и другимъ путемъ;* можно отождествить для большинства случаевъ публичный и частный интересы и оставлять преступленіе безъ преслѣдованія, если лицо, отъ него потерпѣвшее, не заявляетъ, что оно желаетъ уголовнаго преслѣдованія. Такимъ образомъ по этому основанію нѣкоторыя преступленія обращаются въ неоффиціальныя; но такъ какъ легко могутъ встрѣтиться случаи, въ которыхъ государственный интересъ и интересъ потерпѣвшаго не тождественны, то необходимо, какъ было только что упомянуто, оставить прокуратурѣ право возбуждать уголовное преслѣдованіе при этихъ дѣяніяхъ (?). Можно, конечно, спорить какой изъ этихъ путей заслуживаетъ предпочтенія—конечная цѣль въ общемъ и цѣломъ остается той же самой".

Итакъ, приведенная конструкція Дохова пытается обосновать существованіе неоффиціальныхъ преступленій тѣмъ, что государство не располагаетъ достаточными средствами, чтобы преслѣдовать ex officio всѣ преступленія, и потому принуждено оставлять безъ преслѣдованія тѣ изъ нихъ, которыя въ меньшей степени затрогиваютъ публичный интересъ [1]). Однако, если рѣчь идетъ о преступленіяхъ, которыя

---

[1]) Противъ этой точки зрѣнія возражалъ еще *Godefroi* („De iis delictis quae non nisi ad laesorum querelam vindicantur" 1837, стр. 215): „illud scilicet quod ex aliis maleficiis majus ex aliis minus civitati immineat periculum minime criterium haberi protest, unde petamus questionis

вообще, in abstracto не затрогиваютъ публичнаго интереса, остается не яснымъ. почему такія дѣянія законодатель счелъ нужнымъ облагать уголовными наказаніями. Но мысль Дохова, судя по примѣру тѣлесныхъ поврежденій, имъ приведенному, нѣсколько иная: онъ исходитъ изъ того предположенія, что данное дѣяніе вообще въ большей или меньшей мѣрѣ посягаетъ на публичный интересъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ допускаетъ возможность, что въ данной конкретной обстановкѣ дѣяніе, подходящее подъ тотъ же абстрактный типъ, такого посягательства въ себѣ не заключаетъ, а потому и преслѣдованіе его въ этомъ конкретномъ случаѣ является напраснымъ обремененіемъ государственныхъ органовъ. Конечно, такіе случаи возможны, но приходится задать вопросъ: дѣйствительно ли тѣ цѣли, которыя можетъ здѣсь себѣ поставить законодатель, достигаются установленіемъ преслѣдованія ихъ не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго? [1]). Самъ Доховъ указываетъ на то, что отождествленіе въ этихъ случаяхъ частнаго и публичнаго интереса является до извѣстной степени произвольнымъ— въ дѣйствительности эти интересы могутъ и расходится; однако онъ всетаки полагаетъ, что въ общемъ и цѣломъ этимъ способомъ цѣль, которую ставитъ себѣ законодатель— освобожденіе государственныхъ органовъ отъ преслѣдованія дѣяній, въ слабой степени затрагивающихъ публичный интересъ,—достигается. Мы это мнѣніе раздѣлить не можемъ, ибо думаемъ, что тотъ критерій, который примѣняется къ преслѣдованію этихъ дѣяній потерпѣвшимъ, совершенно отличенъ отъ критерія публичнаго интереса. Потерпѣвшій возбуждаетъ преслѣдованіе за данное дѣяніе или потому, что оно причинило ему страданіе и возбудило въ немъ инстинктъ мести, или потому, что онъ путемъ судебнаго преслѣдованія разсчитываетъ добиться вознагражде-

---

solutionem, nam... delictum etiam adesse censeri non potest absque communi cum eo conjuncto periculo, quod ubi adest ex juris principiis abesse nequit persecutio, quam vis eam non expetant laesi".

[1]) K. Schmidt, („Staatsanwalt und Privatkläger" стр. 60—67) въ этихъ случаяхъ предлагаетъ частное обвиненіе съ факультативнымъ участіемъ прокурорскаго надзора, что конечно гораздо скорѣе можетъ достичь поставленной цѣли.

нія отъ своего обидчика за понесенный вредъ, или же по какому-либо другому побужденію, ничего общаго съ государственнымъ интересомъ не имѣющему. Поэтому обращеніе тѣхъ дѣяній, которыя могутъ заключать или не заключать въ себѣ въ извѣстныхъ конкретныхъ случаяхъ нарушеніе публичнаго интереса, въ преступленія неоффиціальныя влечетъ за собою совершенно нежелательныя послѣдствія: съ одной стороны дѣянія, представляющія собою серьезное нарушеніе публичнаго интереса, остаются безъ преслѣдованія, потому что потерпѣвшій примирился съ обвиняемымъ или же не придалъ такому дѣянію значенія со своей точки зрѣнія, а съ другой дѣянія, нисколько не затрогивающія публичнаго интереса, подвергаются преслѣдованію только потому, что потерпѣвшій оказывается человѣкомъ, сильно реагирующимъ на нарушеніе, хотя бы и незначительное, своихъ правъ. Доховъ до извѣстной степени предвидѣлъ и это возраженіе и потому указалъ, что прокуратурѣ и въ этихъ случаяхъ должно принадлежать право самостоятельнаго возбужденія уголовнаго преслѣдованія. Но это послѣднее замѣчаніе его или является въ высокой степени неяснымъ или въ корнѣ подрываетъ его собственную теорію, ибо если понять его буквально, то выйдетъ, что по преступленію неоффиціальному преслѣдованіе въ отдѣльныхъ случаяхъ можетъ быть возбуждено прокуратурой безъ жалобы потерпѣвшаго, что является contradictio in adjecto. Если же отбросить это замѣчаніе Дохова, то приведенное выше возраженіе сохраняетъ всю свою силу и приходится признать, что цѣль сокращенія случаевъ уголовнаго преслѣдованія безъ достаточнаго публичнаго въ томъ интереса совершенно не достигается обращеніемъ тѣхъ или иныхъ дѣяній въ преступленія неоффиціальныя.

И дѣйствительно, теорія и практика уголовнаго процесса выработали совсѣмъ иной институтъ, разсчитанный на удовлетвореніе этой потребности. Этотъ институтъ—начало удобства (Opportunitätsprincip) въ дѣятельности прокурорскаго надзора, въ противоположность началу законности, являющемуся общимъ правиломъ этой дѣятельности. Въ силу этого начала возбужденіе уголовнаго преслѣдованія за тѣ дѣянія, которыя могутъ нарушить, а могутъ и

не нарушить въ сколько-нибудь значительной степени публичный интересъ, составляетъ не обязанность, а лишь право прокурорскаго надзора, который, рѣшая вопросъ о преслѣдованіи въ конкретномъ случаѣ въ ту или въ другую сторону, долженъ руководствоваться наличностью или отсутствіемъ такого публичнаго интереса [1]). Это начало удобства можетъ найти полное свое примѣненіе только тогда, когда дѣянія, на которыя оно распространяетъ свое дѣйствіе, не являются преступленіями неоффиціальными, такъ какъ при нихъ отсутствіе жалобы потерпѣвшаго лишаетъ возможности прокуратуру возбудить уголовное преслѣдованіе и тамъ, гдѣ того требуетъ серьезный публичный интересъ. Правда, такое рѣшеніе указаннаго вопроса имѣетъ свои отрицательныя стороны, не ускользнувшія отъ взгляда Дохова. Если прокуратура будетъ дѣйствовать на началѣ удобства, интересы лицъ потерпѣвшихъ отъ преступленія могутъ оказаться нарушенными, ибо хотя прокуратура въ данномъ дѣяніи и не усмотрѣла нарушенія публичнаго интереса, частные интересы потерпѣвшаго могли отъ него весьма сильно пострадать. При такихъ условіяхъ оставлять дѣяніе безъ наказанія едва ли было бы справедливо, а между тѣмъ при дѣйствіи Opportunitätsprincip'а потерпѣвшій добиться наказанія лишенъ возможности. Однако и

---

[1]) Glaser „Das Princip der Strafverrfolgung“ въ Kleine Schriften 1883, стр. 532—535, Ianka „Staatliches Klag monopol“, стр. 5—8, 31—36 Bennecke und Beling „Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozessrechts“ 1900 г., стр. 279. Въ направленіи распространенія начала удобства на цѣлый рядъ, новыхъ сравнительно съ дѣйствующимъ германскимъ правомъ, преступленій, принадлежащихъ къ числу оффиціальныхъ, пошла коммиссія по пересмотру германскаго устава уголовнаго судопроизводства, (см. „Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses 1905. B. II, стр. 37—41, Lilienthal „Der Entwurf einer Strafprozessordnung und Novelle zum Gerichtsverfassung“ въ Zeitsetrift f. g. Straprlchts wisseuschaft‘ 1909 г. H. 1, стр. 3). Еще дальше въ томъ же направленіи идутъ нѣкоторые критики работъ коммиссіи. Такъ напримѣръ, Aschrott предлагаетъ признать общимъ правиломъ дѣятельности прокуратуры Opportunitätsprincip, а Legalitätsprincip установить въ видѣ изъятія для извѣстныхъ группъ преступленій (Mittheilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung B. XIV H. 2 1907 г., стр. 229). Ср. также Mittermaier „Lagalitätsprincip und Ausdehnung der. Privatklage“ въ Aschrotts „Reform des Strafprozesses“ 1906, стр. 149, 157—161.

этотъ недостатокъ предлагаемаго рѣшенія вопроса можетъ быть устраненъ, но не институтомъ жалобы потерпѣвшаго, который ничего общаго съ нимъ не имѣетъ, а введеніемъ субсидіарнаго частнаго обвиненія, о которомъ говоритъ Доховъ, или частнаго обвиненія, конкуррирующаго съ публичнымъ [1]).

Итакъ, изложенная попытка процессуальнаго обоснованія института жалобы не можетъ также считаться удавшейся [2]).

До сихъ поръ разсматривая отдѣльныя разновидности теоріи частнаго деликта, мы ограничивались критическими замѣчаніями, которыя касались особенностей каждой изъ этихъ разновидностей; теперь же попробуемъ сосредоточить наше вниманіе на томъ, что составляетъ самую сущность, такъ сказать, ядро этой теоріи, и посмотримъ, къ какимъ

---

[1]) Субсидіарное частное обвиненіе частью какъ обезпеченіе начала законности, частью въ связи съ началомъ удобства принято законодательствами австрійскимъ, венгерскимъ и норвежскимъ (см. Thiersch „Anwendungsgebiet und rationele Gestalt der Privatklage“ 1901 г., стр. 31—36, 41—45, 47—48), а конкуррирующее главное обвиненіе предположено ко введенію германской законодательной коммиссіей (см. Protokolle B. II, стр. 41—50). Вообще по поводу субсидіарнаго (частнаго и популярнаго) обвиненія, какъ корректива дѣятельности прокуратуры см. Holtzendorff „Gutachten“ въ Verhandlungen des XII Deutschen Juristentages 1874. B. I, стр. 77 и слѣд., Thomsen ibid., стр. 203 и слѣд., Gneist ibid. B. III, стр. 199 и слѣд., Menzel „Die Privatklage nach dem Reichsstrafprozessrecht“ 1880, стр. 1—13, R. Schmidt „Staatsanwalt und Privatkläger“ 1891 г., Süss. „Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozesse“ 1898, стр. 83—100, Nourisson „De la participation des particuliers à la poursuite“ 1894 г.

[2]) Въ качествѣ самостоятельнаго основанія жалобы нѣкоторые писатели (Köstlin „System“, стр. 515, фонъ-Резонъ, стр. 51—52 и др.), указываютъ соображенія, взятыя изъ международнаго права, въ силу которыхъ преступленія, совершенныя на нашей территоріи противъ иностраннаго государства или его главы, не должны преслѣдоваться безъ требованія иностраннаго правительства. Эти мотивы напр. г. фонъ-Розенъ выясняетъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ: „весьма трудно судить, насколько вообще дѣяніе, направленное противъ иностраннаго государства, представляется—*преступнымъ съ его точки зрѣнія*. Слѣдовательно, преслѣдованіе и наказаніе виновныхъ безъ предварительнаго удостовѣренія, что потерпѣвшее государство этого желаетъ, можетъ повести къ самымъ явнымъ несправедливостямъ“. Ясно, что съ этой точки зрѣнія субъектомъ права наказанія является не то го-

послѣдствіямъ приводятъ основныя ея положенія. Если неоффиціальныя преступленія разсматривать какъ дѣянія, посягающія исключительно или хотя бы преимущественно на права частныхъ лицъ и затрогивающія лишь въ слабой степени интересъ публичный, то приходится признать, что потерпѣвшему при нихъ не только должна принадлежать инициатива возбужденія уголовнаго преслѣдованія, но и право прекратить это преслѣдованіе въ любой моментъ процесса, а также право освободить виновнаго отъ наказанія послѣ состоявшагося приговора. Равнымъ образомъ ему же должно принадлежать руководство уголовнымъ преслѣдованіемъ на правахъ частнаго обвинителя въ теченіе всего процесса [1]), ибо роль государства въ этихъ дѣлахъ должна ограничиваться оказаніемъ потерпѣвшему той же судебной защиты, какую оно оказываетъ лицамъ, ищущимъ возстановленія своихъ гражданскихъ правъ. Отсюда слѣдующія характерныя черты неоффиціальныхъ преступленій, построенныхъ на основаніяхъ разбираемой теоріи: институтъ жалобы совершенно сливается съ институтомъ частнаго обвиненія; жалобщику предоставляется неограниченное право прекращать преслѣдованіе и мириться съ обидчикомъ, хотя бы и послѣ постановленія приговора.

Посмотримъ же, въ какой мѣрѣ эти догматическія послѣдствія, вытекающія изъ разбираемой теоріи, получили осуществленіе въ положительныхъ законодательствахъ. Если мы обратимся къ русскому праву, то мы увидимъ, что разбираемая теорія оказала рѣшительное вліяніе на его разви-

---

сударство, на территоріи котораго дѣяніе учинено, а то противъ котораго оно совершено, для перваго же дѣяніе является просто частнымъ деликтомъ, подлежащимъ преслѣдованію по требованію и для удовлетворенія потерпѣвшаго, которымъ только здѣсь, въ отличіе отъ другихъ частныхъ деликтовъ, является не частное лицо, а иностранная держава. Отличіе это однако не настолько существенно, чтобы построенная на немъ теорія могла быть отграничена отъ теоріи частнаго деликта и чтобы тѣ возраженія, которыя могутъ быть сдѣланы противъ неоффиціальныхъ преступленій, приближающихся къ типу delicta privata, могли быть сочтены за неотносящіяся къ разсматриваемой категоріи дѣяній.

[1]) Ср. Freudenstein „System des Rechtes der Ehrenkränkungen“ 1884, стр. 161—162.

тіе съ момента появленія въ немъ неоффиціальныхъ преступленій вплоть до нашихъ дней. Большинство неоффиціальныхъ преступленій, извѣстныхъ уложенію и уставу о наказаніяхъ, построены по разбираемому типу: они допускаютъ примиреніе потерпѣвшаго съ виновнымъ не только до, но и послѣ постановленія приговора, и со времени введенія въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ преслѣдуются въ порядкѣ частнаго обвиненія. Лишь проектъ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства становится на иную точку зрѣнія, увеличивая число преступленій, недопускающихъ примиренія, и ограничивая право потерпѣвшаго мириться съ обидчикомъ моментомъ вступленія приговора въ законную силу. Вмѣстѣ съ симъ проектъ устанавливаетъ участіе прокурорскаго надзора въ преслѣдованіи всѣхъ неоффиціальныхъ преступленій, подсудныхъ общимъ судебнымъ мѣстамъ.

То же почти нужно сказать и о дѣйствующемъ австрійскомъ законодательствѣ, которое по всѣмъ неоффиціальнымъ преступленіямъ устанавливаетъ преслѣдованіе въ порядкѣ частнаго обвиненія и допускаетъ отказъ отъ жалобы до провозглашенія приговора первой инстанціи. Нѣкоторыя отступленія отъ этихъ началъ содержитъ лишь проектъ новаго австрійскаго уложенія, который раздѣляетъ неоффиціальныя преступленія на двѣ группы, сохраняя для первой въ общемъ тѣ черты, которыя свойственны дѣйствующему праву, и устанавливая для второй преслѣдованіе въ порядкѣ публичнаго обвиненія безъ возможности для потерпѣвшаго прекратить процессъ отказомъ отъ жалобы.

Также точно партикулярныя германскія законодательства первой половины XIX столѣтія въ большей или меньшей степени были проникнуты тѣмъ же началомъ, допуская въ болѣе или менѣе широкихъ предѣлахъ при неоффиціальныхъ преступленіяхъ и частное обвиненіе [1]) и отказъ потерпѣвшаго отъ жалобы [2]). Дѣйствіе этого принципа было значительно ограничено съ изданіемъ гер-

---

[1]) R. Schmidt „Staatsanwalt und Privatkläger“, стр. 129—130.

[2]) Zachariae „Handbuch des Deutschen Strafprozesses“ B. II, 1868, стр. 38—42, Reber, стр. 7—9, 122—131.

манскаго уложенія и особенно новеллы 20 марта 1876 г. и устава уголовнаго судопроизводства 1877 г. Эти законодательные акты, во первыхъ, оставили порядокъ частнаго обвиненія для двухъ только дѣяній изъ весьма значительнаго числа неоффиціальныхъ преступленій, извѣстныхъ германскому уложенію и, во вторыхъ, установили въ качествѣ общаго начала, хотя и знающаго многочисленныя исключенія, недопустимость взятія жалобы назадъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ и при дѣяніяхъ, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія, наличность публичнаго интереса получила признаніе въ видѣ права прокуратуры послѣ подачи потерпѣвшимъ жалобы принимать на себя уголовное преслѣдованіе, если этого въ конкретномъ случаѣ требуетъ публичный интересъ [1]).

Напротивъ, изъ другихъ европейскихъ законодательствъ первой половины XIX вѣка французское право почти совершенно не поддалось вліянію разбираемой теоріи: ему осталось чуждымъ частное обвиненіе, а примиреніе потерпѣвшаго съ виновнымъ было допущено лишь въ случаяхъ прелюбодѣянія и обиды. Тоже почти можно сказать и о бельгійскомъ правѣ.

Такимъ образомъ, нужно признать, что разбираемая теорія наложила весьма значительный отпечатокъ на многія европейскія законодательства первой половины XIX вѣка, хотя и здѣсь далеко не всѣ явленія, относящіяся къ интересующей насъ области, могутъ быть объяснены съ ея точки зрѣнія. Но по мѣрѣ дальнѣйшаго развитія европейскихъ законодательствъ во второй половинѣ XIX вѣка вліяніе теоріи частнаго деликта все болѣе и болѣе ослабѣвало; особенно это сказалось на постановленіяхъ новѣйшихъ уголовныхъ уложеній Венгріи, Голландіи, Италіи, Норвегіи [2]) и швейцарскаго проекта, излагая которыя мы имѣли случай убѣдиться, что въ нихъ институтъ жалобы потерпѣвшаго уже не связывается сколько-нибудь прочной связью

---

[1]) Зачатки этого постановленія можно, впрочемъ, найти въ нѣкоторыхъ партикулярныхъ нѣмецкихъ законодательствахъ. См. Rosenfeld „Die Nebenklage des Reichsstrafprozesses“ 1900, стр. 63.

[2]) Ср. Thiersch „Anwendungsgebiet und rationelle Gestalt der Privatklage“ 1901 г., стр. 11—15, 36—37, 45—46.

съ частнымъ обвиненіемъ, что въ нихъ появляются многочисленныя неоффиціальныя преступленія, вовсе не допускающія примиренія обвиняемаго съ потерпѣвшимъ, и что при опредѣленіи крайняго момента, до котораго возможно примиреніе при остальныхъ преступленіяхъ, законодатель все ближе и ближе придвигаетъ его къ моменту возбужденія уголовнаго преслѣдованія. Ясно, что такая конструкція неоффиціальныхъ преступленій является несовмѣстимой съ той теоріей, въ силу которой эти дѣянія преслѣдуются исключительно или по преимуществу въ интересахъ потерпѣвшаго. Такимъ образомъ теорія эта какъ бы постепенно вымираетъ по мѣрѣ поступательнаго движенія законодательствъ. И дѣйствительно, нужно сказать, что она противорѣчитъ все болѣе и болѣе укрѣпляющимся въ современномъ правосознаніи основнымъ принципамъ уголовнаго права и процесса, а тѣ уголовно-политическія основанія, на которыхъ она покоится, все болѣе и болѣе теряютъ свое значеніе. Основнымъ принципомъ современнаго уголовнаго права является то положеніе, что наказаніе налагается не въ интересахъ частныхъ лицъ, потерпѣвшихъ отъ преступленій, а въ интересахъ публичныхъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ въ силу основнаго начала современнаго процесса, государство само должно заботиться объ осуществленіи принадлежащей ему карательной власти, создавая для этого въ потребномъ количествѣ собственные органы. Если въ то время, когда публичное значеніе нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній сравнительно слабо сознавалось законодателемъ и обществомъ, а государственные органы уголовнаго преслѣдованія были слабо развиты и потому могли справиться съ преслѣдованіемъ только наиболѣе важныхъ преступленій, предоставленіе частнымъ лицамъ уголовнаго преслѣдованія менѣе важныхъ дѣяній составляло практическую необходимость, не нарушающую правосознанія общества, — для современнаго законодателя существованіе дѣяній, преслѣдуемыхъ исключительно частными лицами въ ихъ частныхъ интересахъ, является анахронизмомъ. Что нибудь изъ двухъ: или данное дѣяніе не посягаетъ на публичный интересъ, а нарушаетъ только интересы частныхъ лицъ, — тогда его неза-

чѣмъ заносить въ списокъ уголовныхъ преступленій [1])—пускай лицо, потерпѣвшее отъ такого дѣянія, возстанавливаетъ свое право въ порядкѣ процесса гражданскаго; или данное дѣяніе, хотя въ большинствѣ случаевъ, посягаетъ на интересы публичные,—тогда необходимо, чтобы государственные органы имѣли возможность его преслѣдовать независимо отъ воли частныхъ лицъ, осуществляющихъ свои цѣли и имѣющихъ свой интересъ, отличный отъ государственнаго; если эти дѣянія таковы, что они не при всякихъ конкретныхъ обстоятельствахъ посягаютъ на публичный интересъ, то пусть опять-таки государственные органы, а не частныя лица, не несущія за свои дѣйствія никакой отвѣтственности, рѣшаютъ вопросъ о томъ, есть ли достаточное основаніе въ данномъ конкретномъ случаѣ возбудить уголовное преслѣдованіе или нѣтъ [2]).

Такимъ образомъ, основныя начала уголовнаго права и процесса и общее направленіе, въ которомъ совершается развитіе современныхъ законодательствъ, представляютъ поруку въ томъ, что неоффиціальныя преступленія должны и будутъ освобождаться отъ тѣхъ чертъ, которыя свойственны delicta privata и которыя представляются инороднымъ тѣломъ въ организмѣ современнаго уголовнаго законодательства.

Вторую группу составляютъ теоріи, видящія основаніе неоффиціальныхъ преступленій въ особомъ свойствѣ тѣхъ благъ, на которыя эти преступленія посягаютъ, вслѣдствіе чего установленіе того, пострадало ли отъ даннаго дѣянія то или иное благо, невозможно безъ содѣйствія потерпѣвшаго.

Наиболѣе яркимъ представителемъ этой теоріи, которую можно назвать *теоріей идеальнаго блага*, является—Кирхенгеймъ [3]), относящій къ числу неоффиціальныхъ преступ-

---

[1]) Ср. К. А. Шишко „Частное обвиненіе у насъ и на Западѣ“ Жур. Мин. Юст. 1899 г. № 7, стр. 46.

[2]) Liszt „Die Privatklage in Oesterreich“ въ G. S. B. 29 1877, стр. 204 и слѣд.

[3]) Binding (H. стр. 605) видитъ зачатокъ ученія Кирхенгейма въ изложенной выше теоріи Бара, но мы старались показать, что она—скорѣе разновидность теоріи частнаго деликта.

леній всѣ посягательства на „идеальныя блага“ частныхъ лицъ, т. е. посягательства на свободу, на честь, на цѣломудріе, на авторскія права, на право на фирму и разглашеніе чужихъ таѣнъ. Основаніемъ, почему преступленія противъ этихъ благъ не могутъ преслѣдоваться ex officio, является то обстоятельство, что государство не располагаетъ такими тонкими органами, которые необходимы для того, чтобы проникать въ область внутренней жизни человѣка. Институтъ жалобы является результатомъ болѣе правильнаго проникновенія въ психологическое существо этихъ преступныхъ дѣяній: государство ставитъ здѣсь преступность извѣстныхъ дѣяній въ зависимость отъ правовыхъ убѣжденій и нравственныхъ воззрѣній заинтересованныхъ лицъ. Вообще государство можетъ создавать только внѣшнія условія для плодотворнаго развитія внутренней жизни, само же вторгаться въ ея сферу не должно, ибо развитіе этой жизни именно и зависитъ отъ свободы. Государство охраняетъ идеальныя блага отдѣльныхъ лицъ, такъ какъ его собственное развитіе зависитъ отъ психики его поддан-ныхъ и отъ формы внутренней жизни. Однако государство вмѣшивается лишь по требованію заинтересованныхъ лицъ, ибо оцѣнка такого рода нарушеній можетъ быть произведена только ими [1]).

Такимъ образомъ теорія Кирхенгейма сводится къ тому положенію, что наличность или отсутствіе нарушенія „идеальныхъ благъ“, отъ которыхъ зависитъ составъ разбираемыхъ преступленій, могутъ быть установлены только потерпѣвшимъ, ибо только его субъективное отношеніе къ тѣмъ или инымъ внѣшнимъ дѣйствіямъ сознаетъ самое нарушеніе этихъ благъ. Уже съ перваго взгляда ясно, что теорія Кирхенгейма съ одной стороны шире, а съ другой уже области неоффиціальныхъ преступленій въ положительныхъ законодательствахъ. Всѣ тѣ преступленія имущественнаго характера, которыя преслѣдуются не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго, не вмѣщаются въ рамки теоріи Кирхенгейма, и онъ поэтому принужденъ отрицательно относиться къ ихъ

---

[1]) Kirchenheim, „Die rechtliche Natur der Autragsdelicte“ 1877 г. стр. 51—60.

существованію въ законѣ [1]). Съ другой стороны, послѣдствія вытекающія изъ его теоріи, не признаются въ полномъ объемѣ большинствомъ законодательствъ примѣнительно, напримѣръ, къ преступленіямъ противъ цѣломудрія. Этотъ фактъ также не ускользнулъ отъ вниманія самаго Кирхенгейма, который попытался самъ ограничить съ этой стороны послѣдствія своей теоріи, но едва ли вполнѣ удачно. Онъ указываетъ на то, что нѣкоторыя изъ преступленій противъ цѣломудрія (Geschlechtsehre), хотя они и посягаютъ на идеальныя блага, должны преслѣдоваться ex officio, если сопровождаются отягчающими обстоятельствами [2]). Это ограниченіе едва ли вытекаетъ изъ его теоріи, въ силу которой не должны преслѣдоваться ex officio всѣ независимо отъ своей тяжести, дѣянія, которыя посягаютъ на „идеальныя блага". Однако такой выводъ показался Кирхенгейму весьма опаснымъ, ибо онъ свидѣтельствовалъ бы о томъ, что для весьма многихъ законодательствъ его теорія является непригодной. Понятно поэтому, что онъ предпочелъ, хотя бы и въ ущербъ логикѣ, отклонить эти послѣдствія.

Другимъ представителемъ того же направленія является Листъ [3]), который однако, въ отличіе отъ Кирхенгейма, не пытается объяснить однимъ этимъ принципомъ всѣ неоффиціальныя преступленія: онъ разбиваетъ ихъ на двѣ группы, изъ которыхъ лишь одна, по его мнѣнію, создается законодателемъ потому, что извѣстныя посягательства на правовыя блага только тогда должны быть признаны преступными и только тогда представляютъ значеніе для общественнаго порядка, если потерпѣвшій воспринимаетъ ихъ, какъ правонарушенія и заявить объ этомъ въ предписанной закономъ формѣ жалобы. Такъ напримѣръ, говоритъ Листъ, то или иное обхожденіе можетъ быть воспринято дѣвушкой или какъ ласка или какъ величайшее оскорбленіе. И въ зависимости отъ этого оно должно быть признано наказуемымъ или нѣтъ. Благодаря указанному

---

[1]) Ibid., стр. 44—45.

[2]) Стр. 53—54.

[3]) Liszt Lehrbuch § 44. Ср. также Ortolan „Élements de droit pénal" 1875 г. t. II, стр. 257, 271.

раздвоенію неоффиціальныхъ преступленій Листъ избѣгаетъ тѣхъ трудностей, съ которыми встрѣтилась теорія Кирхенгейма, ибо ему не приходится выбрасывать за бортъ всѣ тѣ дѣянія, которыя не укладываются въ рамки разбираемой теоріи; но вмѣстѣ съ тѣмъ теорія Листа уступаетъ теоріи Кирхенгейма въ опредѣленности, ибо онъ не указываетъ, при какихъ же именно дѣяніяхъ то или иное субъективное отношеніе потерпѣвшаго является рѣшающимъ для признанія наличности или отсутствія нарушенія общественнаго порядка. Кирхенгеймъ опредѣленно говоритъ, что это имѣетъ мѣсто при всѣхъ посягательствахъ на идеальныя блага. Листъ этотъ вопросъ оставляетъ безъ отвѣта.

Наконецъ, къ этой же группѣ писателей должны быть отнесены тѣ многочисленные авторы, которые объясняютъ существованіе въ кодексахъ тѣхъ или иныхъ неоффиціальныхъ преступленій трудностью разграниченія уголовной неправды отъ гражданской и невозможностью добыть доказательства извѣстныхъ преступленій безъ содѣйствія потерпѣвшаго [1]).

Первая разновидность этой теоріи, очевидно, имѣетъ въ виду трудность проведенія границы между уголовно-наказуемымъ дѣяніемъ и гражданскимъ деликтомъ въ конкретномъ случаѣ, ибо если говорить объ этой трудности in abstracto, то преодолѣвать ее призванъ, конечно, не потерпѣвшій, а законодатель [2]). Но если законодатель считаетъ, что дѣяніе, соотвѣтствующее извѣстнымъ внѣшнимъ признакамъ, можетъ быть и преступнымъ и непреступнымъ, въ зависимости отъ конкретной обстановки, то тогда дѣйствительно необходимо найти какую-либо иную инстанцію, которая бы установила, какая изъ двухъ гипотезъ законодателя должна имѣть примѣненіе въ данномъ случаѣ. Естественнѣе всего было бы признать за такую инстанцію публичнаго обвинителя, какъ это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда извѣстныя преступленія преслѣдуются не по началу законности, а по началу удобства, но, по мнѣнію указанныхъ авто-

---

[1]) Mittermaier въ Archiv des Criminalrechts 1838, стр. 618, Köstlin System, стр. 516. Бернеръ. Учебникъ, стр. 904, Alimena, стр. 236.

[2]) Ср. фонъ-Резонъ, стр. 55, Liszt „Die Privatklage in Oesterreich“ G. S., стр. 200.

ровъ, относительно неоффиціальныхъ преступленій извѣстной категоріи это рѣшеніе должно быть предоставлено потерпѣвшему. Почему же законодатель избираетъ именно такой путь? Очевидно не потому, что потерпѣвшій, сплошь да рядомъ не юристъ, вообще говоря, можетъ лучше разобраться въ составѣ преступленія, нежели органы публичнаго обвиненія, а исключительно потому, что въ силу особенностей даннаго дѣянія для потерпѣвшаго доступенъ такой критерій, который является совершенно недоступнымъ для лицъ посторонннхъ. Такимъ критеріемъ, хотя этого прямо разбираемые авторы не говорятъ, является внутреннее воспріятіе послѣдствій даннаго дѣянія потерпѣвшимъ. Такимъ образомъ эта теорія въ конечномъ счетѣ сводится къ тѣмъ же положеніямъ, какія защищаютъ Кирхенгеймъ и Листъ, но только эти положенія заключаются въ ней въ зачаточномъ, совершенно неразвитомъ состояніи. Та же мысль, которая была съ полной опредѣленностью и ясностью высказанна Кирхенгеймомъ и Листомъ, мелкала въ видѣ какого то туманнаго образа передъ умственнымъ взоромъ другихъ писателей и вылилась на бумагу въ неопредѣленной формѣ трудности разграниченія гражданской неправды отъ уголовной.

Эта же самая мысль, но въ еще болѣе несоотвѣтственной оболочкѣ, заключается въ указаніи на то, что извѣстныя неоффиціальныя преступленія не могутъ быть установлены на судѣ безъ содѣйствія потерпѣвшаго. Содѣйствіе потерпѣвшаго можетъ быть въ большей или меньшей степени необходимо при самыхъ разнообразныхъ дѣяніяхъ [1]), потому ли, что онъ является единственнымъ очевидцемъ дѣянія, или же потому что онъ лучше другихъ освѣдомленъ относительно той обстановки, въ которой могла зародится преступная мысль,—однако это не даетъ основанія превращать ихъ въ неоффиціальныя преступленія. Но сторонники разбираемой теоріи, очевидно, имѣли въ виду не ту конкретную конъюнктуру, которая можетъ встрѣтиться и не встрѣтиться при всѣхъ преступленіяхъ; а нѣкоторое специфическое отношеніе извѣстныхъ деликтовъ къ познавательной способности потерпѣвшаго, и можно только дога-

---

[1]) Ср. Medem, стр. 525–526, фонъ-Резонъ, стр. 56.

дываться, хотя эти авторы опять таки этого ясно не говорятъ, что оно должно заключаться въ томъ, что дѣяніе является посягательствомъ на психическую сферу потерпѣвшаго.

Отвлекаясь отъ особенностей отдѣльныхъ разновидностей разбираемой теоріи и останавливаясь лишь на существенныхъ ея чертахъ, нужно сказать, что хотя она правильно подмѣчаетъ характерное свойство извѣстной группы преступленій, заключающееся въ томъ, что самымъ существеннымъ въ этихъ преступленіяхъ является воздѣйствіе, оказываемое ими на психическую сферу потерпѣвшаго, она однако оставляетъ безъ объясненія, почему же констатировать наличность этого воздѣйствія возможно только тогда, когда потерпѣвшій подастъ жалобу? Конечно, для наказуемости обиды необходимо, чтобы она была воспринята въ качествѣ таковой потерпѣвшимъ. Также точно для наказуемости посягательства на цѣломудріе, по справедливому замѣчанію Листа, необходимо, чтобы таковое не было принято потерпѣвшей за ласку. Но остается все-таки неяснымъ, почему органы государственнаго преслѣдованія не могутъ принять на себя иниціативу изслѣдованія и этого вопроса, почему необходимо выжидать поступленія жалобы отъ потерпѣвшаго, а нельзя вызвать его къ судебному слѣдователю или въ судъ, возбудивши уголовное преслѣдованіе, и здѣсь посредствомъ соотвѣтствующаго распроса, а также, посредствомъ установленія его поведенія до совершенія преступленія, въ моментъ совершенія такового и впослѣдствіи, разрѣшить существенный для состава преступленія вопросъ о томъ, какъ имъ было воспринято извѣстное дѣйствіе— какъ нарушающее то или другое его „идеальное благо“, или же какъ дѣйствіе для него безразличное или даже пріятное. Далѣе нужно указать на то, что логическимъ выводомъ изъ разбираемой теоріи является конструкція жалобы потерпѣвшаго, какъ условія преступности дѣяній, ибо пока потерпѣвшій не заявилъ о воспріятіи извѣстнаго дѣйствія, какъ посягательства на его „идеальныя блага“, дѣйствіе это должно считаться уголовно-безразличнымъ; напротивъ, разъ такое заявленіе сдѣлано, недостававшій признакъ преступленія восполненъ и потому такое дѣяніе ничѣмъ уже не

отличается отъ преступленія, преслѣдуемаго ex officio. От сюда прямой выводъ, что взятіе жалобы назадъ является недопустимымъ. Однако выводъ этотъ изъ разбираемыхъ писателей былъ сдѣланъ только Кирхенгеймомъ [1]). Напротивъ Листъ, хотя и признающій жалобу при неоффиціальныхъ преступленіяхъ, покоющихся на указанномъ принципѣ условіемъ наказуемости, допускаетъ взятіе ее назадъ, что очевидно противорѣчитъ основному положенію его теоріи. Это, конечно, объясняется тѣмъ, что проводить послѣдовательно указанную теорію можно лишь цѣною расхожденія съ положительными законодательствами, которыя, какъ мы видѣли, допускаютъ въ весьма широкихъ предѣлахъ взятіе жалобы назадъ какъ разъ по тѣмъ преступленіямъ, которыя Листъ объясняетъ этой теоріей, и въ огромномъ большинствѣ случаевъ признаютъ жалобу не условіемъ преступности или наказуемости, а условіемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія.

Вообще говоря, практическое значеніе этой теоріи является еще болѣе скромнымъ, чѣмъ теоріи частнаго деликта ибо только отнесеніе къ числу неоффиціальныхъ преступленій посягательствъ противъ свободы не можетъ быть объяснено безъ этой теоріи. Другія посягательства на „идеальныя блага“, какъ-то: на честь, на цѣломудріе, разглашеніе чужихъ тайнъ и посягательства на авторскія права допускаютъ иное объясненіе. Но что касается болѣе тяжкихъ видовъ посягательствъ на свободу (противозаконное задержаніе и заключеніе), то они, повидимому, въ новѣйшихъ законодательствахъ проявляютъ тенденцію къ переходу изъ разряда неоффиціальныхъ въ разрядъ оффиціальныхъ [2])

---

[1]) Ук. соч., стр. 63—65.

[2]) Такъ, уложенія венгерское, голландское, итальянское, норвежское и швейцарскій проектъ относятъ тяжкіе виды преступленій противъ свободы, если не считать похищеніе дѣтей и женщинъ, къ преступленіямъ оффиціальнымъ; но и указанныя виды похищенія не противорѣчатъ выставленному въ текстѣ положенію, ибо они въ большинствѣ случаевъ сближаются съ преступленіями противъ цѣломудрія; на тотъ же путь вступило наше дѣйствующее право съ изданіемъ закона 26 іюня 1908 г. объ измѣненіи порядка производства дѣлъ о тяжкихъ угрозахъ.

сохраненіе же въ первомъ разрядѣ менѣе тяжкихъ видовъ (принужденія, угрозы) можетъ быть объяснено и съ точки зрѣнія теоріи частнаго деликта. Поэтому едвали мы ошибемся, если скажемъ, что теорія „неоффиціальныхъ преступленій, какъ посягательствъ на идеальныя блага", получила весьма скромное примѣненіе въ законодательствахъ начала и средины XIX столѣтія и обречена, повидимому, на полную утрату своего вліянія въ дальнѣйшемъ ихъ развитіи.

И дѣйствительно, съ точки зрѣнія здравой уголовной политики нѣтъ никакого основанія обращать въ неоффиціальныя тѣ преступленія, составъ которыхъ зависитъ отъ того или иного отношенія психической сферы потерпѣвшаго къ посягательству на нее. Это отношеніе можетъ быть установлено и при возбужденіи преслѣдованіе ex officio всѣми тѣми средствами, которыми располагаетъ современный уголовный процессъ, сообщать же жалобѣ потерпѣвшаго значеніе какого-то предустановленнаго доказательства это значитъ отступать отъ современныхъ началъ ученія о доказательствахъ.

Наконецъ, послѣднюю группу теорій составляютъ ученія, видящія въ институтѣ жалобы потерпѣвшаго результатъ отказа государства отъ принадлежащаго ему права преслѣдованія и наказанія на случай, если въ силу конкретной обстановки даннаго дѣянія преслѣдованіе его, всегда соединенное судебной оглаской, можетъ принести болѣе вреда потерпѣвшему и его семьѣ, чѣмъ самая безнаказанность дѣянія. Теоріи эти можно бы было назвать ***теоріями пощады потерпѣвшему.***

Однимъ изъ первыхъ представителей этого ученія (формулировавшимъ его съ большой ясностью въ своей монографіи „De iis delictis, quae non nisi ad laesorum querelam vindicantur, Amsterd 1837), является Годфруа, по словамъ котораго въ пользу существованія неоффиціальныхъ преступленій нельзя привести юридическаго основанія (juris ratio), но въ ихъ пользу существуютъ вѣскія уголовно-политическія основанія (utilitatis et prudentiae civilis rationes), имѣющія въ виду пользу самихъ потерпѣвшихъ. *Послѣднихъ нужно щадить* (parci oportet) и позаботиться о томъ, чтобы

преслѣдованіе преступленія не причинило имъ такого вреда, который можетъ быть навсегда сдѣлаетъ невозможной для нихъ счастливую и спокойную жизнь [1]).

Ту же мысль выражаетъ Цахаріэ [2]) характеризующій неоффиціальныя преступленія. (относящіяся къ послѣдней изъ трехъ группъ, на которыя онъ ихъ подраздѣляетъ), какъ дѣянія, которыя нарушаютъ публичный интересъ, но относительно коихъ интересы потерпѣвшаго или его близкихъ, ихъ доброе имя, положеніе въ обществѣ, спокойствіе семьи требуютъ невмѣшательства власти, исключенія судебнаго преслѣдованія и соединеннаго съ нимъ strepitus judicii [3]).

Въ основаніи указаннаго воззрѣнія на неоффиціальныя преступленія лежитъ представленіе о конфликтѣ двухъ интересовъ—интереса государства, требующаго преслѣдованія даннаго дѣянія, какъ посягающаго на общественное спокойствіе, и интереса потерпѣвшаго, требующаго, чтобы преслѣдованія и соединенной съ нимъ огласки, гибельной для его благъ,—не было. Такимъ образомъ, сущность жалобы заключается не только въ томъ, что она вызываетъ уголовное преслѣдованіе (положительная функція), а и въ томъ что отсутствіе ея дѣлаетъ преслѣдованіе невозможнымъ (отрицательная функція). Съ другой стороны указанный конфликтъ разрѣшается законодателемъ по соображеніи сравнительной важности коллидирующихъ интересовъ. Заслуга выясненія этихъ сторонъ разбираемой теоріи принадлежитъ Томсену и Фостену Эли.

---

[1]) Godefroi, стр. 216.

[2]) Zachariae у. с., стр. 390 – 394, см. выше, стр. 310.

[3]) Къ этой группѣ же писателей, комбинирующихъ теорію пощады потерпѣвшему съ другими должны быть отнесены г. фонъ-Резонъ (стр. 53—54) Binding (стр. 606—607), различающіе впрочемъ, первый болѣе, второй менѣе рѣзко вредное вліяніе уголовнаго преслѣдованія на семейныя отношенія потерпѣвшаго и на него лично (auf die Person des Verletzten allein oder auf ihr Verhältniss—etwa die Ehe, dass Verlöbniss—zu dem Verbrecher, по выраженію Binding'a); различіе это само по себѣ не создаетъ, однако, вопреки мнѣнію г. фонъ-Резона, двухъ отдѣльныхъ основаній жалобы потерпѣвшаго; Ср. также Квачевскій (ч. I, стр. 252—254), v. Liszt Lehrbuch § 44, H. Meyer, стр. 300—301, Бернеръ. Учебникъ, стр. 904, Eisler Uber Ermächtigungsdiclite въ Juristische Blätter 1888 г., стр. 207.

Первый изъ нихъ говоритъ, что сущность жалобы заключается не въ томъ, что потерпѣвшему принадлежитъ право вызвать наказаніе преступника подачей жалобы, а въ правѣ потерпѣвшаго *помьшать* преслѣдованію и наказанію виновнаго неподачей или взятіемъ назадъ жалобы [1]).

Второй утверждаетъ, что государство имѣетъ другіе интересы, кромѣ интересовъ репрессіи: спокойствіе супружествъ, согласіе въ семьяхъ, честь гражданъ—это сокровища, изъ которыхъ оно черпаетъ свою силу; поэтому касаться ихъ оно должно съ осторожностью. Конечно, если бы дѣло шло о тяжкихъ преступленіяхъ, правосудіе не должно предъ ними останавливаться (doit passer outre), ибо интересы репрессіи были бы доминирующими; къ тому же жизнь семьи не отдѣлима отъ жизни государства. Но когда преступленіе не слишкомъ тяжко (secondaire), когда оно не посягаетъ на основы правопорядка, тогда его безнаказанность не грозитъ серьезной опасностью обществу, и правосудіе должно ожидать жалобы, ибо только жалоба свидѣтельствуетъ о томъ, что оно можетъ исполнить свою задачу, не причиняя вреда сторонамъ [2]).

Такова теорія пощады потерпѣвшему, изложенная приблизительно словами главныхъ ея представителей. Въ основаніе ея, по нашему убѣжденію, положена совершенно вѣрная мысль, но формулировка ея у приведенныхъ писателей отличается двумя недостатками: во первыхъ они при ея развитіи не достаточно ясно различаютъ точки зрѣнія de lege ferenda и de lege lata [3]), а во вторыхъ недостаточно глубоко

---

[1]) Thomsen „Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich eine Beschränkung der Antragsverbrechen und Vergehen des Deutschen Strafgesetzbuchs“ въ Verhandlungen des 12—ten deutschen Juristentages B. I, 1874, стр. 196—7. Въ той же работѣ нѣсколько далѣе Томсенъ характеризуетъ право жалобы какъ jus prohibendi; ту же основную черту жалобы потерпѣвшаго подчеркиваетъ Liszt (Die Privatklage, стр. 201—202) и Medem (Beseitigung der Antragsdelicte въ Geichtssaal. B. 29 1877, стр. 517—518), различно оцѣнивая ее de lege ferenda.

[2]) Faustin Hélie, Traité t. II, стр. 254.

[3]) Упрекъ этотъ, впрочемъ, не относится къ Эли, который вполнѣ ясно подчеркиваетъ несоотвѣтствіе защищаемой имъ теоріи нѣкоторыхъ неоффиціальныхъ преступленій дѣйствующаго французскаго

проникаютъ въ вопросъ, почему государство при извѣстныхъ дѣяніяхъ поступается своими правами въ пользу интересовъ потерпѣвшаго.

Первый дефектъ вызвалъ то, что большинство писателей (Цахаріэ, Мейеръ, Листъ и друг.), встрѣчая въ дѣйствующемъ правѣ рядъ неоффиціальныхъ преступленій, не поддающихся объясненію съ точки зрѣнія разбираемой теоріи, комбинировали ее съ одной или даже двумя другими теоріями, разобранными нами выше, причемъ такое эклектическое обоснованіе жалобы потерпѣвшаго переносилось ими изъ области legis latae, гдѣ оно было вполнѣ умѣстно, и въ область legis ferendae, гдѣ, какъ мы видѣли, теорія частнаго деликта и теорія „идеальныхъ благъ“ не имѣютъ права на существованіе. Счастливое исключеніе въ этомъ отношеніи представляетъ Годфруа, который все свое ученіе о неоффиціальныхъ преступленіяхъ основываетъ на единомъ принципѣ; но для этого ему приходится въ значительной степени игнорировать дѣйствующее право.

Второй дефектъ разбираемыхъ ученій заключается въ томъ, что они объясняютъ самоограниченіе карательной власти государства въ отношеніи этихъ дѣяній такими неопредѣленными соображеніями, какъ то, что преслѣдованіе можетъ навсегда сдѣлать невозможной для потерпѣвшаго спокойную и счастливую жизнь (Годфруа), что преступленіе причиняетъ потерпѣвшую царапину, а прокуратура превращаетъ ее въ смертельную рану (фонъ-Резонъ, цитируя слова Дюмона), что въ этихъ случаяхъ частные интересы и отношенія болѣе важны для государства, чѣмъ интересъ общества, соединенный съ преслѣдованіемъ виновнаго и т. д. Всѣ эти объясненія все же оставляютъ безъ отвѣта вопросъ о томъ, почему здѣсь частные интересы отдѣльныхъ лицъ ставятся выше интересовъ цѣлаго?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ, по нашему мнѣнію, заключается въ томъ, что правовое развитіе современныхъ цивилизованныхъ народовъ идетъ въ сторону все большаго и

права и предлагаетъ преслѣдованіе ихъ ex officio т. е. иными словами считаетъ защищаемую теорію единственно правильной de lege ferenda см. Traité t. II, стр. 254—256.

большаго признанія *самостоятельной цѣнности за человѣческой личностью* и ея существенными интересами. Государство-левіаѳанъ все болѣе и болѣе отступаетъ предъ индивидомъ, за которымъ признается извѣстный кругъ правъ личности, которыя не должны нарушаться даже подъ предлогомъ общаго блага. Конечно, линія, отдѣляющая этотъ самостоятельный кругъ, отведенный человѣческой личности, отъ остальнаго обширнаго пространства, гдѣ всецѣло господствуетъ государственный интересъ, является исторически измѣнчивой и колеблющейся, но несомнѣнно, что, при всѣхъ колебаніяхъ границы въ ту и другую сторону, въ общемъ кругъ этотъ проявляетъ тенденцію къ расширенію. Въ частности эта тенденція проявляется и въ сферѣ уголовнаго законодательства. Переходъ отъ инквизиціоннаго процесса къ обвинительному былъ вызванъ главнымъ образомъ признаніемъ извѣстной цѣнности за личностью обвиняемаго, превратившагося изъ объекта изслѣдованія въ самостоятельнаго субъекта процессуальныхъ правъ. То же начало вызвало самоограниченіе карательной власти государства и въ другихъ отношеніяхъ. Въ сознаніе законодателя проникла мысль, что жертвы, требуемыя отъ отдѣльныхъ лицъ на алтарь уголовнаго правосудія, не должны быть чрезмѣрны и не должны потрясать другія сферы жизни. Отсюда освобожденіе отъ дачи показанія лицъ близкихъ обвиняемому, священниковъ относительно признаній, сдѣланныхъ имъ во время исповѣди и проч. Отсюда же и ограниченіе права государства возбуждать преслѣдованіе за извѣстныя дѣянія, какъ результатъ признанія самостоятельной цѣнности за личностью потерпѣвшаго, кровные интересы котораго могутъ быть нарушены процессомъ и соединенной съ нимъ оглаской.

Въ игнорированіи этого принципа лежитъ основная ошибка тѣхъ писателей, которые выставляютъ de lege ferenda требованіе объ уничтоженіи института жалобы потерпѣвшаго (Биндингъ, Медемъ, Кестлинъ). Оставляя въ сторонѣ тѣ ихъ доводы, которые вытекаютъ изъ неудачной регламентаціи отдѣльныхъ чертъ этого института, допускающей исправленіе безъ полнаго его упраздненія, мы видимъ, что, напримѣръ, по мнѣнію Биндинга, институтъ этотъ наноситъ вредъ госу-

дарству и какъ субъекту права наказанія и права преслѣдованія, и какъ субъекту права аболиціи и помилованія, ибо рѣшающей является не потребность государства въ преслѣдованіи, наказаніи или помилованіи, а потребность жалобщика; онъ также грубо нарушаетъ принципъ справедливости, требующей, чтобы одинаковая вина вызывала одинаковое возмездіе, и отдаетъ государственные органы въ жертву произволу частныхъ лицъ, что является едва ли достойнымъ [1]). Ясно, что эта критика института жалобы потерпѣвшаго не считается съ тѣмъ, что рядомъ съ потребностями государства могутъ существовать заслуживающія не меньшаго вниманія потребности индивида, что кромѣ достоинства органовъ государства вниманія законодателя можетъ заслуживать и достоинство частныхъ лицъ и что, наконецъ, summum jus легко превращается въ summa injuria. Также точно Медемъ [2]) говоритъ что право помилованія, принадлежащее при этихъ преступленіяхъ частному лицу, противорѣчитъ высшимъ принципамъ государственнаго суверинитета и что матеріальныя выгоды этого права, правда, достаются иногда потерпѣвшему, если онъ этимъ путемъ можетъ помѣшать раскрытію своего позора, избавиться отъ тягостнаго показанія или даже продать свое прощеніе или помилованіе за круглую сумму, но прежде всего эти выгоды достаются преступнику, и не только тогда, когда онъ вошелъ въ стачку съ потерпѣвшимъ, купивъ его молчаніе, но и тогда, когда потерпѣвшій (часто противъ своей воли) отказывается отъ преслѣдованія преступленія ради своихъ удобствъ, ради своей чести, своей семьи и т. д. и даже иногда, когда какая нибудь ошибка или случай помѣшаютъ ему своевременно подать жалобу. Приведенныя возраженія Медема частью тождественны съ возраженіями Биндинга,—а потому все сказанное по ихъ поводу относится и сюда,—частью направляются не противъ существа института жалобы, а противъ такихъ его случайныхъ чертъ, наблюдаемыхъ въ дѣйствующихъ законодательствахъ (право взятіе жалобы назадъ во всякомъ положеніи

---

[1]) Binding, стр. 604—605.

[2]) Medem „Beseitigung der Antragsdelicte“, стр. 518.

дѣла и особый срокъ на принесеніе жалобы), устраненіе которыхъ, какъ мы постараемся показать ниже, не только вполнѣ возможно, но и весьма желательно для достиженія тѣхъ цѣлей, которыя, по нашему убѣжденію, призванъ преслѣдовать этотъ институтъ.

Итакъ, съ помощью выставленнаго выше принципа, надо думать, можно успѣшно парировать тѣ возраженія, которыя дѣлаются противъ института жалобы потерпѣвшаго. Остается ближайшимъ образомъ опредѣлить предѣлы его примѣненія. Въ предшествующемъ изложеніи уже неоднократно приходилось упоминать, что положительнымъ законодательствамъ до сихъ поръ не удалось построить института жалобы на одномъ какомъ-либо началѣ и что теоріи частнаго деликта и идеальнаго блага оказывали большее или меньшее вліяніе на появленіе въ этихъ законодательствахъ отдѣльныхъ неоффиціальныхъ преступленій и на регламентацію отдѣльныхъ сторонъ института жалобы. Поэтому можно сказать съ полной опредѣленностью, что теорія пощады потерпѣвшему не можетъ считаться теоріей дѣйствующаго права (русскаго или какого-либо другого), исчерпывающей всѣ стороны конструируемаго института. Конструкція жалобы потерпѣвшаго для каждаго изъ дѣйствующихъ законодательствъ будетъ нѣсколько иною, но въ общемъ она всегда должна представлять нѣкое mixtum compositum изъ элементовъ теоріи пощады потерпѣвшему съ элементами другихъ двухъ разобранныхъ нами теорій.

Такъ, по дѣйствующему русскому праву неоффиціальныя преступленія допускающія примиреніе, построены на принципѣ частнаго деликта: отсюда преслѣдованіе этихъ дѣяній въ порядкѣ частнаго обвиненія, дѣлимость жалобы, допустимость отказа отъ нея во все продолженіе процесса и даже послѣ вступленія приговора въ законную силу, полная невозможность преслѣдованія этихъ дѣяній безъ жалобы въ случаѣ идеальной ихъ совокупности съ другими оффиціальными или неоффиціальными преступленіями, невозможность постановленія обвинительнаго приговора при переходѣ отъ обвиненія въ преступленіи оффиціальномъ къ обвиненію въ неоффиціальномъ даннаго вида, невозможность обратнаго дѣйствія закона, превращающаго такое прѐступ-

леніе въ оффиціальное и т. д. Напротивъ, неоффиціальныя преступленія, не допускающія примиренія, построены всецѣло на началѣ пощады потерпѣвшему; отсюда преслѣдованіе ихъ въ порядкѣ публичнаго обвиненія, недѣлимость жалобы, недопустимость отказа отъ нея, возможность постановленія приговора безъ жалобы, при идеальной совокупности съ оффиціальнымъ преступленіемъ или при переходѣ отъ обвиненія въ преступленіи оффиціальномъ къ обвиненію въ преступленіи неоффиціальномъ разбираемаго вида, допустимость обратнаго дѣйствія закона, вводящаго преслѣдованіе ex officio и т. д. [1]).

III.

Но если теорія пощады потерпѣвшему не является исчерпывающей теоріей дѣйствующаго права, она, по нашему убѣжденію, является единственно правильной de lege ferenda и должна получить безраздѣльное господство въ законодательствахъ ближайшаго будущаго. Залогомъ этого является правильность положеннаго въ ея основаніи принципа, а также замѣчаемая уже теперь въ законодательствахъ тенденція развиваться въ сторону все большаго и большаго усвоенія вытекающихъ изъ нея положеній.

Усвоеніе законодательствами теоріи пощады потерпѣвшему, въ качествѣ единственнаго основанія неоффиціальныхъ преступленій, должно быть соединено прежде всего съ пересмотромъ списка этихъ преступленій, ибо далеко не всѣ дѣянія, относимыя въ настоящее время тѣмъ или инымъ законодательствомъ къ этой категоріи, отличаются такими свойствами, которыя дѣлаютъ преслѣдованія ихъ ex officio, соединенное съ судебной оглаской, вреднымъ или даже пагубнымъ для потерпѣвшаго.

Такой пересмотръ можетъ быть сдѣланъ нами лишь относительно отечественнаго права, ибо научное значеніе

---

[1]) Ближайшее обоснованіе этихъ положеній, какъ послѣдствій, вытекающихъ изъ теоріи пощады потерпѣвшему, будетъ нами дано въ дальнѣйшемъ изложеніи.

защищаемой теоріи для разрѣшенія вопроса о границахъ института неоффиціальныхъ преступленій выяснится въ достаточной степени и этимъ путемъ, пересмотръ же съ этой точки зрѣнія всѣхъ разбиравшихся выше законодательствъ завелъ бы насъ слишкомъ далеко и едва ли имѣлъ какое либо практическое значеніе: нельзя вѣдь забывать, что отнесеніе даннаго дѣянія къ числу оффиціальныхъ или неоффиціальныхъ, съ точки зрѣнія усвоеннаго нами принципа, обусловливается оцѣнкой сравнительной важности государственнаго интереса, соединеннаго съ преслѣдованіемъ даннаго дѣянія, и интереса частнаго, требующаго оставленія его въ безгласности, а эта оцѣнка зависитъ отъ весьма различныхъ въ отдѣльныхъ странахъ культурныхъ и политическихъ условій и народной психологіи, полное знакомство съ которыми едва ли доступно иностранцу.

Итакъ, обращаясь къ нашему уголовному уложенію 1903 г., мы въ немъ находимъ рядъ дѣяній, относимыхъ проектомъ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства къ числу неоффиціальныхъ [1]) безъ достаточнаго къ тому основанія на ряду съ другими, которыя и съ точки зрѣнія развиваемаго нами воззрѣнія не должны преслѣдоваться ex officio. Уже съ перваго взгляда ясно, что прелюбодѣяніе, любострастныя дѣйствія, различные виды преступнаго полового сношенія, похищеніе женщины для непотребства, вступленія въ бракъ или чтобы повредить ея чести (ст. 418, 513—515, 520, 522, 523, 505, 506 и 477) должны оставаться преступленіями неоффиціальными, ибо огласка всѣхъ этихъ дѣяній, касающихся половой сферы, при существующихъ воззрѣніяхъ на вопросы половой нравственности и на женское цѣломудріе, не можетъ не считаться крайне тяжкой для потерпѣвшихъ и ихъ семьи. Болѣе сомнѣній возбуждаетъ вступленіе въ бракъ посредствомъ принужденія, обмана или пользуясь безсознательнымъ состояніемъ лица (ст. 408—410), ибо въ этихъ случаяхъ бракъ, хотя и совершенный съ нарушеніемъ закона, все же по-

---

[1]) См. выше, стр. 236—237.

крываетъ собою половую связь. Однако оглашеніе указанныхъ дефектовъ брака до извѣстной степени роняетъ его достоинство въ глазахъ общества и дѣлаетъ положеніе невиновнаго супруга колеблющимся и тягостнымъ. Поэтому и здѣсь, хотя и съ меньшей увѣренностью, можно одобрить постановленія проекта новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства [1]).

Напротивъ, нѣтъ никакого основанія относить сюда невозвращеніе ребенка (ст. 503), принужденіе (ст. 505), угрозу (ст. 500, ч. 1), посягательсто на домовое право (ст. 511, 512). Проектъ, поступая иначе, повидимому отправляется отъ теоріи частнаго деликта и теоріи идеальныхъ благъ. Что касается оскорбленія, то оно и дѣйствующимъ правомъ и проектомъ относится къ числу преступленій неоффиціальныхъ, повидимому, потому, что законодатель считаетъ его въ слабой степени нарушающимъ общественный порядокъ. Однако и съ признаніемъ неправильности теоріи частнаго деликта есть полное основаніе не преслѣдовать оскорбленія ex officio, ибо судебное оглашеніе нанесенной обиды нерѣдко усугубляетъ ея тяжесть и разбирательство по такому дѣлу можетъ обратиться въ судебную диффомацію потерпѣвшаго [2]). Такія же соображенія говорятъ за сохраненіе въ числѣ неоффиціальныхъ преступленій оглашенія тайнъ (ст. 541—545), ибо судебное разслѣдованіе этого преступленія влечетъ дальнѣйшее разглашеніе какъ разъ тѣхъ фактовъ, сохраненіе которыхъ въ тайнѣ законъ ради интересовъ потерпѣвшаго санкціонируетъ уголовнымъ наказаніемъ.

---

[1]) Любопытно, что послѣднія дѣянія противъ союза брачнаго относятъ къ неоффиціальнымъ преступленіямъ германское, венгерское и норвежское уложенія и австрійскій проектъ; напротивъ, по уложенію австрійскому, французскому, голландскому, итальянскому и швейцарскому проекту они относятся къ числу оффиціальнныхъ. См. выше, стр. 239.

[2]) Такой взглядъ на преслѣдованіе обидъ не былъ вполнѣ чуждъ и составителямъ судебныхъ уставовъ: см. выше, стр. 239. Сходно Тулубъ „Изъ замѣтокъ и наблюденій мирового судьи“ Жур. Мин. Юст 1897 г. № 4, стр. 79—83.

Что касается тѣлеснаго поврежденія (ст. 469—470, 474), то нѣтъ никакого основанія не преслѣдовать этого преступленія ex officio; требованіе при немъ жалобы потерпѣвшаго только ослабляетъ безъ достаточнаго основанія репрессію, которая не рѣдко здѣсь бываетъ особенно нужна [1]). Лишь простое насиліе, не соединенное съ вредомъ для здоровья (ст. 475), въ виду внѣшняго сходства съ обидой дѣйствіемъ можетъ быть оставлена въ числѣ неоффиціальныхъ преступленій.

Также точно преступленія противъ авторскихъ правъ (ст. 620—622) и различные виды поврежденія чужого имущества и самовольнаго пользованія имъ, а такъ же легкіе виды присвоенія (ст. 547—550 п. 8 и 10, 623—625, 571—573), преслѣдуемые по проекту (повидимому усваивающему здѣсь теорію частнаго деликта), не иначе, какъ по жалобѣ, должны преслѣдоваться ex officio. Равнымъ образомъ нѣтъ основанія относить къ числу неоффиціальныхъ преступленій, а можетъ быть и вообще къ числу преступленій различные виды нарушеній договора найма со стороны сельскихъ рабочихъ, слугъ, подмастерій и проч. (ст. 376—377). Напротивъ, нельзя не признать, что законодатель лишь гарантируетъ существенные интересы семьи, ставя въ зависимость отъ жалобы преслѣдованіе имущественныхъ преступленій между супругами и родственниками въ прямой линіи, а также отказа въ пособіи родителямъ, неповиновенія имъ, грубаго съ ними обхожденія и т. п. (ст. 419), ибо судебное оглашеніе такого рода фактовъ вредитъ интересамъ самихъ потерпѣвшихъ, подрываетъ авторитетъ главы семьи и ослабляетъ еще болѣе семейныя связи [2]).

---

[1]) Fuchs „Der Strafantrag bei Körperoerletzungen“, стр. 589—590. Gerichtssaal 1876 г.

[2]) Г. Дворжицкій (ук. соч. Суд. Газ. 1895 г. № 26) высказывается за дальнѣйшее расширеніе въ этомъ направленіи области неоффиціальныхъ преступленій. По его мнѣнію грабежъ, разбой и ложный доносъ возникающіе „на семейной почвѣ“, не должны преслѣдоваться ex officio, съ чѣмъ едва ли можно согласиться. Равнымъ образомъ онъ высказывается за расширеніе круга лицъ, преступленія между которыми не должны преслѣдоваться безъ жалобы потерпѣвшаго, до предѣловъ ст. 705 уст. уг. суд.

Наконецъ, преступленія, совершенныя заграницей противъ правъ иностраннаго государства или иностраннаго поддан-наго, если законъ считаетъ нужнымъ ихъ преслѣдовать, должны, конечно, преслѣдоваться въ томъ же порядкѣ, какъ преступленія, совершенныя въ Россіи.

Въ силу теоріи пощады потерпѣвшему жалоба должна быть конструирована какъ условіе возбужденія уголовнаго преслѣдованія (Prozessvoraussetzung) [1]) и притомъ именно возбужденія, а не продолженія или постановленія приго-вора (Urtheilsvoraussetzung) [2]), ибо институтъ жалобы имѣетъ въ виду предотвратить тотъ вредъ, который можетъ быть причиненъ самому потерпѣвшему или его семейнымъ отно-шеніямъ процессомъ и особенно соединенной съ нимъ огла-ской (strepitus fori или judicii) [3]). Поэтому тамъ гдѣ этотъ вредъ уже причиненъ—а это всегда имѣетъ мѣсто, когда дѣло дошло до постановленія приговора, которому пред-шествуетъ болѣе или менѣе гласное разбирательство—нѣтъ основанія, чтобы отсутствіе жалобы служило препятствіемъ къ постановленію приговора: иными словами, нѣтъ надоб-ности дѣлать изъ жалобы Urtheilsvoraussetzung.

Изъ такой конструкціи жалобы вытекаютъ изъятія для случаевъ, возбуждающихъ общественный соблазнъ, а слѣдо-

---

[1]) Впервые ученіе о Prozessvoraussetzungen было развито въ примѣненіи въ гражданскому процессу Oskar'омъ Bülow'ымъ („Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen“ 1868 г., стр. 5—9). Затѣмъ это ученіе было усвоено и примѣнено къ уголовному процессу криминалистами. См. Binding „Grundriss des gemeinen Deutschen Strafprozessrechts“ 1881 г. § 94, Kries „Die Prozessvoraussetzungen des Reichs-Strafprozesses“ Zeitschrift f. g. Strafrechtswissenschaft 1885 г. B. V, Eisler „Die Prozessvoraussetzungen im österreichischem Strafpro-zesse“ Zeitschrift f. d. Priv. und öffent. Recht 1890 г. B. 17 и друг.

[2]) Различіе между Prozess—и Urtheils-voraussetzung см. у Binding Gundriss 1886 г., стр. 191, Kries ук. соч. 30—45, Eisler, стр. 615—622, 632—641.

[3]) Иначе Binding (Haudbuch, стр. 596), считающій жалобу потер-пѣвшаго Prozess—und Urtheilsvoraussertung и, повидимому, Kries, (стр. 10—11, 35—36, 40).

вательно и безъ того получившихъ широкую огласку [1]), для случаевъ идеальной совокупности неоффиціальнаго преступленія съ оффиціальнымъ [2]) и, наконецъ, для случаевъ, когда въ теченіи процесса при постановленіи приговора обнаружилось, что дѣяніе подлежитъ преслѣдованію только по жалобѣ, а таковой при возбужденіи преслѣдованія не имѣлось [3]).

Однако, разсматривая эти изъятія, логически вытекающія изъ теоріи пощады потерпѣвшему, de lege ferenda, рекомендовать ихъ будущему законодателю можно далеко не въ равной мѣрѣ. Такъ прежде всего, понятіе *дѣянія, возбуждающаго общественный соблазнъ*, вовсе не столь опредѣленно и легко распознаваемо, чтобы его можно было класть во главу угла при рѣшеніи прокурорской или слѣдственной властью вопроса о томъ, подлежитъ ли данное дѣяніе преслѣдованію ex officio, ибо преслѣдованіе все равно не причинитъ потерпѣвшему большаго вреда, чѣмъ ему уже причинила огласка дѣянія. Впрочемъ, у законодателя при установленіи этого изъятія можетъ являться еще и то соображеніе, что, напримѣръ, преступленія противъ нравственности, возбуждающія общественный соблазнъ, являются настолько тяжкими, что государство здѣсь не можетъ поступаться въ интересахъ потерпѣвшаго своимъ правомъ преслѣдованія. Однако мысль эта въ такой абсолютной формѣ едва ли правильна, тамъ же, гдѣ общественный соблазнъ является особенно опаснымъ, возбужденіе его возводится законодателемъ въ delictum sui generis. Поэтому въ общемъ нужно привѣтствовать, что разбираемое изъятіе изъ порядка преслѣдованія неоффиціальныхъ преступленій исчезло изъ новѣйшихъ кодексовъ и возстановленіе его по указаннымъ практическимъ соображеніямъ не можетъ быть рекомендовано будущему законодателю.

Напротивъ, въ случаяхъ *идеальной совокупности неоффиціальнаго преступленія съ оффиціальнымъ* правильно бу-

---

[1]) Ср. еще Bamberguensis 1507 г. и Reichspolizeiordnung 1530 относительно прелюбодѣянія (см. выше стр. 89 90), уложенія вюртембергское и гессенское (см. выше, стр. 127).

[2]) Брауншвейгское (см. выше, стр. 126), венгерское и итальянское улож. относительно преступленій противъ цѣломудрія, (стр. 213).

[3]) Русская судебная практика (см. выше, стр. 316—317).

дѣть допустить преслѣдованіе ex officio за оба преступленія. Среднее рѣшеніе, даваемое уложеніями вюртембергскимъ, гессенскимъ, германской и русской судебной практикой, въ силу котораго каждое изъ дѣяній преслѣдуется въ свойственномъ ему порядкѣ, не способно удовлетворить ни интересовъ потерпѣвшаго, ни интересовъ государства. Интересы потерпѣвшаго все равно страдаютъ, ибо судебное разсмотрѣніе идеально конкуррирующаго оффиціальнаго преступленія (напр. кровосмѣшенія, соединеннаго съ изнасилованіемъ) все равно влечетъ за собою оглащеніе тѣхъ фактовъ, въ сокрытіи которыхъ отъ празднаго или зложелательнаго любопытства всемѣрно заинтересованъ потерпѣвшій. Интересы государства терпятъ ущербъ, ибо преступленіе, нерѣдко тяжкое, оглашенное и даже установленное на судѣ, остается безнаказаннымъ [1]).

Поэтому здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ при установленіи преслѣдованія не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго, нужно прямо и рѣшительно сдѣлать выборъ между тѣмъ или другимъ изъ сталкивающихся интересовъ, т. е. или допустить преслѣдованіе обоихъ преступленій, не смотря на отсутствіе жалобы, или не допускать преслѣдованія ни за одно изъ нихъ. За второе рѣшеніе во всѣхъ случаяхъ высказался анонимный авторъ статьи въ Archiv für Preussisches Strafrecht, а въ случаѣ совокупности менѣе тяжкаго оффиціальнаго преступленія съ болѣе тяжкимъ неоффиціальнымъ Леманнъ въ томъ же Archiv [2]), но едва ли къ нимъ можно присоединиться, ибо это значило бы слишкомъ щедро и широко поступаться интересами публичнаго преслѣдованія преступленій. И дѣйствительно, насколько намъ извѣстно, ни законодательства, ни судебная практика европейскихъ государствъ не послѣдовали за Леманномъ и его анонимнымъ единомышленникомъ. Напротивъ, обратное

---

[1]) Къ этому можно добавить еще и то соображеніе, что при порядкѣ, усвоенномъ напр. германской практикой, строго говоря, при подачѣ жалобы потерпѣвшимъ впослѣдствіи должно имѣть мѣсто повторное судебное разбирательство по поводу одного и того же дѣянія, хотя бы первый процессъ окончился оправданіемъ, см. выше, стр. 127.

[2]) См. выше, стр. 127.

рѣшеніе этой проблеммы, т. е. допущеніе преслѣдованія ex officio за оба дѣянія, было усвоено уложеніемъ венгерскимъ [1]) и для преступленія противъ цѣломудрія итальянскимъ. Постановленія эти по нашему убѣжденію должны быть усвоены и другими законодательствами, въ томъ числѣ и русскимъ. Строго говоря, можно было бы обойтись и безъ особаго постановленія на этотъ счетъ, ибо при ясномъ проведеніи законодателемъ защищаемой точки зрѣнія на основаніе неоффиціальныхъ преступленій принимаемое рѣшеніе вопроса дается логическимъ толкованіемъ закона. Но принимая во вниманіе колебанія хотя бы прусской судебной практики въ этомъ вопросѣ [2]), мы не можемъ не признать цѣлесообразнымъ внесеніе въ законъ особаго на этотъ счетъ постановленія.

Тотъ же принципъ долженъ быть примѣненъ и при разрѣшеніи вопроса объ *измѣненіи обвиненія*, въ силу коего дѣяніе, признававшееся ранѣе оффиціальнымъ, сдѣлалось неоффиціальнымъ (напр. предполагалось кровосмѣшеніе, а на судѣ выяснилось, что это простое прелюбодѣяніе, ибо родство оказалось болѣе далекимъ). Ясно, что и здѣсь по изложеннымъ выше основаніямъ и безъ жалобы потерпѣвшаго можетъ быть постановленъ обвинительный приговоръ. Вопросъ становится нѣсколько сложнѣе, если измѣненіе обвиненія имѣло мѣсто до открытія судебнаго слѣдствія въ періодъ предварительнаго производства, ибо здѣсь нельзя безусловно утверждать, что совершенныя судебныя дѣйствія сдѣлали право потерпѣвшаго помѣшать оглашенію дѣянія фактически неосуществимымъ. Онъ долженъ быть разрѣшенъ въ ту или другую сторону въ зависимости отъ того, признаетъ ли законодатель, и до какого момента, допустимымъ

---

[1]) Слишкомъ далеко идетъ венгерское уложеніе при преступленіяхъ противъ цѣломудрія, допуская преслѣдованіе ихъ не только при идеальной совокупности, но и при связи по времени или мѣсту съ оффиціальнымъ преступленіемъ (см. выше, стр. 213). Однако такая связь далеко не всегда и не неизбѣжно влечетъ за собою необходимость оглашенія на судѣ обстоятельствъ, составлявшихъ и сопровождавшихъ эти преступленія, а потому нѣтъ основанія лишать потерпѣвшаго права воспрепятствовать ихъ преслѣдованію и оглашенію.

[2]) См. выше, стр. 127—128.

взятіе жалобы назадъ, ибо если, положимъ, оно возможно до открытія судебнаго засѣданія по дѣлу, нѣтъ основанія, если необходимость жалобы обнаружится до этого момента, не прекращать производства, начатаго безъ жалобы. Но на вопросѣ о взятіи жалобы назадъ мы предполагаемъ остановиться нѣсколько ниже.

Также должны быть разрѣшены de lege ferenda тѣ случаи, когда не новыя обстоятельства измѣнили первоначальное обвиненіе, а оно съ самаго начала было поставлено неправильно. Правда, въ этихъ случаяхъ уничтоженіе или прекращеніе производства можетъ служить какъ бы санкціей соблюденія соотвѣтственныхъ процессуальныхъ постановленій (ст. 259 п. 2 герм. уст. уг. суд. и ст. 1 нашего устава уг. суд.), но едва ли правильно будетъ карать должностныхъ лицъ за неправильное возбужденіе преслѣдованія прекращеніемъ дѣла, отъ котораго потерпѣвшій не выигрываетъ, публичный интересъ страдаетъ и лишь преступникъ является тѣмъ tertius, который gaudet [1]). Объ этомъ также въ законѣ должно быть сдѣлано спеціальное постановленіе.

Характеръ жалобы, какъ условія возбужденія уголовнаго преслѣдованія, вытекающій изъ теоріи пощады потерпѣвшему, даетъ также ключъ къ разрѣшенію вопроса о *соотношеніи разновременныхъ и разномѣстныхъ законовъ* въ примѣненіе къ неоффиціальнымъ преступленіямъ.

Новый законъ, вводящій преслѣдованіе ex officio или отмѣняющій таковое, подлежитъ примѣненію ко всѣмъ дѣламъ, возникающимъ послѣ введенія его въ дѣйствіе, хотя бы преступленіе было совершено и до него. Формально это вытекаетъ изъ принципа примѣненія новыхъ процессуальныхъ законовъ къ возбужденію преслѣдованія за преступленія, совершенныя при дѣйствіи прежнихъ [2]). Матеріально

---

[1]) Еще Bülow указывалъ, что не всегда отсутствіе Prozessvoraussetzung, обнаруженное послѣ доведенія процесса до конца должно, влечь за собою его уничтоженіе (ук. соч., стр. 9).

[2]) Binding Handbuch, стр. 254—256, 645.

изъ того, что жалоба есть условіе, вводимое закономъ въ интересахъ потерпѣвшаго, поскольку эти интересы признаются государствомъ болѣе важными, чѣмъ интересы преслѣдованія. Поэтому, ни съ точки зрѣнія правъ обвиняемаго, ни съ точки зрѣнія правъ потерпѣвшаго нельзя возражать противъ распространенія новаго закона на дѣянія, совершенныя до его вступленія въ дѣйствіе. Обвиняемый здѣсь не можетъ ссылаться на принципъ lex moneat priusque feriat, ибо дѣяніе его и ранѣе было запрещеннымъ и наказуемымъ; потерпѣвшій не можетъ говорить о нарушеніи его пріобрѣтенныхъ правъ, ибо хотя законъ предоставляетъ ему при неоффиціальныхъ преступленіяхъ право помѣшать возбужденію преслѣдованія, но лишь до тѣхъ поръ пока новымъ закономъ подобное право не будетъ признано несовмѣстимымъ съ публичнымъ интересомъ [1]).

Въ положительныхъ законодательствахъ разсмотрѣнный вопросъ получилъ частью недостаточное [2]), частью невѣрное [3]) рѣшеніе, а потому здѣсь будущему законодателю прійдется, по нашему мнѣнію, отрѣшившись отъ историческихъ и иностранныхъ образцовъ, дать новую самостоятельную обработку разсматриваемой матеріи въ указанномъ выше смыслѣ.

Тѣ же соображенія, но съ еще большимъ основаніемъ, примѣнимы къ преступленіямъ, совершеннымъ за границей, которыя по законамъ мѣста суда преслѣдуются ex officio, а по законамъ мѣста совершенія не иначе, какъ по жалобѣ, и на оборотъ. Каждая страна примѣняетъ лишь свои процессуальные законы, а говорить о правахъ, пріобрѣтенныхъ въ силу иностраннаго закона обвиняемымъ или потерпѣвшимъ еще менѣе основанія, чѣмъ въ предшествующемъ случаѣ. Каждое государство вольно различно расцѣнивать интересы личности, требующія непреслѣдованій даннаго дѣянія, и интересы репрессіи. Поэтому навязать данному государству чужой критерій не представляется возможнымъ. Нельзя также утверждать, что преступленія, совершенныя

---

[1]) Ср Binding H., стр. 239.

[2]) Австрійскій проектъ, норвежское уложеніе; см. выше, стр. 168 и 214.

[3]) Германская новелла 1876 г., см. выше, стр. 149.

за границей, всегда въ меньшей степени посягаютъ на правопорядокъ даннаго государства. При современномъ общеніи между жителями различныхъ государствъ и при развитіи привычной и профессіональной преступности мѣсто совершенія преступленія имѣетъ гораздо меньше, съ точки зрѣнія охраны правопорядка, значенія, чѣмъ личность преступника. Поэтому de lege ferenda можно отнестись лишь отрицательно не только къ постановленіямъ, дѣлающимъ изъ дѣяній извѣстной категоріи, совершенныхъ за границей, неоффиціальныя преступленія, преслѣдуемыя по жалобѣ потерпѣвшихъ частныхъ лицъ или иностранныхъ правительствъ [1]), но и къ тѣмъ постановленіямъ, которыя требуютъ для преслѣдованія жалобы потерпѣвшаго, если данное дѣяніе по закону мѣста совершенія является неоффиціальнымъ [2]). Однако и здѣсь проведеніе защищаемой точки зрѣнія сопряжено съ введеніемъ въ законъ такого постановленія, подобнаго коему нѣтъ въ дѣйствующихъ законодательствахъ [3]).

Съ точки зрѣнія того же принципа надлежитъ разрѣшить и вопросъ о *допимости жалобы.* Разъ потерпѣвшему принадлежитъ лишь право помѣшать огласкѣ дѣянія, воздержавшись отъ подачи жалобы,—подавая таковую, онъ уже не можетъ ограничивать уголовное преслѣдованіе и наказаніе тѣми или иными лицами, оставляя прочихъ внѣ преслѣдованія. Будетъ ли вестись процессъ противъ одного или противъ нѣсколькихъ соучастниковъ, судебная огласка

---

[1]) Бельгійскій кодексъ (см. выше, стр. 181), прежняя редакція art 7 французскаго C. In. Cr., ст. 174 улож. о наказ., нашъ проектъ ст. 29[6].

[2]) Уложеніе германское (см. выше, стр. 148), австрійскій проектъ (выше, стр. 168—9), уложенія венгерское, норвежское и швейцарскій проектъ (выше, стр. 214—215).

[3]) Тотъ или иной характеръ жалобы можетъ вліять также, при извѣстной редакціи трактатовъ, на допустимость выдачи при неоффиціальныхъ преступленіяхъ. См. Mittermaier „Der Strafantrag als Bedingung der Stafbarkeit oder Prozessvoraussetzung“ Deutsche Iuristen—Zeitung 1902 г. стр. 69—70. Stoos „Zur Natur des Strafantrags“ Ibid стр. 143—144.

дѣянія будетъ на лицо и тѣ интересы, щадя которые законодатель ввелъ институтъ жалобы, все равно пострадаютъ [1]). Поэтому уголовное преслѣдованіе должно вестись и наказаніе должно быть примѣнено въ тѣхъ границахъ, въ которыхъ это требуется публичнымъ интересомъ, т. е. по общему правилу въ отношеніи всѣхъ соучастниковъ. Предоставленіе въ этихъ случаяхъ потерпѣвшему преслѣдовать однихъ и не преслѣдовать другихъ дѣйствительно равнялось бы присвоенію ему права помилованія, которое можетъ принадлежать только субъекту права наказанія, т. е. государству. Это рѣшеніе вопроса можетъ встрѣтить нѣкоторыя возраженія лишь въ примѣненіи къ относительно-неоффиціальнымъ преступленіямъ, какъ-то семейной кражѣ и проч. Можно сказать, что здѣсь законодатель долженъ принять во вниманіе не только интересъ потерпѣвшаго, связанный съ неоглашеніемъ преступленія, происшедшаго въ средѣ семьи, но и облегчить возстановленіе добрыхъ отношеній между близкими, нарушенныхъ этимъ преступленіемъ, что возможно только при предоставленіи напр. отцу преслѣдовать однихъ изъ провинившихся дѣтей и простить другихъ. Не отрицая того, что бываютъ отдѣльныя случаи, для которыхъ подобная норма была бы желательна, напр. когда испорченный сынъ вовлекъ въ преступленіе своихъ младшихъ братьевъ, мы тѣмъ не менѣе думаемъ, что постановленія закона о жалобѣ должны считаться со средними, чаще встрѣчающимися случаями, дабы не слишкомъ колебать начало государственной репрессіи преступленій, подобные же частные случаи найдутъ правильное разрѣшеніе и при возбужденіи преслѣдованія противъ всѣхъ виновныхъ, если вообще законодательство объ отвѣтственности несовершеннолѣтнихъ подвергнется реформѣ, согласно современнымъ требованіямъ, въ своихъ процессуальныхъ и матеріальныхъ частяхъ (введеніе childrens courts, reform schools, reform prisons и проч.).

Нужно, впрочемъ, признать, что при этихъ дѣяніяхъ возникаетъ еще другая трудность. Если въ преступленіи

---

[1]) Ср. Berendes „Die Unteilbarkeit des Strafantrages“ 1902, стр. 7, 16—17.

вмѣстѣ съ близкими потерпѣвшаго принимаютъ участіе посторонніе, послѣдніе подлежатъ преслѣдованію ex officio и потому можетъ случиться, что дѣяніе получитъ судебную огласку не смотря на неподачу жалобы потерпѣвшимъ. Есть ли тогда основаніе сохранять за этими дѣяніями хахактеръ неоффиціальныхъ и примѣнима ли вообще наша конструкція къ этимъ дѣяніямъ? Нельзя отрицать, что съ точки зрѣнія ея законодатель поступилъ бы всего правильнѣе, послѣдовавъ примѣру уложеній брауншвейскаго и баденскаго, которыя при относительно неоффиціальныхъ преступленіяхъ не допускали преслѣдованія ex officio и посторонних соучастниковъ [1]). Но если въ такомъ нововведеніи была бы усмотрѣна недопустимая жертва публичнымъ интересомъ преслѣдованія, то относительно этихъ случаевъ нужно сказать то же, что было сказано выше, т. е. что законодатель не можетъ дать безусловно справедливаго и цѣлесообразнаго рѣшенія для всѣхъ комбинацій, которыя создаетъ неистощимо разнообразная жизнь: онъ принужденъ довольствоваться правилами, которыя годятся для среднихъ случаевъ.

Развитіе законодательствъ несомнѣнно совершается въ сторону господства начала недѣлимости жалобы. Это начало признано уложеніями вюртембергскимъ, гессенскимъ, брауншвейгскимъ, прусскимъ, германскимъ, венгерскимъ, швейцарскимъ проектомъ и съ нѣкоторыми ограниченіями уложеніемъ норвежскимъ [2]); и лишь проекты австрійскій и нашъ дѣлятъ неоффиціальныя преступленія на двѣ группы, признавая въ отношеніи одной изъ нихъ начало недѣлимости, а въ отношеніи другой начало дѣлимости [3]). Эта послѣдняя система, вытекающая изъ признанія за частью неоффиціальныхъ преступленій значенія частныхъ деликтовъ, должна быть отвергнута и законъ долженъ постановить, что жалоба при всѣхъ неоффиціальныхъ преступленіяхъ

---

[1]) См. выше, стр. 113—114, эта же точка зрѣнія отчасти поддерживается Schwarze и Berendes (см. ук. соч., стр. 27—28, гдѣ цитируется и статья Schwarze).

[2]) См. выше, стр. 112—113, 208—209.

[3]) См. выше, стр. 162.

недѣлима и что хотя бы потерпѣвшій выразилъ въ ней желаніе преслѣдовать только одного изъ виновныхъ, обвиненіе ex officio должно быть возбуждено противъ всѣхъ соучастниковъ.

Развиваемая теорія даетъ опредѣленный отвѣтъ и на весьма спорный вопросъ о правѣ потерпѣвшаго *помириться* съ виновнымъ или *взять жалобу назадъ*.

Если основаніемъ института жалобы является необходимость дать въ извѣстныхъ случаяхъ возможность потерпѣвшему помѣшать судебной огласкѣ учиненнаго противъ него преступленія, то очевидно, тамъ, гдѣ эта огласка уже произошла, цѣль института жалобы не можетъ быть достигнута и право помѣшать дальнѣйшему теченію процесса въ формѣ отказа отъ жалобы будетъ использовано потерпѣвшимъ для достиженія цѣлей, ничего общаго съ тѣми, которыя ставитъ себѣ законодатель, не имѣющихъ. Въ полной мѣрѣ такая судебная огласка наступаетъ съ момента открытія судебнаго по дѣлу засѣданія. Правда, могутъ сказать, что огласка можетъ быть предотвращена закрытіемъ дверей засѣданія, такъ что слушаніе дѣла въ судебномъ засѣданіи не при всѣхъ условіяхъ влечетъ за собою огласку преступленія. Однако это возраженіе въ сущности направляется не противъ установленія вышеуказаннаго предѣльнаго срока, до котораго можно допустить взятіе жалобы обратно, а противъ защищаемаго нами основанія института жалобы, который, съ точки зрѣнія этого воззрѣнія, можно было бы замѣнить слушаніемъ извѣстныхъ дѣлъ при закрытыхъ дверяхъ. Но это положеніе едва ли можетъ быть серьезно поддерживаемо. Многіе изъ дѣйствующихъ законодательствъ допускаютъ закрытіе дверей по дѣламъ о преступленіяхъ противъ правъ семейственныхъ и чести и цѣломудрія женщинъ (ср. ст. 620^2 нашего уст. уг. суд., § 173 германскаго G. V. G. и друг.) и тѣмъ не менѣе считаютъ нужнымъ установить преслѣдованіе нѣкоторыхъ изъ этихъ дѣяній не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшихъ. И это вполнѣ понятно. Слушаніе дѣла, даже при закрытыхъ дверяхъ, сопровождается такимъ огла-

шеніемъ факта преступленія, которое является крайне тягостнымъ для потерпѣвшаго. Разбирательство происходитъ предъ коллегіей коронныхъ судей, къ которымъ иногда присоединяется коллегія присяжныхъ засѣдателей, въ дѣлѣ участвуютъ прокуроръ, защитникъ, секретарь, присутствуетъ судебный приставъ, свидѣтели, эксперты, иногда родственники обвиняемаго, чины судебнаго вѣдомства, члены адвокатуры. И вотъ потерпѣвшій или потерпѣвшая въ присутствіи всѣхъ этихъ лицъ должны подвергнуться весьма щекотливымъ разспросамъ, выслушивать касающіяся интимнѣйшихъ сторонъ ихъ жизни показанія и дебаты, слухи о которыхъ невидимыми, но тѣмъ не менѣе вѣрными путями проникаютъ въ общество, всегда падкое на скандальныя происшествія [1]). Ясно, что при такихъ условіяхъ для потерпѣвшихъ будетъ весьма слабымъ утѣшеніемъ то, что отчетъ о процессѣ не попадетъ въ газеты и что при разборѣ дѣла въ залѣ засѣданія будетъ сидѣть не сотня, а два, три десятка человѣкъ.

Съ другой стороны судебное разбирательство, особенно публичное, знакомящее массу лицъ съ обстановкой преступленія, доводитъ публичный интересъ, связанный съ тѣмъ, чтобы преступленіе не осталось безнаказаннымъ и дѣло завершилось приговоромъ, до высшей степени напряженія [2]).

Поэтому крайнимъ моментомъ, до котораго можетъ быть допущено взятіе жалобы назадъ, является открытіе засѣданія по дѣлу. Но изъ этого еще не слѣдуетъ, что отказъ отъ жалобы долженъ быть допущенъ непремѣнно въ этихъ максимальныхъ предѣлахъ. Вообще можно усомниться въ допустимости такого отказа. Всякое производство по дѣлу, хотя бы и въ періодъ предварительнаго слѣдствія, преданія суду или приготовительныхъ къ суду распоряженій, соединено съ большей или меньшей его оглаской и чѣмъ дальше оно удаляется отъ первоначальнаго момента подачи жалобы, тѣмъ большее число лицъ знакомится съ

---

[1]) Яркимъ доказательствомъ этого положенія является извѣстный процессъ князя Эйленбурга.

[2]) Nessel, стр. 90, Kirchenheim, стр. 85.

преступнымъ событіемъ и тѣмъ менѣе достижимой является цѣль института жалобы. Поэтому, строго говоря, не слѣдовало бы вовсе допускать отказа отъ однажды поданной жалобы [1]). Потерпѣвшій долженъ хорошенько обдумать свое положеніе и результаты, которые повлечетъ за собою для него и его близкихъ подача жалобы: онъ долженъ семь разъ отмѣрить и одинъ разъ отрѣзать, а отрѣзавши знать, что отрѣзаннаго не пришьешь.

Однако, такія требованія, предъявленныя къ потерпѣвшимъ, могутъ оказаться чрезмѣрно строгими. Потерпѣвшій часто тотчасъ послѣ совершенія надъ нимъ преступленія находится въ такомъ возбужденномъ или, наоборотъ, подавленномъ состояніи, что не въ силахъ разобраться въ своихъ интересахъ, не можетъ здраво обдумать и взвѣсить свое поведеніе. Справедливо ли поэтому, чтобы опрометчивый шагъ, сдѣланный при такихъ обстоятельствахъ, признавался закономъ безповоротнымъ, хотя онъ можетъ оказаться роковымъ для всей будущности потерпѣвшаго? [2]). Къ этому еще можно прибавить, особенно имѣя въ виду наши русскія условія, что потерпѣвшій сплошь да рядомъ окажется человѣкомъ неграмотнымъ, незнающимъ своихъ правъ, считающимъ своей обязанностью заявлять о случившемся начальству и неспособнымъ облечь это заявленіе въ форму, отличную отъ формы жалобы. Лишь посовѣтовавшись съ людьми болѣе знающими, онъ пойметъ свое положеніе и, быть можетъ, будетъ горько раскаиваться въ сдѣланномъ. Справедливо ли создавать для такого обывателя jus strictum и сказать ему на его желаніе взять жалобу назадъ: „поздно?“.

Но все же, если и допускать отказъ отъ жалобы послѣ ея подачи, необходимо его ограничить возможно короткимъ срокомъ не только въ виду изложенныхъ выше соображеній, но и въ виду того, что долгій срокъ, какъ это было констатировано въ нашей и иностранной литературѣ, даетъ

---

[1]) См. анонимный авторъ въ Суд. Газ. 1889 г. № 21, Тулубъ „Изъ замѣтокъ и наблюденій мирового судьи“ Жур. Мин. Юст. 1897 г. № 4, стр. 49—51.

[2]) Berendes ук. соч., стр. 59.

возможность потерпѣвшему пользоваться своимъ правомъ для эксплоотаціи обвиняемаго, который по мѣрѣ возрастанія вѣроятности обвинительнаго приговора и приближенія времени отбытія наказанія дѣлается все болѣе и болѣе податливымъ и готовымъ идти на матеріальныя жертвы [1]). Такимъ образомъ право отказа отъ жалобы, установленное для устраненія невыгодныхъ для потерпѣвшаго послѣдствій его опрометчивости, дѣлается источникомъ какого-то недостойнаго торга уголовной отвѣтственностью, невольнымъ соучастникомъ котораго является судъ. Поэтому, казалось бы, наиболѣе цѣлесообразнымъ было бы ограничить право потерпѣвшаго взять жалобу обратно, по примѣру голландскаго уложенія, восьмидневнымъ срокомъ, исчисляемымъ отъ времени ея подачи [2]). Срокъ этотъ является достаточнымъ для того, чтобы потерпѣвшій могъ обдумать свое положеніе, и слишкомъ краткимъ для того, чтобы онъ успѣлъ развить шантажную дѣятельность противъ обвиняемаго. Такой срокъ находитъ оправданіе и въ общей тенденціи другихъ законодательствъ частью устранить, частью оттѣснить ближе къ началу процесса право потерпѣвшаго отказаться отъ жалобы. Такъ, германская новелла 1876 г. признала общимъ правиломъ невозможность взятія жалобы назадъ, допустивъ впрочемъ довольно много исключеній [3]); австрійскій проектъ установилъ тоже начало для Antragsverbrechen (иначе при Privatanklageverbrechen) [4]); французское право съ самаго начала допускало отказъ отъ жалобы только при прелюбодѣяніи и обидѣ [5]); бельгійскій законъ 1878 г. призналъ значеніе только за отказомъ, послѣдовавшимъ до возбужденія преслѣдованія надлежащимъ органомъ (изъятіе лишь для прелюбодѣянія) [6]); а норвеж-

---

[1]) Ср. Alimena (стр. 237), который говоритъ, что nell'anticamera della sala di udienza si compiano i piu loschi mercimoni", Binding, стр. 647, Тулубъ, стр. 70—78.

[2]) Противъ этого съ точки зрѣнія „народныхъ воззрѣній" возражаетъ г. Лонгиновъ (стр. 46), предлагающій допускать взятіе жалобы обратно до постановленія приговора.

[3]) См. выше, стр. 135.

[4]) См. выше, стр. 167.

[5]) См. выше, стр. 189.

[6]) См. выше, стр. 192.

ское уложеніе допустило отказъ отъ жалобы лишь до возбужденія уголовнаго обвиненія [1]).

Но и тѣ законодательства, которыя отодвигаютъ возможность отказа отъ жалобы къ весьма позднему моменту (постановленія приговора или вступленія его въ законную силу), дѣлаютъ изъятіе для тѣхъ дѣяній, при которыхъ особенно ярко выраженъ характеръ жалобы, какъ средства избавить потерпѣвшаго отъ невыгодныхъ послѣдствій процесса, какъ напр. для преступленій противъ цѣломудрія. При нихъ эти кодексы или вовсе не допускаютъ взятія жалобы назадъ (германское, венгерское и наше уложенія) [2]) или допускаютъ его до начала судебнаго разбирательства (итальянское уложеніе) [3]). Приведенныя постановленія, надо думать, достаточно подтверждаютъ правильность той мысли, что законодательства, по мѣрѣ уясненія истиннаго характера жалобы потерпѣвшаго, стремятся или вовсе устранить или ограничить первоначальными стадіями процесса право потерпѣвшаго взять свою жалобу обратно.

При указанномъ характерѣ отказа отъ жалобы ясно, что соглашеніе о такомъ отказѣ, или самый отказъ послѣдовавшіе до подачи жалобы, не связываютъ потерпѣвшаго [4]) Равнымъ образомъ ясно, что государственные органы не должны принимать никакихъ мѣръ къ склоненію потерпѣв-

---

[1]) См. выше, стр. 212.

[2]) Впрочемъ, въ литературѣ раздаются единичные голоса за допущеніе въ широкихъ предѣлахъ взятія жалобы назадъ и при преступленіяхъ этой категоріи см. напр. замѣтку Судьи („Нѣкоторыя желательныя измѣненія въ дѣйствующемъ уголовномъ законодательствѣ процессуальномъ и матеріальномъ“) въ Судебной Газетѣ за 1891, № 21.

[3]) См. выше, стр. 211—212.

[4]) См. Reber, стр. 522—523, 536—538, Köllner „Kann bei Delicten welche nur auf Antrag verfolgt werden, der Beschuldigte die Bestrafung durch Berufung auf einen mit dem Antragsteller abgeschlossenen Privatvergleich abwenden?“ 1889 г., стр. 12—14. Schönberg „Vergleich über Strafansprüche, resp. verzicht auf diese, insbesondere den Strafantrag“ 1899 г., стр. 29. Это же положеніе вытекаетъ изъ общаго понятія отказа отъ публичныхъ правъ. Ср. напр. Schoenborn „Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht“ 1908 г., стр. 31, 71—76.

шаго примириться съ виновнымъ [1]), ибо государство заинтересовано не въ прекращеніи, а въ разсмотрѣніи судомъ дѣлъ этого рода. Если оно соглашается на ихъ прекращеніе, то не въ своихъ интересахъ, а въ интересахъ потерпѣвшаго. Единственно, что можетъ быть вмѣнено въ обязанность органамъ, принимающимъ жалобы, это разъяснять жалобщику его право взять жалобу назадъ въ указанный закономъ срокъ.

Отказъ отъ жалобы долженъ быть также недѣлимъ, какъ и сама жалоба [2]), при чемъ заявленіе о нежеланіи преслѣдовать одного изъ виновныхъ не должно оказывать никакого вліянія на ходъ преслѣдованія, ибо оно свидѣтельствуетъ о томъ, что потерпѣвшій огласку дѣянія не считаетъ вредной для своихъ интересовъ.

Отказъ отъ жалобы, какъ предоставленная закономъ потерпѣвшему возможность исправить свою опрометчивость является актомъ одностороннимъ, не требующимъ согласія обвиняемаго. Но нельзя отрицать, что въ тѣхъ случаяхъ, когда уже состоялось привлеченіе обвиняемаго, интересы послѣдняго могутъ быть нарушены прекращеніемъ дѣла безъ судебнаго разбирательства. Здѣсь, какъ и вообще при разрѣшеніи правовыхъ вопросовъ, имѣется столкновеніе противоположныхъ интересовъ: потерпѣвшаго, неосмотрительно принесшаго жалобу, и обвиняемаго, заинтересованнаго въ разсмотрѣніи возведеннаго на него обвиненія. Законодатель не имѣетъ основанія идти такъ далеко въ своемъ покровительствѣ потерпѣвшему, чтобы игнорировать вовсе интересы обвиняемаго, тѣмъ болѣе, что они могутъ быть нарушены не только опрометчивыми, но и недобросовѣстными дѣйствіями жалобщика, который, быть можетъ, вовсе не потерпѣлъ, а лишь желаетъ набросить тѣнь на обвиняемаго поданной и затѣмъ до обстоятельнаго разслѣ-

---

[1]) Шишко „Частное обвиненіе у насъ и на западѣ". Жур. Мин. Юст. 1899 г. № 7, стр. 59, Тулубъ ук. соч., стр. 62—69 contra И. Гордонъ „Къ вопросу о примирительномъ разбирательствѣ по дѣламъ, производящимся въ порядкѣ частнаго обвиненія". Жур. Мин. Юст. № 4, стр. 211—216.

[2]) Berendes, стр. 59.

дованія взятой назадъ жалобы [1]). Неубѣдительнымъ является возраженіе о томъ, что недобросовѣстныя обвиненія возможны и при преступленіяхъ, преслѣдуемыхъ ex officio, а тѣмъ не менѣе и тамъ возможно прекращеніе преслѣдованія безъ судебнаго приговора, вопреки желанію обвиняемаго. По дѣламъ публичнаго порядка прекращеніе преслѣдованія имѣетъ мѣсто лишь по судебному опредѣленію, констатирующему или отсутствіе состава преступленія или недостаточность уликъ. Такое опредѣленіе реабилитируетъ обвиняемаго почти въ такой же степени, какъ и судебный приговоръ. Сомнѣніе можетъ быть только относительно прекращенія вслѣдствіе давности совершенія преступленія или преслѣдованія, но въ этихъ случаяхъ обвиняемый долженъ мириться съ необходимостью, ибо разслѣдованіе по большей части является фактически невозможнымъ за утратою доказательствъ и проч. Притомъ и здѣсь, разъ дѣло дошло до публичнаго разбирательства, напр. нашъ проектъ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства предоставляетъ обвиняемому требовать предварительнаго установленія его вины или невиновности (ст. 786—787). Совсѣмъ иное значеніе имѣетъ прекращеніе дѣла вслѣдствіе отказа потерпѣвшаго отъ преслѣдованія: постановленное на этомъ основаніи судебное опредѣленіе нисколько не реабилитируетъ обвиняемаго и даже, болѣе того, можетъ внушить подозрѣніе, что онъ виновенъ въ приписываемомъ ему дѣяніи и только откупился отъ преслѣдованія. Поэтому, въ случаѣ отказа потерпѣвшаго отъ жалобы послѣ привлеченія обвиняемаго (до этого момента несправедливая жалоба имѣетъ не болѣе вѣса, чѣмъ всякая иная клеветническая бумага), послѣднему, по примѣру одного изъ проектовъ германскаго устава уголовнаго судопроизвод-

---

[1]) Contra Reber ук. соч., стр. 493 - 499. Витунскій („Долженъ ли отказъ частнаго обвинителя отъ жалобы влечь за собою прекращеніе дѣла“ Журн. Мин. Юст. 1901 г. № 6, стр. 185—6), полагающій, что интересы обвиняемаго могутъ быть достаточно гарантированы надлежащей постановкой преслѣдованія за ложный доносъ, которое не должно зависить отъ приговора по основному дѣлу и признанія обвиненія не добросовѣстнымъ.

ства [1]), итальянскаго уложенія и швейцарскаго проекта [2]), слѣдуетъ предоставить право въ короткій (напр. 7 дневный срокъ) отъ сообщенія объ отказѣ требовать разсмотрѣнія дѣла.

Но только явно выраженный отказъ потерпѣвшаго отъ жалобы долженъ влечь за собою прекращеніе дѣла. *Неявка* его *въ засѣданіе* не должна имѣть такого послѣдствія, ибо нѣтъ основанія придавать ей значеніе презумпціи отказа.

Вмѣстѣ съ тѣмъ разсмотрѣніе дѣла въ отсутствіи потерпѣвшаго не будетъ вызывать какихъ-либо неудобствъ или затрудненій, если прокурорскій надзоръ будетъ на общихъ основаніяхъ участвовать въ преслѣдованіи неоффиціальныхъ преступленій, разъ жалоба потерпѣвшимъ подана. Дѣйствительно, нѣтъ достаточнаго основанія преслѣдовать всѣ или нѣкоторыя неоффиціальныя преступленія исключительно въ порядкѣ частнаго обвиненія. Разъ эти преступленія во всѣхъ случаяхъ преслѣдуются и наказываются въ публичномъ интересѣ, преслѣдованіе ихъ должно находиться въ рукахъ нормальныхъ органовъ государственнаго обвиненія [3]).

Это конечно не значитъ, что потерпѣвшіе отъ этихъ преступленій должны быть вовсе устранены отъ участія въ процессѣ. Напротивъ, мы являемся сторонниками широкаго участія потерпѣвшихъ и даже нѣкоторыхъ общественныхъ организацій въ преслѣдованіи преступленій въ качествѣ субсидіарныхъ (Subsidiarankläger) и дополнительныхъ обвинителей (Nebenkläger), но только при неоффиціальныхъ преступленіяхъ эти формы частнаго обвиненія, равно какъ и принципальное

---

[1]) См. выше, стр. 137—138.

[2]) См. выше, стр. 212.

[3]) См. мою статью въ Жур. Мин. Юст. 1903, № 3; ранѣе ту же точку зрѣнія развивали И. Г. Щегловитовъ „Уголовно-частный порядокъ преслѣдованія по судебнымъ уставамъ“ (Юр. Вѣст. 1889. Май, стр. 86—87), анонимный авторъ въ Суд. Газ. 1889 г. № 21, Дворжицкій ук. соч. Суд. Газ. 1895 г. № 27; менѣе рѣшительно Случевскій Учеб., стр. 608—610; иначе Волжинъ („Участіе прокурора въ направленіи дѣлъ частнаго обвиненія“ Вѣстникъ Права 1899 г. № 6, стр. 90—91), предлагающій обязательное участіе прокуратуры въ преданіи суду, а въ судебномъ разбирательствѣ лишь по уполномочію потерпѣвшаго.

частное обвиненіе (principale Privatklage), должны служить тѣмъ же цѣлямъ, какъ и при оффиціальныхъ преступленіяхъ, т. е. служить средствомъ парализовать вредныя послѣдствія государственной монополіи преслѣдованія (Klagmonopol), удовлетворить законной потребности потерпѣвшаго лично добиваться наказанія обидчика, дать просторъ самодѣятельности общественной и индивидуальной въ сферѣ уголовнаго преслѣдованія, наконецъ, прійти на помощь недостаточно хорошо развитымъ (напр. въ сферѣ мѣстной юстиціи) или слишкомъ обремененнымъ государственнымъ органамъ обвиненія [1]). Напротивъ, своихъ особыхъ специфическихъ цѣлей въ области неоффиціальныхъ преступленій частное обвиненіе не имѣетъ. Если же нѣкоторыя законодательства (русское, австрійское, отчасти германское) связываютъ съ нимъ болѣе тѣсными узами всѣ или нѣкоторыя неоффиціальныя преступленія, то это является результатомъ отвергаемаго нами воззрѣнія на всѣ или нѣкоторыя неоффиціальныя преступленія, какъ на частные деликты, преслѣдованіе которыхъ должно производиться въ интересахъ и средствами потерпѣвшихъ, и практически нерѣдко влечетъ за собой для невѣжественныхъ потерпѣвшихъ отказъ въ правосудіи [2]).

Таковы вопросы, относящіеся къ ученію о жалобѣ потерпѣвшаго, разрѣшеніе которыхъ въ указанномъ выше смыслѣ находится въ прямой логической зависимости отъ принятой нами конструкціи института жалобы.

---

[1]) И. Г. Щегловитовъ „Участіе потерпѣвшаго отъ преступленія въ уголовномъ преслѣдованіи“ Юр. Вѣст. 1888 г. № 1, стр. 106—107. В. П. Ширковъ „Участіе потерпѣвшаго отъ преступнаго дѣянія въ возбужденіи уголовнаго преслѣдованія и обличеніи обвиняемаго предъ судомъ“ Вѣст. Права 1900 г. № 6, стр. 120 140. Шишко ук. соч., стр. 60 см. еще Бентанъ „О судоустройствѣ“ 1860 г., стр. 86—89. Иностранная литература по этому вопросу приведена выше, стр. 346.

[2]) Ср. И. Г. Щегловитовъ „Уголовно-частный порядокъ преслѣдованія по судебнымъ уставамъ“ Юрид. Вѣст. 1889 г. Май, стр. 72, 75—77. Шишко ук. соч. Жур. Мин. Юст. 1899, № 7, стр. 49—50.

Что касается остальныхъ сюда относящихся вопросовъ, то хотя на рѣшеніе ихъ оказываютъ большее или меньшее вліяніе и другія соображенія, лежащія внѣ теоріи пощады потерпѣвшему, тѣмъ не менѣе и здѣсь эта теорія является главнымъ основаніемъ для ихъ разрѣшенія.

Сюда, напримѣръ, относится вопросъ о томъ, *кому* при неоффиціальныхъ преступленіяхъ законодатель долженъ *предоставить право жалобы.* Мы видѣли, что всѣ законодательства на этотъ вопросъ отвѣчаютъ—прежде всего самому потерпѣвшему—и этотъ отвѣтъ нельзя не признать совершенно правильнымъ. Лицомъ наиболѣе заинтересованнымъ въ неоглашеніи факта преступленія или въ наказаніи виновныхъ является конечно тотъ, котораго ближе всего коснулось преступленіе, чьи матеріальные или моральные интересы больше всего пострадали отъ преступленія и могутъ еще больше пострадать отъ его оглашенія. Такимъ лицомъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ является потерпѣвшій, т. е. тотъ, чье субъективное право сдѣлалось предметомъ посягательства. Правда, въ жизни могутъ встрѣтиться случаи, въ которыхъ въ силу индивидуальныхъ особенностей наиболѣе воспріимчивымъ къ послѣдствіямъ преступленія или его судебнаго разсмотрѣнія окажется не самъ потерпѣвшій, а кто-либо изъ его близкихъ (напр. мужъ, родители). Для такихъ случаевъ было бы житейски болѣе справедливо предоставить право жалобы не юридически потерпѣвшему, а этимъ истиннымъ морально потерпѣвшимъ. И тѣмъ не менѣе законодатель принужденъ игнорировать ихъ, принужденъ не считаться съ особенно тонкой и воспріимчивой психической организаціей однихъ и моральной нечувствительностью другихъ. Принужденъ онъ это дѣлать потому, что онъ можетъ считаться только съ средними, наиболѣе часто встрѣчающимися случаями и что индивидуализація нормъ права не должна идти въ ущербъ ихъ опредѣленности, составляющей весьма цѣнное практическое достоинство. Субъектъ права жалобы долженъ быть опредѣлительно указанъ въ законѣ и легко распознаваемъ въ жизни органами правосудія. Этимъ требованіямъ отвѣчаетъ лишь потерпѣвшій отъ преступленія въ юридическомъ смыслѣ этого слова.

Правда, нѣкоторыя законодательства [1]), имѣя въ виду интересъ другихъ лицъ (супруговъ, родителей, начальства потерпѣвшаго) въ преслѣдованіи неоффиціальныхъ преступленій, надѣляютъ этихъ лицъ самостоятельнымъ правомъ жалобы, какъ посредственно потерпѣвшихъ, но постановленія этого рода, тщетно пытаясь угоняться за разнообразіемъ жизни, способны принести болѣе вреда, чѣмъ пользы. Дѣйствительно, законодательства эти ограничиваютъ право жалобы ближайшими родственниками потерпѣвшихъ, супругами, начальствомъ и проч., но въ жизни случается, что честь посторонней женщины бываетъ дороже чести жены, что въ наказаніи оскорбленія, нанесеннаго должностному лицу, болѣе заинтересованы его товарищи-сослуживцы, чѣмъ начальство (чувство корпоративности) и т. д.; съ другой стороны, лишь на первый взглядъ можетъ показаться, что предоставленіе права жалобы на ряду съ непосредственно потерпѣвшимъ другимъ лицамъ гарантируетъ ихъ интересы, не нарушая интересовъ потерпѣвшаго. Въ дѣйствительности такой взглядъ имѣетъ въ виду лишь *положительную функцію* жалобы и игнорируетъ не менѣе важную *отрицательную ея функцію*. Чѣмъ большему числу лицъ принадлежитъ самостоятельное право жалобы, тѣмъ чаще интересы ихъ могутъ между собою разойтись и легко можетъ случиться, что посредственно потерпѣвшій будетъ требовать преслѣдованія тогда, когда непосредственно потерпѣвшій будетъ всемѣрно заинтересованъ въ томъ, чтобы преслѣдованія не было. Поэтому право жалобы другихъ лицъ, на ряду съ дѣеспособными потерпѣвшими, должно быть отвергнуто законодателемъ, какъ способное аннулировать jus prohibendi, принадложащее послѣднимъ [2]).

Но, конечно, исключительное право жалобы должно принадлежать лично лишь дѣеспособнымъ потерпѣвшимъ, ибо оно предполагаетъ сознательный выборъ между возбужденіемъ преслѣдованія и оставленіемъ дѣянія, нанесшаго

---

[1]) Германское, французское и наше уложенія, также нашъ проектъ; см. выше, стр. 106, 182, 255—259.

[2]) Къ тому же положенію въ конечномъ выводѣ приходитъ г. Волжинъ ук. соч. въ Жур. Гр. и Уг. Пр. 1887 г. кн. 9, стр. 55.

вредъ потерпѣвшему, безгласнымъ и безнаказаннымъ [1]). Такой выборъ можетъ быть сдѣланъ потерпѣвшимъ въ соотвѣтствіи съ собственными интересами лишь въ томъ случаѣ, когда его умъ и воля достигли извѣстной степени зрѣлости и не затемнены или не поражены какимъ либо ненормальнымъ состояніемъ. По существу задача, подлежащая разрѣшенію потерпѣвшаго при подачѣ жалобы, не отличается отъ тѣхъ задачъ, которыя приходится разрѣшать индивиду при совершеніи различныхъ юридическихъ дѣйствій въ сферѣ гражданскаго права и процесса. Поэтому и здѣсь наступленіе дѣеспособности и состоянія ее исключающія должны быть опредѣлены тѣми же признаками, какъ и въ гражданскомъ правѣ и процессѣ. Такимъ образомъ малолѣтнимъ, не достигшимъ 17 лѣтъ, не должно быть предоставлено право лично и самостоятельно приносить жалобу. Это право за нихъ должны осуществлять ихъ законные представители, родители и опекуны [2]). Равнымъ образомъ и взятіе жалобы назадъ при малолѣтствѣ потерпѣвшаго должно принадлежать исключительно его законному представителю [3]).

Болѣе сомнѣній возбуждаетъ вопросъ о потерпѣвшихъ въ возрастѣ отъ 17 до 21 года. Слѣдуетъ ли и здѣсь подачу жалобы обусловить согласіемъ попечителя, которое, бываетъ необходимо для совершенія многихъ граж-

---

[1]) Binding H., стр. 616—617.

[2]) 17 лѣтній возрастъ избирается нами потому, что онъ служитъ гранью безусловной недѣеспособности въ нашемъ гражданскомъ правѣ и процессѣ. Западно-европейскіе кодексы, какъ мы видѣли, устанавливаютъ грани, не слишкомъ далеко отъ него уклоняющіяся: германскій 18 лѣтъ, венгерскій и голландскій и норвежскій, а также швейцарскій проектъ —16 лѣтъ (см. выше, стр. 105, 205, 206, 207). Нѣкоторое затрудненіе представляетъ прелюбодѣяніе, ибо при опредѣленіи брачнаго совершеннолѣтія женщинъ нашимъ закономъ въ 16 лѣтъ, можетъ случиться, что прійдется предоставлять право принести жалобу за нарушеніе супружеской вѣрности опекуну потерпѣвшей. Впрочемъ, если бы это было признано неудобнымъ, можно для этого преступленія сдѣлать изъятіе, предоставивъ право жалобы и не достигшей 17 лѣтъ потерпѣвшей, подобно тому какъ это дѣлаетъ австрійская судебная практика и голландское уложеніе (см. выше, стр. 160, 206).

[3]) Иначе нашъ проектъ въ ст 29[1].

данскихъ сдѣлокъ, или предоставить законному представителю такого не вполнѣ дѣеспособнаго потерпѣвшаго право приносить жалобу на ряду съ нимъ, какъ это дѣлаютъ швейцарскій проектъ, уложеніе германское и для нѣкоторыхъ преступленій уложенія венгерское и норвежское [1]).?—Мы полагаемъ, что съ достиженіемъ 17 лѣтъ потерпѣвшему должно быть предоставлено самостоятельное и исключительное право разрѣшать вопросъ о подачѣ или неподачѣ жалобы [2]). Всякая иная система стѣсняетъ или его jus persequendi или его jus prohibendi и искусственно наклоняетъ вѣсы то въ сторону непреслѣдованія, то въ сторону преслѣдованія неоффиціальныхъ преступленій. Если требовать согласія попечителя на подачу жалобы, то выйдетъ, что воздержаться отъ преслѣдованія несовершеннолѣтній потерпѣвшій можетъ вполнѣ самостоятельно, а возбудить его не можетъ. Если предоставить законному представителю конкуррирующее право, то выйдетъ, что потерпѣвшій можетъ возбудить преслѣдованіе независимо отъ своихъ законныхъ представителей, а помѣшать таковому безъ нихъ не можетъ. Между тѣмъ и jus persequendi и jus prohibendi, какъ мы видѣли, являются равноцѣнными элементами права жалобы и искусственное ослабленіе того или другого одинаково нежелательно. Но и независимо отъ этого въ огромномъ большинствѣ случаевъ вопросъ о подачѣ или не подачѣ жалобы не является настолько сложнымъ, чтобы въ немъ не могъ разобраться человѣкъ, достигшій 17 лѣтняго возраста. Кромѣ того въ этомъ вопросѣ сплошь да рядомъ рѣшающая роль должна по праву принадлежать субъективнымъ убѣжденіямъ и даже ощущеніямъ потерпѣвшаго, не поддающимся контролю законнаго представителя.

Также точно законные представители должны замѣнять въ правѣ жалобы находящихся *подъ опекой вслѣдствіе душевной болѣзни или глухонѣмоты*. Уголовные законы не должны содержать особыхъ опредѣленій относительно условій учрежденія опеки въ этихъ случаяхъ, а должны отсылать къ опредѣленіямъ законовъ гражданскихъ.

---

[1]) См. выше, стр. 106, 206—207.

[2]) Ср. Волжинъ ук. соч., стр. 56—58.

Наконецъ, состоящіе *подъ опекой вслѣдствіе расточительности и несостоятельные должники* лично осуществляютъ право жалобы при всѣхъ неоффиціальныхъ преступленіяхъ, не исключая и преступленій противъ имущества [1]), ибо право это не имѣетъ имущественнаго характера. Впрочемъ, особое постановленіе на этотъ счетъ нѣтъ надобности вносить въ законъ, ибо положеніе это будетъ вытекать какъ изъ того, что перечисляя случаи ограниченія дѣеспособности при принесеніи жалобы, законъ обходитъ молчаніемъ расточительность и несостоятельность, такъ и изъ того, что эти ограниченія имѣютъ чисто имущественный характеръ.

Если *преступленіе* противъ недѣеспсообнаго *совершено его законнымъ представителемъ*, долженъ быть назначенъ curator ad hoc, разрѣшающій съ точки зрѣнія интересовъ потерпѣвшаго вопросъ о принесеніи жалобы. Составляющее особенность подобнаго рода случаевъ совпаденіе въ одномъ лицѣ жалобщика и виновнаго должно влечь за собою устраненіе этого совпаденія предоставленіемъ права жалобы другому лицу, а не превращеніемъ неоффиціальнаго преступленія въ оффиціальное [2]). Вѣдь совпаденіе это нисколько не устраняетъ тѣхъ мотивовъ, лежащихъ въ личности самаго потерпѣвшаго (а не его законнаго представителя), въ силу которыхъ законодатель счелъ нужнымъ отказаться отъ преслѣдованія ex officio. Цѣль закона при регламентаціи этихъ случаевъ—устранить безнаказанность законнаго представителя, вытекающую не изъ интересовъ потерпѣвшаго, а изъ фактической невозможности принести жалобу, но отнюдь не измѣнить самыя основанія, въ силу коихъ преслѣдованіе будетъ или не будетъ возбуждено. Между тѣмъ при передачѣ его въ руки прокуратуры такое измѣненіе непремѣнно будетъ имѣть мѣсто, ибо прокуратура при разрѣшеніи вопроса о возбужденіи преслѣдованія будетъ руководиться или исключительно наличностью со-

---

[1]) Иначе уложеніе венгерское (см. выше, стр. 206), а въ нашей литературѣ г. Волжинъ l. c., стр. 57.

[2]) Преслѣдованіе ex officio въ этихъ случаяхъ предписываютъ уложенія вюртембергское, гессенское, баденское, венгерское и нашъ проектъ. Ту же точку зрѣнія de lege ferenda защищаетъ г. Волжинъ ук. соч., стр. 57.

става преступленія (начало законности), или публичнымъ интересомъ (начало удобства), но отнюдь не частными интересами потерпѣвшаго.

Противъ такого рѣшенія обыкновенно приводится возраженіе практическаго характера. Указываютъ, что только предоставленіе преслѣдованія прокурорскому надзору гарантируетъ наказаніе преступныхъ родителей, опекуновъ и проч., ибо лишь въ рѣдкихъ случаяхъ опекунское установленіе можетъ быть освѣдомлено о совершенномъ преступленіи и назначить спеціальнаго опекуна. Но и это возраженіе можетъ быть парализовано постановленіемъ закона, въ силу котораго полиція и прокуратура обязаны сообщать о такого рода преступленіяхъ опекунскому установленію, которое, получивъ такое сообщеніе или увѣдомленіе родственниковъ потерпѣвшаго, должно, а въ прочихъ случаяхъ можетъ назначить curator'a ad hoc [1]).

Вопросъ о принесеніи жалобы чрезъ *добровольнаго представителя* также, въ виду колебанія практики, требуетъ законодательнаго разрѣшенія и притомъ въ томъ же смыслѣ, какъ онъ нами разрѣшался на почвѣ дѣйствующаго права.

Дѣйствительно, если право жалобы является строго личнымъ (jus personalissimum), а подача жалобы или воздержаніе отъ нея актомъ выбора со стороны потерпѣвшаго, основанномъ на оцѣнкѣ сравнительной важности для него оглашенія факта преступленія и наказанія обидчика, оцѣнка эта можетъ быть сдѣлана только потерпѣвшимъ лично и притомъ лишь послѣ того, какъ ему сдѣлалась извѣстна конкретная обстановка преступленія. Ясно поэтому, что хотя нѣтъ основаній мѣшать потерпѣвшему уполномочить другое лицо на принесеніе жалобы, но необходимо, чтобы полномочіе это было спеціальное, данное ad hoc, послѣ совершенія преступленія. Что касается формы полномочія, то желательно, чтобы законодатель, не требуя другихъ формальностей, все же установилъ для него письменную форму, которая по своей природѣ устраняетъ возможность сомнѣнія въ томъ, что полномочіе было дѣйствительно дано.

---

[1]) Ср. Reber, стр. 336—337.

Если извѣстное *неоффиціальное преступленіе нарушаетъ субъективныя права нѣсколькихъ лицъ*, каждое изъ нихъ является потерпѣвшимъ. Поэтому возникаетъ вопросъ, долженъ ли законодатель каждому изъ нихъ предоставить самостоятельное право жалобы, или предоставить имъ всѣмъ вмѣстѣ одно нераздѣльное право жалобы, осуществляемое сообща [1]).

При первомъ рѣшеніи будетъ терпѣть уронъ принадлежащее остальнымъ потерпѣвшимъ jus prohibendi, ибо преслѣдованіе будетъ возбуждено даже вопреки ихъ желанію, при второмъ—принадлежащее каждому изъ потерпѣвшихъ jus persequendi, ибо достаточно, чтобы нѣкоторые изъ нихъ или большинство (въ зависимости отъ конструкціи) воспротивились преслѣдованію, дабы оно не имѣло мѣста. Возникающая въ этихъ случаяхъ коллизія между интересами различныхъ потерпѣвшихъ должна быть, однако, разрѣшена въ пользу тѣхъ, которые требуютъ преслѣдованія, ибо законодатель, создавая неоффиціальныя преступленія, поступается лишь государственнымъ интересомъ, соединеннымъ съ ихъ преслѣдованіемъ, но отнюдь не интересами другихъ потерпѣвшихъ. И дѣйствительно, было бы непослѣдовательно, съ одной стороны, всячески заботиться о предоставленіи потерпѣвшему возможности получить удовлетвореніе въ порядкѣ суда уголовнаго за понесенный вредъ, для этого открывать ему право обжалованія дѣйствій прокуратуры и суда по прекращенію преслѣдованія, допускать къ активному участію въ судебномъ слѣдствіи въ роли дополнительнаго или субсидіарнаго обвинителя, не распространять на дѣлѣ частнаго порядка амнистіи (манифестовъ), и въ то же время ставить въ зависимость отъ воли третьяго лица возможность возбужденія уголовнаго преслѣдованія. Это значило бы допустить отказъ въ правосудіи въ интересахъ частнаго лица. Очевидно, что законодатель не долженъ идти такъ далеко.

Въ силу тѣхъ же соображеній каждому изъ потерпѣвшихъ принадлежитъ самостоятельное право взятія жалобы назадъ.

---

[1]) Binding, стр. 632.

Такъ этотъ вопросъ разрѣшается и всѣми европейскими законодательствами, которыя его касаются [1]).

Самостоятельность правъ каждаго изъ потерпѣвшихъ влечетъ нѣкоторыя процессуальныя осложненія. Такъ какъ жалоба есть лишь условіе возбужденія уголовнаго преслѣдованія, въ которомъ разсматривается принадлежащее государству право наказанія, то ясно, что если процессъ, возбужденный по жалобѣ одного изъ потерпѣвшихъ, закончился приговоромъ, разрѣшившимъ дѣло по существу, права остальныхъ потерпѣвшихъ должны считаться имъ погашенными [2]), ибо принадлежащее государству право преслѣдованія, которое косвенно возбуждаетъ жалоба потерпѣвшаго, приговоромъ исчерпано въ полномъ объемѣ и вновь возбуждено быть не можетъ. Но если въ процессѣ былъ разрѣшенъ лишь вопросъ о правѣ жалобы одного изъ потерпѣвшихъ или лица, выдававшаго себя за такового, и притомъ разрѣшенъ отрицательно, другіе потерпѣвшіе могутъ подачей новыхъ жалобъ возбудить уголовное преслѣдованіе, ибо судебнымъ опредѣленіемъ былъ исчерпанъ лишь вопросъ о допустимости даннаго процесса, а не о принадлежащемъ государству правѣ наказанія и вытекающемъ изъ него правѣ преслѣдованія. Такое же значеніе имѣетъ и прекращеніе дѣла вслѣдствіе взятія жалобы назадъ подавшимъ ее потерпѣвшимъ. Другіе потерпѣвшіе могутъ въ свою очередь подать жалобу, точно также какъ если бы первый потерпѣвшій ея вовсе не подавалъ.

Большинство законодательствъ [3]) лишаютъ юридическаго значенія жалобу, поданную по истеченіи извѣстнаго *срока (Antragsfrist)*, отличнаго отъ общаго давностного, создавая такимъ образомъ, по выраженію Биндинга, изъ права жалобы право, ограниченное срокомъ (befristeter Recht) [4]).

---

[1]) Ср. уложенія саксонское, баденское, германское, венгерское и проектъ австрійскаго (см. выше, стр. 125—126, 212, 165).

[2]) Binding, стр. 633.

[3]) Исключеніе составляютъ уложенія французское, бельгійское, наше и нашъ проектъ.

[4]) Handbuch, стр. 641.

Въ нашей литературѣ также раздаются голоса за введеніе такого срока [1]).

Защитники срока указываютъ на то, что потерпѣвшій, не рѣшившійся вскорѣ послѣ совершенія преступленія на подачу жалобы, тѣмъ самымъ показываетъ, что преступное дѣяніе несущественно затронуло его интересы или что онъ простилъ виновнаго, что по истеченіи ряда лѣтъ онъ, конечно, не измѣнитъ своего мнѣнія о преступленіи и что, наконецъ, жалобы, принесенныя черезъ продолжительное время послѣ совершенія преступленія, оказываются голословными или являются средствомъ вымогательства противъ людей, ни въ чемъ неповинныхъ.

Что касается первыхъ двухъ доводовъ, то, не отрицая ихъ правильности въ большинствѣ случаевъ, можно сказать, что въ этихъ именно случаяхъ отсутствіе особаго срока на принесеніе жалобы ничему не вредитъ, ибо и безъ того жалобы нормально приносятся вскорѣ послѣ совершенія преступленія. Если для кого непріятно отсутствіе срока, такъ это для преступника, который все же долгое время находится подъ угрозой уголовнаго преслѣдованія. Но очевидно, что онъ не можетъ на это претендовать, ибо основанія указаннаго срока иныя, чѣмъ давности, и установленіе его не создаетъ для преступника права на безнаказанность [2]). Такимъ образомъ, остутствіе срока, не создавая никакихъ невыгодъ, представляетъ извѣстныя техническія преимущества, устраняя всю ту сложную казуистику, которая возникаетъ на почвѣ толкованія постановленій о срокѣ, и избавляя судъ отъ необходимости провѣрять, когда потерпѣвшему преступленіе дѣйствительно стало извѣстно.

Но что еще важнѣе, постановленія о срокѣ являются явно несправедливыми въ тѣхъ, хотя быть можетъ и немногочисленныхъ, случаяхъ, когда промедленіе потерпѣвшаго вызвано было уважительными причинами, или тѣмъ, что измѣнилось самое его юридическое положеніе относи-

---

[1]) И. Г. Щегловитовъ Право 1903 г. № 11, стр. 775, А. К. фонъ-Резонъ, стр. 171, Волжинъ ук. соч., стр. 57.

[2]) Binding, стр. 639.

тельно права жалобы (напр., недѣеспособный потерпѣвшій, опекунъ котораго считалъ неумѣстнымъ принесеніе жалобы, достигъ установленнаго возраста до истеченія давности и разрѣшилъ вопросъ въ противоположномъ смыслѣ) [1]). Въ этихъ случаяхъ существованіе краткаго срока, погашающаго право жалобы, создаетъ для виновнаго незаслуженную безнаказанность, для потерпѣвшаго невозможность добиться справедливаго удовлетворенія, и для государства ничѣмъ не оправдываемое лишеніе права преслѣдованія, которое должно встрѣчать препятствіе лишь въ волѣ потерпѣвшаго, въ его интересахъ, а не въ случайныхъ обстоятельствахъ.

Наконецъ, опасеніе неосновательныхъ жалобъ равно примѣнимо къ преступленіямъ оффиціальнымъ и неоффиціальнымъ; однако никто же не предлагаетъ ограничить право жалобы потерпѣвшаго въ отношеніи этихъ послѣднихъ какимъ-либо краткимъ срокомъ. Съ неосновательными, шантажными жалобами нужно бороться не мѣрами, затрудняющими подачу жалобъ основательныхъ, а такой организаціей предварительнаго производства и преданія суду, которая гарантировала бы людей невинныхъ отъ опасности попасть на скамью подсудимыхъ, равно какъ и установленіемъ для жалобщиковъ этого рода отвѣтственности денежной и уголовной.

Поэтому нельзя не признать, что наше законодательство въ этомъ вопросѣ пошло по болѣе правильному пути, чѣмъ большинство западноевропейскихъ кодексовъ и что отклоняться отъ этого пути не слѣдуетъ.

Далѣе возникаетъ вопросъ о судьбѣ права жалобы въ случаѣ *смерти потерпѣвшаго*. Такъ какъ право жалобы является правомъ строго личнымъ (jus personalissimum), не имѣющимъ имущественнаго характера, то о наслѣдованіи въ этомъ правѣ не можетъ быть и рѣчи. Право жалобы со

---

[1]) Весьма яркіе примѣры приведены у Medem G. S. B. 29, стр. 511—512.

смертью потерпѣвшаго утрачивается разъ на всегда. Но дѣлать отсюда тотъ выводъ, который дѣлаетъ большинство законодательствъ,—что въ случаѣ смерти потерпѣвшаго невозбужденное еще преслѣдованіе не подлежитъ возбужденію [1]), а возбужденное подлежитъ прекращенію [2]) —совершенно неправильно. Основаніемъ жалобы, по защищаемой нами теоріи, является интересъ потерпѣвшаго, который можетъ требовать оставленія дѣянія въ безгласности. Но если потерпѣвшій при жизни уже подалъ жалобу, очевидно, интересъ его этого не требовалъ, если же онъ даже жалобы не подалъ, этотъ интересъ за смертью самаго интересента пересталъ существовать, а потому съ точки зрѣнія теоріи пощады потерпѣвшему смерть послѣдняго могла бы влечь за собою превращеніе неоффиціальнаго преступленія въ оффиціальное.

За это говорятъ и немаловажныя практическія соображенія. Дѣйствительно, непонятно, почему случайная или даже вызванная дѣйствіями виновнаго смерть потерпѣвшаго должна служить для него источникомъ безнаказанности. Нельзя не согласиться, что неполитично безнаказанность преступника ставить въ зависимость отъ смерти его жертвы и неудобно въ законѣ объявлять внѣ закона всѣхъ умирающихъ [3]). Хотя эти соображенія были высказаны по поводу постановленія нашего проекта о прекращеніи уже возбужденнаго преслѣдованія вслѣдствіе смерти потерпѣвшаго, но они относятся въ полной мѣрѣ и къ случаю смерти потерпѣвшаго, послѣдовавшей до подачи жалобы. Но говорятъ, что смерть заставляетъ умолкнуть мстительныя чувства, что потерпѣвшій, ушедшій за грань земскаго бытія, уже не заинтересованъ въ наказаніи виновнаго [4]). Дѣйствительно, счеты виновнаго съ потерпѣвшимъ ликвидируются

---

[1]) Германское, австрійское, французское, бельгійское, венгерское, итальянское, наше и швейцарскій проектъ; см. выше, стр. 123, 164, 210—211.

[2]) Нашъ проектъ; см. выше, стр. 290.

[3]) М. Ф. Люце въ „Объясненіяхъ къ проекту новой редакціи нашего уст. уг. суд.“ т. I. прилож. IV, стр. 28—29, сходно Medem G. S. 29, стр. 511—512.

[4]) Reber, стр. 349, „Объясненія“ т. I, стр. 59.

смертью. Но вѣдь наказаніе налагается не только въ интересѣ послѣднаго, но и въ интересахъ публичныхъ, а на эти интересы смерть потерпѣвшаго никакого вліянія не оказываетъ. Остается только одно соображеніе въ пользу разбираемой системы—это, что потерпѣвшій, быть можетъ, и не желалъ подавать жалобы, быть можетъ онъ примирился бы съ виновнымъ [1]). Но соображеніе это не выдерживаетъ критики, ибо преслѣдованіе всѣхъ преступленій составляетъ общее правило и изъятіе изъ этого правила не можетъ покоиться на однихъ предположеніяхъ, а должно основываться на дѣйствительно существующихъ въ данномъ случаѣ интересахъ, требующихъ оставленія дѣянія безъ преслѣдованія.

Нѣкоторыя законодательства [2]), считаясь съ указанными возраженіями противъ оставленія безнаказанными неоффиціальныхъ преступленій въ случаѣ смерти потерпѣвшаго и въ тоже время не допуская и преслѣдованія ex officio, предоставляютъ право жалобы послѣ смерти потерпѣвшаго частью его наслѣдникамъ, частью его супругѣ и ближайшимъ родственникамъ. Основаніемъ подобныхъ постановленій можетъ являться то соображеніе, что и въ возбужденіи, и въ воспрепятствованіи уголовному преслѣдованію могутъ быть заинтересованы, какъ мы уже видѣли выше, кромѣ непосредственно потерпѣвшаго и другія лица, которымъ дорога память умершаго. Это тѣ самыя лица, которымъ законодатель иногда предоставляетъ и при жизни потерпѣвшаго право жалобы на ряду съ нимъ. Но если это послѣднее право нами отвергалось въ виду возможной коллизіи при его осуществленіи между ихъ интересами и интересами потерпѣвшаго, то эта коллизія послѣ смерти послѣдняго уже становится невозможной.

Итакъ, законодателю слѣдуетъ выбрать между установленіемъ въ случаѣ смерти потерпѣвшаго преслѣдованія совершеннаго противъ него дѣянія ex officio и предостав-

---

[1]) Дворжицкій „Частное обвиненіе“ въ Суд. Газ. 1895 г. № 24, который идетъ такъ далеко, что предлагаетъ и невмѣняемость потерпѣвшаго считать основаніемъ для прекращенія преслѣдованія.

[2]) Проектъ австрійскаго уложенія, уложеніе голландское и норвежское (см. выше, стр. 164, 210).

леніемъ права жалобы пережившимъ его близкимъ, но не наслѣдникамъ, ибо даже при имущественныхъ преступленіяхъ право жалобы не есть право имущественное. Возможно, конечно, предоставить въ этихъ случаяхъ иниціативу преслѣдованія органамъ государства, ибо смерть потерпѣвшаго въ значительной степени устраняетъ тѣ препятствія къ преслѣдованію ex officio, которыя, быть можетъ, заключались въ его личности; мертвые срама не имутъ и огласка тѣхъ или иныхъ фактовъ для мертваго безразлична, семейныя и иныя отношенія, пользующіяся особымъ покровительствомъ закона, также порваны смертью. Но такая система, при всѣхъ своихъ преимуществахъ по сравненію съ господствующей, все же не считалась бы со всѣми интересами, которые заслуживаютъ вниманіе законодателя. Судебное разбирательство и послѣ смерти потерпѣвшаго можетъ лечь неизгладимымъ пятномъ на его памяти и можетъ потрясти нравственныя основы семьи, въ средѣ которой имѣло мѣсто извѣстное преступленіе; а разъ законъ охраняетъ интересы живыхъ, связанные съ доброй памятью умершихъ, устанававая, напримѣръ, наказуемость оклеветанія послѣднихъ, то нѣтъ основанія пренебрегать этими интересами и въ разбираемой сферѣ. Поэтому лучшей системой, по нашему мнѣнію, была бы смѣшанная, предоставляющая въ случаѣ смерти потерпѣвшаго право жалобы и рѣшеніе вопроса о возбужденіи или невозбужденіи преслѣдованія его близкимъ, а именно, его родителямъ, дѣтямъ и супругѣ, въ случаѣ же ненахожденія ихъ въ живыхъ, устанавляющая преслѣдованіе ex officio [1]).

Засимъ остается разсмотрѣть da lege ferenda еще нѣсколько вопросовъ, относящихся къ ученію о жалобѣ потерпѣвшаго, но стоящихъ въ еще болѣе отдаленной связи съ

---

[1]) Reber, (стр. 352—353) полагаетъ, что не только смерть потерпѣвшаго, но и утрата имъ того предмета (поврежденной вещи, недвижимаго имѣнія и проч.), который былъ объектомъ посягательства, влечетъ за собою утрату права жалобы. Однако изъ всего сказаннаго выше ясна несостоятельность этого мнѣнія.

принципомъ, положеннымъ въ основаніе этого института. Сюда относятся вопросы о *формѣ и содержаніи жалобы*.

Законодатель при установленіи той или иной формы жалобы долженъ заботиться о томъ, чтобы сдѣлать для пострадавшаго лица правосудіе возможно болѣе доступнымъ [1]); но въ то же время онъ не долженъ забывать, что начатое безъ надлежащей жалобы уголовное преслѣдованіе можетъ причинить потерпѣвшему невознаградимое зло. Поэтому форма жалобы должна быть такова, чтобы устранять всякое сомнѣніе относительно волеизъявленія потерпѣвшаго. Этому требованію, казалось бы, отвѣчаетъ жалоба, изложенная на письмѣ и подписанная лично потерпѣвшимъ или другимъ лицомъ по его просьбѣ, въ случаѣ его неграмотности, съ засвидѣтельствованіемъ этого обстоятельства подлежащимъ органомъ, а также словесная жалоба, занесенная въ протоколъ органомъ, уполномоченнымъ на принятіе жалобы [2]). Такими органами могутъ быть признанны судьи (суды), судебные слѣдователи, полиція и прокуратура; послѣдняя притомъ, по примѣру германскаго устава уголовнаго судопроизводства [3]), не только тогда, когда она компетентна на возбужденіе уголовнаго преслѣдованія, но и во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, для чего, конечно, необходимо ей вмѣнить въ обязанность передавать принятыя жалобы по подсудности.

Что касается содержанія жалобы, то въ ней должно быть указано лицо, которымъ она приносится, учрежденіе, въ которое она подается, дѣяніе, служащее для нея основаніемъ, титулъ, изъ котораго выводится жалобщикомъ его право, и согласіе его на возбужденіе уголовнаго преслѣдованія. Дѣяніе должно быть достаточно индивидуализировано, чтобы его можно было отграничить отъ другихъ фактовъ, на разслѣдованіе которыхъ жалобщикъ, быть можетъ, не изъявляетъ согласія. Иными словами, въ жалобѣ должны быть

---

[1]) Ср. Объясненія къ нашему проекту нашей редакціи уст. уг. суд. т. I, стр. 28.

[2]) Нѣкоторые писатели допускаютъ возбужденіе преслѣдованія не только по словеснымъ жалобамъ, но и на основаніи конклюдентныхъ дѣйствій потерпѣвшаго; см. напр. Reber, стр. 424—5, Schütze Lehrbuch, стр. 170 и др.

[3]) См. выше, стр. 115—116.

указаны фактическіе признаки того преступленія, отъ котораго потерпѣлъ жалобщикъ и разслѣдованія котораго онъ желаетъ. Что касается квалификаціи дѣянія, то таковая не требуется отъ жалобщика, и если она имъ дана, то никакого значенія не имѣетъ, ибо квалификація всегда принадлежитъ суду. Поэтому, фактическіе признаки дѣянія, указанные въ жалобѣ, подлежатъ всестороннему изслѣдованію и той квалификаціи, которая имъ по закону принадлежитъ, хотя бы одну изъ возможныхъ квалификацій потерпѣвшій прямо хотѣлъ исключить [1]). Это положеніе вытекаетъ изъ процессуальной природы жалобы, въ силу которой потерпѣвшій можетъ помѣшать разслѣдованію извѣстныхъ фактовъ, но безсиленъ, когда такое разслѣдованіе произведено, оказать вліяніе на мѣру и характеръ отвѣтственности виновнаго. Но иное, конечно, получается рѣшеніе вопроса, когда для измѣненія квалификаціи нужно привлечь новые факты, въ жалобѣ неуказанные (если даже новая квалификація дастъ также преступленіе неоффиціальное), ибо право потерпѣвшаго въ томъ и заключается, что безъ его согласія нельзя разслѣдовать тѣхъ фактовъ, обнаруженіе которыхъ онъ считаетъ для себя невыгоднымъ.

Изъ изложенія жалобы должно быть видно, что жалобщикъ является потерпѣвшимъ отъ преступленія или что онъ дѣйствуетъ въ качествѣ законнаго или добровольнаго представителя потерпѣвшаго. Въ ней же должно быть выражено желаніе или хотя бы согласіе на возбужденіе уголовнаго преслѣдованія, ибо и согласія достаточно для того, чтобы государство безпрепятственно осуществляло принадлежащее ему право преслѣдованія.

Но ни указанія виновныхъ, ни представленія доказательствъ отъ жалобщика не требуется. Жалоба лишь устраняетъ препятствіе къ возбужденію уголовнаго преслѣдованія за извѣстное дѣяніе, а не противъ извѣстныхъ лицъ [2]),

---

[1]) Contra Reber, стр. 435—6.

[2]) Изъятіе составляютъ относительно неоффиціальныя преступленія, при которыхъ требуется если не указанія, то знанія виновныхъ, ибо особыя ихъ отношенія къ потерпѣвшему служатъ основаніемъ неоффиціальности дѣянія. Ср. Reber, стр. 441—443.

вся же работа по разслѣдованію этого дѣянія и изобличенію виновныхъ ложится, какъ и при другихъ преступленіяхъ, на нормальные органы преслѣдованія, ибо и въ этомъ случаѣ имѣетъ мѣсто преслѣдованіе и наказаніе въ публичныхъ интересахъ. За это, кромѣ конструкціи жалобы, говорятъ и практическія соображенія. Потерпѣвшій можетъ не знать и не имѣть возможности узнать, кѣмъ совершено преступленіе. Въ этомъ случаѣ обнаруженіе виновнаго и собираніе изобличающихъ его доказательствъ гораздо болѣе доступно органамъ розыска и предварительнаго слѣдствія, вооруженнымъ обширными средствами и широкими правами, нежели потерпѣвшему, могущему располагать лишь своими весьма часто слабыми силами.

Въ связи съ формой и содержаніемъ жалобы стоитъ вопросъ о такъ называемыхъ *Ermächtigungsdelict*'ахъ, для преслѣдованія коихъ требуется не жалоба, а „уполномочіе" (Ermächtigung) потерпѣвшаго [1]). Различіе между этими преступленіями и Antragsdelict'ами по существу сводится къ тому, что жалоба при послѣднихъ предполагаетъ положительное, направленное на наказаніе виновнаго волеизъявленіе, безъ чего преслѣдованіе не можетъ быть и возбуждено; уполномочіе при первыхъ предполагаетъ согласіе потерпѣвшаго на начатое уже ex officio преслѣдованіе [2]). Различіе это вызываетъ повышенныя требованія къ жалобѣ сравнительно съ уполномочіемъ [3]).

Возникаетъ однако вопросъ, есть ли достаточное основаніе, лежащее въ свойствѣ указанныхъ преступленій, для того, чтобы установить для нихъ порядокъ преслѣдованія отличный отъ порядка преслѣдованія другихъ неоффиціальныхъ преступленій, или, иными словами, слѣдуетъ ли защищать Ermächtignugsdelict'ы de lege ferenda?—Мы полагаемъ, что на этотъ вопросъ нужно отвѣтить отрицательно,

---

[1]) См. выше, стр. 102, 156.

[2]) Herzberg „Ermächtigungsdelicte" 1904 г., стр. 18—19, Eisler „Ueber Ermächtigungsdelicte nach Oesterreichischem Rechte" въ Juristische Blätter, 1888 г., стр. 207 и слѣд., Binding, стр. 614—615.

[3]) Herzberg, стр. 19, 23.

ибо и при Antragsdelict'ахъ нѣтъ надобности въ прямомъ требованіи преслѣдованія со стороны потерпѣвшаго, а достаточно его согласія; прямое требованіе было бы необходимо лишь въ томъ случаѣ, если бы преступленія эти наказывались исключительно въ интересѣ потерпѣвшаго: нѣтъ требованія, нѣтъ интереса у потерпѣвшаго, а слѣдовательно нѣтъ и основанія для примѣненія наказанія. Въ дѣйствительности же Antragsdelict'ы наказываются и преслѣдуются въ интересахъ публичныхъ, поскольку интересъ потерпѣвшаго этому не мѣшаетъ; слѣдовательно согласіе потерпѣвшаго на преслѣдованіе является достаточнымъ для возбужденія преслѣдованія. Что касается второго отличія—допустимости иниціативы со стороны органовъ преслѣдованія при Ermächtigungsdelict'ахъ и недопустимости ея при Antragsdelict'ахъ,—то оно также не находитъ опоры въ существѣ тѣхъ и другихъ преступленій. Не вполнѣ ясно, какъ далеко можетъ идти эта иниціатива: если она ограничивается обращеніемъ къ потерпѣвшему за уполномочіемъ на преслѣдованіе—это простая формальность, этикетъ, которому не должно быть мѣста въ процессѣ; если же она распространяется на производство извѣстныхъ слѣдственныхъ дѣйствій, она влечетъ за собою оглашеніе преступленія въ ущербъ потерпѣвшему и, можетъ быть, вопреки его желанію. Высокое положеніе, занимаемое потерпѣвшимъ при нѣкоторыхъ Ermächtigungsdelict'ахъ, не оправдываетъ этой иниціативы органовъ преслѣдованія и мы не видимъ никакихъ серьезныхъ препятствій къ тому, чтобы преслѣдованіе за эти дѣянія также начиналось не иначе, какъ вслѣдствіе принесенной жалобы, поскольку вообще здѣсь нужно отступить отъ начала преслѣдованія ex officio.

Поэтому мы не можемъ рекомендовать вводить Ermächtigungsdelict'ы вновь въ законодательства, гдѣ ихъ нѣтъ, или даже сохранить ихъ тамъ, гдѣ они уже имѣются. Соотвѣтствующія дѣянія, поскольку интересы потерпѣвшихъ существенно нарушались бы ихъ преслѣдованіемъ ex officio, должны быть подчинены общимъ правиламъ о преслѣдованіи неоффиціальныхъ преступленій.