НАКАЗАНІЕ,

ЕГО

ЦѢЛИ и ПРЕДПОЛОЖЕНІЯ.

561

С. П. Мокринскаго,

ПРОФЕССОРА ТОМСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.



Часть III.

Каузальный и потенціальный моменты дѣйствія.

ТОМСКЪ.

Паровая типо-литографія П. И. Макушина. Благовѣщ. переулокъ, собствен. домъ.

1905.



531
36

Оглавленіе III части.

§ 15. Предметъ, задачи и методъ изслѣдованія . . . . . 293—305
§ 16. Категории, приложимыя къ оцѣнкѣ дѣйствія:
А. Категорія необходимости. Каузальный моментъ дѣйствія . . . . . 306—319
§ 17. В. Категорія возможности. Потенціальный моментъ дѣйствія. Литература вопроса . . . . . 319—366
I. Моментъ потенціальный, какъ стадія въ развитіи момента каузальнаго . . . . . 320—334
II. Моментъ потенціальный, какъ осложненіе момента каузальнаго . . . . . 334—356
III. Моментъ потенціальный, какъ замѣститель каузальнаго . . . . . 356—366
§ 18. (Продолженіе). Потенціальный моментъ дѣйствія. Его значеніе и формы образованія . . . . . 366—420
I. Потенціальный моментъ дѣйствія, какъ критерій разграниченія неправдъ уголовной и полицейской 370—396
II. Потенціальный моментъ дѣйствія специально въ сферѣ уголовной неправды . . . . . 396—420
§ 19. (Продолженіе). Потенціальный моментъ дѣйствія Критерій мѣры опасности . . . . . 420—438
§ 20. (Продолженіе). Значеніе опасности въ составѣ потенціальнаго момента дѣйствія: ученіе о негодномъ покушеніи 438—487
§ 21. Каузальный и потенціальный моменты преступнаго бездѣйствія . . . . . 487—516
§ 22. Каузальный и потенціальный моменты дѣйствія посредственнаго виновника . . . . . 517—548
Приложеніе къ § 17, II . . . . . 549—552

Часть III.

Каузальный и потенціальный моменты дѣйствія.

§ 15. Предметъ, задачи и методъ изслѣдованія.

Дѣйствіе, какъ цѣлесообразное предположеніе наказанія, должно состоять въ опредѣленномъ отношеніи къ основанію репрессіи, въ частности, къ такъ наз. преступному результату. Въ устраненіи одной категоріи фактовъ (предположеній наказанія) криминалистъ-политикъ изыскиваетъ средство къ планомѣрному достиженію цѣли—искорененію другой, (основанія репрессіи) [1])".

По терминологіи, нами усвоенной, *предположенія* репрессіи суть факты, съ наступленіемъ которыхъ уголовной законъ связываетъ примѣненіе наказанія Факты соціальной жизни, возможное искорененіе которыхъ, какъ общаго явленія, составляетъ интересъ законодателя, задачу его, какъ политика, составляютъ *основаніе* репрессіи. Основаніе репрессіи можетъ быть названо вмѣстѣ ея мотивомъ, или, точнѣе, матеріальнымъ субстратомъ мотива, ибо то, что мотивируетъ законодателя къ изданію уголовнаго закона, что побуждаетъ его хотѣть и дѣйствовать, есть представленіе о данномъ отрицательномъ явленіи, чувство недовольства, возбуждаемое этимъ представленіемъ, и сознаніе, что уголовная репрессія можетъ въ извѣстныхъ границахъ служить средствомъ къ устраненію зла.

Воспрещая одни дѣйствія, или вмѣняя въ обязанность другія, законодатель руководствуется оцѣнкой значенія ихъ для тѣхъ или другихъ рядовъ спеціально полезныхъ или вредныхъ фактовъ,

---

[1]) Настоящее изслѣдованіе, ч. I. стр. 20 и сл.

культивированіе которыхъ или, напротивъ, возможное устраненіе —составляетъ конечную цѣль репрессіи

Пояснимъ сказанное на примѣрѣ. Законодатель находитъ полезнымъ ослабить, насколько возможно, вредныя послѣдствія банковыхъ краховъ Для достиженія этой цѣли онъ издаетъ уголовный законъ, карающій завѣдывающихъ дѣлами кредитнаго установленія, если они, въ предвидѣніи прекращенія банкомъ платежей, съ цѣлью избѣжать платежа долговъ, перекрѣпятъ или скроютъ инымъ способомъ какое либо имущество банка. Законодатель запрещаетъ здѣсь опредѣленное дѣйствіе—сокрытіе банковаго имущества, которое и образуетъ составъ преступленія (ст. 601 угол. улож.) —Попеченіе о народномъ здравіи составляетъ одну изъ важнѣйшихъ заботъ правительственной власти. Врачеваніе сильно дѣйствующими медикаментами, выполняемое лицами. не имѣющими врачебнаго диплома, заключаетъ въ себѣ серьезную опасность для общественнаго здравія,—оно и ставится законодателемъ подъ угрозу уголовнаго закона (ст. 195 уг. ул.). По тѣмъ же соображеніямъ наказываются: кормилица, умолчавшая предъ нанимателемъ о томъ, что она страдаетъ заразною болѣзнью (ст. 208), торговецъ—фальсификаторъ съѣстныхъ припасовъ (ст 212—219), лица, виновныя въ порчѣ воды въ мѣстахъ водопоя, и пр. Опредѣленныя дѣйствія или бездѣйствія становятся здѣсь предположеніемъ репрессіи единственно въ силу приписываемой имъ способности содѣйствія къ водворенію нежелаемаго законодателемъ явленія общественной жизни.

Простѣйшій путь борьбы съ общественнымъ зломъ посредствомъ уголовно правовой угрозы есть возведеніе на степень предположенія уголовнаго наказанія такъ наз. *преступнаго результата*. По принятой нами терминологіи, результатъ есть то внѣшнее измѣненіе, которое обусловлено дѣйствіемъ преступника, и служитъ одновременно и признакомъ, входящимъ въ составъ преступленія, и частнымъ случаемъ искореняемаго общественнаго явленія [1]). Такъ, напримѣръ, составъ оконченнаго преступленія убійства предполагаетъ наличность преступнаго результата—смерть мате-

[1]) Настоящее изслѣдованіе, ч. I, стр. 22, ч. II, стр 159.

ріальнаго объекта преступленія, которая является какъ предположеніемъ репрессіи, условіемъ наказуемости субъекта, такъ и ея основаніемъ, частнымъ случаемъ убійства, разсматриваемаго, какъ общественное явленіе.

Другой болѣе широкій путь борьбы съ общественнымъ зломъ посредствомъ наказанія открываетъ возведеніе на степень предположенія репрессіи *дѣйствія* субъекта. Послѣднее входитъ въ составъ предположеній репрессіи уже и тамъ, гдѣ наказаніе обусловлено осуществленіемъ результата (ибо нѣтъ результата помимо дѣйствія), но, какъ свидѣтельствуетъ законодательная практика, дѣйствіе весьма часто получаетъ значеніе и самостоятельнаго предположенія репрессіи. Оно, а не результатъ, составляетъ постоянное предположеніе наказанія.

Понятіе дѣйствія принадлежитъ къ числу наиболѣе спорныхъ въ уголовномъ правѣ. Предположенія репрессіи слагаются изъ фактовъ внѣшней физической дѣятельности человѣка, съ одной стороны, и его внутренней духовной жизни, съ другой. Въ свою очередь, факты внѣшней дѣятельности субъекта распадаются на сочетанія тѣлодвиженій и на измѣненія вовнѣ, какъ послѣдствія первыхъ. Есть, наконецъ, составы преступленій, требующихъ не наличности, а, наоборотъ, отсутствія, невыполненія субъектомъ тѣхъ или иныхъ тѣлодвиженій, и, какъ послѣдствія невыполненія, наступленія тѣхъ или иныхъ внѣшнихъ измѣненій.

Принадлежитъ или нѣтъ психическая сторона дѣятельности человѣка къ понятію дѣйствія? слѣдуетъ ли результатъ включать въ составъ физической стороны?—вопросы, которые, прежде всего должны остановить на себѣ наше вниманіе.

Wachenfeld держится мнѣнія, что „рѣшимость или виновность нельзя причислять къ дѣйствію, такъ какъ дѣйствіе есть результатъ рѣшимости"; что поэтому „дѣйствіе есть преступленіе, если не брать въ соображеніе вину" [1]), или, выражаясь иначе, что дѣйствіе слагается изъ двухъ величинъ—физическаго тѣлодвиженія и внѣшняго результата. Herbert du Mesnil [2]) идетъ далѣе:—

---

1) Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz 1893, стр. 25 и сл.

2) Mesnil (Herbert du), Beitrage zur Lehre von der Idealconcurrenz, Diss. стр 10 и 14.

соглашаясь съ необходимостью исключить изъ понятія дѣйствія всѣ вообще субъективныя предположенія репрессіи, изъ объективныхъ—на долю дѣйствія Mesnil оставляетъ единственно тѣлодвиженіе—„послѣдствіе нельзя относить къ дѣйствію. оно результатъ дѣйствія".

Ограничить понятіе дѣйствія одной объективной стороною преступленія, значило бы не только разойтись съ обычнымъ словоупотребленіемъ, но и образовать понятіе, которое, по своему содержанію, не соотвѣтствовало-бы цѣлямъ предпринятаго изысканія.

Изслѣдуя дѣйствующее право, уголовный политикъ ставитъ своей задачей критическую оцѣнку права, и его реформу Критеріемъ оцѣнки предположеній репрессіи служитъ для криминалиста политика ихъ соотвѣтствіе цѣли, преслѣдуемой репрессіей. Коль скоро цѣль уголовной репрессіи составляетъ общее психологическое принужденіе, осуществляемое посредствомъ угрозы уголовнымъ наказаніемъ,—предположеніе репрессіи можетъ быть признано цѣлесообразнымъ только при условіи, что оно, во-первыхъ, состоитъ въ опредѣленномъ отношеніи къ основанію репрессіи,—какъ дѣйствіе, соціально вредно или опасно, и, во-вторыхъ, что принятіе найденной ,категоріи дѣйствій въ число предположеній наказанія обѣщаетъ фактическое устраненіе или сокращеніе искореняемаго соціальнаго явленія.

Изучая предположенія репрессіи подъ установленнымъ угломъ зрѣнія, криминалистъ - политикъ лишенъ возможности разсматривать объективные признаки общаго состава преступленія отдѣльно отъ субъективныхъ. Соціальное значеніе дѣйствія опредѣляется не только внѣшнею, но и внутренней стороной его. Дѣйствіе, какъ тѣлодвиженіе или отказъ въ тѣлодвиженіи (бездѣйствіе), не можетъ быть ни опасно, ни безопасно. Мы не можемъ сказать, желательно или нежелательно, съ точки зрѣнія права, то или другое произвольное сокращеніе мышцъ, или, напротивъ, воздержаніе отъ сокращенія. Здѣсь количество мыслимыхъ комбинацій настолько разнообразно, что ни подсчетъ, ни оцѣнка ихъ не можетъ имѣть мѣсто. Опаснымъ становится дѣйствіе лишь въ той или иной *опредѣленной* комбинаціи съ фактами, лежащими въ психической сферѣ субъекта. Покушеніе на убійство наказуемо, но не потому, что оно съ *внѣшней* стороны вредно или

опасно для общества,—его опасность становится понятна только, если одновременно съ внѣшней мы примемъ во вниманіе внутреннюю сторону дѣйствія.

Но если понятіе дѣйствія должно неминуемо обнимать не только внѣшній моментъ движенія тѣла, но и внутренній—движенія души, то возникаетъ вопросъ,—въ какомъ объемѣ тотъ и другой моменты должны войти въ опредѣляемое нами понятіе? Границы внутренней стороны дѣйствія опредѣляются составомъ преступленія, но что сказать о сторонѣ внѣшней? Слѣдуетъ ли отнести сюда одинъ актъ (или комплексъ) тѣлодвиженій, или также внѣшній результатъ ихъ?

Одни криминалисты вводятъ результатъ въ понятіе дѣйствія [1]), другіе—нѣтъ [2]). Мнѣніе вторыхъ заслуживаетъ предпочтенія, ибо есть не малое число деликтовъ, въ составѣ которыхъ результатъ отсутствуетъ. Такъ, статья 630 угол. ул. предусматриваетъ нахожденіе внутри чужого лѣса съ орудіями для рубки лѣса, ст. 622—ввозъ изъ за границы предмета, изготовленнаго въ нарушеніе литературной собственности, ст. 290—принятіе на себя обязанностей учителя вопреки воспрещенію, ст. 284—появленіе въ публичномъ мѣстѣ въ состояніи явнаго опьяненія, и пр. Во всѣхъ этихъ случаяхъ законъ не требуетъ, чтобы воспрещаемыя имъ дѣйствія имѣли какой либо вредный результатъ. Но если результатъ не составляетъ *необходимаго* спутника дѣйствія, какъ предположенія наказанія, то и нѣтъ основанія вводить его въ понятіе дѣйствія. Обобщеніе логически допустимо только при условіи, что оно объединяетъ признаки, неизмѣнно свойственные данному понятію и заботливо исключаетъ случайные, непостоянные.

---

[1]) Liszt, Lehrbuch, 12 изд., стр. 124; Lilienthal, Grundriss, 2 изд., стр. 26; подробный перечень авторовъ у Kitzinger'a, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht, 1902, стр. 71, прим. 1. Опредѣляя дѣйствіе, какъ произвольное произведеніе измѣненія во внѣшнемъ мірѣ, или невоспрепятствованіе таковому измѣненію (Lehrbuch, 12 изд., стр. 124). Листъ все же былъ вынужденъ признать, на ряду съ содѣяніемъ (das Thun) и бездѣйствіемъ (das Unterlassen), еще и другія образованія дѣйствія, въ числѣ которыхъ онъ упоминаетъ о дѣйствіи выполненія (Ausführungshandlung, стр. 137), гдѣ результатъ составомъ преступленія уже не требуется, и гдѣ поэтому, съ точки зрѣнія Листа, уже и рѣчи быть не должно о дѣйствіи.

[2]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschaft, 1879, стр. 31. Подробный перечень авторовъ у Листа, вышеназв. соч., стр. 125, прим. 2.

Возведеніе дѣйствія, какъ произвольнаго тѣлодвиженія (или произвольнаго отказа отъ тѣлодвиженія) на степень самостоятельнаго, независимаго отъ наличности результата, предположенія наказанія оправдывается рядомъ уголовно политическихъ соображеній.

Первое, что вынуждаетъ законодателя сообщать дѣйствію самостоятельное юридическое значеніе, это - то простое соображеніе, что нѣтъ лучше средства предотвратить результатъ дѣйствія, какъ постараться предупредить самое дѣйствіе.

Во второй части изслѣдованія, по вопросу объ отрицательномъ значеніи результата, или, иначе,—о значеніи *отсутствія* результата, мы указывали, что цѣли, преслѣдуемыя запретомъ *покушенія*, (первая изъ разновидностей самостоятельно наказуемаго дѣйствія), носятъ по отношенію къ цѣли, преслѣдуемой запретомъ причиненія вреда, характеръ акцессорный, заключаясь въ слѣдующемъ:— 1) въ присоединеніи къ страху наказанія, хотя сколько нибудь окупаемаго получаемымъ наслажденіемъ,—страха наказанія, уже рѣшительно ничѣмъ не вознаграждаемаго (стр. 238), 2) въ отнятіи у преступника возможности приступать къ совершенію преступленія, окончательному акту, гарантирующему поврежденіе правового блага, лишь послѣ тщательнаго удостовѣренія въ томъ что моментъ выбранъ дѣйствительно удачно что успѣхъ преступленія обезпеченъ, а изобличеніе, тѣмъ болѣе—наказаніе,—мало вѣроятны. Наказуемость покушенія, какъ ряда дѣйствій, предшествующихъ совершенію, вынуждаетъ преступника, даже самаго осмотрительнаго, по общему правилу, дѣйствовать при менѣе благопріятныхъ обстоятельствахъ, идти на удачу, рисковать, а тамъ, гдѣ рискъ, тамъ рѣже и удача.

Но если нельзя отрицать репрессивнаго значенія за возведеніемъ на степень предположенія репрессіи покушенія, т. е., дѣйствія предпринятаго съ *прямымъ* умысломъ причиненія вреда,— тѣмъ болѣе умѣстно принятіе въ тѣхъ же цѣляхъ въ число предположеній наказанія безрезультатныхъ дѣйствій, выполненныхъ съ такъ называемымъ *непрямымъ* умысломъ

Умыселъ прямой предполагаетъ волю, направленную на преступный результатъ, какъ на конечную цѣль, или-же, какъ на одно изъ звеньевъ цѣпи, ведущей къ этой цѣли. При умыслѣ непрямомъ результатъ мыслится лежащимъ *за, позади* цѣли, какъ одно изъ послѣдствій

ея достиженія. Отличіе прямого и непрямого умысла имѣетъ весьма существенное значеніе съ точки зрѣнія политики общаго предупрежденія Предупрежденіе тѣмъ легче достигаетъ цѣли, чѣмъ рельефнѣе воспрещенное вырисовывается въ представленіи субъекта То, что составляетъ цѣль нашего дѣйствія, и то, что является средствомъ осуществленія этой цѣли, мы представляемъ себѣ совершенно ясно, ибо отчетливое представленіе о нихъ составляетъ conditio sine qua non успѣха нашего дѣйствія, оно вынуждается нашимъ собственнымъ интересомъ; напротивъ того, вопросъ о *послѣдствіяхъ* достиженія цѣли не затрогиваетъ непосредственно нашихъ интересовъ, мы можемъ его игнорировать безо всякаго ущерба для своей цѣли, - думать о немъ понуждаетъ насъ только требуемая отъ bonus pater familias гражданская осмотрительность. Вотъ почему ученіе о непрямомъ умыслѣ даже и тамъ, гдѣ оно получало санкцію положительнаго закона, никогда не пользовалось популярностью у судебныхъ практиковъ. Въ виду хроническаго отсутствія доказательствъ, что субъектъ предвидѣлъ и допускалъ вредное послѣдствіе, суды или вовсе оправдываютъ обвиняемыхъ, или признаютъ ихъ виновными въ неосторожномъ причиненіи Законодателю, желающему настоять на примѣненіи высокихъ ставокъ наказанія также и къ случаямъ непрямого умысла, ничего не остается болѣе, какъ поставить подъ угрозу высокаго наказанія уже самое дѣйствіе, сохранивъ за результатомъ значеніе лишь увеличивающаго мѣру отвѣтственности обстоятельства.

Еще болѣе настоятельной является потребность использованія дѣйствія, въ качествѣ самостоятельнаго предположенія репрессіи, тамъ, гдѣ между дѣйствіемъ и результатомъ отсутствуетъ *всякая* внутренняя связь. Субъектъ не хотѣлъ, не предвидѣлъ и не могъ предвидѣть, что дѣйствіе, имъ предпринятое, будетъ имѣть какія либо вредныя послѣдствія. Дѣйствіе in concreto, быть можетъ, и не имѣло ихъ, но оно отвѣчаетъ признакамъ *категоріи* дѣйствій, которыя, по свидѣтельству опыта, часто имѣютъ опредѣленныя вредныя послѣдствія, и поэтому не могутъ быть терпимы.

Второе соображеніе, вынуждающее законодателя допустить дѣйствіе въ качествѣ самостоятельнаго предположенія наказанія, заключается въ разнообразіи послѣдствій, которыми можетъ гро-

зить дѣйствіе. Иногда вредъ, причиняемый въ массѣ опредѣленнымъ дѣйствіемъ, не поддается самъ опредѣленію ни въ количественномъ, ни въ качественномъ отношеніи. Такъ, напримѣръ, клевета причиняетъ или можетъ причинить оклеветанному душевное страданіе въ одномъ случаѣ, утрату заработка и общественнаго положенія, какъ слѣдствіе потери доброй репутаціи,—въ другомъ, ущербъ для кредита—въ третьемъ, и пр. Такъ какъ перечисленіе всѣхъ возможныхъ вредныхъ послѣдствій клеветы въ законѣ было бы затруднительно, то законодателю ничего не остается болѣе, какъ фиксировать запретъ на дѣйствіи, какъ таковомъ.

Въ третьихъ, почему иногда законодателю приходится пріурочивать наказаніе не къ результату, а къ дѣйствію, это—практическая трудность доказательства существованія причинной связи между дѣйствіемъ и результатомъ. „Представимъ себѣ, говоритъ Крисъ [1]),—нѣкто мошенничаетъ во время карточной игры и выигрываетъ у своего партнера извѣстную сумму денегъ. Будетъ ли шуллерская продѣлка причиною выигрыша?“ Крисъ отвѣчаетъ утвердительно, руководствуясь соображеніемъ, что понятія причинной связи не достаточно рѣзки, что они означаютъ виды связи, различные только по степени, что между ними возможны незамѣтные переходы. „На вопросъ о томъ, заключаетъ ли въ себѣ извѣстный моментъ причину результата, обыкновенно отвѣчаютъ утвердительно, если измѣняемыя условія представляютъ малую возможность результата, и отрицательно, если большую“. Съ такимъ представленіемъ о причинной связи мы никакъ не можемъ согласиться. Понятіе причинной связи—само по себѣ чрезвычайно точно. И если имъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ злоупотребляютъ, то всего менѣе можетъ быть оправдано маскированіе такого злоупотребленія. Въ данномъ случаѣ мы просто должны сознаться, что рѣшить вопросъ о существованіи или отсутствіи причинной звязи мы лишены всякой возможности. И вотъ почему: мы не знаемъ того распредѣленія картъ, которое бы послѣдовало, если-бы игра производилась правильно, и не можемъ знать, такъ какъ человѣческое знаніе вообще не простирается

[1]) I. von Kries, Ueber den Begriff der objectiven Moglichkeit und einge Anwendungen desselben, Vierteljahrsschrift fur wissenschaftliche Philosophie, 1888, S. 214.

настолько далеко. Самъ же Крисъ (стр 185) признаетъ, что особенность „игры на счастье“ именно въ томъ и заключается, что „результаты зависятъ отъ такого множества разнообразнѣйшихъ обстоятельствъ и модифицируются въ зависимости отъ столь малыхъ измѣненій, что знаніе условій, достаточныхъ для предсказанія результата, не достижимо для насъ“.

И, наконецъ, четвертое соображеніе въ пользу предоставленія дѣйствію значенія самостоятельнаго предположенія репрессіи заключается въ соображеніяхъ уже нестолько уголовной, сколько соціальной политики: результатъ, хотя-бы и вредный, далеко не всегда можетъ быть поставленъ подъ угрозу уголовнаго закона, какъ таковой,—независимо отъ свойствъ дѣйствія, которому онъ обязанъ своимъ происхожденіемъ. Обидѣть человѣка можно, напр., не только бранью или нарушеніемъ тѣлесной неприкосновенности, но и неподачею руки, отказомъ отъ дома и пр. Однако наказуема только обида словомъ или же дѣйствіемъ.

Итакъ, возможно совершенная охрана правового блага требуетъ распространенія уголовно-правового запрета не только на дѣйствительное поврежденіе этихъ благъ, но и на нѣкоторыя дѣйствія, не заключающія въ себѣ признака поврежденія

Но что же остается на долю дѣйствія, если, сохранивъ субъективную сторону, мы отбросимъ внѣшній результатъ, какъ признакъ случайный?

Дѣйствіе, въ широкомъ смыслѣ слова, есть опредѣленный *актъ поведенія* субъекта. Такое опредѣленіе имѣетъ за себя слѣдующія преимущества Во-первыхъ, понятіе поведенія, всегда сохраняя признакъ внѣшности, внѣшняго проявленія личности, не приложимо къ непроизвольнымъ тѣлодвиженіямъ субъекта, (какъ, напр, паденію при гололедицѣ, судорогамъ, подписанію векселя рукою, насильственно водимою другимъ лицомъ и пр.) Во-вторыхъ, оно обнимаетъ въ равной мѣрѣ, какъ дѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ слова, содѣянія, или положительныя, такъ и бездѣйствія, или отрицательныя. Дѣйствіе, въ тѣсномъ смыслѣ, есть произвольное выполненіе тѣлодвиженія; бездѣйствіе—произвольное воздержаніе отъ тѣлодвиженія.

Три года тому назадъ были напечатаны первыя двѣ части настоящаго изслѣдованія. Первая часть была посвящена вопросу

о цѣляхъ наказанія, вторая—результату, какъ одному изъ многихъ цѣлесообразныхъ предположеній репрессіи. Задача автора была и остается—перекинуть мостъ отъ догмы къ политикѣ уголовнаго права, представить постановленія дѣйствующаго права о наказаніи и наказуемомъ, какъ средство, используемое законодателемъ ради достиженія тѣхъ или иныхъ опредѣленныхъ цѣлей.

При оцѣнкѣ дѣйствующаго права политикъ отправляется часто отъ цѣлей, которыя чужды праву, которыя *ему*, *политику*, представляются заслуживающими вниманія,—естественно, его работа заключается тогда въ выработкѣ новаго права, которое могло бы замѣнить собой неотвѣчающее этимъ цѣлямъ старое,—но возможенъ и другой пріемъ политической оцѣнки дѣйствующаго права: политикъ устанавливаетъ цѣли, дѣйствительно преслѣдуемыя законодателемъ, и выясняетъ затѣмъ, въ какой мѣрѣ имъ соотвѣтствуютъ тѣ или другія постановленія дѣйствующаго права. Не надо забывать, что право—нелогично по самой природѣ своей, что оно рождается и выростаетъ на почвѣ компромисса. Въ уголовномъ матеріальномъ правѣ, быть можетъ, эта черта выступаетъ менѣе выпукло, чѣмъ въ области экономическаго законодательства, гдѣ право обслуживаетъ порой различныя соціальныя группы, преслѣдующія каждая не только несовпадающіе, но и прямо противоположные интересы, но все же и здѣсь не трудно видѣть, что относящійся законодательный матеріалъ отнюдь не допускаетъ сведенія въ стройную пирамиду логически сочлененныхъ понятій Правда, что въ уголовной репрессіи интересы государства и общества, равно какъ отдѣльныхъ общественныхъ классовъ, сливаются до неразличимости, и, какъ общее правило, основная конечная цѣль репрессіи едина для всѣхъ благомыслящихъ гражданъ,—единеніе въ конечной цѣли репрессіи еще не гарантируетъ гармоніи въ постановкѣ и выборѣ средствъ достиженія посредствующихъ, ближайшихъ цѣлей. Не только во вниманіе къ запросамъ, предъявляемымъ со стороны этики, но и по соображеніямъ цѣлесообразности, законодатель не можетъ замкнуться въ одностороннемъ преслѣдованіи какой либо одной посредствующей цѣли,—онъ долженъ считаться и съ ихъ разнообразіемъ, и съ не всегда возможною ихъ согласимостью, и съ ограниченностью силъ и средствъ, потребныхъ для ихъ послѣдовательнаго проведенія.

Задача догмы не можетъ быть поэтому сводима къ заключенію въ систему *всѣхъ* предположеній репрессіи, какъ формально соподчиненныхъ понятій. На ряду съ формально-логической обработкой законодательнаго матеріала должно быть предпринято политическое изученіе предположеній репрессіи, не какъ самодовлѣющихъ понятій. но какъ средствъ, ведущихъ къ достиженію опредѣленныхъ цѣлей. Всего менѣе можно опасаться здѣсь смѣшенія задачъ того и другого изслѣдованія. Имѣя одинъ и тотъ же матеріалъ предметомъ изученія, криминалистъ-политикъ, de lege lata, вскрываетъ связь предположеній репрессіи и цѣлей, которымъ они служатъ, въ то время, какъ догматикъ устанавливаетъ формально-логическую связь предположеній между собою, какъ понятій, безъ отношенія къ цѣлямъ.

Формально-логическая несогласимость отдѣльныхъ опредѣленій, добываемыхъ изъ тѣхъ или иныхъ частей законодательнаго матеріала, не должна смущать криминалиста, если онъ въ состояніи уяснить себѣ различіе цѣлей, преслѣдуемыхъ законодателемъ въ томъ или другомъ случаѣ. Только тамъ, гдѣ законодатель, очевидно, не преслѣдуетъ какой либо иной или осложненной цѣли, и, тѣмъ не менѣе, позволяетъ себѣ отступить отъ принциповъ, усвоенныхъ для однородныхъ правоположеній, догматикъ вправѣ предъявить ему упрекъ въ логической непослѣдовательности.

Работа догматика, производимая въ направленіи формально-логическаго обобщенія законодательнаго матеріала находитъ такимъ образомъ свою естественную *границу* въ результатахъ политическаго изученія того же права. Формально логическія построенія правильны и продуктивны только въ предѣлахъ единства цѣлей, объединяющихъ данную группу противоположеній. Въ этомъ смыслѣ по праву можетъ быть сказано, что работа догматика необходимо должна *опираться* на предварительную работу политика [1]).

---

[1]) Изученіе и оцѣнка дѣйствующаго права мыслимы еще и въ третьемъ направленіи:—нормативномъ или этическомъ. Задачей изслѣдованія можетъ быть принято выясненіе отношенія права къ правовому идеалу, субъективному—изслѣдователя, или же объективному—даннаго общественнаго соединенія. См. настоящее изслѣдованіе, ч. I, стр. 5—15 и Рѣчь передъ диспутомъ „Этико-политическое направленіе въ уголовномъ правѣ“ въ Ж. М. Ю., мартъ 1903 года. Здѣсь отмѣтимъ, что соціальное

Предшествующая (вторая) часть изслѣдованія была посвящена значенію результата, настоящая (третья)—отводится для объективной оцѣнки *дѣйствія*, какъ предположенія наказанія.

Какъ цѣлесообразное предположеніе репрессіи, дѣйствіе должно состоять въ опредѣленномъ отношеніи къ основанію уголовной репрессіи, въ частности, къ преступному результату. Опредѣляя логически это отношеніе, мы используемъ категоріи необходимости и возможности. Отношеніе дѣйствія къ основанію репрессіи образуетъ потенціальный моментъ дѣйствія, отношеніе его же къ результату—моментъ каузальный. Тотъ и другой моменты въ совокупности даютъ первый (предварительный) критерій для политической оцѣнки дѣйствія, т. е, для сужденія о томъ, пригодно-ли оно служить предположеніемъ наказанія.

Наша задача состоитъ въ томъ, чтобы опредѣлить каждый изъ этихъ моментовъ со стороны формы; указать на различіе содержанія, влагаемаго въ эти формы различными образованіями права: объяснить съ точки зрѣнія цѣли какъ юридическую связанность наказанія съ опредѣленнымъ содержаніемъ каждаго изъ названныхъ моментовъ дѣйствія, такъ и возможные случаи непримѣненія наказанія при наличности дѣйствій, обладающихъ требуемыми свойствами.

Изучая вопросъ о дѣйствіи, какъ цѣлесообразномъ предположеніи репрессіи, мы спрашиваемъ 1),—представляется ли дѣйствіе настолько вреднымъ или опаснымъ, что соображенія общественной пользы оправдываютъ его запретъ подъ страхомъ наказанія, и 2),—задаемся вопросомъ о тѣхъ психологическихъ пріобрѣтеніяхъ, которыя могутъ быть сдѣланы тѣмъ, что съ извѣстнымъ опаснымъ или вреднымъ дѣйствіемъ, какъ предположеніемъ, мы свяжемъ наказаніе, какъ юридическое послѣдствіе.

Понятіе дѣйствія предполагаетъ наличность признаковъ, частью психическихъ, частью физическихъ. Для всесторонней оцѣнки

или объективное представленіе о долженствующемъ можетъ имѣть значеніе не только для оцѣнки права въ смыслѣ его нравственнаго оправданія (или, напротивъ, осужденія), но также и для выясненія истиннаго с о д е р ж а н і я права,—въ тѣхъ случаяхъ, когда ни формально логическій, ни политическій методы изученія не въ состояніи раскрыть сторное отношеніе съ должною опредѣлительностью. Этическимъ методомъ мы пользуемся ниже, выясняя критерій м ѣ р ы опасности дѣйствія (§ 19).

дѣйствія слѣдуетъ, разумѣется, имѣть въ виду, какъ тѣ, такъ и другіе признаки. Но отсюда не слѣдуетъ, что субъективныя предположенія репрессіи должны быть разсмотрѣны нами теперь же съ исчерпывающей полнотой. Оцѣнка дѣйствія, производимая нами, имѣетъ пока единственною цѣлью отвѣтить на вопросъ,— какимъ должно быть дѣйствіе, чтобы оно, какъ вредное или опасное, могло быть признано цѣлесообразнымъ предположеніемъ наказанія. Что же касается изученія субъективной стороны предположеній репрессіи, то оно имѣетъ свою спеціальную задачу. Предметомъ изученія служитъ тамъ исключительно и спеціально внутреннее, психологическое отношеніе личности виновнаго къ объективной сторонѣ дѣйствія и результату, требуемое для того, чтобы это дѣйствіе могло быть признано цѣлесообразнымъ предположеніемъ наказанія. Спеціальная оцѣнка субъективныхъ признаковъ дѣйствія должна дать матеріалы, существенно важные для окончательнаго отвѣта на вопросъ о томъ, какое дѣйствіе можетъ быть признано цѣлесообразнымъ предположеніемъ наказанія, но безразличные для частной предварительной оцѣнки дѣйствія, вытекающей изъ отношенія послѣдняго къ основанію репрессіи. Ибо это отношеніе не измѣнится оттого, былъ ли субъектъ вмѣняемъ, или нѣтъ, проявилъ ли онъ самонадѣянность или преступное безразличіе воли, дѣйствовалъ ли онъ по корыстному или иному мотиву, зналъ о существованіи нарушенной имъ нормы, или не зналъ и пр.

Такъ какъ спеціальное изслѣдованіе субъективныхъ предположеній репрессіи въ видахъ оцѣнки психологическихъ пріобрѣтеній, достигаемыхъ при ихъ посредствѣ, не входитъ пока въ нашу задачу, то при оцѣнкѣ субъективной стороны дѣйствія мы коснемся единственно тѣхъ субъективныхъ моментовъ, образованіе которыхъ является не безразличнымъ уже въ видахъ правильной оцѣнки о п а с н о с т и дѣйствія [1]).

---

[1]) Для спеціальной оцѣнки субъективныхъ предположеній наказанія намѣчена четвертая часть изслѣдованія. Послѣдняя пятая часть будетъ отведена о т р и ц а т е л ь н ы м ъ предположеніямъ уголовной отвѣтственности, т е условіямъ, о т с у т с т в і е которыхъ требуется для примѣненія наказанія.

§ 16. Категоріи, приложимыя къ оцѣнкѣ дѣйствія, какъ предположенія наказанія: А. Категорія необходимости. Каузальный моментъ дѣйствія.

Итакъ, ближайшая задача нашего изслѣдованія состоитъ въ изъясненіи присущихъ дѣйствію моментовъ: каузальнаго и потенціальнаго

Въ то время, какъ требованія, обращаемыя къ дѣйствію съ точки зрѣнія категоріи возможности, носятъ характеръ постоянства, предъявляются къ соотношенію дѣйствія, какъ предположенія, и соціальнаго явленія, какъ основанія репрессіи, всегда и во всѣхъ случаяхъ:—категорія необходимости требуется для характеристики названнаго отношенія единственно тамъ, гдѣ законный составъ преступленія обнимаетъ не только дѣйствіе, но и результатъ послѣдняго.

Криминалисты неоднократно вводили въ свои построенія потенціальный моментъ дѣйствія, но видѣли въ немъ не самостоятельный юридическій моментъ, конкурирующій съ каузальнымъ, а лишь нѣкоторое искуственное ограниченіе, въ соотвѣтствіи съ характеромъ матеріала и цѣлей изслѣдованія, вносимое въ въ понятіе причинности Издавна сознаютъ криминалисты, что для вмѣненія,—de lege lata, равно какъ de lege ferenda,—недостаточно одной внѣшней механической связи дѣйствія съ результатомъ, опредѣляемой по методу гипотетическаго исключенія (не было бы дѣйствія, не наступило-бы и вреднаго событія, ergo: событіе есть результатъ дѣйствія). Сознаніе недостаточности этого условія для вмѣненія побудило многихъ криминалистовъ направить свои усилія къ возможному ограниченію понятія причинной связи. Попытки этого рода производились и донынѣ производятся въ слѣдующихъ четырехъ направленіяхъ: одни криминалисты надѣялись поправить дѣло внесеніемъ въ понятіе причинной связи тѣхъ или иныхъ моментовъ субъективной стороны дѣйствія, виновности. Другая группа теоретиковъ, строго различая объективныя условія вмѣненія отъ субъективныхъ, поставила своей задачей разграниченіе понятій причины и условія. Третья группа, желая съузить чрезмѣрно широкое для цѣлей вмѣненія понятіе

причинной связи, опредѣляемой по методу гипотетическаго исключенія, вводитъ въ это понятіе различные моменты нормативнаго характера, и, наконецъ, четвертая, въ поискахъ за тѣмъ же ограничительнымъ признакомъ, усваиваетъ понятію причинности различные моменты, относящіеся къ категоріи возможнаго [1]).

Изо всей этой массы теорій, посвященныхъ криминалистами вопросу о причинной связи, наиболѣе интереса представляютъ теоріи третьей и четвертой группы. Оцѣнку ихъ мы отлагаемъ, однако, до разсмотрѣнія общаго вопроса о значеніи потенціальнаго момента дѣйствія. Напротивъ, первыя двѣ группы теорій, безконечное число разъ излагавшихся и подвергавшихся оцѣнкѣ въ необъятной и все растущей литературѣ вопроса, мы не разсматриваемъ вовсе. Огромный трудъ, затраченный на выработку этихъ теорій, безплодный донынѣ, не обѣщаетъ добраго плода и въ будущемъ. Теоріи первой группы ничего не привносятъ и не убавляютъ, въ сравненіи съ тѣмъ комплексомъ условій вмѣненія, который устанавливаютъ, каждый въ отдѣльности, постулаты виновности и причинной связи, опредѣляемой по методу гипотетическаго исключенія. Ненужныя практически, теоріи этого типа оказываются несостоятельными и логически. Причинная связь есть отношеніе объективное, т. е., какъ принципъ познанія, общеобязательное. Поэтому наличность или отсутствіе причинной связи не можетъ зависѣть отъ предвидѣнія или возможности предвидѣнія результата субъектомъ дѣйствія.

Равнымъ образомъ, должны быть отвергнуты и теоріи второй группы. Отказываясь признать равное значеніе за условіями наступившаго результата дѣйствія, причиною они считаютъ или условіе, дающее перевѣсъ содѣйствующимъ силамъ надъ противо-

---

[1]) Ни здѣсь, ни въ послѣдующихъ отдѣлахъ мы не печатаемъ подробныхъ литературныхъ указателей по относящимся вопросамъ. Такіе указатели легко найти въ любомъ учебникѣ, иностранномъ или русскомъ, не говоря уже о спеціальныхъ монографіяхъ. Вообще, къ каждому изъ отдѣловъ, здѣсь излагаемыхъ, мы подходимъ единственно со стороны интересующаго насъ вопроса—объ отношеніи дѣйствія, какъ предположенія репрессіи, къ ея же основанію, и, по общему правилу, цитируемъ только тѣхъ авторовъ, которые разсматривали то или другое образованіе дѣйствія въ тѣсной связи съ названнымъ выше вопросомъ.

дѣйствующими (Binding), или послѣднее изъ условій (Ortmann), или условіе, наиболѣе дѣятельное (Birkmeyer), или причиняющее, въ отличіе отъ только содѣйствующаго (Muller), побудительную силу, въ отличіе отъ условій побужденія (Kohler), измѣненіе, въ отличіе отъ состоянія покоя (Horn, M. E. Mayer) [1]). Приводимыя подраздѣленія условій, если даже и считать ихъ логически допустимыми,—не пріемлемы ни de lege lata, ни de lege ferenda. Съ точки зрѣнія legis latae они не пріемлемы потому, что устанавливаемое ими понятіе причины, при повѣркѣ данными законодательной и судебной практики, оказывается чрезмѣрно узкимъ,—отсюда возникаютъ безконечныя и слабо мотивированныя кляузулы, въ корнѣ подрывающія значеніе основного правила. Но они не пригодны и съ точки зрѣнія legis ferendae: коль скоро дѣйствіе субъекта служитъ conditio sine qua non вреднаго послѣдствія, нельзя отрицать, что оно *можетъ* быть объявлено предположеніемъ репрессіи, въ какомъ бы отношеніи ни состояло съ другими равно необходимыми условіями результата in concreto.

Теорія причинной связи, опредѣляемой по методу гипотетическаго исключенія,—нынѣ господствующая,—есть вмѣстѣ единственно правильная. Указываютъ, и не безъ основанія, что она не охватываетъ всѣхъ явленій права, что она нерѣдко приводитъ практика къ несостоятельнымъ выводамъ, но виновата здѣсь не теорія, а свойство исключительности, ошибочно сообщаемое теоріи. Объективная оцѣнка дѣйствія не должна замыкаться въ тѣсные предѣлы повѣрки его каузальнаго значенія, она должна обнимать и другой, не менѣе важный моментъ его,—потенціальный. Односторонняя оцѣнка не можетъ быть вѣрной уже потому, что она—неполная. Съ принятіемъ же во вниманіе, на ряду съ каузальнымъ, потенціальнаго момента дѣйствія, падаютъ сами собой, какъ увидимъ далѣе, тѣ нареканія, отъ которыхъ донынѣ еще не свободна господствующая теорія причинной связи. Обоснованіемъ одной этой теоріи мы и ограничимся поэтому въ послѣдующемъ изложеніи.

---

[1]) Обстоятельное изложеніе этихъ теорій см. у Hartmann'a, Das Kausalproblem im Strafrecht, 1900.

Причинность не есть что либо, что̀ существуетъ вне насъ, какъ нѣчто реальное, что̀ могло бы служить предметомъ чувственнаго воспріятія,—причинность есть форма нашего познанія. Причина изучаемаго явленія,—говоритъ Минто [1]),—не феноменальна, а ноуменальна. Причинность есть постулатъ, предпосылка познанія. Какъ существамъ мыслящимъ, намъ свойственно считать существующее необходимо существующимъ, полагать, что инымъ, не тѣмъ, каково оно есть, оно и не могло быть. Это не значитъ, что мы родимся съ понятіемъ о причинности, но оно составляетъ необходимый атрибутъ мысли и крѣпнетъ по мѣрѣ ея развитія. Понятіе причинности—апріорно и абсолютно; не оно покоится на опытѣ, но утвержденія опыта логически покоятся на немъ; оно не терпитъ исключеній и вмѣстѣ сохраняетъ общеобязательный характеръ. Каждое событіе, какъ бы оно ни было маловажно, необходимо обусловлено всѣмъ міровымъ прошлымъ и всѣмъ настоящимъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, составляя часть цѣлаго, оно необходимо обусловливаетъ все существующее и все то, что имѣетъ осуществиться въ будущемъ. По мѣткому и образному замѣчанію Гоммеля, стоило бы изъять изъ вселенной только одинъ атомъ, и весь міръ распался-бы. Это образное выраженіе слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что каждый атомъ въ составѣ вселенной есть необходимое условіе ея существованія, какъ цѣлаго; что если допустить, что есть во вселенной хотя одинъ атомъ, не представляющій безусловной необходимости для ея существованія, вселенная тѣмъ самымъ утратила-бы свою способность становиться объектомъ нашего познанія.

Идея обусловленности, въ смыслѣ необходимости, не должна быть смѣшиваема съ идеею обусловленности, въ смыслѣ воспроизведенія. Идея необходимости сводится по своему содержанію къ представленію о міровомъ порядкѣ, гдѣ каждая часть состоитъ въ необходимомъ отношеніи къ цѣлому. Если событія a и b входятъ въ составъ цѣлаго u (universum), и оба они, a и b, опредѣляются этимъ u, какъ необходимыя составныя части, ясно,

[1]) Логика, русск. пер. 1901 г., стр. 366.

что категорія необходимости должна характеризовать также отношеніе событія a къ событію b, и обратно [1]).

Какое же значеніе,—спрашивается тогда,—имѣютъ наши изысканія о причинахъ тѣхъ или иныхъ событій? Какой смыслъ имѣютъ наши поиски, и какую цѣну результаты поисковъ, если всѣ элементы, входящіе въ составъ universum'а, одинаково необходимы, если они въ равной мѣрѣ обусловливаютъ то или другое событіе?

Уже самый вопросъ—„что составляетъ причину событія?"—поставленъ неправильно. Ибо, спрашивая въ такой формѣ, мы ждемъ перечисленія фактовъ, которые бы лежали внѣ даннаго событія и производили послѣднее. Такъ именно и опредѣляетъ причину Д. С. Милль, называющій ею совокупность предшествующихъ, неизмѣнно и безусловно влекущихъ за собою данный результатъ. Но вѣдь если имѣются на лицо *всѣ* условія результата,—ясно, мы будемъ имѣть уже не причину результата, а самый результатъ.

Спрашивая, что составляетъ причину событія,—сознательно или безсознательно, мы ищемъ *объясненія* событія. Объяснить что либо значитъ свести неизвѣстное къ болѣе или менѣе уже извѣстному. Для ребенка событія окружающей его жизни проходятъ безсвязно, сцѣпленіе ихъ по времени и мѣсту носитъ для него чисто случайный характеръ. Наблюденіе и опытъ убѣждаютъ насъ, съ теченіемъ времени, въ существованіи такъ называемыхъ закономѣрностей. Мы научаемся изъ опыта, что одни категоріи фактовъ, при извѣстныхъ условіяхъ, влекутъ за собой другіе ряды фактовъ. Такимъ путемъ мы познаемъ законы, или формулы, опредѣляющія постоянную преемственную связь не фактовъ in concreto, но явленій или фактовъ, обобщаемыхъ по извѣстному признаку. Знаніе законовъ впервые намъ открываетъ путь и къ пониманію соотношенія событій in concreto.

Спрашивая о причинѣ событія, мы тѣмъ самымъ отрѣшаемся отъ дѣйствительности. Это отрѣшеніе выражается, прежде всего, въ томъ, что мы изолируемъ конкретное событіе отъ всеобъемлющаго

---

[1]) Ср. Thyren, Abhandlungen aus dem Strafrechte, I, 1894, S. 150: Als absolute und apriorische Form der Erfahrung bedeutet die Kausalität die notwendige Ordnung der successiven Momente der Erscheinungswelt. Hierin liegt, dass auch der Eintritt jeder partiellen Realität in absolut notwendigen Verhaltnis zum Eintritt jeder beliebigen partiellen Realität steht.

universum'а. Это намъ сразу даетъ возможность отвергнуть причинную зависимость даннаго событія отъ всѣхъ событій, ему сопутствующихъ въ предѣлахъ пространства и времени, — фиксировать свое вниманіе исключительно на обстоятельствахъ, ему предшествующихъ.

Но процессъ абстракціи на этомъ не останавливается. Событіе, какъ таковое, во всей полнотѣ образующихъ его признаковъ, интересовать насъ не можетъ. Когда мы спрашиваемъ о причинѣ событія, мы ищемъ объясненія не событію, какъ таковому, во всей полнотѣ конкретнаго его состава, а только отдѣльнымъ, обособленнымъ, логически отвлекаемымъ отъ дѣйствительности, его признакамъ. Благодаря такому утоньченію абстракціи, ог ромное количество предшествующихъ фактовъ, являвшихся необходимыми, пока мы разсматривали данное событіе, какъ неразрывную часть universum'а, становится теперь для отдѣльныхъ взятыхъ in abstracto моментовъ этого событія безразличнымъ. Изъ совокупности предшествующихъ мы начинаемъ признавать казуальное значеніе лишь за тѣми, связь которыхъ съ интересующими насъ моментами событія намъ понятна, или, говоря иначе, можетъ быть сведена къ дѣйствію извѣстныхъ намъ естественныхъ законовъ. Это сведеніе совершается слѣдующимъ образомъ. Останавливая свое вниманіе на тѣхъ или иныхъ моментахъ или группахъ моментовъ, присущихъ данному событію, и тѣхъ или иныхъ, ему предшествующихъ, оперируя не съ фактами in concreto, но лишь съ извѣстными моментами этихъ фактовъ, мы получаемъ возможность разсматривать событія, данное и предшествующія, какъ принадлежащія къ извѣстнымъ категоріямъ конкретныхъ фактовъ, или иначе явленіямъ. Если одна категорія фактовъ оказывается состоящей въ закономѣрной связи съ другою, то моменты конкретныхъ фактовъ, лежащіе въ основѣ обобщенія, познаются нами, какъ состоящіе въ причинной связи. И только въ силу неточности нашего языка, это понятіе причинной связи мы переносимъ и на отношеніе самихъ конкретныхъ событій, лежащихъ въ основѣ абстракціи. Причинно объяснить данное событіе значитъ раскрыть возможно большее число обусловливающихъ его моментовъ. Причинное объясненіе событія тѣмъ полнѣе, чѣмъ бо́льшее количество его признаковъ оно обнимаетъ собою, чѣмъ уже по объему абстракція отъ дѣйствительности.

Абстрактный характеръ того матеріала, по поводу котораго мы произносимъ свое сужденіе, вынуждаетъ насъ ввести и еще одно ограничительное условіе въ понятіе причины: отсутствіе фактовъ, или, точнѣе, фактическихъ моментовъ, которые-бы исключали данное послѣдствіе. Исчислить эти факты, такъ называемыя отрицательныя условія результата, не всегда, разумѣется, возможно, но это обстоятельство ни мало не умаляетъ ихъ абстрактно-каузальнаго значенія.

Въ поискахъ причины событія, мы рѣдко удовлетворяемся установленіемъ причинной связи даннаго момента (или моментовъ) событія съ *непосредственно* предшествующими фактами, (или, точнѣе,—отдѣльными моментами этихъ фактовъ). Непосредственно предшествующими мы называемъ ближайшіе факты, т. е., такіе, ближе которыхъ по времени, при доступной человѣку чувственной воспріимчивости, быть различаемо уже не можетъ. По общему правилу, мы стремимся уйти возможно далѣе отъ событія, ищемъ причинъ или условій, которыя бы „лежали глубже“, хотимъ узнать причину причинъ. Соотвѣтственно глубинѣ изысканій усложняется процессъ логической работы.

Пояснимъ сказанное на примѣрахъ Представимъ себѣ, что въ числѣ предшествующихъ мы имѣемъ конкретный фактъ n, а въ ряду послѣдующихъ конкретный фактъ f. Въ зависимости отъ исходной точки зрѣнія, оттого, какая сторона конкретнаго факта f спеціально насъ интересуетъ, мы начинаемъ разсматривать фактъ f, какъ частный случай явленій F, или F^1, или F^2.... Въ то же время, перебирая различные признаки конкретнаго факта n разсматриваемъ послѣдній, какъ частное образованіе явленій N, или N^1, или N^2.... Если допустить, что фактъ f спеціально насъ интересуетъ, какъ частный случай явленія F, а изъ опыта намъ извѣстно, что это явленіе F состоитъ въ закономѣрной связи съ явленіемъ N (въ томъ смыслѣ, что явленіе N всегда влечетъ за собою явленіе F), то фактическіе моменты n^N и f^F, позволяющіе намъ считать конкретные факты n и f частными образованіями явленій N и F, мы познаемъ, какъ состоящіе въ причинной связи, и самую эту связь опредѣляемъ по методу гипотетическаго исключенія. Мы говоримъ: n^N есть причина f^F, f^F — послѣдствіе n^N.

Для иллюстраціи поставимъ факты на мѣсто буквъ. Допустимъ, мы произвели слѣдующее наблюденіе: желѣзнодорожный рельсъ, положенный на горячіе угли, удлиннился на *n* милиметровъ. Мы хотѣли бы знать, не было ли помѣщеніе на горячіе уголья причиною того, что рельсъ удлиннился? Игнорируя цѣлый рядъ моментовъ, присущихъ тому и другому фактамъ in concreto, (т. е., положенію рельса на горячіе уголья и послѣдующему его удлиненію), какъ-то: обстоятельства мѣста и времени, вѣсъ, форму, составъ и цвѣтъ помѣщеннаго на огонь тѣла, сортъ углей, ихъ температуру, мѣру приращенія рельса, время ушедшее на приращеніе и пр., и пр., я выдѣляю изъ конкретнаго факта,—удлиненія даннаго рельса при данныхъ обстоятельствахъ,—спеціально интересующій меня моментъ—расширенія физическаго тѣла, а изъ конкретнаго факта, испытуемаго мною въ каузальномъ отношеніи,—нахожденія рельса на горячихъ угольяхъ,—моментъ притока тепла. Знаніе закона, что всѣ тѣла отъ тепла расширяются, впервые даетъ основаніе сдѣлать логическій выводъ: желѣзнодорожный рельсъ удлиннился оттого, что онъ былъ положенъ на горячіе уголья. Но это причинное объясненіе должно быть признано достигающимъ цѣли только въ предѣлахъ произведенной нами абстракціи отъ дѣйствительности. Объясненіе окажется недостаточнымъ, если, напримѣръ, въ послѣдующемъ конкретномъ фактѣ мы пожелаемъ отмѣтить не только моментъ удлиненія, какъ такового, но и мѣру удлиненія. Чтобы отвѣтить на новый вопросъ о причинѣ, намъ пришлось бы съузить абстракцію, отмѣтить въ составѣ предшествующаго факта химическія свойства тѣла, его длину и сообщенную температуру, а въ качествѣ закона взять на справку коэффиціентъ расширенія. Объясняя причину, мы скажемъ тогда, что рельсъ удлиннился на *n* милиметровъ оттого, что онъ—желѣзный, былъ опредѣленной длины, и что ему была сообщена такая-то температура [1]).

---

[1]) Б. А. Кистяковскій (Проблемы идеализма, сборникъ статей подъ ред. П. И Новгородцева, стр. 379 и сл.) утверждаетъ, что „съ понятіемъ сложной причины не оперируетъ ни одна наука, а всѣ они изслѣдуютъ только изолированно взятыя причинныя соотношенія.“ Отдѣльные моменты или отвлекаемые отъ дѣйствительности признаки конкретныхъ фактовъ, дѣйствительно, не могутъ образовать иного при-

Или возьмемъ другой примѣръ: два билліардныхъ шара, бѣгущихъ съ различною скоростью и по различнымъ направленіямъ, одновременно ударяютъ по третьему; послѣдній движется съ опредѣленной скоростью по опредѣленному направленію. Отмѣчая именно эти моменты, и зная законъ параллелограма силъ, мы говоримъ: принятыя третьимъ шаромъ скорость и направленіе причинены соотношеніемъ направленій и силъ испытанныхъ имъ же толчковъ. Но если бы мы, наблюдая послѣдствіе, остановили наше вниманіе только на одномъ моментѣ—*движеніи* третьяго шара, безъ отношенія къ скорости и направленію,—включеніе въ понятіе причины направленія и силы каждаго изъ испытанныхъ тѣломъ толчковъ уже оказалось-бы неправильнымъ. Исключивъ мысленно изъ числа предшествующихъ воздѣйствіе на тѣло которой либо изъ силъ, взятой въ отдѣльности, мы бы нашли, что послѣдствіе не отпало-бы, осталось-бы тѣмъ-же, чѣмъ и было,—движеніемъ. Для отысканія причины, потребовалось-бы дальнѣйшее обобщеніе предшествующихъ фактовъ, причиною мы признали-бы моментъ сообщенія тѣлу толчка, безъ отношенія къ числу, силѣ и направленію его механическихъ производителей. Итакъ, причинность есть приложеніе начала необходимости къ соотношенію какихъ либо моментовъ предшествующихъ фактовъ съ какими либо моментами фактовъ послѣдующихъ. Мѣра абстракціи первыхъ опредѣляетъ мѣру абстракціи вторыхъ, и обратно.

Какое значеніе понятіе причины можетъ имѣть въ уголовномъ правѣ? Требуется ли для вмѣненія, чтобы дѣйствіе субъекта было причиной преступнаго результата?

Нельзя не видѣть, что преступный результатъ, какъ бы онъ ни казался простъ въ очертаніи закона, представляетъ собою въ жизни явленіе настолько сложное, даже и въ отрѣшеніи отъ

чиннаго соотношенія, кромѣ какъ изолированнаго. Но отсюда еще не слѣдуетъ, что понятіе сложной причины покоится на логическомъ недоразумѣніи (напримѣръ, на неправильномъ антропоморфическомъ представленіи) Если мы ждемъ объясненія не одному, а цѣлой группѣ моментовъ, отвлеченныхъ отъ даннаго факта, то и причинно обусловливающими должны являться не одинъ, а цѣлая группа моментовъ, рядъ признаковъ предшествующихъ фактовъ, и нѣтъ основанія эти моменты не свести къ понятію сложной или совокупной причины. Въ общепринятой формулѣ понятія причинной связи подлежитъ исправленію не характеръ соотношенія, но свойство объектовъ нашего познанія, приводимыхъ въ соотношеніе.

моментовъ, лежащихъ внѣ состава преступленія, что точное исчисленіе *всѣхъ* предшествующихъ фактическихъ моментовъ, состоящихъ съ нимъ въ причинной связи, оказывается на практикѣ невыполнимымъ. Несомнѣнно одно,—что всякій преступный результатъ опредѣляется суммою предшествующихъ моментовъ, которые выходятъ далеко за предѣлы дѣйствія. Требованіе, чтобы дѣйствіе причиняло преступный результатъ въ полномъ объемѣ, вело бы на практикѣ къ отрицанію вмѣненія. Такого требованія законъ, естественно, предъявлять не можетъ. Для вмѣненія результата достаточно, если одинъ или нѣсколько его моментовъ были обусловлены однимъ или нѣсколькими моментами дѣйствія. Субъектъ отвѣчаетъ не за то, что онъ причиняетъ результатъ,—причиняетъ причина, а не условіе,—но за то, что онъ вводитъ свое дѣйствіе въ комплексъ условій, познаваемыхъ нами, какъ причина,—что онъ *участвуетъ* въ причиненіи. Возраженіе, что въ такомъ случаѣ субъектъ долженъ бы былъ отвѣчать лишь за тѣ моменты результата, которые были имъ обусловлены, не достигаетъ цѣли. Моментъ есть не часть результата, которая могла бы быть отдѣлена физически, но лишь логически мыслимая сторона его, абстракція отъ конкретной дѣйствительности. Если А убѣждаетъ Б произвести поджогъ застрахованныхъ дачъ не зимою, какъ намѣревался Б, а, во избѣжаніе подозрѣній,—лѣтомъ, то дѣйствіе А обусловливаетъ извѣстную, юридически небезразличную сторону преступнаго результата,—сгораніе жилого строенія вмѣсто нежилого, но отнюдь не отдѣльную часть инкриминируемаго послѣдствія, которая могла бы быть вмѣнена независимо отъ другихъ частей. Что же касается тѣхъ сравнительно рѣдкихъ случаевъ, гдѣ преступный результатъ представляетъ событіе, распадающееся на цѣлый рядъ физически самостоятельныхъ конкретныхъ фактовъ (примѣръ: нанесеніе кому либо тяжкихъ побоевъ нѣсколькими лицами), то здѣсь, дѣйствительно, можетъ случиться, что дѣйствіе субъекта окажется состоящимъ въ причинной связи только съ одною изъ частей результата. Однако, и въ этихъ случаяхъ субъектъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности, какъ за причиненіе результата въ цѣломъ. Объясняется это тѣмъ, что сложный характеръ имѣютъ обычно такъ называемые промежуточные результаты; что-же касается

конечнаго результата, который собственно и имѣетъ въ виду законодатель (разстройство здоровья, какъ слѣдствіе побоевъ), то это—результатъ, дѣлимый, быть можетъ, in abstracto, логически, но не in concreto, физически.

Опредѣливъ, въ чемъ состоятъ понятіе и роль дѣйствія, обратимся къ ближайшему опредѣленію второго звена въ интересующемъ насъ отношеніи—понятія результата. Согласно ходячему мнѣнію, результатъ есть конкретное измѣненіе въ предѣлахъ признаковъ состава преступленія. Примѣненіе этой формулы на практикѣ встрѣчаетъ, однако, серьезныя затрудненія. Такъ, возникаетъ вопросъ, имѣютъ ли юридическое значеніе условія мѣста и времени, порядка или формъ наступленія результата и пр. Къ разрѣшенію этихъ сомнѣній въ каждомъ конкретномъ случаѣ могутъ служить, казалось бы, слѣдующія соображенія. Преступный результатъ есть ничто иное, какъ основаніе репрессіи, возведенное на степень ея предположенія. Поэтому къ результату могутъ быть относимы только такіе признаки событія, которые могутъ имѣть значеніе съ точки зрѣнія основанія репрессіи, т. е., того общественнаго явленія, къ искорененію котораго ближайшимъ образомъ направлены усилія уголовнаго законодателя. Приведу примѣры:—экономка, съ цѣлью отравленія, примѣшиваетъ дозу безразличнаго во вкусовомъ отношеніи яду въ стаканъ утренняго кофе, обычно выпиваемаго хозяиномъ дома. Первый же глотокъ кофе попадаетъ пьющему въ дыхательное горло, и онъ умираетъ. Не трудно видѣть, что дѣйствіе экономки здѣсь не обусловило ни малѣйшаго отклоненія въ порядкѣ наступленія результата. Причинная связь дѣйствія и результата отсутствуетъ. Другой примѣръ:—врачъ, желая доставить непріятность содержателю номеровъ, или по инымъ мотивамъ, дѣлаетъ распоряженіе перенести смертельно раненаго съ проѣзжей дороги въ гостинницу, гдѣ тотъ и умираетъ. Дѣйствіе врача не состоитъ въ причинной связи съ наступленіемъ смерти раненаго, какъ преступнымъ результатомъ, хотя оно и обусловило ее по мѣсту: перемѣна обстановки,—единственный моментъ событія, обусловленный дѣйствіемъ,—представляется безразличною стороною дѣла съ точки зрѣнія интереса, лежащаго въ основѣ запретительной нормы. Третій примѣръ:—жена, проникая въ замыслы

мужа, убѣдила его отложить поджогъ застрахованныхъ дачъ до наступленія холодовъ, когда дачники должны переѣхать въ городъ. Моментъ событія, обусловленный дѣйствіемъ жены, заключается въ томъ, что было подожжено нежилое строеніе вмѣсто жилого. Ея дѣйствіе, такимъ образомъ, не только не обогатило преступный результатъ какимъ либо новымъ фактическимъ моментомъ, имѣющимъ юридическое значеніе, но и обусловило собой выпаденіе одного изъ такихъ моментовъ, который иначе присоединился бы къ результату. Дѣйствіе жены не противорѣчило, а, напротивъ, содѣйствовало публичному интересу, лежащему въ основѣ нарушенной нормы. Причинной связи между нимъ и какимъ либо изъ моментовъ *преступнаго* результата мы, въ виду этихъ соображеній, принять не можемъ. Послѣдній примѣръ заимствуемъ у Листа (Lehrbuch, § 29, III, 3). Листъ отрицаетъ причинную связь дѣйствія раненія съ результатомъ—смертью раненаго, если послѣдній, будучи смертельно раненъ во время плаванія, вслѣдъ затѣмъ тонетъ при кораблекрушеніи. Согласиться съ Листомъ мы могли-бы только при введеніи дополнительнаго условія, что рана не оказала вреднаго вліянія на порядокъ наступленія смерти, особенно въ смыслѣ весьма возможнаго при подобныхъ обстоятельствахъ ея ускоренія. Ибо сокращеніе человѣческой жизни хотя бы на нѣсколько минутъ, съ точки зрѣнія права, есть уже само по себѣ лишеніе жизни.

Итакъ, дѣйствіе должно быть признано состоящимъ въ причинной связи съ преступнымъ результатомъ, когда оно, или извѣстные его моменты, составляютъ conditio sine qua non результата или его отдѣльныхъ юридически небезразличныхъ моментовъ. Но здѣсь нужна одна ограничительная поправка. Если дѣйствіе отдѣлено отъ результата, какъ измѣненія конечнаго, рядомъ чувственно различимыхъ промежуточныхъ измѣненій, то методъ гипотетическаго исключенія долженъ быть примѣненъ къ обработкѣ не только тѣхъ, крайнихъ по отдаленности, моментовъ, въ которыхъ мы ожидаемъ найти спеціально насъ интересующее условіе событія, но и всѣхъ промежуточныхъ, поскольку они различимы для насъ. Чтобы дѣйствіе n обусловливало событіе f, необходимо, чтобы и всѣ такъ наз. промежуточныя звенья причинной цѣпи: n^1, n^2, n^3 и т. д. состояли одно къ другому

въ томъ же каузальномъ отношеніи. Игнорированіе этого требованія ведетъ къ логически непріемлемымъ выводамъ. Представимъ себѣ,—двое, желая произвести наводненіе, одновременно и не зная о дѣйствіяхъ другъ-друга, въ двухъ различныхъ мѣстахъ прорываютъ плотину. По заключенію эксперта, чтобы произвести наводненіе, было достаточно просверлить плотину только въ одномъ мѣстѣ,—наводненіе произошло-бы въ въ томъ-же порядкѣ и съ тою же скоростью. Или:—нѣкто A, animo necandi, ставитъ къ постели больного отравленный напитокъ. Не зная о томъ, Б съ тою же цѣлью бросаетъ въ напитокъ новую дозу того-же яда. По заключенію врача, первоначальный ядъ былъ настолько силенъ, что вторая доза была излишня. Смерть наступила-бы въ томъ же порядкѣ и помимо увеличенія дозы. Въ обоихъ случаяхъ каждый изъ виновныхъ могъ-бы сказать въ свое оправданіе: „вредный результатъ не состоитъ въ причинной связи съ моимъ дѣйствіемъ. Исключите его мысленно изъ числа предшествующихъ, и вы найдете, что инкриминируемое событіе наступило-бы въ то-же время и совершенно такъ-же, какъ оно наступило послѣ моего дѣйствія". Возраженіе слѣдуетъ признать незаслуживающимъ уваженія. Дѣйствія обоихъ были, каждое въ отдѣльности, излишни для конечнаго результата, но они были равно необходимы для одной изъ промежуточныхъ причинъ, какъ мы ее обобщаемъ, отвлекая отъ дѣйствительности, a causa causae есть causa causati. Наводненіе было результатомъ прорыва плотины, но прорывъ плотины (промежуточная причина) произошелъ-бы, самъ по себѣ, иначе, если-бы плотина была пробуравлена только въ одномъ мѣстѣ. Пусть вторая доза яда была излишня для цѣли отравленія,—количество ядовитаго вещества, всосавшееся въ стѣнки желудка и тѣмъ обусловившее смерть больного, сложилось in concreto не изъ одной первой, но изъ обѣихъ дозъ яда. Если бы второй дозы всыпано не было, смерть послѣдовала бы совершенно такъ же, какъ и въ дѣйствительности, но ближайшею ея причиной было бы ядовитое вещество, хотя и однородное, но фактически все же другое, чѣмъ причинившее смерть въ дѣйствительности.

Итакъ, понятіе причины, единое въ смыслѣ необходимой преемственности бытія, можетъ быть используемо двоякимъ образомъ.

Можетъ быть предложенъ вопросъ о причинѣ событія in pleno, и другой—о причинѣ извѣстныхъ, отвлекаемыхъ отъ дѣйствительности, спеціально насъ интересующихъ моментовъ того же событія. Въ первомъ случаѣ мы необходимо мыслимъ, какъ причину событія, такъ наз. universum, всю совокупность бытія, все прошлое и настоящее міра,—во второмъ,—совокупность предшествующихъ фактовъ или, точнѣе, фактическихъ моментовъ положительныхъ и отрицательныхъ, опредѣляемыхъ на основаніи опыта, по методу гипотетическаго исключенія. Каузальное значеніе дѣйствія опредѣляется тѣмъ, что оно вполнѣ или частью входитъ въ составъ причины, понимаемой въ этомъ послѣднемъ смыслѣ.

§ 17. Б. Категорія возможности. Потенціальный моментъ дѣйствія. Литература вопроса.

Потенціальный моментъ вліяетъ на оцѣнку дѣйствія не только тамъ, гдѣ одновременно возникаетъ вопросъ о каузальномъ значеніи послѣдняго: онъ сохраняетъ силу и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ каузальный моментъ отсутствуетъ вовсе,—при дѣйствіи безрезультатномъ. Естественно здѣсь, не затѣняемый моментомъ каузальнымъ, потенціальный моментъ долженъ былъ всего раньше остановить на себѣ вниманіе криминалиста: онъ и былъ многократно использованъ для характеристики дѣйствія въ теоріяхъ о покушеніи, соучастіи, въ ученіи о деликтѣ нарушенія безопасности, и такъ наз. полицейскомъ. Но такъ велико обаяніе момента каузальнаго, такъ глубоко укоренилось убѣжденіе, что каузальный моментъ есть единственный критерій для оцѣнки дѣйствія со стороны объективной, что и здѣсь потенціальный моментъ, хотя временами и находитъ свое признаніе, разсматривается и получаетъ оцѣнку все же не самъ по себѣ, но въ соотношеніи съ моментомъ каузальнымъ. Соотвѣтственно и вся литература о потенціальномъ моментѣ есть въ сущности литература о соотношеніи потенціальнаго и каузальнаго моментовъ дѣйствія. Относящіяся сюда теоріи могутъ быть разбиты на слѣдующія три группы:

1) теоріи, разсматривающія моментъ потенціальный, или такъ наз. опасность дѣйствія, какъ *стадію въ развитіи* момента каузальнаго;

2) теоріи, разсматривающія моментъ потенціальный, какъ спеціальное образованіе, разновидность или *осложненіе* момента каузальнаго, и

3) теоріи, которыя въ потенціальномъ моментѣ ищутъ *замѣну* каузальнаго: первый, но отнюдь не второй можетъ претендовать на какое либо значеніе въ уголовномъ правѣ.—Начнемъ съ первой группы теорій.

I. Моментъ потенціальный, какъ стадія въ развитіи момента каузальнаго.

Фейербахъ первый принялъ условіемъ наказуемости покушенія его объективную опасность [1],—воззрѣніе, которое нашло свое развитіе въ нескончаемомъ рядѣ попытокъ дѣленія средствъ и объектовъ покушенія на негодные абсолютно или только относительно [2]), in abstracto или in concreto, негодные въ строгомъ смыслѣ слова или только недостаточные [3]), и т. д. Ихъ смыслъ одинъ и тотъ же:—покушеніе наказуемо лишь при условіи его опасности, или, что—то же,—возможности результата in concreto. Та же идея сквозитъ далѣе, въ старой теоріи Гельшнера, который требуетъ для наказуемаго покушенія существованія „въ дѣйствительности и на основаніи опыта“ причинной связи между дѣйствіемъ виновнаго и преднамѣреннымъ результатомъ, и на этомъ основаніи различаетъ слѣдующія двѣ практическія комбинаціи: нѣкто полагаетъ, что можно отравить человѣка извѣстнымъ количествомъ сахара, и даетъ ему это самое количество, или нѣкто хочетъ дать мышьяку, но по ошибкѣ даетъ сахару. Въ первомъ случаѣ источникъ неудачи лежитъ уже въ умыслѣ,

---

[1]) Feuerbach, Lehrbuch, изд. Миттермайера, 1847 г. § 42: покушеніе наказуемо „если дѣйствіе само, по его внѣшнему свойству (посредственно или непосредственно, много или мало) состоитъ въ причинной связи съ преднамѣреннымъ преступленіемъ, если оно—объективно опасно“. Изъ послѣдователей Фейербаха требованіе объективной опасности предъявляютъ къ покушенію Zachariä, Die Lehre vom Versuche, 1836 г., I Th., стр. 233; Hefftter, Lehrbuch, 6 изд., 1857 г., § 75; Geib, Lehrbuch, II B., 1862 г., стр. 301.

[2]) Berner, учебн. 17 изд 1895 г., стр. 140 и сл., и многіе другіе. Литературныя указанія у Гейба, в с., § 102.

[3]) Zachariä, в. с., § 125.

во второмъ—въ исполненіи, внѣ умысла. Только во второмъ случаѣ можетъ быть констатировано начало исполненія, усмотрѣнъ исходный, хотя бы затѣмъ и оборванный, конецъ причинной цѣпи, въ первомъ—требуемой связи нѣтъ съ самаго начала [1]). Обрывокъ причинной цѣпи, связующей in concreto дѣйствіе съ результатомъ, представляетъ собою новое своеобразное выраженіе той же идеи конкретной опасности. Оригинальное теоріи Гельшнера заключалось въ томъ, что изъ міра внѣшнихъ реальностей онъ отодвинулъ исходный моментъ нарушенія безопасности въ психологическую среду преступнаго умысла. Послѣдующія попытки въ томъ же направленіи были произведены Гейеромъ, Герцемъ и Каррарой. Возвращаясь къ міру внѣшнихъ реальностей, полагая въ основу разграниченія оцѣнку физической стороны дѣйствія, они ищутъ здѣсь обрывковъ причинной связи и признаютъ, или нѣтъ, покушеніе наказуемымъ въ соотвѣтствіи съ результатами своихъ поисковъ,—судя по тому, заключали въ себѣ, или нѣтъ, хотя первые моменты преступной дѣятельности возможность или, говоря иначе, конкретную опасность вреднаго послѣдствія [2]).

Всѣ вышепоименованные криминалисты разсматривали вопросъ о конкретной опасности дѣйствія на почвѣ ученія о покушеніи. Понятіе конкретной опасности при этомъ трактовалось ими, какъ нѣчто самоочевидное, ненуждающееся въ дальнѣйшемъ поясненіи. Болѣе внимательно къ нему отнесся въ своихъ „Нормахъ“ Биндингъ, но и онъ не ставитъ общаго вопроса о значеніи потенціальнаго момента дѣйствія, используетъ послѣдній единственно

---

[1]) System des Preussischen Strafrechtes, I, 1858, стр. 189 и сл.

[2]) Carrara, Programme, франц. пер., 1876 г., § 360: si l'inaptitude se rencontre dans les premiers moments de l'action, toute imputation comme tentative est impossible parce que le danger a manquè absolument—Hertz, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln, 1874 г., § 12. Въ діаметрально противоположномъ смыслѣ онъ же, Das Unrecht, 1880 г., стр. 86.—Geyer, Kleinere Schriften, 1889 г. стр 266 и сл., требуетъ отъ наказуемаго покушенія наличности намѣренія совершить преступленіе, „съ этимъ намѣреніемъ должно быть далѣе совершено *дѣйствіе*, которое носитъ въ себѣ *опасность* выполненія преступленія... намѣреніе хотя отчасти должно быть реализовано, такъ чтобы послѣдовало приближеніе къ преступной цѣли, и отсюда возникла опасность, что преступникъ ея достигнетъ.“ Подробнѣе объ этихъ теоріяхъ см. ниже въ §, посвященномъ спеціально негодному покушенію.

для поясненія рѣзко имъ изолируемой группы деликтовъ такъ наз. нарушенія безопасности, (Gefahrdungsdelikte) [1]).

Нарушеніе безопасности (Gefährdung) является въ системѣ Биндинга одною изъ формъ деликта (стр. 312 и сл.), или виновнаго нарушенія нормы (стр 311), занимающею среднее мѣсто между причиненіемъ вреда и чистымъ непослушаніемъ [2]). Запретъ подвергать опасности какое либо правовое благо, скажемъ,—человѣческой жизни,—поставленный между запретомъ убійства вообще, съ одной стороны, и цѣлымъ рядомъ воспрещенныхъ, можетъ быть, тоже опасныхъ для жизни дѣйствій, съ другой,—получаетъ смыслъ лишь въ томъ предположеніи, что право подъ нарушеніемъ безопасности понимаетъ не причиненіе частичнаго вреда и не созданіе извѣстнаго соотношенія условій, но своеобразный ущербъ, который терпитъ правовое благо,—въ безмятежности его существованія (eine eigentümliche Beeinträchtigung des gefahrdeten Gutes in der Ungestörtheit seiner Existenz). Нарушеніе безопасности есть такое измѣненіе въ положеніи вещей къ невыгодѣ правового блага, что его, до тѣхъ поръ безспорная, способность продолжать невредимо существовать и далѣе—становится сомнительной на будущее время. Gefahrdung ist immer Erschütterung der Daseinsgewissheit, (стр. 372). Сознавалъ или нѣтъ потерпѣвшій существованіе опасности, былъ ли онъ испуганъ или пораженъ событіемъ въ дѣйствительности,—для состава деликта несущественно. Тамъ, гдѣ право находитъ поводъ воспретить нарушеніе безопасности, какъ таковое, оно разсматриваетъ составъ его сплошь и безъ изъятія, какъ поколебаніе обезпеченности правовыхъ устоевъ; дурное воздѣйствіе на блага, подвергающіяся опасности, оно принимаетъ какъ постоянное слѣдствіе нарушенія безопасности. „Кто станетъ изслѣдовать сравнительно рѣдкіе запреты нарушенія безопасности въ предѣлахъ того

---

[1]) Насколько тѣсно ограничиваетъ Биндингъ сферу опасныхъ дѣйствій, можно судить по тому, что онъ не усматриваетъ нарушенія безопасности даже въ покушеніи на матеріальный деликтъ: „wie vieler Verbrecher Kraft erlahmt im Versuchs-Stadium lange bevor sie eine gefahrliche Sachlage geschaffen haben!“ Die Normen und ihre Uebertretung, I B., 2 Aufl., 1890, S 375.

[2]) Подробное изложеніе системы Биндинга см. ниже, § 18, II.

или другого положительнаго права, сейчасъ же пойметъ, что случаи нарушенія безопасности, гдѣ (психологическое) дѣйствіе опасности отпадаетъ, составляютъ ничтожное исключеніе, и что законодатель, который долженъ всегда удовлетворяться средними выводами, совершенно въ правѣ эти рѣдкіе случаи игнорировать“ [1]).

Деликтный моментъ нарушенія безопасности такимъ образомъ тотъ же, что и въ причиненіи вреда. Единственно,—матеріальная сторона непослушанія поражаетъ сферы правовыхъ благъ не такъ сильно и рѣзко здѣсь, какъ тамъ [2]).

Въ порядкѣ внѣшняго своего развитія, деликтъ нарушенія безопасности имѣетъ свой предѣльный пунктъ, переступая который, онъ обращается въ причиненіе вреда, но отъ начала (?) и до этого предѣльнаго пункта располагаетъ извѣстнымъ просторомъ для своего развитія (стр. 387). Опасное положеніе можетъ образоваться различнымъ путемъ: субъектъ можетъ создать его собственными силами, установивъ такое отношеніе между положительными условіями (за уничтоженіе блага) и отрицательными (за его сохраненіе), что нашъ разумъ долженъ, въ силу опыта, опасаться немедленнаго возобладанія первыхъ надъ силою сопротивленія вторыхъ. Но положеніе подобнаго рода субъектъ можетъ найти также и готовымъ: при особой беззащитности блага всегда мыслимы положенія, образующія, какъ свидѣтельствуетъ опытъ, благопріятную почву для развитія положительныхъ условій ко вреду для блага (§ 53, IV, 4).

Нарушеніе безопасности требуетъ, далѣе, *соприкосновенія* блага и опаснаго положенія. Субъектъ долженъ или поставить благо въ опасное положеніе: бросить жертву въ потокъ, положить ребенка на проѣзжую дорогу, или, наоборотъ, опасность привлечь къ ея жертвѣ: создать положеніе, заключающее въ себѣ опасность для всѣхъ вообще благъ опредѣленнаго типа, едва они, по несчастію, придутъ въ соприкосновеніе съ нимъ. Здѣсь, однако, является необходимой одна существенная оговорка: не можетъ быть рѣчи объ опасности, а слѣдовательно и о деликтѣ, если

---

[1]) Нормы, 1-е изд., стр. 203. Это мѣсто исключено во 2-мъ изд.,—въ результатѣ мысль Биндинга осталась та же, и только проиграла въ ясности изложенія.

[2]) Die Normen, 2-е изд., стр. 374.

субъектъ съ самаго начала успѣлъ или самъ отнять у своего дѣйствія характеръ опасности, или предоставилъ это сдѣлать третьему лицу, вмѣшательство котораго имъ было обусловлено, или съ достаточнымъ основаніемъ принято въ разсчетъ (§ 53, IV, 3).

Разнузданіе опасныхъ силъ, впрочемъ, не всегда, по мнѣнію Биндинга, даетъ въ результатѣ delictum consumatum нарушенія безопасности конкретныхъ благъ,—нѣтъ,—если ни одно правовое благо еще не успѣло войти въ кругъ дѣйствія освобожденной силы, и эта послѣдняя сама не стремится къ захвату подобнаго рода благъ. Если бы кто потушилъ или зажегъ береговой огонь, и въ теченіе ночи ни одинъ пароходъ не прошелъ мимо, надо признать, что еще не было судна, которое бы подверглось опасности.

Напротивъ, составъ § 366 п. 2 RStrGB'a будетъ имѣть мѣсто, хотя-бы общественная площадь, на которой выѣзжаютъ молодыхъ дикихъ лошадей, и была совершенно безлюдна, и никто не приближался къ лошадямъ. Опасность, по мнѣнію Биндинга, располагаетъ свойствомъ не только быть бо́льшею или меньшей, но и переходить по своему дѣйствію (Die Gefahr nicht nur einen Spielraum zum Wachsen, sondern auch zum Wandeln ihrer Wirkungen besitzt, стр. 396). Необходимость избѣгать мѣста, гдѣ она существуетъ, уже есть само по себѣ ея отдаленное дѣйствіе. Составъ деликта нарушенія безопасности выполненъ, хотя бы ни одно благо не вошло въ очарованный кругъ: достаточно, если опасность раскрыла свои двери для извѣстнаго типа правовыхъ благъ, если она готова захватить любое изъ нихъ, едва оно подойдетъ къ ней на близкое разстояніе, и приближеніе дѣйствительно возможно (стр. 394—397).

Понятіе *конкретной* опасности, частично, (т. е., какъ признакъ состава отдѣльной группы деликтовъ), используемое Биндингомъ, заключаетъ въ себѣ contradictio in adjecto. Чего не было, того и не могло быть. Если понятіе конкретной опасности вообще должно имѣть какой либо смыслъ, то исключительно тотъ, что факты, имѣвшіе извѣстный результатъ, могли бы и не имѣть его.

„Для вреда, который не наступилъ,—говоритъ Герцъ [1]),—существуетъ столь-же мало объективныхъ предположеній, какъ и для тѣхъ нежелаемыхъ фактовъ, наступленіе которыхъ, кто-либо наперед считалъ невозможнымъ. Или дѣйствительность носитъ въ себѣ достаточное основаніе для причиненія вреда, или таковое отсутствуетъ: что-либо третье не мыслимо. Кто игнорируетъ это, и, не взирая на отсутствіе вреднаго результата, приписываетъ опасности объективный характеръ, тотъ принимаетъ промелькнувшее въ мысли за нѣчто существующее внѣ мысли... Опасность дитя нашего незнанія.. Событія совершаются независимо отъ нашихъ представленій, по объективному закону причинности".

„О причинной связи между дѣйствіемъ покушенія и ненаступившимъ результатомъ,—замѣчаетъ Ламмашъ [2]),—можетъ говорить лишь тотъ, кто изъ числа условій результата выдвигаетъ то или другое съ тѣмъ, чтобы наименовать причиною κατ' ἐξοχήν, кто поставляетъ на мѣсто активной, дѣйствительной причинной связи потенціальную, основанную на презумпціи, при чемъ называетъ причиной ту вещь, то состояніе или то дѣйствіе, которыя,—предполагая наличность другихъ требуемыхъ условій,—получаютъ силу воспроизвести результатъ. Но въ такомъ случаѣ дѣйствіе покушенія не *есть* причина, оно только *могло-бы* ей быть... Кто подъ причинностью разумѣетъ форму, въ которой явленіе возникаетъ,—можетъ о ней говорить лишь тамъ, гдѣ явленіе дѣйствительно наступило... Nur die actuelle Causalität ist Causalitat... Также нельзя сказать, что называемое нами потенціальной причинностью есть причинность въ иномъ смыслѣ, чѣмъ активномъ, ибо не существуетъ предиката, который въ такой мѣрѣ противорѣчилъ-бы понятію причины, какъ—не быть обусловливающимъ (causal): онъ свелъ-бы на нѣтъ самое понятіе" [3]).

---

[1]) Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, I B., 1880, стр. 74

[2]) Lammasch, Das Moment objectiver Gefahrlichkeit im Begriffe des Verbrechens—versuches, 1879, стр. 6—7.

[3]) Тѣ же самыя мысли и въ тѣхъ же почти выраженіяхъ можно найти у Buri, Gerichtssaal, B. XL, 1888, стр. 503. Ср также Finger, Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht, 1889, S. 16: . . . reducirt sich objective Möglichkeit auf die subjective Unkenntniss des Umstandes, ob die Voraussetzungen des Eintrittes gegeben sind, oder nicht.

„Эта кабинетная мудрость,—саркастически пробуетъ возражать Биндингъ:—убѣдительна только для тѣхъ, кто во всю жизнь не встрѣчался съ опасностью, не напрягалъ послѣднихъ силъ въ борьбѣ съ ней, и не наблюдалъ никого другого въ такомъ положеніи. Когда въ области Бернина двое проводниковъ съ англичаниномъ и его свояченицей подымались, связанные веревкой, на гребень Палю, и передній проводникъ съ обоими туристами провалился сквозь снѣговой наметъ, и всѣ трое повисли въ воздухѣ, какъ зловѣщій маятникъ, удерживаемые однимъ только заднимъ проводникомъ, который чуть не задохнулся и не сломилъ спины. и когда они все же спаслись, благодаря ихъ присутствію духа, ловкости и силѣ,—хотѣлось бы мнѣ видѣть, какъ бы изумились смѣльчаки проповѣди апостола безопасности, что они напрасно безпокоились, что, съ точки высшаго человѣческаго разумѣнія. они были какъ у Христа за пазухой!“—Апостолъ безопасности не сказалъ бы имъ ничего подобнаго. На лонѣ Авраама, имъ не было бы надобности изощрять своихъ физическихъ и нравственныхъ способностей, на что силою вещей были обречены путники. Не зная въ точности своихъ силъ, степени ловкости и вѣса, не имѣя возможности предугадать, въ какихъ условіяхъ суждено in concreto дѣйствовать закону тяготѣнія, они, конечно, не могли съ увѣренностью разсчитывать на спасеніе. Характеризуя описанное Биндингомъ положеніе, можно было-бы выразиться слѣдующимъ образомъ: достаточно было одному изъ предшествующихъ условій, хотя бы въ самой малой степени количественно возрасти, или другому сократиться, какъ результатъ уже оказался-бы инымъ; такъ, напр., катастрофа была бы неизбѣжна, если-бы туристы оказались нѣсколько тяжелѣе вѣсомъ, или задній проводникъ менѣе силенъ и ловокъ, или утомленъ подъемомъ, точка опоры не такъ устойчива и пр., при чемъ мы не были-бы въ состояніи ни выяснить точно условій произошедшаго, ни объяснить, почему in concreto эти условія сложились такъ, а не иначе. Но это субъективное невѣдѣніе нисколько не помѣшало-бы намъ ex posteriori признать паденіе въ пропасть заранѣе исключеннымъ in concreto, коль скоро оно не произошло въ дѣйствительности.

Теорія конкретной опасности Биндинга покоится на своеобразномъ пониманіи имъ отношенія причинности. Для Биндинга,

каждое измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ есть результатъ борьбы и побѣды, одержанной одною силой надъ другою, элементами прогрессивными надъ консервативными, или тоже прогрессивными, но работающими въ другомъ направленіи. Дѣйствіе человѣка можетъ принять участіе въ воспроизведеніи измѣненія двоякимъ способомъ: или подкрѣпивъ условія, благопріятствующія результату (положительныя), или ослабивъ противодѣйствующія (отрицательныя). Причинить измѣненіе значитъ нарушить равновѣсіе, существующее между условіями противодѣйствующими измѣненію и благопріятствующими, въ пользу послѣднихъ.

Теорія борьбы конкурирующихъ силъ, предположеніе, что одна сила возрастая перевѣшиваетъ другую, и тѣмъ обусловливаетъ результатъ, что приближеніе положительной силы къ равновѣсію съ отрицательной создаетъ поэтому состояніе опасности, достигающее кульминаціоннаго пункта при достиженіи дѣйствительнаго равновѣсія,—состоитъ въ рѣшительномъ противорѣчіи съ тѣмъ началомъ необходимости, которое лежитъ въ основѣ каузальнаго отношенія. Биндингъ прилагаетъ къ условіямъ in concreto понятія, получающія надлежащій смыслъ только при истолкованіи соотношеній, существующихъ in abstracto. Но даже in abstracto равновѣсіе силъ или близость ихъ къ равновѣсію еще не создаетъ опасности, что нежелаемое событіе наступитъ. Представимъ себѣ, что нѣкто А владѣетъ количествомъ акцій, дающимъ ему право на $^1/_3$ голосовъ въ общемъ собраніи,—далѣе, что акціонерная компанія, по ея уставу, можетъ быть закрыта лишь большинствомъ свыше $^2/_3$ наличныхъ голосовъ. Есть-ли основаніе для А опасаться ея закрытія, хотя бы онъ былъ единственный акціонеръ, отказывающій въ согласіи? Или другой примѣръ: извѣстно, что воздушный столбъ, возвышающійся надъ головою каждаго, только потому не въ состояніи погрести насъ подъ своей тяжестью, что стѣнки тѣлесныхъ тканей испытываютъ равномѣрное атмосферическое давленіе со всѣхъ сторонъ. Слѣдуетъ ли отсюда, что мы живемъ подъ страхомъ каждоминутно быть раздавленными? Если же, слѣдуя Биндингу, держаться не абстрактной, а конкретной точки зрѣнія, то нельзя не видѣть, что in concreto нѣтъ условій благопріятствующихъ результату и нѣтъ—ему противодѣйствующихъ, такъ же, какъ немыслимо ихъ равновѣсіе.

„Коль скоро результатъ наступилъ,—совершенно правильно замѣчаетъ Крисъ [1]),—необходимо признать, что in concreto всегда и съ самаго начала перевѣшивали условія, воспроизводящія его; если не наступилъ,—препятствующія ему. Поэтому, выраженіе „результатъ не наступилъ. но существовала опасность, что онъ наступитъ", никоимъ образомъ нельзя понимать въ томъ смыслѣ, что въ какое-либо время условія, направленныя на результатъ, перевѣшивали или хотя-бы находились въ равновѣсіи съ условіями ему препятствующими".

Соединеніе H_2O даетъ явленіе гремучаго газа. Гдѣ здѣсь условія за или противъ послѣдствія, гдѣ точка ихъ равновѣсія? Если на чердакѣ, гдѣ развѣшено бѣлье, степень влажности воздуха равна x, то мы назовемъ ее условіемъ, содѣйствующимъ скорѣйшему просыханію бѣлья, если обычную степень влажности воздуха будемъ считать бо́льшею, чѣмъ x, и противодѣйствующимъ,—если послѣдняя меньше x. Рѣшеніе вопроса о томъ, противодѣйствуетъ ли данное условіе наступленію даннаго результата, или, напротивъ, ему содѣйствуетъ, вполнѣ зависитъ отъ предвзятой точки зрѣнія, отъ цѣли изслѣдованія, отъ свойства тѣхъ аналогичныхъ явленій, которыя мы привлекаемъ къ дѣлу, въ цѣляхъ сравненія съ изучаемымъ,—отъ широты и свойства обобщенія, которому подвергаемъ конкретное событіе. Если мы говоримъ, что жизнь туристовъ висѣла на волоскѣ, что нѣкоторое время они балансировали между жизнью и смертью, то это значитъ, что отвлекаясь отъ частнаго случая, принимая въ основу обобщенія не всю совокупность условій конкретнаго случая, но только тѣ условія, которыя почему-либо наиболѣе останавливаютъ наше вниманіе, и представляя себѣ другія комбинаціи, куда могли-бы войти тѣ же условія, мы, на основаніи опыта, приходимъ къ заключенію, что смертельный исходъ является здѣсь, какъ общее правило,—спасеніе, какъ рѣдкое исключеніе.

Такова теорія Биндинга въ ея основныхъ чертахъ. Болѣе детальный ея анализъ для насъ не имѣетъ значенія, и лишь въ интересахъ полноты очерка мы отмѣтимъ наиболѣе существенныя ея недомолвки и противорѣчія. Такъ, Биндингъ, характери-

[1]) Kries, в. с., S. 398.

зуетъ опасность, какъ столкновеніе блага и опаснаго положенія, какъ будто мыслимо положеніе блага помимо самого блага. Опредѣляя составъ оконченнаго деликта нарушенія безопасности, Биндингъ замѣчаетъ, что опасность конкретнаго положенія опредѣляется *на основаніи опыта*. Но авторъ забываетъ, что in concreto опытъ уже доказалъ безопасность даннаго положенія: если оно не имѣло вредныхъ послѣдствій, то, очевидно, и не могло ихъ имѣть. Какой же смыслъ въ этой вторичной апелляціи къ опыту? Дальше, по мнѣнію Биндинга, весьма важно различать свойства опаснаго положенія,—„стремится ли опасность къ захвату блага?“ Если да, то delictum consumatum можетъ обойтись и безъ соприкосновенія ея съ благомъ. Такъ, береговой огонь, который „не стремится“, —не въ состояніи нарушить безопасности отдѣльнаго парохода [1]). пока послѣдній не войдетъ „въ кругъ его дѣйствія“. Напротивъ, молодыя дикія лошади представляютъ опасность, которая сама стремится къ захвату правовыхъ благъ, и поэтому фактическаго приближенія къ нимъ не требуется,—необходимо только, чтобы оно было возможно. Два тождественные примѣра получаютъ такимъ образомъ различное истолкованіе. Не говоримъ уже о неточности языка. Термины соприкасанія, приближенія, возможности приближенія, круга дѣйствія, стремленія, благопріятствующей почвы, навлеченія опасности въ противоположность поставленію въ опасность и пр. остаются безъ дальнѣйшаго объясненія, какъ сами по себѣ понятные. Покушеніе на деликтъ нарушенія безопасности авторъ опредѣляетъ, какъ недостаточное примѣненіе средствъ къ цѣли нарушенія безопасности, забывая о томъ, что достаточное—дало бы уже причиненіе вреда, и пр.

По справедливому замѣчанію Loock'a [2]), „Биндингъ усматриваетъ объективное дѣйствіе опасности въ чисто субъективномъ его признакѣ (Erschütterung der Daseinsgewissheit). Кто питаетъ эту увѣренность, это твердое убѣжденіе, какъ не человѣкъ,—самъ ли субъектъ, подвергшійся опасности, или другія лица? Но

---

[1]) Что не мѣшаетъ ему быть опаснымъ для судоходства вообще

[2]) Loock, Der strafrechtliche Schutz der Eisenbahnen im Deutschen Reiche, 1893, стр. 166 (52)

какъ бы сильно и у скольких бы лицъ не была поколеблена эта увѣренность при видѣ опаснаго событія, „потрясеніе“ остается все же фактомъ чисто психологическимъ, отнюдь не затрогивающимъ внѣшняго объективнаго міра дѣйствительности“.

Какъ ни убѣдительны доводы, приводимые противъ идеи конкретной опасности, наблюденіе показываетъ, что эта идея настолько привычна человѣческому сознанію, что практически почти неискоренима. Отъ нея не въ силахъ вполнѣ отрѣшиться даже и тѣ писатели, которые формально давно отреклись отъ нея Въ ряду полусознательныхъ ея послѣдователей приходится, къ сожалѣнію, отмѣтить и такого выдающагося по тонкости мышленія теоретика, какъ проф. Фр. Листа.

Ученіе Листа объ опасномъ дѣйствіи далеко не отличается желательною ясностью. Едва ли мы, однако, ошибемся, утверждая, что ученіе о конкретномъ характерѣ опасности положило свою печать на его теорію. Понятію опасности Листъ отводитъ широкое мѣсто: кладетъ его въ основу цѣлаго ряда составовъ преступленій, какъ то: поединка, азартныхъ игръ, оставленія безпомощныхъ, поджога и пр.; имъ же пользуется для характеристики наказуемаго покушенія. На вопросъ о томъ, что такое опасность дѣйствія, Листъ даетъ отвѣтъ въ связи съ опредѣленіемъ, что такое дѣйствіе [1]):—„Дѣйствіе есть произвольное причиненіе или невоспрепятствованіе измѣненію во внѣшнемъ мірѣ“. „Понятіе дѣйствія требуетъ наступленія чувственнаго измѣненія во внѣшнемъ мірѣ. Это измѣненіе мы зовемъ результатомъ. Результатъ образуетъ неотъемлемую составную часть понятія дѣйствія“. „Такъ какъ всякое измѣненіе внѣшняго міра ведетъ за собою дальнѣйшія измѣненія, то мы должны различать ближайшій и отдаленный результаты. Въ опредѣленіяхъ уголовнаго уложенія мы находимъ (понятіе) результата, которое должны принимать въ соображеніе... здѣсь то и лежитъ ключъ къ уразумѣнію понятія опасности *Опасность есть также сама по себѣ результатъ, наступившее во внѣшнемъ мірѣ состояніе.* Мы можемъ сказать такъ: опасность есть состояніе, въ которомъ при дан-

[1]) Liszt, Lehrbuch, 12 изд., § 28.

ныхъ обстоятельствахъ, въ моментъ осуществленія воли раскрытыхъ познанію всѣхъ, или только одного субъекта. по безпристрастному сужденію, была дана близкая возможность (вѣроятность) и тѣмъ обосновано опасеніе, что повреждение наступитъ... Близкая возможность, что результатъ наступитъ, имѣется тамъ, гдѣ его могутъ предотвратить только обстоятельства, наступленіе которыхъ не зависитъ отъ виновнаго и не можетъ быть ожидаемо имъ съ опредѣленностью". Итакъ, по мнѣнію Листа, ни въ покушеніи, ни въ другихъ случаяхъ нарушенія безопасности мы отнюдь не имѣемъ дѣла съ безрезультатнымъ дѣйствіемъ. Результатъ есть, и не лишенъ юридическаго значенія, онъ—продуктъ произвольнаго дѣйствія причиненія, представляетъ собою измѣненіе внѣшняго міра, но—говоритъ Листъ:—„этотъ результатъ получаетъ свое значеніе только чрезъ отношеніе къ другому лишь воображаемому нами, *не* наступившему состоянію". Нельзя не видѣть въ этихъ словахъ внутренняго противорѣчія. Съ одной стороны, состояніе опасности является физическимъ продуктомъ дѣйствія, измѣненіемъ внѣшняго міра; съ другой стороны, оно оказывается не болѣе, какъ *сужденіемъ* субъекта дѣйствія о шансахъ вреднаго событія. Но ясно само собою, что сужденіе принадлежитъ внутренней сферѣ, а не внѣшней, а потому и состояніе опасности никоимъ образомъ не можетъ быть разсматриваемо, какъ измѣненіе внѣшняго міра. Измѣненіе происходитъ не во внѣшнемъ мірѣ, а въ насъ самихъ, въ нашемъ представленіи объ этомъ мірѣ. Именно фактъ, что вреда не послѣдовало, доказываетъ, что представленіе было ложно, что измѣненіе, которое произвело бы предъ, въ дѣйствительности не послѣдовало. Нарушеніе безопасности не есть дѣйствіе въ смыслѣ причиненія какого либо измѣненія во внѣ. Подводя нарушеніе безопасности подъ понятіе причиненія, Листъ, самъ того на замѣчая, попадаетъ на старый укатанный путь вульгарнаго понятія опасности in concreto, такъ какъ о причиненіи можетъ быть рѣчь только in concreto. Что на этомъ пути онъ не могъ удержаться, ясно само собою, но и сойти съ него онъ могъ только цѣною внутренняго самопротиворѣчія.

Прежде чѣмъ перейти отъ конкретнаго истолкованія понятія опасности къ абстрактному, нельзя не упомянуть о весьма распро-

страненномъ пониманіи опасности дѣйствія, какъ момента чисто субъективнаго. Въ виду доказанной логической несостоятельности понятія *конкретной* возможности вреда, было естественно заподозрить логическую состоятельность и болѣе широкаго понятія—*объективной* возможности. Существуетъ понынѣ многочисленная группа писателей, признающихъ абстрактный характеръ опасности, но отрицающихъ за ней всякое объективное значеніе.

„Всѣ извѣстныя мнѣ объективныя теоріи покушенія—заявляетъ Герцъ [1]):—оставляютъ безъ вниманія, что дѣйствительное событіе (дѣйствіе покушенія) къ другому только мыслимому (не наступившему результату) не можетъ состоять ни въ причинномъ, ни вообще въ какомъ либо объективномъ (?) отношеніи. Назвать наказуемое покушеніе опаснымъ значитъ бояться, какъ бы направленное на результатъ намѣреніе не реализовалось, и ничего болѣе. Но черезъ это дѣйствіе покушенія не получаетъ для результата никакого *объективнаго* значенія".

Столь же отрицательно относится Герцъ къ объективному моменту нарушенія безопасности въ составѣ такъ называемыхъ Gefahrdungsdelikte. „Нормы нарушенія безопасности уже потому нельзя нарушить, доказываетъ онъ:—что такой нормы вообще не существуетъ [2]) Ибо—запретъ подвергать опасности объектъ правовой охраны предполагалъ-бы прежде всего, что существуетъ объективное состояніе опасности, а посему—и дѣйствія, которыя могли бы, не повреждая правоохраненнаго объекта, лишать послѣдній того состоянія цѣлости, которое, при нарушеніи нормъ простого непослушанія, можетъ и не страдать... Нельзя опасность поврежденія объекта правовой охраны возводить на степень признака состава преступленія. Къ сожалѣнію, наше положительное право впадаетъ неоднократно въ эту ошибку... Такъ, законодатель совершенно серьезно полагаетъ (§ 312), что въ числѣ наводненій, отъ которыхъ никто не погибъ, рядомъ съ неопасными для человѣческой жизни существуютъ еще и такія,

---

[1]) Hertz, в с, стр. 85.

[2]) Ср. также замѣчаніе Ламмаша, в с., стр. 59: die zweite Art der Normwidrigkeit ein begriffliches Unding ist, о 2-мъ видѣ нарушенія нормъ по системѣ Биндинга, т. е, о тѣхъ же Gefährdungsverbrechen.

которыя заключаютъ въ себѣ объективный составъ опасности для множества человѣческихъ жизней. Законодатель держится мнѣнія, что предикатъ опаснаго можетъ быть приданъ наводненію, *независимо* отъ представленія того, кто, въ противорѣчіи съ дѣйствительностью, думаетъ о себѣ, какъ о причинѣ смерти... Но если опасность есть лишь продуктъ человѣческаго страха, и законодатель не указываетъ, *чей* страхъ долженъ быть здѣсь мѣриломъ, то вносить субъективныя представленія въ сужденіе о наличныхъ моментахъ дѣйствія, повидимому, предоставлено судьѣ... Послѣдній, отвлекаясь отъ факта, что никто не погибъ, ставитъ вопросъ, не приписалъ ли бы онъ когда либо въ прошломъ наводненію гибель людей, какъ возможное слѣдствіе. Но чѣмъ добросовѣстнѣе онъ работаетъ, чѣмъ глубже вникаетъ въ детали конкретнаго случая, тѣмъ яснѣе раскрываются передъ нимъ причины, въ силу которыхъ никто, по закону необходимости, не могъ погибнуть"... Обо всѣхъ запрещенныхъ дѣйствіяхъ, не заключающихъ въ себѣ причиненія вреда, слѣдуетъ сказать, что они запрещены на томъ лишь простомъ основаніи, что законодатель опасается, какъ бы они въ конкретномъ случаѣ не обусловили вреда. Но такъ какъ всякое дѣйствіе, подпадающее этого рода запрету, должно in concreto или располагать способностью стать причиной, или не располагать, то, называя эти дѣйствія опасными, тѣмъ самымъ становятся на совершенно абстрактную точку зрѣнія законодателя, который воспрещаетъ ихъ безъ вниманія къ тому или иному исходу ихъ in concreto [1]).

Еще яснѣе формулируетъ ту же мысль Бури [2]): „если уголовный законъ грозитъ наказаніемъ за какое либо дѣйствіе, какъ за опасное, то безразлично, повлекло ли оно за собою опасность, или нѣтъ,—свойство опасности придается ему единственно въ силу нѣкоторой презумпціи... Естественно, такія презумпціи могутъ быть устанавливаемы только закономъ, и только самъ законъ можетъ дать необходимыя указанія для ихъ уразумѣнія... Разграниченіе опаснаго дѣйствія, являющагося лишь

---

[1]) Hertz, в. с., стр. 79—81.

[2]) Gerichtssaal, B XL, 1888, стр 504.

полицейскимъ деликтомъ, и преступленія нарушенія безопасности не можетъ быть оправдано [1]).“

Всѣ возраженія противъ объективной природы понятія возможности, представленныя группою субъективистовъ, ошибочно адресованы, — они направлены противъ понятія объективно-*конкретной* опасности, не задѣвая опасности объективно-*абстрактной*. Тѣ чисто индивидуальные страхи, о которыхъ говоритъ Герцъ, какъ явленіе психологическаго происхожденія, не имѣютъ ничего общаго съ тѣми логическими, общеобязательными выкладками и исчисленіями, которыя даютъ отношеніе объективно-абстрактной возможности.

II. Моментъ потенціальный, какъ осложненіе момента каузальнаго.

Усилія свести потенціальный моментъ дѣйствія къ первоначальной стадіи развитія момента каузальнаго не увѣнчались успѣхомъ. Предстояло или вовсе отвергнуть требованіе какихъ либо потенціальныхъ свойствъ отъ дѣйствія, какъ предположенія наказанія, или признать за потенціальнымъ моментомъ уже не количественное, а качественное отличіе отъ каузальнаго. Принять первое рѣшеніе вопроса было нельзя, не погрѣшая противъ истины Потенціальный моментъ дѣйствія былъ рѣшительно необходимъ для конструированія цѣлаго ряда предположеній репрессіи: деликтовъ нарушенія безопасности, деликтовъ, квалифицированныхъ ихъ послѣдствіями, дѣйствій покушенія и соучастія, и для оправданія извѣстныхъ каждому практику случаевъ невмѣненія послѣдствій, при установленной виновности субъекта. Первыя частичныя попытки введенія въ догму права момента потенціальнаго, какъ совершенно отличнаго по самой природѣ своей отъ каузальнаго, принадлежали Bar'у и Cohn'у. Попытки ихъ были частичны въ томъ смыслѣ, что оба они потребовали потенціальныхъ свойствъ не отъ дѣйствія, какъ такового, но лишь отъ *отдѣльныхъ* образованій дѣйствія, разсматриваемаго въ качествѣ предположенія репрессіи:—Баръ—отъ дѣйствія, какъ *причины* послѣдствія въ оконченомъ матеріальномъ деликтѣ, Конъ—отъ *покушенія*.

[1]) Тамъ же, стр 512.

„Всѣ послѣдствія дѣйствія, говоритъ Баръ:—относятся къ дѣйствующему, какъ къ причинѣ, если они соотвѣтствуютъ закономѣрному ходу событій... Ошибка сказать, что кто-либо причинилъ несчастіе, если совершенно неожиданное сцѣпленіе обстоятельствъ въ соединеніи съ его дѣятельностью произвело событіе. Его дѣятельность только условіе, а не причина несчастія“ [1]).

Въ свою очередь Конъ признаетъ покушеніемъ дѣйствіе, которое *способно* имѣть послѣдствіе, требуемое составомъ преступленія,—заключаетъ въ себѣ альтернативу удачи и неудачи. Отношенію необходимости, *причины* и послѣдствія, Конъ противополагаетъ отношеніе возможности, *основанія* и послѣдствія; причинности актуальной, какъ связи конкретнаго основанія съ конкретнымъ послѣдствіемъ,—причинность потенціальную, какъ связь абстрактнаго основанія съ его абстрактнымъ послѣдствіемъ. Одно и то же дѣйствіе можетъ быть покушеніемъ или сдѣлаться оконченнымъ деликтомъ, въ зависимости отъ того, есть ли оно только абстрактное основаніе для результата, или изъ абстрактнаго стало конкретнымъ, причиной [2]).

Оба цитированные криминалиста по различному поводу и къ разнороднымъ образованіямъ дѣйствія предъявляютъ въ сущности одно и тоже требованіе.—дѣйствіе должно обладать кромѣ конкретныхъ еще и нѣкоторыми абстрактными свойствами,—не только причинять что-либо in concrto, но и вообще, in abstracto, согласно закономѣрному ходу событій, быть пригоднымъ для этой цѣли. На смѣну признаннаго несостоятельнымъ понятія конкретной возможности вреднаго событія и, соотвѣтственно, конкретной опасности дѣйствія выступаетъ въ дальнѣйшей теоретической разработкѣ потенціальнаго момента въ уголовномъ правѣ понятіе абстрактной возможности вреда, абстрактной опасности дѣйствія. Разработкѣ этого момента въ указанномъ направленіи дала сильный толчокъ появившаяся въ 1888 году работа фрейбургскаго проф. физіологіи J. von Kries'a „Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit

---

[1]) Bar, Die Lehre von Causalzummenhange im Recht, besonders im Strafrechte 1871, стр 18—22

[2]) Cohn. Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, I B., 1880, стр 358 и 553.

und einige Anvendungen desselben", въ свою очередь опиравшаяся на вышедшую за два года передъ тѣмъ книгу того же автора: „Die Principien der Wahrscheinlichkeits-Rechnung".

Въ своемъ изслѣдованіи о понятіи объективно возможнаго Крисъ исходитъ изъ слѣдующаго общепринятаго представленія о необходимомъ: каждое событіе, которое наступаетъ фактически, воспроизводится, какъ необходимое, совокупностью существующихъ ранѣе отношеній. Отправляясь отъ этого положенія, продолжаетъ Крисъ,—мы сейчасъ же найдемъ, что природа всякой вѣроятности—субъективна... Если говорятъ о вѣроятности событія, то исключительно потому, что *не знаютъ*, наступитъ оно или нѣтъ... И то же самое должно быть, повидимому, сказано относительно понятія *возможности* (стр. 180).. Гдѣ условія извѣстны въ точности, понятіе объективной возможности не приложимо. Оно, напротивъ, сейчасъ же пріобрѣтаетъ смыслъ, какъ только мы беремъ отношеніе послѣдствія къ какимъ либо условіямъ, обозначеннымъ *въ общихъ чертахъ*, *признаками рода* (allgemein, generell)... Наступленіе событія, при извѣстныхъ неточно обозначенныхъ обстоятельствахъ, считаютъ объективно возможнымъ, если мыслимы такія опредѣленія этихъ обстоятельствъ, которыя, согласно фактически дѣйствующимъ законамъ бытія, осуществили бы это событіе. Если назвать содержаніе сужденій, касающихся закономѣрной связи совершающагося, *номологическимъ*, то можно сказать, что въ словахъ „объективная возможность" всегда выражается знаніе номологическаго содержанія (стр. 181).

Неопредѣленность данныхъ, о которой было говорено выше, можетъ зависѣть, по словамъ Криса, отъ двухъ причинъ: или извѣстныя привходящія условія оставлены вовсе безъ обозначенія, (частичное опредѣленіе условій), или же обозначены всѣ условія, но настолько неопредѣленно, что они допускаютъ весьма различныя образованія. Бросая игральную кость, мы получаемъ возможность имѣть одинъ очекъ, равную $^1/_6$... Это значитъ, что среди различныхъ образованій, которыя допускаетъ неопредѣленное условіе бросанія игральной кости, тѣ, которыя даютъ выпаданіе одного очка, образуютъ $^1/_6$ всего предполагаемаго пространства (Spielraum), или количества мыслимыхъ комбинацій. Если утверждаютъ, что частичное условіе (т е. условіе, вполнѣ опредѣленное,

но не выполняющее всей суммы условій, оказывающихъ вліяніе на результатъ) даетъ возможность результата, равную $^1/_2$, то это значитъ, что тѣ образованія дальнѣйшихъ имѣющихъ присоединиться условій, которыя вмѣстѣ съ данными, воспроизводятъ результатъ, такъ же многочисленны и того же объема, какъ тѣ, которыя исключаютъ наступленіе результата (стр. 185).

Отношеніе суммы образованій, дающихъ въ результатѣ событіе, къ суммѣ образованій, исключающихъ таковое, можетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, быть выражено числомъ и опредѣлено или теоретически (какъ въ выше приведенномъ примѣрѣ съ игральною костью), или эмпирически, путемъ наблюденія и опыта. Результатъ тѣмъ вѣроятнѣе, чѣмъ болѣе пространства (сравнительно) вытѣсняетъ группа условій, его воспроизводящихъ. Два предположенія равно вѣроятны, если соотвѣтствующія имъ группы условій располагаютъ равно отмежеваннымъ свободнымъ пространствомъ. Положеніе это Крисъ называетъ принципомъ свободныхъ пространствъ (Prinzip der Spielräume, стр. 190). Опредѣленію понятія необходимо должно сопутствовать выясненіе его соотношенія съ другими родственными ему понятіями. Понятію возможнаго и вѣроятнаго антитезою служитъ понятіе случайнаго. Крисъ различаетъ случай относительной и случай абсолютный. Первое выраженіе употребляютъ, когда хотятъ отмѣтить отсутствіе необходимой и закономѣрной связи между извѣстнымъ событіемъ и какими либо обстоятельствами. Абсолютно же или просто случайнымъ мы называемъ тѣ событія, относительно которыхъ, говоря вообще, можно установить извѣстную возможность, но осуществленіе или неосуществленіе которыхъ зависитъ отъ особенностей дѣйствія, совершенно недоступныхъ нашему познанію, (примѣръ — рулетка). Вѣроятность, которую въ этихъ случаяхъ даетъ результатъ, Крисъ называетъ общепринятою, такъ какъ она соотвѣтствуетъ прозорливости и знанію, далѣе которыхъ идти намъ вообще невозможно (стр. 187 и 188).

Напрасно было бы думать, что всѣ описанные процессы обобщенія допустимы единственно по отношенію къ будущему. Весьма нерѣдко мы пользуемся ими, оперируя надъ результатами, уже осуществившимися. Нерѣдко говорятъ о происшествіи, которое фактически наступило, что оно могло бы и не наступить. Часто замѣ-

чаютъ, что событіе могло бы разыграться иначе. Выражаясь такимъ образомъ, въ дѣйствительности мы обобщаемъ обстоятельства конкретнаго случая по слѣдующему вполнѣ опредѣленному принципу: беремъ совокупность случаевъ, различать условія которыхъ мы болѣе уже не въ состояніи, отвлекаемся отъ тѣхъ тончайшихъ особенностей дѣйствія, которыя просто ускользаютъ отъ нашей способности распознанія. Такое обобщеніе конкретныхъ составовъ, которое Крисъ называетъ обобщеніемъ по мѣрилу распознаваемости, должно, очевидно, дать ту же самую, выраженную числомъ, мѣру объективной возможности, какъ и та общепризнанная вѣроятность, о которой было помянуто выше. Ибо вѣроятность только тогда и можетъ быть названа общепризнанной, если она покоится не на недостаткѣ номологическаго знанія: такой недостатокъ былъ бы всегда устраненъ прогрессирующимъ опытомъ. Общепризнанная вѣроятность опредѣляется единственно неточнымъ знаніемъ индивидуальныхъ или, какъ ихъ называетъ Крисъ, онтологическихъ отношеній частнаго случая, при условіи, что намъ извѣстно отношеніе, которое, въ предѣлахъ даннаго неточнаго опредѣленія, существуетъ между группами образованій, воспроизводящихъ тотъ или другой результатъ (стр. 189).

Свою теорію объективной возможности Крисъ прилагаетъ къ объясненію понятій; 1)—*причиненія и причинной связи*, и 2)—*опасности*.

Тамъ, гдѣ установлено причинное отношеніе между извѣстнымъ моментомъ и результатомъ, можетъ быть еще различаемо, допускаетъ ли связь этого момента съ результатомъ извѣстное обобщеніе,—или эта связь есть особенность даннаго случая, т. е., способенъ ли данный моментъ *вообще* приводить къ подобнымъ результатамъ, обладаетъ ли онъ въ этомъ направленіи, какъ принято говорить, извѣстной тенденціей,—или онъ обусловилъ результатъ только случайно? Если извѣстный причинный моментъ увеличиваетъ возможность результата, послѣдній при его наличности воспроизводится гораздо бо̀льшимъ количествомъ комбинацій, чѣмъ помимо него, то этотъ причинный моментъ получаетъ техническое наименованіе *благопріятствующаго* обстоятельства.

Желая дать краткое обозначеніе найденному различію понятій, Крисъ устанавливаетъ спеціальную терминологію,—онъ говоритъ, съ одной стороны, объ адэкватномъ, съ другой,—о случайномъ причиненіяхъ. Тамъ, гдѣ причинный моментъ А причинилъ (обусловилъ) результатъ В, и можетъ быть in abstracto разсматриваемъ, какъ обстоятельство благопріятствующее В,—А есть адэкватная причина В, В—адэкватное слѣдствіе А. Въ противномъ случаѣ, можетъ быть рѣчь только о случайномъ причиненіи и случайномъ послѣдствіи (стр. 200—202).

Опираясь на требованія всеобщаго правового чувства, заявляетъ Крисъ: я считаю не подлежащимъ сомнѣнію, что субъектъ виновнаго дѣйствія можетъ быть отвѣтственъ только за *адэкватныя*, но отнюдь не за *случайныя* послѣдствія своего дѣйствія (стр 224). „Какъ свойство предмета никоимъ образомъ не раскрывается вполнѣ его дѣйствіемъ in concreto, но опредѣляется извѣстнымъ количествомъ особенностей, означающихъ, какія дѣйствія выполняетъ предметъ при самыхъ разнообразныхъ условіяхъ, такъ и сужденіе о виновномъ дѣйствіи никоимъ образомъ не можетъ быть признано достаточнымъ, если извѣстно, къ какому послѣдствію оно привело in concreto. Когда мы соображаемъ, какія послѣдствія виновное дѣйствіе могло бы имѣть въ другихъ схожихъ случаяхъ, привести къ какимъ результатамъ оно вообще способно, то это не праздная или тревожная игра нашей фантазіи, но примѣненіе въ высшей степени важныхъ и цѣнныхъ знаній Мы изслѣдуемъ свойство того или другого виновнаго образа дѣйствій по соображенію не съ какими либо произвольно измышляемыми обстоятельствами, но извѣстными общими условіями; характеризуемъ этотъ образъ дѣйствій обозначеніемъ извѣстныхъ типическихъ (genereller) возможностей. Принимать ихъ въ соображеніе и ими руководствоваться, мнѣ представляется, говоритъ Крисъ:—наиболѣе характернымъ признакомъ развитого правового чувства. Неразвитому правовому чувству свойственно судить по причинно-конкретному образованію отдѣльнаго случая... Напротивъ, развитому чувству присуще имѣть обобщающее сужденіе. Оно требуетъ обсужденія виновнаго образа дѣйствій согласно тому значенію, какимъ онъ обладаетъ вообще въ порядкѣ соціальныхъ явленій; требуетъ изслѣдованія,

въ какихъ онъ состоитъ типичныхъ причинныхъ отношеніяхъ", (стр. 225—226).

Отъ причинной связи Крисъ переходитъ къ понятію опасности. По опредѣленію Криса, опасность есть „объективная возможность вреднаго событія" (стр. 289). Какъ таковая, она можетъ фигурировать и въ качествѣ признака конкретныхъ составовъ. Приходится слышать, что X или Y подверглись большой опасности, или что нежелаемое событіе легко *могло* наступить. Исправляя извѣстную неточность языка, Крисъ слѣдующимъ образомъ формулируетъ истинный смыслъ нашихъ рѣчей: „положеніе было такого рода, что вѣрное распознаніе тѣхъ особенностей его сложенія, которыя обусловили благополучный исходъ, было совершенно недостижимо для человѣческихъ способностей; изслѣдованіе условій могло научить насъ лишь тому, что мы имѣемъ примѣръ *обозначеннаго въ общихъ чертахъ* комплекса условій, именно такого, который, по соотношенію мыслимыхъ комбинацій, (zufolge seines Gestaltungs-Spielraums), и по имѣющимъ фактическую силу законамъ бытія, представляетъ значительную возможность вреднаго результата" (стр. 291). Типичный примѣръ—взрывъ гранаты. Здѣсь мы имѣемъ опасность абсолютную, или въ тѣсномъ смыслѣ слова. Ее же имѣютъ въ виду, когда говорятъ о дѣйствительной, или опасности въ собственномъ смыслѣ Настоящую типичную опасность, или опасность въ самомъ тѣсномъ смыслѣ, согласно сказанному, представляютъ тѣ случаи, гдѣ особенности, низводящія возможность вреднаго результата до нуля, или до весьма малой величины, не показаны вовсе, гдѣ, напротивъ, *все*, что мы знаемъ и можемъ сказать относительно обусловливающихъ обстоятельствъ, даетъ огромную возможность вреднаго результата (стр. 292—293).

Отъ этой абсолютной опасности, опредѣляемой по принципу распознаваемости, Крисъ отличаетъ опасность „въ дальнѣйшемъ смыслѣ", основанную на произвольномъ обобщеніи тѣхъ или иныхъ фактическихъ отношеній конкретнаго случая. Ясно, что, въ зависимости отъ широты обобщенія и выбора обобщаемыхъ конкретныхъ деталей, вопросъ объ опасности въ состояніи получить здѣсь весьма разнообразное рѣшеніе. Такъ, напримѣръ, при покушеніи на поджогъ говорить объ опасности можно иногда

единственно, принимая во вниманіе ту абстрактную возможность вреда, которую даетъ преступный волевой актъ, но существованіе опасности можетъ быть отвергнуто, поскольку недостаточность бывшихъ въ распоряженіи у преступника средствъ или бдительность сторожей—вообще исключали дѣйствительное возникновеніе пожара (стр. 293).

Теорія Криса не замедлила вызвать рядъ интересныхъ, хотя не всегда убѣдительныхъ, критическихъ замѣчаній. Мы остановимся пока единственно на возраженіяхъ, которыя были сдѣланы Крису относительно гносеологической стороны его изслѣдованія.

Нельзя игнорировать, но едва-ли можно признать удачнымъ возраженіе противъ понятія адэкватнаго причиненія, которое дѣлаетъ Листъ. Мнѣніе Криса, „что тѣлодвиженіе должно *вообще* быть пригодно къ воспроизведенію наступившаго результата“ Листъ находитъ “вполнѣ произвольнымъ... Понятіе опасности, на которомъ оно покоится, излишне и непримѣнимо, коль скоро имѣется не нарушеніе безопасности (Gefährdung), но поврежденіе,—не мыслимое, а дѣйствительное протеченіе событія“ [1]). Намъ кажется, въ свою очередь, непонятнымъ, какъ можетъ опасность дѣйствія составлять необходимое условіе отвѣтственности при отсутствіи результата и не составлять такого условія по наступленіи результата? Какимъ образомъ результатъ, присоединяясь къ дѣйствію, можетъ не только восполнять сферу предположеній репрессіи, но и дѣлать нѣкоторыя изъ этихъ предположеній, нужныя раньше, излишними впредь? Разрѣшеніе недоумѣнія кроется въ исходномъ положеніи Листа, что нарушеніе безопасности есть *послѣдствіе* дѣйствія, можетъ быть причинено имъ. Листъ не можетъ отрѣшиться отъ идеи, что опасность есть особое состояніе, предшествующее наступленію результата и, такъ сказать, покрываемое результатомъ, если послѣднему суждено наступить. Ибо единственно, если исходить изъ понятія конкретной опасности, можно понять и вмѣстѣ признать правильнымъ разсужденіе Листа.

---

[1]) Liszt, Lehrbuch, 10 Aufl., стр. 111. Та же мысль, но уже мягче выражена въ 12 изд., стр. 133.

Болѣе цѣннымъ представляется другое возраженіе Крису, дѣлаемое Б. Кистяковскимъ. Не въ признаніи потенціальнаго момента дѣйствія заключается ахиллесова пята теоріи Криса,—то, напротивъ, ея заслуга,—а въ смѣшеніи потенціальнаго момента съ каузальнымъ. „Классификація причинныхъ связей на необходимыя и возможныя—совершенная нелѣпость“ [1]). Есть налицо необходимыя условія для наступленія результата,—результатъ наступаетъ; нѣтъ ихъ, или не всѣ налицо,—столь же необходимо результатъ не наступаетъ. „Пока мы разсматриваемъ явленія въ ихъ причинныхъ соотношеніяхъ, мы должны смотрѣть на нихъ какъ на необходимыя и не имѣемъ права разсматривать ихъ какъ возможныя... Въ теоремѣ, опредѣляющей вѣроятность осуществленія объективно возможныхъ случаевъ, условія или обстоятельства, отъ которыхъ зависитъ это осуществленіе, не являются неизвѣстнымъ, которое надо найти, а напротивъ совершенно отсутствуютъ. Даже болѣе, именно благодаря тому, что эти условія или обстоятельства не являются объектомъ изслѣдованія, а остаются внѣ процесса изслѣдованія, само изслѣдованіе направляется на опредѣленіе того, что объективно возможно, такъ какъ въ противномъ случаѣ изслѣдованіе давало-бы въ результатѣ опредѣленіе того, что совершается необходимо“ [2]).

Замѣчаніе слѣдуетъ признать правильнымъ. Объективно возможное не есть *осложненіе* необходимаго, возможность и необходимость—двѣ особыя, самостоятельныя и одна отъ другой независимыя категоріи нашего мышленія. Одно и тоже событіе одновременно можетъ быть разсматриваемо и какъ возможное, и какъ необходимое, но необходимость событія отнюдь не принимаетъ оттого какую либо особую окраску. Выраженіе „адэкватное причиненіе“ заключаетъ въ себѣ contradictio in adjecto, и представляетъ собою такое-же смѣшеніе понятій, какъ и обратное —„возможная необходимость“. Съ гносеологической точки зрѣнія можетъ быть рѣчь лишь о *совпадающихъ* потенціальномъ и кау-

[1]) Проблемы идеализма, сборникъ статей подъ ред П. И. Новгородцева, 1903. Б. Кистяковскій. Русская соціологическая школа и категорія возможности при рѣшеніи соціально-этическихъ проблемъ, стр. 380.

[2]) Тамъ же, стр. 381—382.

зальномъ моментахъ какой-либо группы фактовъ, но отнюдь не о первомъ, какъ элементѣ второго.

Но теорія Криса рѣшаетъ, на ряду съ вопросомъ гносеологическимъ, также и юридическій. Если потенціальный моментъ дѣйствія опредѣляется мѣрою обобщенія, которой мы, въ зависимости отъ преслѣдуемыхъ цѣлей, подвергаемъ конкретные составы, то для юриста вопросомъ первостепенной важности является опредѣлить, что и съ чѣмъ должно быть приводимо въ соотношеніе, что разумѣть подъ фактомъ предшествующимъ, и что подъ фактомъ послѣдующимъ, какіе моменты или черты должны быть отвлечены отъ дѣйствительности въ первомъ случаѣ, и какіе во второмъ?

На вопросъ о томъ, что разумѣть подъ внушающимъ опасеніе внѣшнимъ послѣдующимъ измѣненіемъ, Крисъ не даетъ яснаго въ юридическомъ смыслѣ отвѣта, но вопросъ самъ по себѣ настолько простъ, что едва ли можетъ возбуждать сомнѣнія. Что понимать подъ внушающимъ опасеніе внѣшнимъ измѣненіемъ, рѣшаетъ, очевидно, составъ преступленія при деликтахъ матеріальныхъ, политическій разумъ запрета или приказа при формальныхъ деликтахъ. Но такъ какъ результатъ въ составѣ преступленія есть ничто иное, какъ предположеніе реализаціи in concreto мотивирующихъ законодателя опасеній, то болѣе общимъ образомъ можетъ быть сказано, что предѣлъ абстракціи при установленіи внушающаго опасеніе внѣшняго измѣненія опредѣляется юридически признаками *явленія*, лежащаго въ основѣ репрессіи. Дѣйствіе опасно, коль скоро оно можетъ имѣть послѣдствія, соотвѣтствующія признакамъ названнаго явленія.

Болѣе сложнымъ и труднымъ представляется рѣшеніе вопроса о томъ, что слѣдуетъ разумѣть, опредѣляя потенціальное значеніе дѣйствія, подъ самимъ дѣйствіемъ. Какія черты или стороны дѣйствія,—какъ это послѣднее сложилось in concreto,—должны быть отвлечены при этомъ отъ дѣйствительности? Подлежитъ ли обобщенію одна объективная сторона дѣйствія или также нѣкоторые элементы субъективной? Не слѣдуетъ-ли вмѣстѣ съ дѣйствіемъ брать въ основу обобщенія еще и нѣкоторыя связанныя съ нимъ по мѣсту или времени внѣшнія обстоятельства. и если брать, то какія и въ какомъ объемѣ? При всѣхъ-ли деликтныхъ обра-

зованіяхъ критерій абстракціи остается однимъ и тѣмъ же, и если онъ измѣнчивъ, то въ чемъ оправданіе этой измѣнчивости?

У Криса и его послѣдователей мы находимъ весьма различныя опредѣленія критерія абстракціи, полагаемой въ основу понятія дѣйствія. При всемъ разнообразіи эти критеріи могутъ быть сведены къ слѣдующимъ двумъ основнымъ группамъ: 1) критеріи чисто объективные и 2) критеріи объективно-субъективные, совмѣщающіе признаки объективной и субъективной стороны дѣйствія. Въ частности, Крисъ пользуется критеріями, какъ той, такъ и другой группы, въ зависимости отъ свойствъ деликтнаго образованія Напротивъ, его послѣдователи склоняются болѣе къ объективнымъ критеріямъ абстракціи, игнорируя субъективную сторону дѣйствія, при чемъ обыкновенно примѣняютъ свой объективный критерій къ какой либо опредѣленной категоріи деликтныхъ дѣйствій, безъ распространенія на другія деликтныя образованія, оставляемыя безъ разсмотрѣнія. Такъ, Конъ объективный критерій прилагаетъ единственно къ устанавливаемому имъ потенціально-каузальному моменту покушенія, Тонъ и М. Рюмелинъ—къ понятію требуемой ими адэкватности причиненія.

Начнемъ съ критерія абстракціи, предложеннаго Кономъ въ его книгѣ о покушеніи. Дѣйствіе, не обладающее способностью имѣть послѣдствія, принадлежащія къ составу преступленія, Конъ исключаетъ изъ области покушенія [1]). Не составляетъ поэтому покушенія, въ истинномъ значеніи этого слова, такъ называемое покушеніе съ негодными средствами. Ниже, въ отдѣлѣ, посвященномъ спеціально негодному покушенію, изъ разбора теоріи Кона мы убѣдимся, что истолкованіе, которое Конъ пытается дать потенціальному моменту дѣйствія, должно было-бы дѣйствительно, по мысли автора, покоиться на объективномъ критеріи абстракціи, но, къ сожалѣнію, Конъ не далъ себѣ труда опредѣлить и мотивировать содержаніе этого критерія, что и сказалось на практикѣ въ совершенной произвольности оцѣнокъ, даваемыхъ имъ опасности различныхъ дѣйствій in concreto. Выраженіе „критерій объективный“ заключаетъ въ себѣ лишь отрицательную характеристику требуемой

[1]) Cohn, в. с, стр. 395 396.

логической операціи,—отвлеченіе отъ содержанія субъективнаго представленія, но отнюдь не положительную, не указаніе на факты дѣйствительности подлежащіе обобщенію.

Болѣе точности вносятъ въ свои формулы объективнаго критерія абстракціи другіе объективисты: Тонъ, Рюмелинъ, Крисъ (послѣдній спеціально для деликтовъ нарушенія безопасности, въ остальномъ онъ держится критерія объективно-субъективнаго).

Первый изъ нихъ—Tohn (Festrede, gehalten am 16 Iuni 1894) требованіе адэкватности въ причиненіи логически выводитъ изъ самаго понятія юридической нормы. По мнѣнію Тона, запретъ: „ты не долженъ убивать“ равносиленъ повелѣнію: „ты не долженъ ставить причины къ смерти кого либо изъ твоихъ ближнихъ“. Подчеркивая въ понятіи причины моментъ вѣроятности позднѣйшаго исхода, можно было-бы сказать такъ: „ты не долженъ устанавливать вѣроятности чьей либо смерти“,—или, такъ какъ вѣроятность нежелаемаго мы зовемъ опасностью,—„ты не долженъ подвергать опасности чужую жизнь“,—подвергать опасности не въ смыслѣ воспроизведенія объективнаго состоянія рискованности,—опасности въ объективномъ смыслѣ быть не можетъ, но въ томъ смыслѣ, что, при ограниченности нашего человѣческаго разумѣнія, мы не усматриваемъ основаній, которыя бы принудительно исключали осуществленіе преднамѣреннаго. Съ этой слабостью нашего человѣческаго познанія мы должны считаться. Справедливо указываютъ, что опасность дитя нашего незнанія. Въ этомъ значеніи слова, мы говоримъ также объ опасности въ прошломъ, негодуемъ на того, кто виновнымъ образомъ ее вызвалъ,—и такъ какъ мы на него негодуемъ, то наше чувство справедливости позволяетъ его наказывать. (S. 12—14).

Еще отчетливѣе и полнѣе тотъ-же объективный критерій абстракціи выступаетъ у M. Rümelin'a. Объективно возможное, говоритъ онъ,—есть одно изъ проявленій неслучайнаго. Случайному причиненію результата противополагается здѣсь отношеніе условій къ результату, опредѣляемое понятіемъ благопріятствованія. О томъ, благопріятствовали или нѣтъ условія результату, мы узнаемъ съ помощью объективной прогнозы ретроспективнаго характера. Мы говоримъ о случаѣ, если и по ознакомленіи со всѣми обсто-

ятельствами, бывшими налицо ко времени дѣйствія и вообще допускающими распознаніе, должны сознаться, что никакого содѣйствія, благопріятствованія результату со стороны субъекта установить не можемъ (Der Zufall im Recht, 1896, S. 51).

Болѣе подробно, спеціально въ примѣненіи къ праву, Rumelin останавливается на понятіи неслучайнаго причиненія въ своей работѣ „Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf- und Civilrecht“ (1900 г.). Адэкватное (неслучайное) причиненіе, констатируемое при посредствѣ ретроспективно-объективной прогнозы, есть продуктъ широкаго обобщенія. Обобщенію подлежитъ все, что имѣлось доступнаго распознанію, уже ко времени дѣйствія, т. е., 1) что „было извѣстно, или должно было быть извѣстно субъекту“ и 2) что „было извѣстно иначе или стало извѣстно“. Такъ, напр., подлежатъ обобщенію обстоятельства, впервые раскрывшіяся въ послѣдующемъ ходѣ событій, но ко времени дѣйствія уже бывшія на лицо, равно какъ вся совокупность опытнаго знанія, накопленнаго человѣчествомъ. Отвлеченіе происходитъ отъ недостижимаго для человѣческаго познанія“ (стр. 19 и сл.).

Къ требованію адэкватности въ причиненіи, опредѣляемой такимъ образомъ, Rumelin приходитъ путемъ слѣдующихъ соображеній. Теоріямъ причинной связи, разрабатываемымъ криминалистами, онъ ставитъ въ упрекъ, что они упускаютъ изъ виду первоначальный вопросъ,—что является каузальнымъ отношеніемъ въ смыслѣ оперирующихъ съ этимъ понятіемъ многочисленныхъ правовыхъ нормъ? Въ этомъ отношеніи не безупречны и тѣ, кто держатся понятія причины, какъ совокупности условій,—признаютъ факты состоящими въ причинной связи, если одинъ составляетъ conditio sine qua non другого, ибо и здѣсь не получаетъ рѣшенія дальнѣйшій вопросъ, не предполагаютъ ли причинныя отношенія, если они должны имѣть юридическое значеніе, нѣчто бо́льшее, чѣмъ простое отношеніе обусловленности,—не допустимы ли на почвѣ понятія совокупной причины какія-либо дальнѣйшія различія? (стр. 38). Рѣшающее значеніе для уголовнаго права имѣетъ вопросъ, можетъ ли опредѣленный нежелаемый или, по исключенію, желаемый результатъ быть приведенъ въ соотношеніе съ тѣмъ или инымъ поведеніемъ человѣка, подлежащаго воздѣйствію со стороны правопорядка, въ формѣ ли устрашенія или, напро-

тивъ, обѣщанія выгодъ. Въ такомъ соотношеніи результатъ можетъ находиться не со всякимъ дѣйствіемъ,—требуемое отношеніе существуетъ тамъ лишь, гдѣ между дѣйствіемъ и результатомъ стоятъ условія, предполагать присутствіе которыхъ было мыслимо. Свойствомъ предположимости обладаютъ всѣ тѣ условія, которыя въ моментъ дѣйствія были уже налицо (стать извѣстными могли они и позже), равно какъ тѣ, съ позднѣйшимъ наступленіемъ которыхъ еще есть возможность считаться на основаніи данныхъ общечеловѣческаго опыта, говоря иначе, такія условія, наступленію которыхъ благопріятствовало наличное фактическое состояніе (objective nachträgliche Prognose, стр. 46—47).

Съ точки зрѣнія теоріи адэкватнаго причиненія, должно быть сказано, что нѣтъ благопріятствованія результату, опредѣляемаго на основаніи данныхъ человѣческаго опыта, и потому не можетъ быть признано существованіе причинной связи въ смыслѣ уголовнаго права при стеченіи слѣдующихъ обстоятельствъ: во время грозы А приводитъ В на опредѣленное мѣсто, въ чаяніи, что онъ будетъ здѣсь убитъ молніей; ожиданіе А случайно оправдывается. Напротивъ, съ точки зрѣнія господствующей теоріи, А долженъ быть наказанъ, какъ убійца (стр. 57).

Равнымъ образомъ, не можетъ отвѣчать, какъ за delictum consumatum, тотъ, кто *случайно* воспроизвелъ результатъ своими приготовительными къ преступленію дѣйствіями. А устраиваетъ засаду съ цѣлью убить В. Послѣдній случайно, въ моментъ прицѣла, замѣчаетъ А и умираетъ отъ испуга. Если такой оборотъ дѣла былъ совершенною неожиданностью, то надо признать, что А отнюдь не способствовалъ результату своимъ дѣйствіемъ. Напротивъ, если дѣйствіе, при существующихъ и (вообще) предвидимыхъ обстоятельствахъ, уже по общему правилу (generell), годилось для воспроизведенія результата, то—соотвѣтствуетъ или нѣтъ сцѣпленіе событій составленному (субъектомъ) представленію о нихъ, равно какъ, было ли оно предвидимо,—является безразличнымъ;—напримѣръ, не составитъ разницы,—былъ ли пострадавшій убитъ выстрѣломъ, или разбился на смерть, пытаясь увернуться отъ пули (стр. 58).

Тѣмъ же отсутствіемъ адэкватной причинной связи объясняется отпаденіе отвѣтственности за неосторожность, въ слу-

чаѣ умышленнаго использованія третьимъ лицомъ, *несо*участникомъ, созданнаго субъектомъ положенія (стр. 63).

Устанавливая критерій объективно-ретроспективной прогнозы, Rümelin не отрицаетъ, что могутъ быть случаи, когда строгое соблюденіе заявленнаго имъ требованія должно приводить къ неоправдываемымъ результатамъ. Нѣкто, вслѣдствіе полученнаго имъ тѣлеснаго поврежденія, но единственно по обстоятельствамъ мѣста и времени, былъ захваченъ какою либо катастрофой, условія которой, какъ потомъ выяснилось, были даны уже ко времени дѣйствія,—положимъ, онъ вынужденъ былъ воспользоваться желѣзнодорожнымъ поѣздомъ, который, какъ впослѣдствіи оказалось, долженъ былъ проходить по совершенно гнилому мосту, или по такому мѣсту, гдѣ была заложена самовозгарающаяся мина. Допустимъ, что объ этихъ особыхъ обстоятельствахъ субъектъ не зналъ. Придется допустить или отвергнуть адэкватное причиненіе и вмѣстѣ отвѣтственность по § 226 R. Str. G. B., въ зависимости отъ того обстоятельства, была ли положена мина до,—или послѣ дѣйствія. Соображенія справедливости вынуждаютъ Rümelin'а ввести въ установленный имъ критерій абстракціи слѣдующую оговорку: „если событіе, обосновывающее отвѣтственность, поставило пострадавшаго въ отношеніе къ послѣдовавшему событію единственно по времени и мѣсту, то условія второго событія, лежащія внѣ всякой возможности предвидѣнія, а также неизвѣстныя и неразличимыя для самого виновнаго, не подлежатъ обобщенію, хотя бы они ко времени перваго событія уже имѣлись въ наличности (стр. 129—130). Если эта оговорка правильна, то другая, по мнѣнію Rümelin'а, подразумѣвается сама собою. При наложеніи масштаба объективно-ретроспективной прогнозы, никоимъ образомъ не слѣдуетъ считаться съ имѣющимися налицо ко времени дѣйствія рѣшеніями или склонностями постороннихъ лицъ, поскольку ихъ не имѣлъ въ виду, или не долженъ былъ имѣть въ виду дѣйствующій (стр. 131).

Принципъ общепринятой вѣроятности, которымъ оперируетъ Rumelin, обладаетъ тѣмъ безспорнымъ преимуществомъ, что вполнѣ исключаетъ возможность различныхъ рѣшеній въ зависимости отъ перемѣнъ въ исходной точкѣ зрѣнія. Но тотъ же принципъ обладаетъ вмѣстѣ и крупными недочетами. Онъ долженъ вести

къ недопустимому de lege lata и нежелательному de lege ferenda распространенію угловной репрессіи на случай, когда виновный, на основаніи фактовъ, раскрытыхъ его сознанію, хотя и предусматривалъ результатъ, но имѣлъ основаніе считать его маловѣроятнымъ. Предусмотрительная, но ничѣмъ, кромѣ общихъ соображеній справедливости, не обоснованная оговорка Рюмелина относительно условій мѣста и времени не выручаетъ теоріи, ибо причина событія можетъ лежать не только въ условіяхъ мѣста и времени, но и въ характерѣ избранныхъ средствъ или въ свойствѣ матеріальнаго объекта преступнаго дѣйствія. исключавшихъ возможность предвидѣнія послѣдствій со стороны субъекта дѣйствія.

Затѣмъ, если найденный критерій приложимъ къ понятію причиненія, т. е., къ характеристикѣ отношенія дѣйствія и наступившаго результата, то онъ долженъ быть принятъ и для характеристики отношенія дѣйствія къ *не*наступившему событію, всюду, гдѣ наказуемость перваго обусловлена его внутренней (психологической) связью со вторымъ. Но это повело-бы къ сокращенію сферы репрессіи, не оправдываемому ни de lege lata, ни de lege ferenda. Используя запасъ общечеловѣческаго знанія, если не ex ante, то ex post, въ громадномъ большинствѣ случаевъ мы были бы, какъ нельзя болѣе, въ состояніи раскрыть причину неудачи преступнаго предпріятія, или, иначе, установить для дѣйствія ретроспективную прогнозу въ неблагопріятномъ смыслѣ. Предложеніе яда въ недостаточномъ количествѣ, взломъ сундука, оказавшагося пустымъ, попытка изнасиловать женщину, физически болѣе сильную, чѣмъ виновный, должны быть признаны заранѣе осужденными на неудачу, но кто усумнится во всѣхъ этихъ случаяхъ констатировать признаки наказуемаго покушенія?

Того-же объективнаго критерія абстракціи держится и Крисъ, но исключительно по отношенію къ деликтамъ нарушенія безопасности, собраннымъ въ XXVII главѣ германскаго RStrGB'a,—такъ называемымъ обшеопаснымъ преступленіямъ. Согласно цитируемому Крисомъ рѣшенію имперскаго суда (отъ 7. II. 1884), относящемуся къ поставленію въ опасность желѣзнодорожныхъ транспортовъ, опасность признается существующей, если несчастіе являлось вѣроятнымъ и было отвращено только благодаря случайностямъ. Крисъ полагаетъ, что подъ вѣроятностью слѣдуетъ

здѣсь разумѣть *общепризнанную* вѣроятность и подъ случаемъ *абсолютный* случай. Онъ дѣлаетъ этотъ выводъ изъ требованія мотивовъ рѣшенія прежде всего принимать въ соображеніе конкретныя обстоятельства даннаго случая, а также изъ контраста противополагаемыхъ судомъ понятій конкретной вѣроятности и абстрактной возможности. Это значитъ, заключаетъ Крисъ,— что абстракція должна быть введена, насколько возможно, въ тѣсныя границы (стр. 88—90).

Мы держимся, однако, того мнѣнія, что понятіе общепризнанной вѣроятности совершенно не приложимо къ какимъ бы то ни было составамъ преступленій. Подъ общепризнанною вѣроятностью Крисъ разумѣетъ вѣроятность, какъ плодъ обобщенія, достигшаго крайней черты человѣческаго знанія. Едва ли не единственный практическій примѣръ такого обобщенія представляютъ такъ называемыя азартныя игры: рулетка, банкъ и пр., гдѣ искусственно удалены всѣ тѣ условія, которыя ex post или ex ante давали бы возможность предвидѣнія результата. Но если мы обратимся къ фактамъ не изъ жизни игорнаго дома, то сейчасъ же замѣтимъ, что понятіе абсолютнаго случая къ нимъ безусловно не приложимо. Возьмемъ, напр., такое общеопасное дѣйствіе, какъ прорывъ плотины съ цѣлью потопленія. Если извѣстенъ въ точности рельефъ затопляемой мѣстности, расположеніе людей, силы, которыми они располагали, помощь, на которую они могли разсчитывать, и пр., то предсказаніе послѣдствій не составило бы особой трудности. И еще менѣе представитъ затрудненій *объясненіе наступившаго результата*, т. е. сведеніе конечныхъ и промежуточныхъ звеньевъ событія къ типамъ уже сознанныхъ закономѣрностей,—между тѣмъ какъ Крисъ называетъ абсолютнымъ случаемъ лишь то, что не поддается ни предсказанію, ни объясненію, не можетъ быть установлено ни ex ante, ни ex post. Если А спасся тѣмъ, что взлѣзъ на дерево, верхнія вѣтви котораго превышали уровень самой плотины, ясно, что прогноза спасенія А, или объясненіе факта, что А не утонулъ, могли бы затруднить единственно тѣхъ, кому не были извѣстны названныя вполнѣ доступныя распознанію обстоятельства.

Итакъ, всѣ попытки конструировать потенціальный моментъ дѣйствія съ положеніемъ въ основу абстракціи чисто объективнаго критерія должны быть признаны безуспѣшными. Переходимъ къ теоріямъ Бара и того же Криса,—ихъ попыткамъ основать абстракцію на смѣшанномъ объективно субъективномъ критеріи. Оба они, впрочемъ, не придаютъ названному критерію универсальнаго характера, Баръ—потому, что весь его интересъ сосредоточивается на ученіи о причинной связи, Крисъ—оттого, что, на ряду съ объективно-субъективнымъ критеріемъ, въ ученіи объ объективно-возможномъ онъ отводитъ, какъ мы уже видѣли, широкое мѣсто критерію чисто объективному.

Согласно ученію Бара (Die Lehre von Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871), послѣдствія дѣянія относятся къ дѣйствующему субъекту, какъ къ причинѣ, если они соотвѣтствуютъ закономѣрному ходу событій. Замѣшивается между ними событіе необычайное, выходящее изъ общей нормы,—оно, а не дѣйствующій, должно быть названо причиной. Ибо все то, что измѣняетъ предполагаемые закономѣрными ходъ событій или состояніе, мы зовемъ причиной измѣненія. Но если дѣятель зналъ эти особыя отнюдь не кидающіяся въ глаза предположенія своего дѣйствія, смущающія по общему правилу закономѣрный ходъ событій, отступленіе отъ закономѣрности является только кажущимся. Оно существуетъ не для дѣйствующаго, а для того, кто не съумѣлъ поставить себя на мѣсто дѣйствующаго. Итакъ, всѣ необычайныя обстоятельства, поскольку они были извѣстны субъекту дѣйствія, и ихъ закономѣрныя послѣдствія вмѣняются дѣйствующему, какъ причинѣ. То-же самое происходитъ,—если особое знаніе субъекта распространяется не на фактическія обстоятельства, а на естественные законы, не принадлежащіе къ числу общеизвѣстныхъ. Ибо эти законы суть ничто иное, какъ сводимыя къ общему понятію силы, активно связующія отдѣльныя обстоятельства. Наоборотъ, если у субъекта дѣйствія было мнимое или меньшее, въ сравненіи съ обычнымъ, знаніе обстоятельствъ или естественныхъ законовъ, при которыхъ онъ дѣйствуетъ, то онъ является причиной лишь постольку, поскольку онъ предвидѣлъ результатъ, какъ закономѣрный (стр. 18—22).

Несостоятельность устанавливаемаго Баромъ понятія причины очевидна. Баръ подъ причиною разумѣетъ условіе, нарушающее закономѣрный, т. е., привычный съ извѣстной точки зрѣнія ходъ вещей. Въ этомъ случаѣ онъ близко подходитъ къ Тону (Festrede vom 16 Juni 1894), который говоритъ, что, спрашивая о причинѣ, мы ищемъ событіе въ прошломъ, которое бы дѣлало для насъ данное явленіе *понятнымъ*. По выраженію Листа, цитируемому Тономъ, изслѣдовать причину значитъ ставить прогнозу заднимъ числомъ. Измѣненіе, влекущее за собой другое измѣненіе — данное событіе, какъ свое естественное послѣдствіе, становится для насъ его причиной [1]). Но если, слѣдуя Бару, мы откроемъ въ ряду предшествующихъ фактъ, не подтверждающій, а нарушающій на нашъ взглядъ закономѣрный ходъ вещей, не ясно ли что мы не объяснимъ событія, а только натолкнемся на новое недоумѣніе,—какое же право имѣемъ мы назвать этотъ фактъ причиной измѣненія?

Интересъ теоріи Бара для нашего времени сосредоточивается не въ опредѣленіи понятія причины, но въ указаніи на необходимость, на ряду съ причиннымъ отношеніемъ, извѣстнаго и тоже объективнаго отношенія возможности между дѣйствіемъ и обусловленнымъ имъ результатомъ. Мало того,—Баръ съумѣлъ указать и критерій, который долженъ быть положенъ въ основу абстракціи, это—*совокупность фактовъ, сознанныхъ субъектомъ*. Являлось, или нѣтъ, послѣдствіе вѣроятнымъ, если въ основу сужденія принять означенную сумму фактовъ, вотъ вопросъ, отъ разрѣшенія котораго, по словамъ Бара, зависитъ принятіе или отверженіе факта существованія необходимой для вмѣненія,—какъ онъ называетъ,—причинной связи дѣйствія и результата [2])

---

[1]) Thon, в. с., стр. 10—12.

[2]) Необходимо замѣтить, что терминологія Бара носитъ двойственный характеръ. Подъ Regelmassigkeit онъ понимаетъ то соотвѣтствіе правиламъ жизни (нравственно юридическій критерій), то соотвѣтствіе естественнымъ законамъ природы Ясно, что Regelmässigkeit, понимаемая въ первомъ смыслѣ, къ вопросу о причиненіи не состоитъ ни въ какомъ отношеніи, а представляетъ собою особое дополнительное условіе отвѣтственности на ряду съ отношеніемъ причинной связи и виновностью Если дѣйствіе субъекта соотвѣтствовало правиламъ жизни, уголовная отвѣтственность исключается безусловно, безъ вниманія къ тому, имѣло оно или нѣтъ вредныя послѣдствія, предвидѣлъ ли ихъ субъектъ, можно ли ихъ было

Тотъ же въ сущности критерій и Криса. Слѣдуя внушенію непосредственнаго правового чувства, Крисъ ставитъ рѣшеніе вопроса объ адэкватности причиненія въ зависимость отъ оцѣнки *виновнаго поведенія* субъекта,—пригодно оно или нѣтъ, при фактически существующихъ общихъ соціальныхъ условіяхъ, къ воспроизведенію вредныхъ послѣдствій, подобныхъ данному in concreto. Виновное поведеніе Крисъ опредѣляетъ чисто психологически, въ смыслѣ извѣстнаго поведенія воли, при извѣстныхъ содержащихся въ представленіи условіяхъ. Но это психологическое опредѣленіе всегда обнимаетъ рядъ внѣшнихъ обстоятельствъ, существующихъ in concreto, ибо къ психологическому составу дѣйствія относится прежде всего знаніе опредѣленныхъ отношеній, лежащихъ внѣ субъекта. Такъ, напр., психологическій составъ убійства обнимаетъ, съ одной стороны, волевой актъ, посредствомъ котораго убійца производитъ требуемое тѣлодвиженіе, съ другой,—сознаніе, что жертва—здѣсь, и что оружіе на нее направлено. Если хотятъ подвергнуть обобщенію психологическій составъ дѣйствія полностью, нельзя игнорировать и тѣхъ внѣшнихъ обстоятельствъ, которыя составляютъ необходимыя предположенія его.

Отсюда слѣдуетъ, что если субъектъ на основаніи правильныхъ представленій и знаній ожидалъ извѣстнаго результата отъ своего поведенія, и результатъ наступилъ именно такъ, какъ субъектъ ожидалъ, такое причиненіе всегда должно быть разсматриваемо, какъ адэкватное [3]).

Но Крисъ не выдерживаетъ устанавливаемой имъ точки зрѣнія. По практическимъ соображеніямъ—трудности представленія доказательствъ относительно такихъ частей психологическаго состава, которыя могутъ служить къ оправданію субъекта, но

вообще предвидѣть. Субъектъ—ненаказуемъ, разъ онъ дѣйствовалъ, какъ рачительный pater familias, съ соблюденіемъ установленныхъ правилъ цеха (стр. 13) Баръ иллюстрируетъ сказанное на примѣрѣ врача, производящаго крайне опасную операцію, съ вѣроятіемъ смертнаго исхода, но въ соотвѣтствіи съ правилами искусства и разумной жизни, а также на примѣры опасныхъ, но необходимыхъ для жизни промысловъ, относительно которыхъ можетъ быть установлено статистически, что ежегодно извѣстное число людей погибаетъ отъ нихъ (стр 14). Двойственность терминологіи Бара была отмѣчена уже проф. Сергѣевскимъ („О значеніи причинной связи“, ч. II, стр 117).

[3]) Kries, в. с., Separatabdru k, стр. 52—54.

не раскрываются непосредственно изъ объективныхъ данныхъ,— онъ полагаетъ необходимымъ именно при виновныхъ дѣйствіяхъ, выдѣлить изъ числа внѣшнихъ обстоятельствъ событіе, подлежащее обобщенію, и отвѣтственность исключать только тамъ, гдѣ дѣйствіе вообще не способно повлечь за собою вредный результатъ. Если кто поджигаетъ домъ, въ полной увѣренности, что обитатели его отсутствуютъ, тогда какъ на самомъ дѣлѣ въ подожженномъ домѣ оказывается человѣкъ, который и сгораетъ, Крисъ считаетъ субъекта отвѣтственнымъ какъ за причиненіе [1]). Ясно, что критерій обобщенія, полагаемый Крисомъ въ основу понятія адэкватнаго причиненія, отличается крайнею неопредѣленностью. Что понимать подъ адэкватнымъ причиненіемъ въ уголовномъ правѣ Крисъ оставляетъ въ сущности безъ опредѣленія.

Не большею опредѣленностью отличается и тотъ критерій, съ помощью котораго Крисъ пробуетъ опредѣлить предѣлы абстракціи для дѣйствій, воспрещенныхъ въ виду ихъ опасности. Какъ мы уже знаемъ, критерій общепризнанной вѣроятности Крисъ считаетъ приложимымъ лишь къ сравнительно небольшому числу деликтовъ нарушенія безопасности. Въ томъ же XXVII раздѣлѣ германскій кодексъ упоминаетъ, по мнѣнію Криса, о цѣломъ рядѣ опасныхъ дѣйствій, которыя отнюдь не представляютъ собой абсолютной опасности Таковы, напр., постановленія о дѣйствіяхъ, которыя „въ состояніи нарушить безопасность судоходства“, о произнесеніи рѣчей, подвергающихъ опасности общественный миръ. о распространеніи ложныхъ слуховъ, если они могутъ кого либо унизить въ общественномъ мнѣніи, или вредно отразиться на чьемъ либо кредитѣ, о дачѣ веществъ, способныхъ произвести разстройство здоровья. Опасность, хотя и нетребуемая закономъ въ точныхъ выраженіяхъ, несомнѣнно, составляетъ основаніе наказуемости поединка и такъ называемаго подкида дѣтей. Насколько здѣсь широко или узко слѣдуетъ брать понятіе нарушенія безопасности или пригодности дѣйствія служить преступной цѣли,—по мнѣнію Криса,—сказать трудно. Нельзя не пожалѣть, что законодатель

[1]) Тамъ-же, стр. 54–55.

не отмѣчаетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, въ какомъ смыслѣ онъ принимаетъ здѣсь понятіе опасности, т. е., въ смыслѣ ли абсолютной опасности, или въ болѣе широкомъ значеніи этого слова, и если въ болѣе широкомъ, то что опредѣляетъ мѣру обобщенія.

Распространеніе понятія опасности Крисъ объясняетъ разными соображеніями. Гдѣ въ основѣ дѣйствія лежитъ виновное намѣреніе, тамъ вполнѣ дозволительно, во вниманіе ли къ особой цѣнности правоохраненныхъ благъ, (какъ, напр., общественнаго мира) или неопредѣленности въ затронутой сферѣ фактовъ понятія абсолютной опасности, (какъ, напр., при распространеніи ложныхъ слуховъ, компрометирующихъ кредитъ),—распространеніе наказуемости на опасныя дѣйствія въ болѣе широкомъ смыслѣ.— Вообще тотъ, кто болѣе придаетъ значенія виновности дѣйствія, (субъективной сторонѣ состава), склоненъ къ болѣе широкому истолкованію понятій опасности, и къ болѣе тѣсному расположенъ тотъ, для кого рѣшающее значеніе имѣютъ внѣшнія событія, (объективная сторона) [1]).

Критерій абстракціи, предложенный Крисомъ, неясенъ и противорѣчивъ. „Одно изъ двухъ,—возражая Крису, говоритъ Radbruch [2]): —или брать условія потому, что ихъ воспринялъ субъектъ, и тогда слѣдовало бы на условія, несоотвѣтствующія дѣйствительности, смотрѣть какъ на соотвѣтствующія, а на упущенныя субъектомъ изъ виду, какъ на несуществующія, или же брать условія потому, что они есть; тогда надо найти основаніе, почему въ основу абстракціи берутся не всѣ, а только извѣстныя субъекту условія. Но и такой постановки вопроса нельзя считать удовлетворительной. Вслѣдствіе психологическаго опредѣленія понятія виновнаго дѣйствія можно было бы ожидать, что въ основу сужденія о возможности будетъ положенъ фактъ, что лицо дѣйствующее воспринимаетъ извѣстныя условія (хотя-бы и ошибочно), но нельзя понять, какъ эти сознанныя субъектомъ условія, сами удостоиваются подобной чести“ [3]) т. е., берутся

[1]) Тамъ-же, стр 98.

[2]) Radbruch, Die Lehre von der adaquaten Verursachung, Berlin, 1902, стр. 33, прим. 1

[3]) Тамъ-же, стр. 32

въ основу сужденія о возможности. Главное же возраженіе Радбруха противъ психологическаго опредѣленія виновнаго поведенія состоитъ въ томъ, что послѣднее „обнимаетъ факты внѣшняго міра лишь при условіи, что субъектъ ихъ использовалъ, какъ средство ради цѣли, и не обнимаетъ ихъ, если субъектъ хотя и зналъ о нихъ, но пренебрегъ ими или не зналъ, а только долженъ былъ знать. Только при намѣреніи, не всегда при прямомъ умыслѣ и никоимъ образомъ при неосторожности психологическое поведеніе субъекта обнимаетъ всѣ извѣстныя субъекту обстоятельства; тамъ никогда не найдутъ себѣ мѣста обстоятельства, только доступныя распознанію, хотя и они внѣ всякаго сомнѣнія должны-бы лечь въ основу сужденія о возможности“ [1]).

Разсмотрѣнныя нами попытки отдѣльныхъ авторовъ установить понятіе опаснаго дѣйствія, найти критерій, который бы могъ быть положенъ въ основу требуемаго обобщенія, имѣютъ одинъ общій имъ всѣмъ недостатокъ—то, что они обобщаютъ, представляетъ собою пестрый и случайный конгломератъ фактовъ, частью психическихъ, частью матеріальныхъ, сопутствующихъ физическому элементу дѣйствія—тѣлодвиженію. Было-бы тщетно искать у нихъ какой либо политической идеи, которая-бы оправдывала положеніе въ основу абстракціи именно тѣхъ, а не иныхъ данныхъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, они лишены сознанія, что потенціальный моментъ дѣйствія составляетъ универсальное предположеніе репрессіи, что онъ важенъ для характеристики не нѣкоторыхъ, а всѣхъ, безъ исключенія, предположеній наказанія. Наконецъ, никому изъ цитированныхъ авторовъ не удалось доказать, что принятый ими критерій хотя бы частично усвоенъ дѣйствующимъ правомъ.

III. Моментъ потенціальный, какъ замѣститель каузальнаго.

Послѣдователи Криса, исходя изъ понятія *абстрактно объективной* возможности, разномыслятъ лишь по вопросу о томъ, какой критерій долженъ быть положенъ въ основу абстракціи.

---

[1]) Тамъ-же, стр. 34

Одни изъ нихъ полагаютъ, что подлежатъ обобщенію внѣшняя сторона дѣйствія плюсъ тѣ или иныя обстоятельства, сопутствующія дѣйствію, безъ отношенія къ моменту сознанія; другіе,— что обобщенію подлежатъ дѣйствіе и тѣ же обстоятельства, поскольку субъектъ сознавалъ ихъ присутствіе и значеніе Но, повторяю, расходясь въ опредѣленіи критерія абстракціи, они, за немногими отступленіями, одинаково смотрятъ на *значеніе* потенціальнаго момента дѣйствія, а именно, видятъ въ немъ *осложненіе* момента каузальнаго, новый признакъ, отмѣчаемый въ отношеніи причинной связи дѣйствія и результата. Иначе смотритъ на дѣло Липманъ [1]). Господствующее ученіе о причинной связи Липманъ находитъ неприложимымъ къ отношенію дѣйствія и результата въ уголовномъ правѣ ни de lege lata, ни de lege ferenda. Причинная связь, опредѣляемая по методу гипотетическаго исключенія, чужда уголовному праву. Отводимое ей мѣсто въ дѣйствительности занимаетъ другое отношеніе. Результатъ вмѣнимъ, если онъ *доступенъ учету*.

Мы останавливаемся болѣе подробно на разсмотрѣніи этой теоріи, главнымъ образомъ, потому, что она является наиболѣе обстоятельной изо всѣхъ существующихъ *юридическихъ* разработокъ потенціальнаго момента дѣйствія Авторъ упорно держится почвы положительнаго права. Только соотвѣтствіе послѣднему можетъ въ его глазахъ служить оправданіемъ тому или другому теоретическому построенію.

Несоотвѣтствіе господствующей теоріи причинности, такъ называемой теоріи Бури—Листа, дѣйствующему праву, Липманъ доказываетъ слѣдующими соображеніями: 1) Эта теорія не въ состояніи объяснить наказуемости преступнаго бездѣйствія, какъ не заключающаго въ себѣ причиненія. 2) Сами представители этой теоріи, какъ Листъ въ 9 изданіи учебника, стр. 123, отступаютъ отъ строго логическаго проведенія ея по отношенію къ деликтамъ, квалифицированнымъ послѣдствіями, требуя здѣсь адэкватности причиненія. 3) По дѣйствующему праву, всюду, гдѣ между виновнымъ дѣйствіемъ и результатомъ вставляется промежуточнымъ звеномъ виновное дѣйствіе 3-го лица, это

[1]) Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1890.

второе виновное дѣйствіе прерываетъ причинную связь, если оно—умышленное, и не прерываетъ если оно—неосторожное. Явленіе необъяснимое съ точки зрѣнія теоріи причинности, которой держатся Бури и Листъ. Равнымъ образомъ на подстрекательство и на пособничество дѣйствующее право смотритъ не какъ на причиненіе результата, но какъ на участіе въ дѣяніи другого. 4) Дѣйствующее право знаетъ различные виды участія многихъ въ воспроизведеніи одного результата. Оно различаетъ совиновничество и пособничество. опредѣляетъ одно, какъ совмѣстное выполненіе дѣянія. другое—какъ завѣдомое оказаніе помощи словомъ или дѣломъ. Какъ соединить эту отправную точку зрѣнія съ представленіемъ о равноцѣнности всѣхъ условій результата, которое лежитъ въ основѣ теоріи Бури? Мы видимъ,—заключаетъ Липманъ,—что простая, повидимому, господствующая теорія представляетъ въ дѣйствительности въ высшей степени сложную смѣсь правилъ и исключеній (ein hochst kompliziertes Gemisch von Regeln und Ausnahmen) [1]).

Но та же теорія внушаетъ Липману и нѣкоторыя принципіальныя сомнѣнія:

1) Господствующая теорія опредѣляетъ условія по признаку необходимости ихъ для событія in concreto, откуда заключаетъ объ ихъ равноцѣнности. Но въ уголовномъ правѣ дѣло идетъ объ отношеніи условій не къ наступленію конкретнаго результата, но объ ихъ отношеніи къ абстрактному свойству преступности конкретныхъ событій, о томъ, можетъ ли имъ быть приписано *существенное участие* въ противуправномъ характерѣ произошедшаго. Отсюда возникаетъ необходимость различать условія, имѣющія уголовно-правовое значеніе, отъ неимѣющихъ такового, чѣмъ опровергается основное положеніе теоріи, что всѣ условія необходимыя для результата,—равноцѣнны.

2) Господствующая теорія требуетъ полнаго разграниченія вопросовъ о причиненіи и виновности. Безспорно, можетъ быть причиненіе помимо вины, но не наоборотъ - вина помимо причиненія Коль скоро мы вычеркнемъ цричинность изъ понятія вины, тамъ ничего не останется болѣе. кромѣ факта изъ области

[1]) Тамъ же, стр. 55—58.

чистаго мышленія. Такимъ образомъ вопросы причиненія фактически возникаютъ снова на почвѣ вопроса о виновности. но здѣсь они разрѣшаются также и приверженцами господствующей теоріи никоимъ образомъ не въ смыслѣ равноцѣнности всѣхъ условій. Сознаніе причинной связи. которое представители господствующей теоріи считаютъ существеннымъ признакомъ умысла, истолковывается ими не какъ сознаніе постановки какого бы то ни было условія, но лишь такого условія, которое, по меньшей мѣрѣ, даетъ *возможность* наступленія результата. Равнымъ образомъ. къ понятію неосторожнаго дѣйствія, по общему признанію, принадлежитъ созданіе не всякихъ, а лишь такихъ условій. которыя, какъ субъектъ могъ разсчитывать, заключали въ себѣ опасность для даннаго правового блага, такъ что вполнѣ исключительныя, недопускающія учета соединенія условія и результата не принимаются въ соображеніе (стр. 59—61).

Итакъ, Липманъ не отрицаетъ логической правильности той теоріи причинности, которую нынѣ принято называть господствующей,—онъ утверждаетъ только, что эта теорія неприложима къ постановленіямъ дѣйствующаго уголовнаго права, что эти послѣднія покоятся на иномъ понятіи причинности, не менѣе правильномъ съ логической точки зрѣнія. Спрашивается, что же это за новая теорія причинности, которая призвана замѣстить господствующую?

Повторяя въ общемъ Юма и Канта, Липманъ опредѣляетъ причинность, какъ синтезъ нашего сознанія, логическое понятіе, посредствомъ котораго мы одно явленіе мыслимъ, какъ необходимо связанное съ другимъ (стр. 49). Вопросъ о причинѣ мы ставимъ тамъ, гдѣ явленіе будитъ нашу мысль. гдѣ дѣло идетъ о какомъ либо непривычномъ измѣненіи, требующемъ *поясненія*. Но объяснить что-либо—это значитъ свести неизвѣстный фактъ къ извѣстнымъ явленіямъ (стр. 50). Мы опредѣлили причину событія, если можемъ опредѣлить тѣ реально данныя предположенія, изъ которыхъ для нашего мышленія необходимо слѣдуетъ дѣйствительность событія. Каузальное отношеніе есть такимъ образомъ примѣненіе положенія достаточнаго основанія въ дѣйствительности (стр. 52). Объективная возможность произносимаго сужденія заключается въ его совмѣстимости съ есте-

ственными законами, въ томъ, что оно можетъ быть включено въ научно установленную закономѣрную связь совершающагося (стр. 70)

Изъ этихъ общихъ предварительныхъ замѣчаній слѣдуетъ, во-первыхъ, выводъ,—что уже самый мотивъ постановки вопроса, стремленіе къ поясненію, исключаетъ возможность указанія, какъ на причину, на безконечный рядъ условій; что желая объяснить явленіе, мы должны на извѣстныхъ условіяхъ допустить остановку; во-вторыхъ,—что отвѣтъ на вопросъ никогда не можетъ состоять въ отборѣ какихъ-либо произвольно отмѣчаемыхъ условій, но, естественно, только тѣхъ, которыя, повидимому, устраняютъ дефекты нашихъ знаній Отвѣтъ долженъ касаться сторонъ событія. нуждающихся въ поясненіи, отмѣчать условія, *существенныя для цѣли* изслѣдованія. Отвѣтъ на вопросъ о причинѣ слагается разно, въ зависимости отъ точки зрѣнія, съ которой мы разсматриваемъ событіе (стр. 50—52).

Для криминалиста найти причину, значитъ отвѣтить на вопросъ о томъ, есть ли среди условій результата такіе конкретные факты, которые-бы могли составить основаніе для реакціи въ смыслѣ уголовнаго права. Искомыя условія должны удовлетворять двоякаго рода требованіямъ. 1) ставить ихъ могутъ только лица вмѣняемыя, 2) отпаденіе этихъ условій должно не только существенно мѣнять конкретныя послѣдствія, но и отражаться на ихъ уголовно-правовомъ значеніи (стр. 67—68).

Для уголовнаго права, принявшаго за путеводную нить для своихъ запретовъ и приказовъ, принципъ индивидуальной отвѣтственности, субъектъ не можетъ являться причиною результатовъ и быть за нихъ отвѣтственнымъ, коль скоро они ускользаютъ изъ подъ его контроля: такіе результаты непредупредимы. Поэтому результатъ въ смыслѣ уголовнаго права только тогда причиняется дѣйствіемъ, когда это дѣйствіе состоитъ съ нимъ въ доступной учету связи (in einem berechenbaren Zusammenhang) (стр 72).

Такова, по мнѣнію Липмана, теорія причинной связи, лежащая въ основѣ дѣйствующаго права. Только ею можетъ быть логически обоснована наказуемость деликтовъ квалифицированныхъ послѣдствіями и неосторожныхъ. На возраженіе Thyren'a

и Листа, что при умышленныхъ деликтахъ мы привлекаемъ субъекта къ отвѣтственности также и за рѣдкія послѣдствія его дѣйствія, коль скоро субъектъ ихъ предвидѣлъ, Липманъ отвѣчаетъ слѣдующимъ образомъ: „такъ какъ дѣйствительное всегда должно сначала быть возможнымъ, то и дѣйствительно учтенное принадлежитъ къ области доступнаго учету, какъ бы ни было необычайно сцѣпленіе отношеній. Всюду, гдѣ кто-либо правильно разсчиталъ послѣдствія своего дѣйствія, имѣется не случайная, но учтенная связь“ (стр. 72—74).

Далѣе, съ точки зрѣнія новой теоріи получаетъ принципіальное обоснованіе ученіе о перерывѣ причинной связи. Если мы ставимъ уголовно-правовую реакцію въ зависимость отъ допускающей учетъ связи дѣйствія и результата, то въ этомъ условіи заключается дальнѣйшее требованіе,—чтобы между дѣйствіемъ и результатомъ не было промежуточныхъ фактовъ исключающихъ возможность учета по отношенію къ дѣйствію. Перерывъ причинной связи долженъ быть признаваемъ всюду, гдѣ дѣйствіе, состоящее съ результатомъ въ доступной учету связи, не смотря на то, оказывается непригоднымъ для его объясненія, вслѣдствіе особаго образованія конкретнаго случая, наступившаго послѣ совершенія дѣйствія и ускользающаго отъ учета со стороны лица дѣйствующаго (стр. 74—75).

Наконецъ, новая теорія даетъ возможность, увѣряетъ Липманъ,—объяснить и оправдать разграниченіе по дѣйствующему праву оконченнаго преступленія отъ покушенія, виновничества отъ пособничества, равно какъ подстрекательства отъ виновничества: а) при отграниченіи дѣйствій покушенія, какъ и при оконченномъ деликтѣ, отправная точка зрѣнія—объективнаго характера, дѣло идетъ о томъ, что субъектъ сдѣлалъ, а не о томъ, чего онъ ожидалъ. Поэтому дѣйствія, которыя абсолютно не пригодны къ осуществленію результата, хотя-бы они и были предприняты въ преступномъ намѣреніи, столь-же мало представляютъ изъ себя дѣйствіе покушенія, какъ и простое обнаруженіе преступной рѣшимости. Покушеніемъ можетъ быть названо только такое осуществленіе преступной рѣшимости, которое создаетъ возможность совершенія въ формѣ, доступной учету. Равнымъ образомъ, б) подстрекательство и виновничество различаются

между собой какъ стадіи развитія причины Подстрекательство состоитъ единственно въ созданіи преступной рѣшимости у активнаго исполнителя, т. е., оно исчерпывается дѣйствіемъ, которое еще никоимъ образомъ не принадлежитъ къ составу деликта. Даже и de lege ferenda ошибочно поэтому смотрѣть на подстрекательство, какъ на причиненіе результата. в) Новая теорія причинности можетъ служить къ разграниченію дѣйствій пособника и непосредственнаго исполнителя. Первое не имѣетъ рѣшающаго значенія для результата; оно только способствуетъ ему, въ томъ смыслѣ, что увеличиваетъ возможность совершенія его другими. Можно сказать, что пособникъ ставитъ рѣшающія условія для *поведенія* лица дѣйствующаго, напротивъ, для результата преступленія—только способствующія

Наконецъ, ничто не мѣшаетъ, съ точки зрѣнія новой теоріи, признать причинную связь въ смыслѣ уголовнаго права между бездѣйствіемъ (попущеніемъ) и результатомъ, коль скоро между ними можетъ быть доказана рѣшающая и доступная учету связь, т. е., если съ отпаденіемъ преступнаго бездѣйствія, по человѣческому разумѣнію, отпалъ-бы и результатъ (стр. 75—77).

Разсмотримъ сначала, насколько основательно мнѣніе Липмана, что *не* господствующая теорія причинности лежитъ въ основѣ дѣйствующаго права. И затѣмъ провѣримъ, насколько обоснована теоретически и оправдывается постановленіями положительнаго права его собственная теорія причинности.

Аргументы Липмана, направленные противъ господствующей теоріи причинности, не доказательны. Мнимая несогласимость этой теоріи съ наказуемостью преступнаго бездѣйствія, какъ увидимъ далѣе,—еще сама требуетъ представленія доказательствъ. Единственно съ точки зрѣнія метафизическаго представленія о причинности, какъ творческомъ началѣ, нельзя послѣдствія бездѣйствія разсматривать, какъ причиненныя. Напротивъ, если разумѣть подъ причиненіемъ простую обусловленность событія, распознаваемую по методу гипотетическаго исключенія, то и бездѣйствіе, въ смыслѣ невыполненія опредѣленнаго дѣйствія, можетъ быть признано состоящимъ въ причинномъ соотношеніи съ тѣмъ или инымъ внѣшнимъ измѣненіемъ.

Далѣе, Липманъ настаиваетъ на непримѣнимости господствующей теоріи къ деликтамъ квалифицированнымъ ихъ послѣдствіями. Объ этихъ деликтахъ было подробно говорено во 2-й части настоящаго изслѣдованія. Дѣйствительно, господствующая теорія, въ приложеніи къ нимъ, приводитъ къ по истинѣ чудовищнымъ выводамъ – тяжкой отвѣтственности за абсолютно случайныя послѣдствія дѣйствія, – и такъ какъ ни одинъ судъ не посмѣлъ бы здѣсь примѣнить наказаніе, то можно считать доказаннымъ, что господствующая теорія причинности не въ состояніи дать правильнаго рѣшенія вопроса объ отвѣтственности за причиненіе при названныхъ деликтахъ. Слѣдуетъ ли, однако, отсюда выводъ, что *иная* теорія причинности лежитъ въ основѣ опредѣленій дѣйствующаго права? Изъ факта необъяснимости явленія права съ точки зрѣнія господствующей теоріи причинности можетъ быть съ равнымъ логическимъ основаніемъ сдѣланъ выводъ какъ о непригодности этой теоріи для данной цѣли, такъ равно о ея *недостаточности*, необходимости для уголовной отвѣтственности восполненія каузальнаго момента дѣйствія, въ смыслѣ господствующей теоріи причинности, еще другимъ какимъ либо моментомъ,—мы разумѣемъ,—потенціальнымъ.

Третье возраженіе Липмана противъ господствующей теоріи причинности—указаніе на различіе формъ соучастія, несогласимое съ ученіемъ о равноцѣнности всѣхъ условій результата, парализуется тѣмъ-же соображеніемъ, что и второе: эта несогласимость можетъ быть объяснена недостаточностью одной причинной связи для объективнаго обоснованія отвѣтственности, о чемъ подробно будетъ говорено ниже въ отдѣлѣ о соучастіи.

Столь же несостоятельно и четвертое возраженіе Липмана—указаніе на перерывъ причинной связи при подстрекательствѣ, какъ формѣ соучастія по дѣйствующему праву. Многіе думаютъ, что дѣйствующее право видитъ въ подстрекательствѣ не причиненіе, но лишь актъ воздѣйствія на чужую свободную волю. Если это и вѣрно, то все же о перерывѣ причинной связи можно говорить здѣсь только по недоразумѣнію. Свободная воля или можетъ, или не можетъ служить звеномъ причинной цѣпи, связующей дѣйствіе съ результатомъ. Если можетъ, то подстрекательство при успѣхѣ предпріятія составитъ актъ причиненія, если нѣтъ, то причин-

ная цѣпь будетъ отсутствовать вовсе, и толковать о ея перерывѣ—тоже, что говорить о прекращеніи существованія несуществующаго.

Остановимся, въ заключеніе, на принципіальныхъ сомнѣніяхъ, которыя Липману внушаетъ господствующая теорія причинности. Въ уголовномъ правѣ, говоритъ онъ:—дѣло идетъ объ отношеніи условій не къ наступленію конкретнаго результата, но къ абстрактному свойству преступности подобнаго рода конкретныхъ событій. Вопреки мнѣнію Липмана, въ уголовномъ правѣ дѣло идетъ какъ о томъ, такъ и о другомъ отношеніи: о каузальномъ моментѣ дѣйствія, но не объ одномъ каузальномъ. Напротивъ, совершенно правильно указываетъ Липманъ, что потенціальный моментъ дѣйствія, игнорируемый дѣйствующимъ правомъ при объективной оцѣнкѣ дѣйствія, принимается въ соображеніе при внутренней психологической оцѣнкѣ того-же дѣйствія, но это обстоятельство ни мало не компрометируетъ господствующей теоріи причинности, ибо опять таки не имѣетъ къ ней отношенія.

Перехожу къ теоріи причинности, которою Липманъ полагаетъ заполнить пробѣлъ отъ устраненія господствующей. Опредѣляя причинность, какъ соотношеніе дѣйствія и результата, доступное учету, т. е. признаками петенціальнаго отношенія, Липманъ, подобно Крису, смѣшиваетъ двѣ теоретически совершенно разныя категоріи нашего познанія—необходимости и возможности. Не имѣя средствъ къ выясненію причинной связи событій, практически мы часто принимаемъ возможную связь за необходимую. Но именно въ уголовномъ правѣ такая замѣна одной категоріи другой представляется всего менѣе допустимой. Никто не можетъ быть наказанъ какъ за причиненіе вреда, если связь его дѣйствія съ ущербомъ для чужого интереса характеризуется лишь какъ возможная или вѣроятная,—требуется связь необходимая.

Являясь въ общемъ послѣдователемъ Криса, Липманъ далеко уступаетъ своему учителю въ ясности теоретико познавательнаго мышленія. Если Крисъ и вызываетъ нѣкоторыя нареканія со стороны терминологіи, то самая мысль Криса ясна и прозрачна. Онъ строго различаетъ понятія причинности въ тѣсномъ смыслѣ слова и адэкватной причинности; онъ не говоритъ о причин-

ности, а только объ опасномъ дѣйствіи тамъ, гдѣ результатъ отсутствуетъ. Напротивъ, Липманъ прилагаетъ *свое* понятіе причинности также и тамъ, гдѣ причиненія въ общепринятомъ смыслѣ, по его мнѣнію, не требуется вовсе, или гдѣ оно завѣдомо отсутствуетъ, гдѣ результатъ не существуетъ, а только мыслится субъектомъ дѣйствія.

Та же неясность теоретико-познавательной мысли сказывается у Липмана въ утвержденіи, что „дѣйствительное всегда должно быть сначала возможнымъ". Думая такъ, Липманъ сообщаетъ возможному логически несостоятельное значеніе возможнаго in concreto. То, что было, то не могло не быть; оно всегда было необходимо и никогда не было только возможно. Возможность не есть стадія осуществленія.

Дальнѣйшій существенный недостатокъ теоріи Липмана заключается въ ея недостаточной разработкѣ, въ невыясненности понятія „доступности учету", въ отсутствіи отвѣта на вопросъ, что за критерій долженъ быть положенъ въ основу абстракціи, и если разные, то какіе, когда и почему. Липманъ пользуется то объективнымъ, то субъективнымъ [1]) критеріемъ, но безъ объясненія мотивовъ выбора.

Липманъ полагаетъ, что его теорія причинности строго позитивна, т. е., соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ законодателя. Она отвѣчаетъ имъ постольку, поскольку инкорпорируетъ въ понятіе причинности потенціальный моментъ дѣйствія, игнорируемый господствующей теоріей, и явно противорѣчитъ положительному праву, поскольку сама игнорируетъ присущій нерѣдко дѣйствію матеріальнаго деликта моментъ каузальный.

Легко убѣдиться, что всѣ пріобрѣтенія въ смыслѣ принципіальнаго обоснованія дѣйствующаго права, которыя Липманъ ставитъ въ заслугу найденной имъ новой теоріи причинности (?), оказываются на повѣрку мнимыми. Если для отвѣтственности за деликтъ, квалифицированный послѣдствіями, мало одного момента каузальнаго, то недостаточно и одного потенціальнаго. Перерывъ причинной связи продолжаетъ и послѣ теоріи Липмана представ-

[1]) Въ этомъ отношеніи онъ заходитъ настолько далеко, что вводитъ въ критерій абстракціи внутреннія свойства самого субъекта, его вмѣняемость.

лять логическую несообразность,—поправка Липмана должна бы относиться къ перерыву не причинной, а потенціальной связи, который дѣйствительно логически допустимъ Бездѣйствіе, какъ деликтъ матеріальный, не можетъ быть конструировано безъ привлеченія къ дѣлу момента возможности, но обойтись не можетъ и безъ момента необходимости (подробнѣе объ этомъ ниже).

Липманъ пытается съ помощью своей теоріи провести границу между годнымъ покушеніемъ съ одной стороны, негоднымъ и приготовленіемъ съ другой, но оставляетъ безъ ближайшаго опредѣленія самый критерій предлагаемаго имъ разграниченія:— весьма разнообразное содержаніе можетъ быть вложено въ формулу „осуществленія преступной рѣшимости, дающаго возможность совершенія въ формѣ. доступной учету". Въ заключеніе, Липманъ пробуетъ примѣнить свою теорію причинности къ разграниченію дѣйствій пособника и непосредственнаго исполнителя, но остается непонятнымъ, какимъ образомъ съ точки зрѣнія Липмановской теоріи причинности могутъ быть различаемы условія рѣшающія отъ условій, лишь способствующихъ. Устанавливаемый контрастъ не только не отличается точностью, но и невѣренъ по существу Кто умышленно препятствуетъ доступу врача къ раненому, выполняетъ дѣйствіе пособничества,—можно ли однако утверждать, что онъ своими дѣйствіями ставитъ рѣшающія условія для поведенія убійцы, а не для результата преступленія—смерти раненаго?

§ 18 (Продолженіе) Потенціальный моментъ дѣйствія. Его значеніе и формы образованія.

Цѣль уголовной репрессіи состоитъ въ борьбѣ съ неправомъ, какъ общимъ явленіемъ. Удовлетворить этой цѣли въ достаточно широкой мѣрѣ можетъ единственно возведеніе на степень предположенія репрессіи дѣйствія субъекта безъ вниманія къ тому, повлекло-ли оно вредныя послѣдствія in concreto. Безвредное въ *данномъ случаѣ*, въ соединеніи съ *данною* группой условій, оно можетъ повлечь за собой вредный результатъ въ другомъ случаѣ, въ соединеніи съ другою группой условій. Предугадать, когда эти благопріятствующіе вредному результату факты наступятъ, и когда нѣтъ, законодатель не въ состояніи. Поэтому, если

онъ желаетъ предотвратить результатъ, какъ частный случай общаго явленія, онъ долженъ воспретить дѣйствіе, какъ таковое; съ дѣйствіемъ, какъ предположеніемъ, связать наказаніе, какъ юридическое слѣдствіе Мы воспрещаемъ дѣтямъ становиться во время грозы подъ высокія деревья. И хотя бы гроза прошла безслѣдно, и дерево, стать подъ которое хотѣлъ ребенокъ, не было разбито молніей, запретъ остается разуменъ:—онъ охраняетъ реальный интересъ. Мы повторимъ его и на будущее время, ни мало не смущаясь его доказанною безполезностью въ отдѣльныхъ случаяхъ. И если бы ребенокъ отказалъ въ послушаніи, его наказаніе, (конечно, оставляя въ сторонѣ педагогическую точку зрѣнія), преслѣдовало бы цѣль не просто огражденія авторитета взрослыхъ, но и чисто утилитарную: сокращенія для ребенка шансовъ на будущее время быть убитымъ молніей. И совершенно такъ же, какъ въ частной жизни мы ограждаемъ себя не только отъ вреда, но и отъ риска понесенія ущерба, такъ же и правопорядокъ не долженъ допускать не только правонарушеній, но и сформированія тѣхъ фактическихъ комбинацій, откуда правонарушенія грозятъ возникнуть. „Преступленіе—говоритъ Іерингъ [1]):—есть констатированное законодательствомъ, отразимое только посредствомъ наказанія, поставленіе въ опасность жизненныхъ условій общества. Масштабъ, пользуясь которымъ, законодатель измѣряетъ этотъ присущій преступленію характеръ, есть не *конкретная* опасность *отдѣльнаго* дѣйствія, но *абстрактная* цѣлой *категоріи* дѣйствій... Нарушаетъ, или нѣтъ, общественную безопасность отдѣльное дѣйствіе,—вполнѣ безразлично“...

Опредѣлить логическую структуру потенціальнаго отношенія всего удобнѣе путемъ сопоставленія съ структурой отношенія причинности. Предположимъ, имѣются два конкретные факта: предшествующій n и послѣдующій f. Спеціально интересуютъ насъ свойственные этимъ фактамъ признаки n^N и f^F, т. е. моменты, логически объединяющіе категоріи фактовъ N и F. Требуется опредѣлить, въ какомъ отношеніи n^N состоитъ къ f^F.

Фактическій моментъ n^N есть *причина* фактическаго момента f^F, если явленіе N *всегда* влечетъ за собою явленіе F. Тотъ-же

*) Ihering. Der Zweck im Recht, I B, 2 Aufl 1884 стр 490 и сл

фактическій моментъ n^N заключаетъ въ себѣ лишь *возможность* послѣдующаго осуществленія фактическаго момента f^F, если явленіе N *не всегда* влечетъ за собою явленіе F:—въ то время, какъ нѣкоторые факты, относящіеся къ категоріи N, *по закону необходимости* влекутъ за собою факты, принадлежащіе къ категоріи F, другіе не влекутъ. Если мы сопоставимъ количества тѣхъ и другихъ, то будемъ знать,—хотя бы и невполнѣ точно,—какой $^0/_0$ изъ числа фактовъ, образующихъ категорію N, влечетъ за собою факты категоріи F. Если-бы не оказалось ни одного такого факта, $^0/_0$ былъ-бы равенъ 0; если ихъ окажется половина, $^0/_0$ будетъ равенъ 50, и т. д. Если всѣ случаи категоріи N оказались-бы влекущими за собою случаи, относящіеся къ категоріи F, $^0/_0$ былъ-бы равенъ 100. При $^0/_0$, равномъ 0, мы имѣли-бы отношеніе невозможности; при $^0/_0$, равномъ 100,—отношеніе необходимости; при $^0/_0$, колеблющемся между 0 и 100,—отношеніе возможности. Найденное нами такимъ путемъ отношеніе категорій будетъ вмѣстѣ и отношеніемъ тѣхъ фактическихъ моментовъ, которые лежатъ въ основѣ категорій. Если 50 $^0/_0$ случаевъ, относящихся къ категоріи N, влекутъ за собою факты, относящіеся къ категоріи F, то и фактическій моментъ n^N заключаетъ въ себѣ возможность послѣдующаго осуществленія фактическаго момента f^F, равную $50^0/_0$.

Если послѣдствіе, которое можетъ имѣть дѣйствіе, почему либо нежелательно, мы говоримъ, что дѣйствіе *опасно*. Опасность дѣйствія опредѣляется опасностью той *категоріи* дѣйствій, къ которой, въ силу извѣстнаго общаго признака, принадлежитъ данное. Опасность-же категоріи состоитъ въ томъ, что факты, къ ней относящіеся, въ извѣстномъ $^0/_0$ случаевъ имѣютъ послѣдствіемъ факты иной опредѣленно нежелаемой категоріи. И если обычно мы говоримъ объ опасности даннаго дѣйствія, въ смыслѣ конкретнаго факта, а не отвлекаемаго отъ дѣйствительности фактическаго момента, то это—простая неточность языка, однородная съ тою, которую мы допускаемъ, когда говоримъ о каузальномъ значеніи дѣйствія: относящееся къ абстракціи, фактическимъ моментамъ дѣйствія и результата, мы переносимъ на тѣ сложные факты, которые служатъ матеріаломъ для абстракціи.

Въ какомъ отношеніи потенціальный моментъ дѣйствія состоитъ къ каузальному? Можно-ли говорить о дѣйствіи опасномъ тамъ, гдѣ есть результатъ дѣйствія? Вопросъ не можетъ возбуждать сомнѣній. Совокупность фактическихъ моментовъ, составляющихъ *причину* преступнаго результата, какъ юридической абстракціи отъ дѣйствительности, не можетъ состоять къ послѣднему въ какомъ либо еще иномъ отношеніи, кромѣ какъ въ причинномъ. Удовлетворяетъ-ли этимъ условіямъ дѣйствіе? Взятое, какъ таковое, независимо отъ моментовъ, лежащихъ внѣ его, какъ совокупность признаковъ, частью физическихъ, частью психическихъ, тѣхъ и другихъ въ границахъ, опредѣляемыхъ составомъ преступленія:—дѣйствіе, очевидно, не можетъ быть разсматриваемо, какъ причина событія. Правда, мы можемъ мыслить его входящимъ въ составъ совокупности фактическихъ моментовъ, образующихъ *причину* интересующей насъ стороны событія, но ничто не мѣшаетъ намъ также мыслить его и въ составѣ другихъ комбинацій, не образующихъ причины,—развернуть дѣйствіе и результатъ въ категоріи фактовъ, объединенныхъ: одна—совокупностью признаковъ, опредѣляющихъ юридическое понятіе дѣйствія, другая—результата,—искать отвѣта на вопросъ объ отношеніи дѣйствія и результата въ характеристикѣ отношенія соотвѣтствующихъ категорій. Если при изслѣдованіи одни изъ фактовъ первой категоріи окажутся влекующими за собою факты второй категоріи, а другіе нѣтъ, то процентное соотношеніе тѣхъ и другихъ комбинацій опредѣлитъ вмѣстѣ потенціальную связь дѣйствія и результата.

Но если сужденіе объ опасности дѣйствія сводится такимъ образомъ къ сужденію объ опасности соотвѣтствующей категоріи дѣйствій, то ясно, что потенціальная оцѣнка дѣйствія вполнѣ зависитъ отъ свойства и количества признаковъ, полагаемыхъ нами въ основу обобщенія. Эти признаки могутъ носить или объективный характеръ или субъективный. Объективные признаки могутъ дать внѣшняя сторона дѣйствія и факты ему сопутствующіе, субъективные—психическая сторона дѣйствія (моменты предвидѣнія и направленія воли).

Присматриваясь къ дѣйствію, какъ предположенію репрессіи въ положительномъ правѣ, мы наблюдаемъ, что степень обобще-

нія колеблется здѣсь въ зависимости отъ количества и свойства признаковъ *субъективной* стороны дѣйствія, отвлекаемыхъ законодателемъ отъ дѣйствительности Ограничить абстракцію тѣлодвиженіемъ, какъ таковымъ, игнорировать вовсе внутреннюю сторону дѣйствія законодатель не можетъ уже по одному тому, что его запреты и приказы обращены къ человѣческой волѣ; угрозу наказанія онъ, очевидно, можетъ связать лишь съ дѣйствіемъ произвольнымъ, т. е. сознательнымъ и волимымъ. Но необходимость принятія въ разсчетъ также и субъективныхъ данныхъ еще не предрѣшаетъ вопроса о томъ объемѣ, въ которомъ эти данныя должны быть приняты во вниманіе. Роль, отводимая имъ при опредѣленіи потенціальнаго момента дѣйствія, получаетъ первенствующее значеніе въ системѣ предположеній репрессіи, она опредѣляетъ: 1) дѣленіе наказуемыхъ деликтовъ на уголовные и полицейскіе, и 2) дѣленіе самихъ уголовныхъ деликтовъ по составу на требующіе и нетребующіе „нарушенія безопасности“ (Gefahrdungsdelikte), въ техническомъ значеніи слова. Остановимся прежде на старой проблемѣ дѣленія деликтовъ на уголовные и полицейскіе

I Потенціальный моментъ дѣйствія, какъ критерій разграниченія неправдъ уголовной и полицейской

Вопросъ о разграниченіи неправдъ—уголовной и полицейской—не порожденіе „мертвой“ доктрины, не праздный споръ досужихъ теоретиковъ. Въ новѣйшее время онъ получилъ даже особое обостреніе, и въ теченіе ряда лѣтъ не сходитъ со страницъ программъ и протоколовъ ученыхъ съѣздовъ,—послѣдніе же, какъ извѣстно, разсматриваютъ лишь вопросы, которые ставитъ сама жизнь, т. е., назрѣвшая потребность въ практической реформѣ.

Вопросъ о томъ, что такое полицейская неправда, обсуждался на съѣздахъ международнаго сюда криминалистовъ 22 апрѣля 1897 г. въ Лиссабонѣ и 13 сентября 1899 г. въ Будапештѣ (седьмой и восьмой общіе съѣзды), и кромѣ того 2 и 3 іюля 1898 г. въ Мюнхенѣ въ собраніи нѣмецкой группы того-же

союза Въ связи съ выясненіемъ существа полицейскаго проступка ставились на разрѣшеніе также и вопросы о соотвѣтствующихъ мѣрахъ репрессіи и порядкѣ судопроизводства, но всѣ они остались безъ отвѣта, главнымъ образомъ, по разногласію въ опредѣленіи *понятія* полицейскаго проступка.

Практическое значеніе вопроса было обстоятельно разъяснено проф. Листомъ. Съ выдѣленіемъ полицейскихъ деликтовъ изъ уголовнаго уложенія упростилась-бы система уголовныхъ наказаній; облегчилась-бы возможность проведенія началъ спеціальнаго предупрежденія преступленій [1]); получили-бы болѣе стройный видъ ученія о покушеніи, соучастіи, формахъ виновности, сознаніи противуправности, давности и пр.; на всѣ эти вопросы слѣдуетъ одинъ отвѣтъ, когда рѣчь идетъ о полицейскомъ проступкѣ, и другой, если говорятъ объ уголовной неправдѣ [2]).

Весьма важныя отличія уголовная и полицейская неправды представляютъ также въ процессуальной сферѣ. Отъ включенія деликта въ область той или другой неправды могли-бы зависѣть подсудность его судамъ уголовнымъ или административнымъ (вопроса о желательной организаціи послѣднихъ мы здѣсь не касаемся), выборъ между началами законности или удобства при возбужденіи преслѣдованія, допустимость или недопустимость нѣкоторыхъ крайнихъ формъ судебнаго принужденія, какъ напр. домоваго обыска, и пр.

Но какъ въ литературѣ, такъ и въ дебатахъ проходятъ молчаніемъ то чрезвычайное значеніе, которое выдѣленіе полицейскихъ проступковъ изъ уголовнаго уложенія въ особый полицейскій кодексъ должно имѣть для дѣла *общаго* предупрежденія преступленій. Центръ тяжести этой системы, какъ мы говорили

---

[1]) Но это не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что мѣры спеціальнаго предупрежденія не приложимы всѣ къ осужденнымъ за полицейскіе проступки. Достаточно упомянуть о запрещеніяхъ опредѣленныхъ промысловъ, закрытіяхъ заводовъ и пр. Въ особо широкомъ объемѣ мѣры спеціальнаго предупрежденія умѣстны въ примѣненіи къ полицейскимъ проступкамъ нищенства и бродяжества.

[2]) Verhandlungen des XXVI Deutschen Juristentages, B. I, стр 273 и сл Ср. также заявленіе Листа на съѣздѣ въ Будапештѣ: Il est impossible de faire la biologie, la sociologie du crime, si on n'exclut pas les contraventions de simple police On ne peut pas constituer le type de l'homme criminel, si on prend les bicyclistes, qui ont violé les lois de police. (Mitt d IKV. 8 B, стр. 340).

уже (стр. 78), заключается нынѣ въ устрашительномъ дѣйствіи не физической, а соціально-этической стороны наказанія, въ моментѣ нравственнаго осужденія со стороны общества Судья авторитетенъ лишь постольку, поскольку его голосъ есть выразитель общественной совѣсти. Приговоръ суда тѣмъ болѣе репрессивенъ, чѣмъ болѣе поддержки оказываетъ ему общественное мнѣніе общины, сословія, страны. Это слѣдуетъ твердо помнить и всячески оттѣнять, избѣгая, по возможности, постановки на *уголовный* судъ дѣлъ, которыя въ массѣ, какъ общее правило, не представляютъ собою конфликта съ требованіями общественной морали Выдѣленіе полицейскихъ проступковъ въ особый матеріально-процессуальный кодексъ облегчило-бы успѣхъ какъ общаго, такъ и спеціальнаго предупрежденія преступленій.

Но для того, чтобы искомое дѣленіе неправдъ могло разсчитывать на подобающее ему значеніе, необходимо прежде всего отрѣшиться отъ классификаціи деликтовъ—crime, délit, Verbrechen, Vergehen, тяжкое преступленіе или просто преступленіе, съ одной стороны,—contravention, Uebertretung, проступокъ, съ другой,—принятой дѣйствующимъ правомъ. Въ основѣ этой классификаціи лежитъ грубый количественный признакъ – тяжесть грозящаго наказанія. Законодатель не думалъ, очевидно, здѣсь о насажденіи какихъ-либо различій въ пріемахъ проведенія началъ общаго или спеціальнаго предупрежденія. Такъ, въ Германіи подъ рубрикою Uebertretungen законодатель объединяетъ весьма разнообразные деликты не только полицейскіе, но и уголовные (какъ напр. похищеніе пищевыхъ продуктовъ незначительной стоимости или въ маломъ количествѣ для немедленнаго потребленія, ловля рыбы или раковъ лицомъ, не имѣющимъ на то права и т. п.). Также у насъ уголовное уложеніе 1903 года относитъ къ проступкамъ личныя обиды, умышленныя угрозы, умышленныя нарушенія домоваго права, прелюбодѣяніе, срываніе чужихъ плодовъ для немедленнаго потребленія и многіе другіе несомнѣнно уголовные деликты. Что дѣленіе деликтовъ по мѣрѣ наказанія лишено всякаго принципіальнаго значенія, краснорѣчиво подтверждаетъ примѣръ нищенства, которое во Франціи таксируется. какъ délit, въ Германіи же и Голландіи, какъ contravention, или—устройство игорнаго дома, которое представ-

ляетъ délit въ Германіи, и contravention въ Голландіи и Франціи [1]).

Наблюдаемое въ современныхъ кодексахъ пестрое, мало „научное“ трехчленное группированіе деликтовъ Aschrott [2]) объясняетъ весьма правдоподобно требованіями законодательной техники. Если законодатель устанавливаетъ общую отправную точку зрѣнія на тѣ или другіе деликты, напр., желаетъ сдѣлать для нихъ однородное изъятіе изъ общихъ правилъ о покушеніи, соучастіи, давности, и пр., то ему удобно объединить ихъ подъ той или другой искусственной рубрикой.

De lege ferenda, намѣчая для дѣленія неправдъ на уголовную и полицейскую болѣе широкую роль, чѣмъ та, которую ему отводитъ современный законодатель, естественно, мы не можемъ отождествлять полицейскій проступокъ съ понятіемъ *просто* „проступка“, должны принять критеріемъ дѣленія различіе не въ юридическихъ *послѣдствіяхъ*, но въ самихъ составахъ деликтовъ. Деликтъ, отвѣчающій понятію проступка, можетъ не обниматься понятіемъ полицейскаго проступка, и, наоборотъ, такъ наз „преступленіе“ быть имъ.

Новѣйшія попытки разграниченія неправдъ могутъ быть подраздѣлены на публицистическія и юридическія. Первыя покоятся на соціальной оцѣнкѣ задачъ, преслѣдуемыхъ государствомъ въ томъ или другомъ случаѣ; вторыя—на опредѣленіи отношенія дѣйствія къ нормѣ и защищенному правовому благу.

Характернымъ образчикомъ теорій перваго типа можетъ служить недавняя попытка разграниченія неправдъ, принадлежащая J. Goldschmidt'y [3]).

Право и управленіе, говоритъ Goldschmidt (Begriff, стр. 83 и сл.) различаются по цѣли и по средству. Цѣль права—защита сферъ человѣческой воли,—правовыхъ благъ; средство защиты—заявленіе на будущее время, постановленіе,—юридическое положеніе Цѣль управленія—вспомоществованіе общественному и государственному благу; средство такого вспомоществованія—непрестанная дѣятельность. Всякая неправда, въ томъ числѣ и уголовная, состоитъ формально въ нарушеніи правового положенія, противуправности, матеріально—

[1]) Mitt d IKV, B. 8, S. 337

[2]) Van Hammel, Mitt. IKV, B 6, S. 495.

[3]) J. Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, Berlin, 1902; его же Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts въ Archiv fur Strafrecht, 1902.

въ ущербѣ для правового блага. Противоадминистративное дѣйствіе (Verwaltungswidrigkeit) формально идетъ въ разрѣзъ не съ *выраженіемъ* воли, а съ ея *осуществленіемъ*, матеріально причиняетъ ущербъ публичному или государственному благу. Но такъ какъ публичное благо не есть, какъ правовой порядокъ, закрѣпленное состояніе агрегата правовыхъ благъ, а только постоянная цѣль то матеріальный моментъ противоадминистративнаго дѣйствія заключается не въ наступленіи вреднаго результата, въ damnum emergens, а въ непреслѣдованіи цѣли,—не въ наступившемъ, а въ воображаемомъ результатѣ, въ lucrum cessans Такъ какъ эта цѣль есть ничто иное какъ субъективное представленіе администраціи объ идеалѣ благополучія, пренебреженіе къ ней со стороны субъекта не можетъ стать признакомъ состава. Corpus delicti исчерпывается неоказаніемъ поддержки, требуемой исполнительной властью. Въ разсмотрѣніе вопроса о томъ насколько требованіе администраціи цѣлесообразно не въ правѣ входить ни ослушникъ, ни судья.— Полицейскія распоряженія такъ же мало представляютъ изъ себя юридическія положенія въ собственномъ смыслѣ, какъ сфера ихъ интересовъ. публичный порядокъ, мало представляетъ правовое благо,—они по существу распоряженія, хотя-бы и были кодифицированы законодателемъ.

На ряду съ карательно-административнымъ правомъ, исполнительная власть пользуется и уголовно-правовой защитой въ собственномъ смыслѣ, не только какъ участникъ гражданскаго оборота, подобно всѣмъ другимъ индивидамъ, но также въ присущемъ ей специфическомъ свойствѣ носителя верховной власти (примѣръ—сопротивленіе правительственной власти) Въ этихъ случаяхъ охраняющая норма исходитъ не отъ управленія, но отъ законодательства, администрація-же есть не болѣе, какъ *объектъ* уголовно-правовой защиты.

Границы уголовнаго въ собственномъ смыслѣ и административно-уголовнаго права такимъ образомъ преходящи Можно сказать прямо, что мало такихъ преступленій которыя не прошли бы предварительно стадіи противоадминистративнаго дѣйствія

Въ конечномъ результатѣ Goldschmidt опредѣляетъ административно уголовное право, какъ „совокупность предписаній, посредствомъ которыхъ государственная администрація, призванная способствовать публичному или государственному благу, въ границахъ конституціоннаго правомочія связываетъ въ формѣ юридическихъ положеній съ нарушеніемъ административнаго предписанія, какъ составомъ, наказаніе, какъ административное послѣдствіе.“ Административно-уголовное право, такъ сказать,—дитя отъ смѣшаннаго брака права и управленія. Полицейско-уголовное право есть только вѣтвь административно-уголовнаго, которое обнимаетъ сверхъ того финансовое, почтовое и другія административно-уголовныя права [1]). Такимъ образомъ, Gold-

[1]) Теорія Goldschmidt'a усвоена Листомъ въ 12/13 изд учебника, опредѣляющимъ полицейскій деликтъ, какъ einfacher Ungehorsam gegenuber den Anordnungen der Verwaltung (стр. 141, прим. 3).

schmidt принимаетъ критеріемъ разграниченія неправдъ признакъ конечной цѣли, преслѣдуемой закономъ —таковой цѣлью является, будто-бы, предупрежденіе вреда при уголовныхъ деликтахъ, пріобрѣтеніе выгоды— при административныхъ. Однако, легко убѣдиться, что огромное число проступковъ, признаваемыхъ полицейскими наказывается по тѣмъ же соображеніямъ, что и уголовные, т. е., въ видахъ предупрежденія вреда. Чрезмѣрно скорая ѣзда по улицамъ воспрещена прежде всего во избѣжаніе вреда для жизни и здоровья обывателей, т. е, по тѣмъ-же соображеніямъ, по которымъ воспрещены убійство и тѣлесное поврежденіе Если воспрещеніемъ чрезмѣрно скорой ѣзды достигаются и нѣкоторыя выгоды, какъ напр обезпечивается бо́льшая планомѣрность уличнаго движенія, то эти выгоды я ляются лишь рефлексомъ достиженія главной цѣли—обезпеченія личной безопасности Такіе рефлексы возможны и при уголовной репрессіи Такъ напр. сокращеніе разбоевъ въ странѣ ведетъ къ оживленію торговыхъ оборотовъ и соотвѣтственно обогащенію края. Никто, однако, не скажетъ, что норма „не убій“ имѣетъ въ виду lucrum cessans, а не damnum emergens.

Изъ предположенія, что нарушеніе всякой нормы, разсчитанной на lucrum cessans, составляетъ административный проступокъ, Goldschmidt дѣлаетъ выводъ [1]), что всѣ такъ называемые настоящіе деликты бездѣйствія представляютъ изъ себя административные проступки. Между тѣмъ ясно, что государство можетъ потребовать отъ гражданина дѣйствій положительнаго свойства не только для пріобрѣтенія выгодъ, но и въ видахъ предотвращенія вреда. Мать, animo necandi, не перевязывающая пуповины рожденнаго ею младенца; лицо неизвѣщающее кого слѣдуетъ о готовящемся тяжкомъ преступленіи (162 ст. уг. ул.); свидѣтель, умалчивающій о какомъ либо обстоятельствѣ, о которомъ онъ прямо былъ спрошенъ, или-же зналъ, что оно важно [2]), совершаютъ деликты бездѣйствія, но цѣль репрессіи остается та же- предупрежденіе вреда, а не полученіе выгоды, и самые деликты носятъ характеръ не полицейскій, а чисто уголовный (лишеніе жизни попустительство чужой преступной дѣятельности лжесвидѣтельство).

Damnum emergens, матеріальный моментъ уголовной неправды, Goldschmidt понимаетъ, какъ вторженіе въ чужую правовую сферу; lucrum cessans матеріальный моментъ административной неправды,— какъ неосуществленіе публичнаго блага. Между тѣмъ далеко не всѣ уголовные деликты представляютъ вторженіе въ сферу чужой свободы. Есть нормы, какъ напр. воспрещеніе богохульства (73 у. у.), кощунства (74 у. у.), осквернения трупа (ст. 79 у у) оскопленія хотя-бы и съ согласія оскопленнаго (85 у у.), совращенія христіанина въ нехристіанскую вѣру (82 у у.), а православнаго въ иное христіанское вѣроисповѣданіе (83 у у.), неквалифицированнаго мужеложства (516

[1]) Begriff. стр 85, прим. 15.

[2]) Frank, D Strafg s. f. d. D R., 2 Aufl., § 154, IV.

у у), кровосмѣшенія (518—519 у у), сводничества (524 у у.), которыя вовсе не ограничиваютъ сферы власти какого либо носителя воли, но, какъ признаетъ самъ Goldschmidt, „защищаютъ безсубъектное идеальное благо, какъ таковое“ [1] —тѣмъ не менѣе все это—нормы уголовнаго права, а не административнаго, какъ слѣдовало-бы ожидать по теоріи Goldschmidt'a Goldschmidt доказываетъ, что безсубъектныя идеальныя блага пользуются защитой только потому, что они важны для предпринятаго правовымъ порядкомъ отграниченія просторовъ власти волевыхъ субъектовъ, что они служатъ для охраны субъективныхъ правъ, отграниченныхъ и гарантированныхъ правопорядкомъ [2] Но, очевидно эту же цѣль охраны субъективныхъ правъ преслѣдуетъ въ большинствѣ и полицейско-уголовное законодательство Оно также охраняетъ блага (свободы сообщенія, общественнаго спокойствія, гигіены и пр.), служащія къ огражденію жизни, здоровья свободы и пр.

Если допустить, что кощунство (ст. 74 у.у) составляетъ деликтъ уголовный только потому, что оно направлено противъ религіи, безсубъектнаго идеальнаго блага, составляющаго одну изъ основъ существующаго правопорядка, то нѣтъ основанія не отнести къ числу уголовныхъ деликтовъ также непристойный шумъ, препятствующій отправленію общественнаго христіанскаго богослуженія (ст. 75 у.у.), такъ какъ въ обоихъ случаяхъ страдаетъ одно и то же правовое благо—религіозное чувство вѣрующихъ Однако, въ первомъ случаѣ мы имѣемъ деликтъ уголовный, во второмъ—только полицейскій.

Съ другой стороны и уголовную неправду было бы рискованно характеризовать, какъ вторженіе въ чужую волевую сферу, игнорируя вовсе моментъ нарушенія публичнаго блага. Убійство и тяжкое тѣлесное поврежденіе наказуемы, хотя бы они совершились съ согласія пострадавшаго. Здѣсь такимъ образомъ мы находимъ аналогію съ группой наиболѣе характерныхъ полицейскихъ деликтовъ. Одно и то же начало опеки надъ личностью во имя идеи публичнаго блага оказывается проникающимъ и уголовный запретъ—„не убій, даже по согласію“, и полицейскій—„не перегибаться изъ оконъ во время движенія поѣзда!“

Вопросъ еще болѣе усложняется тѣмъ, что при посягательствахъ противъ порядка управленія, въ широкомъ смыслѣ слова, приходится различать проступки, направленные противъ администраціи или ея функцій, какъ объекта посягательства, отъ нарушенія ея предписаній. Но вѣдь въ томъ и другомъ случаѣ субъектъ одинаково дѣйствуетъ вопреки волѣ администраціи, ставитъ препоны для ея дѣятельности. Нѣкто баррикадируетъ свой домъ, чтобы не дать полиціи произвести обыскъ, - преступленіе уголовное; лицо состоящее подъ полицейскимъ надзоромъ уклоняется отъ обязанности періодической явки въ полицію—проступокъ полицейскій, но тамъ и здѣсь виновный одинаково

[1] Das Vervaltungsstrafrecht, S. 531.

[2] Тамъ-же, стр. 531 и сл., 239, прим. 37.

противится волѣ полиціи, затрудняетъ осуществленіе ея функцій. Равнымъ образомъ, нельзя рѣшить, къ которой изъ неправдъ, слѣдуя указанному признаку, должно отнести деликты такого рода, какъ укрывательство лица, приговореннаго къ наказанію (168 у.у.), распространеніе сочиненія, возбуждающаго къ неповиновенію обязательному постановленію (129 п 3 у.у.), умышленное сорваніе публично выставленныхъ, по распоряженію подлежащей власти объявленія, герба или воинскаго знамени (155 у.у.). Съ точки зрѣнія, принятой Goldschmidt'омъ, такіе проступки, какъ принятіе лица моложе 17 лѣтъ для обращенія въ нищенство или иное безнравственное занятіе (283 у.у.), изготовленіе игральныхъ картъ съ цѣлью ихъ сбыта (344 у.у.) должны быть признаны полицейскими, и, наоборотъ, самовольный уходъ сельскаго рабочаго съ такой работы которую онъ обязался исполнить по договорному листу—деликтомъ уголовнымъ, съ чѣмъ едва-ли можно согласиться.

Вообще, руководствуясь критеріемъ Goldschmidt'a, пришлось-бы многіе деликты, обычно относимые къ уголовной неправдѣ, отнесть къ полицейской и наоборотъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ многіе деликты можно было бы съ равнымъ основаніемъ признать какъ уголовными, такъ и полицейскими И это неудивительно Интересы огражденія индивидуальной свободы и общаго блага сливаются въ политикѣ права настолько тѣсно, что одна и та же правовая норма нерѣдко служитъ обоимъ. Но главное и основное возраженіе, которое должно быть сдѣлано Goldschmidt'у, это—отсутствіе связи между избраннымъ имъ критеріемъ разграниченія и задачами уголовной политики въ сферѣ той и другой категорій деликтовъ. Между тѣмъ только въ связи съ этими задачами и можетъ быть установлено правильное, т. е., цѣлесообразное дѣленіе. Существующее общепринятое дѣленіе деликтовъ на полицейскіе и уголовные сложилось подъ вліяніемъ системы общаго психологическаго принужденія. Иного дѣленія долженъ держаться криминалистъ, склоняющійся къ системѣ спеціальнаго предупрежденія. Весьма характерно заявленіе Листа на съѣздѣ въ Будапештѣ, что причиненіе напрасныхъ мученій животнымъ, бродяжество и нищенство не представляютъ собою полицейскихъ деликтовъ. Ни одинъ деликтъ не даетъ такого простора примѣненію начала спеціальнаго предупрежденія, какъ нищенство и бродяжество —удержаніе ихъ въ уголовномъ кодексѣ сторонникомъ начала спеціальнаго предупрежденія поэтому понятно и естественно Напротивъ, тотъ, кто отводитъ (логически) первое мѣсто началу общаго предупрежденія и выдвигаетъ на первый планъ нравственной элементъ репрессіи, естественно, ничего не будетъ имѣть противъ оставленія нищенства и бродяжества тамъ, куда ихъ обычно относятъ, т. е., въ области полицейской неправды.

Характеръ нормы, индивидуалистическій или утилитарно-соціальный, очевидно, не состоитъ и не можетъ состоять въ связи ни съ характеромъ предположеній наказанія, ни съ его содержаніемъ. Теорія Goldschmidt'a, возникшая на почвѣ историческаго изученія судебъ карательной власти органовъ управленія, совершенно безплодна въ цѣляхъ догматическаго изученія или реформы права.

Обратимся къ разсмотрѣнію теорій, которыя мы назвали юридическими. Критеріемъ разграниченія неправдъ они принимаютъ, какъ было уже сказано, то или другое отношеніе дѣйствія къ нормѣ и защищенному правовому благу.

Прототипомъ господствующей нынѣ юридической теоріи разграниченія неправдъ служитъ ученіе А Меркеля. Послѣдній слѣдующимъ образомъ характеризуетъ полицейскую неправду [1]): es sind dies Handlungen... hinsichtlich deren Bestrafung der Schwerpunkt in dem formellen Momente des Ungehorsams liegt; „въ требуемомъ уваженіи къ правовому порядку вообще могутъ быть разлпчаемы два существенные момента: подчиненіе индивидуальной воли призванной господствовать волѣ общей, и отношеніе ея-же къ цѣлости благъ, огражденіе и культивированіе которыхъ имѣетъ въ виду это подчиненіе Первое есть формальное. второе—матеріальное основаніе наказанія. Воспрещая извѣстныя дѣйствія, законодатель можетъ игнорировать наличность матеріальнаго основанія in concreto, удовлетворяясь однимъ формальнымъ, т. е., нарушеніемъ своего авторитета. Это мы и видимъ при полицейскихъ проступкахъ". „Наказаніе наступаетъ здѣсь безъ вниманія къ тому, дѣйствительно-ли вредныя послѣдствія слѣдуютъ за отдѣльнымъ дѣйствіемъ, безъ вниманія даже къ тому, грозило-ли дѣйствіе *in concreto опасностью ихъ наступленія*, ни къ тому, можно ли было эту опасность *вмѣнить* дѣйствующему. Всѣ заботы сосредоточены на томъ, чтобы, насколько возможно, предупредить извѣстныя послѣдствія, которыя легко и часто слѣдуютъ за опредѣленнымъ дѣйствіемъ, что, повидимому, всего лучше можетъ быть достигнуто, если это дѣйствіе будетъ вообще и безусловно воспрещено. Мѣсто матеріальнаго критерія сужденія такимъ образомъ заступаетъ формальный; судья судитъ не по тому, въ какомъ отношеніи дѣйствіе, съ его внѣшней и внутренней стороны, стоитъ къ интересамъ, цѣлостью которыхъ озабоченъ законодатель, но единственно по отношенію дѣйствія къ снабженному уголовной санкціей изъявленію государственной воли" [2]). Мотивомъ воспрещенія и наказуемости является для полицей-

[1]) A. Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, I, S 95.

[2]) Тамъ-же, стр. 96—97.

скихъ проступковъ ихъ объективная опасность, но „эта послѣдняя и, параллельно, тенденція къ обезпеченію опредѣленныхъ благъ играютъ роль, не легко поддающуюся опредѣленію, и внѣ полицейской сферы; поэтому характерная особенность полицейскаго проступка заключается не въ мотивѣ, а въ томъ, что здѣсь мотивъ и юридическое основаніе наказуемости вполнѣ расходятся между собой, при чемъ первый естественно опредѣляется значеніемъ самого дѣйствія, второе же впервые создаетъ законъ“ [1]).

Послѣднія слова Меркеля имѣютъ, повидимому, тотъ смыслъ, что опасность дѣйствія составляетъ мотивъ изданія нормы, но не юридическое предположеніе наказуемости. Дѣйствіе in concreto наказуемо не потому, что оно опасно, но потому, что этого опредѣленно требуетъ законъ. Матеріальное основаніе наказуемости — отношеніе индивидуальной воли къ цѣлости ограждаемыхъ закономъ благъ—при полицейскомъ деликтѣ не играетъ роли.

Наиболѣе слабая сторона теоріи Меркеля заключалась въ отказѣ разграничить понятія и свойства опасности дѣйствія при полицейской и уголовной неправдѣ. Именно къ восполненію этого дефекта и были направлены всѣ усилія послѣдующихъ писателей. По мѣрѣ силъ, но каждый по своему, они старались не столько исправить, сколько углубить теорію Меркеля

На вопросъ объ опасности дѣйствія при полицейскомъ деликтѣ въ отличіе отъ уголовнаго (здѣсь принимались во вниманіе главнымъ образомъ такъ наз. деликты нарушенія безопасности) послѣдовалъ рядъ характерныхъ отвѣтовъ.

Биндингъ отвергъ вовсе опасность дѣйствія въ составѣ полицейскаго деликта; Кесслеръ призналъ опасность абстрактную, въ противоположность конкретной; Франкъ—тоже абстрактную, но лишь какъ мотивъ репрессіи, въ отличіе отъ абстрактной опасности, какъ предположенія наказанія; Rohland—абстрактную, въ противуположность типичной. Разсмотримъ каждое изъ этихъ построеній въ отдѣльности.

Отличіе полицейскаго деликта отъ уголовнаго. „чисто формальной неправды“ отъ „матеріально-формальной“ Биндингъ усматриваетъ въ слѣдующемъ: оба класса деликтовъ заключаютъ въ

[1]) Тамъ-же, стр. 100.

себѣ формальный моментъ чистаго непослушанія, но уголовные сверхъ формальнаго имѣютъ еще матеріальный объектъ нападенія—опредѣленное правовое благо, предполагая—одни—его поврежденіе, другіе—поставленіе въ опасность [1])

Болѣе красиво, чѣмъ основательно возражаетъ на эту теорію Кесслеръ; онъ говоритъ [2]): никакой законъ, по крайней мѣрѣ въ разумно управляемомъ государствѣ, не требуетъ послушанія для послушанія, такъ сказать, ради упражненія. То была-бы не правовая охрана, а дрессировка. Единственный примѣръ такого закона, какъ Thon справедливо замѣтилъ,—Гесслерова шляпа"

Возраженіе не достигаетъ цѣли. Практическое значеніе полицейскихъ запретовъ Биндингъ поясняетъ съ достаточною вразумительностью. Онъ говоритъ: значительно на бо́льшемъ разстояніи отъ охраняемаго блага (по сравненію съ запретами причиненія вреда и нарушенія безопасности) третій классъ запретовъ стремится обуздать человѣческую предпріимчивость: воспрещаетъ дѣйствія безъ вниманія къ дѣйствительнымъ ихъ результатамъ, единственно изъ опасенія передъ ихъ возможными разнообразными и не поддающимися исчисленію послѣдствіями,—воспрещаетъ непослушаніе не потому, что оно могло-бы стать причиною противуправнаго состоянія и не постольку, поскольку могло-бы стать, но непослушаніе просто [3]).

Нельзя только не согласиться съ Франкомъ [4]), что наименованіе полицейскаго проступка деликтомъ чистаго непослушанія не можетъ быть названо удачнымъ. Оно даетъ мысль, во-первыхъ, что отдѣльное дѣйствіе состоитъ здѣсь внѣ всякаго отношенія къ міру правовыхъ благъ, и, во—вторыхъ, что это дѣйствіе наказуемо именно, какъ проявленіе непослушанія. „Но такъ какъ ослушникомъ можно назвать лишь лицо, *сознательно* дѣйствующее вопреки повелѣнію (какой-либо нормѣ), то слѣдствіемъ было-бы то,

---

[1]) Die Normen, I, 2 Aufl., S. 411. **Такъ какъ преступное бездѣйствіе представляетъ собою актъ чистаго непослушанія, не можетъ быть разсматриваемо ни какъ причиненіе вреда ни какъ нарушеніе безопасности, то оно и отводится Биндингомъ цѣликомъ въ область полицейской неправды (стр. 411 и сл.).**

[2]) Kessler, Die Einwilligung des Verletzten, 1884, S. 64.

[3]) Die Normen, I, 2 Aufl., S 326.

[4]) Frank, Studien zum Polizeistrafrechte, Giessen, 1897, S 17.

что полицейскіе проступки можно было-бы совершать только умышленно, и сознаніе противуправности (Normwidrigkeit) вошло-бы въ составъ умысла"

Во всемъ остальномъ мысль Биндинга въ сущности та-же, что и Меркеля: при полицейскомъ проступкѣ опасность дѣйствія только мотивъ, но не юридическое основаніе наказуемости; вся разница заключается въ томъ, что Биндингъ, въ отличіе отъ Меркеля, категорически отрицаетъ всякое отношеніе дѣйствія къ опредѣленному правовому благу въ составѣ полицейскаго деликта.

Не только признаетъ, но и пытается возможно ближе опредѣлить это отношеніе Кесслеръ [1]) Мыслимо, говоритъ онъ, —троякое отношеніе дѣйствія ко благу. О дѣйствіи можно думать, что оно необходимо повредитъ благу, вѣроятно или, можетъ быть, повредитъ. Различію отношеній соотвѣтствуетъ распаденіе совокупности интересовъ, касающихся опредѣленнаго блага, на три группы: интересовъ въ отпаденіи вредныхъ, опасныхъ in concreto, и опасныхъ in abstracto дѣйствій. Если эти интересы не одинаково важны, то въ равной мѣрѣ реальны:—дѣйствіе, вредоносность котораго является только возможною, можетъ въ дѣйствительности, пройдя черезъ стадію реальнаго нарушенія безопасности, повести къ фактическому причиненію вреда. Такимъ образомъ, говоритъ Кесслеръ, „мы приходимъ къ наказуемости деликтовъ причиненія вреда, нарушенія безопасности и просто опасныхъ дѣйствій (Schadigungs, Gefahrdungs und Gefahrlichkeitsdelicten); этимъ послѣднимъ обозначеніемъ я и хотѣлъ-бы замѣнить неподходящій терминъ деликта непослушанія", (или иначе, полицейской неправды) [2]).

Нетрудно видѣть, что всѣ три изложенныя выше теоріи (Меркеля, Биндинга и Кесслера) покоятся на разграниченіи понятій конкретной и абстрактной опасности дѣйствія. Всѣ они сходятся между собою въ томъ отношеніи, что деликты причиненія вреда и нарушенія безопасности относятъ къ неправдѣ уголовной, и

---

[1]) Kessler. Neuestes vom Objecte des Verbrechens Gerichtssaal, B XL, стр. 598 и сл.

[2]) Впрочемъ, какъ признается Кесслеръ (в. с. стр 603)... man kann zweifeln, ob die Unterscheidung zwischen Gefahrdungs-und Gefahrlichkeitsdelicten nicht uberhaupt eine rein theoretische, practisch ganz oder fast werthlose sei

расходятся только по вопросу о характеристикѣ потенціальнаго момента дѣйствія при полицейской неправдѣ, при чемъ одинъ (Меркель) проходитъ вопросъ молчаніемъ, другой (Биндингъ), признающій только опасность конкретную, отрицаетъ потенціальный моментъ дѣйствія при полицейскомъ деликтѣ вовсе, а третій (Кесслеръ), признающій сверхъ конкретной еще абстрактную опасность, именно эту послѣднюю и видитъ въ отношеніи дѣйствія къ правовому благу, характерномъ для полицейской неправды.

Съ усвоенной нами точки зрѣнія, всѣ три теоріи должны быть признаны несостоятельными. Понятіе конкретной опасности заключаетъ въ себѣ contradictio in adjecto. Понятіе опасности покоится на абстракціи. Какъ мы уже знаемъ, выраженіе: „дѣйствіе А подвергло опасности благо Б“, означаетъ слѣдующее: категорія дѣйствій, имѣющихъ тѣ-то и тѣ-то общіе признаки съ дѣйствіемъ А, во столькихъ-то случаяхъ изъ 10 даетъ послѣдствія, имѣющія тѣ-то и тѣ-то общіе признаки съ мыслимымъ нами поврежденіемъ блага Б. Но, очевидно такая формула опаснаго дѣйствія приложима одинаково къ обѣимъ категоріямъ деликтовъ: какъ уголовныхъ, такъ и полицейскихъ. Говорятъ, что въ первомъ случаѣ дѣйствіе получаетъ характеръ *нападенія* на правовое благо, что опасность, возникающая для послѣдняго, составляетъ признакъ состава преступленія. Но и этотъ аргументъ въ защиту понятія конкретной опасности покоится на очевидномъ смѣшеніи понятій. Когда мы говоримъ о *нападеніи* на правовое благо, мы этимъ отмѣчаемъ лишь субъективный моментъ дѣйствія—намѣреніе субъекта повредить благу. Мы перестаемъ говорить о нападеніи, если считаемъ источникомъ опасности дѣйствіе неосторожное или случайное.

Переходимъ къ теоріи Франка. По мнѣнію Франка, (Studien zum Polizeistrafrechte, Giessen, 1897, стр. 16 и сл.),—деликты абстрактной опасности (т е. не требующіе необходимо наступленія опасности въ отдѣльномъ случаѣ) встрѣчаются и между уголовными преступленіями. Примѣромъ въ германскомъ правѣ можетъ служить поджогъ, наказуемый независимо отъ того, принадлежитъ-ли подожженный жилой домъ стороннему лицу или самому поджигателю, была-ли in concreto опасность перехода

огня на другія постройки, или нѣтъ. „Кто поджигаетъ свой изолированно расположенный жилой домъ при обстоятельствахъ, самымъ опредѣленнымъ образомъ исключающихъ опасность для чужого имущества или чужой жизни, все равно виновенъ въ наказуемомъ поджогѣ." Но если уголовная неправда на ряду съ деликтами конкретнаго нарушенія безопасности знаетъ еще и деликты абстрактной опасности, то спрашивается, чѣмъ-же эти послѣдніе отличаются отъ полицейскихъ проступковъ? Съ точки зрѣнія чисто логической—ничѣмъ, ихъ различать вынуждаютъ соображенія законодательной практики. Возможность нарушенія безопасности можетъ настолько приближаться къ достовѣрности, что по практическимъ соображеніямъ законодатель сознательно игнорируетъ разницу; другими словами: поджогъ безъ опасности для чужой жизни или чужаго имущества, нѣтъ сомнѣнія, мыслимъ, но число этихъ случаевъ такъ ничтожно въ сравненіи съ опасными, что законодатель объявляетъ поджогъ дѣйствіемъ опаснымъ при всякихъ обстоятельствахъ". Въ заключеніе, Франкъ приходитъ къ слѣдующему, по его мнѣнію, принципіальному разграниченію уголовныхъ и полицейскихъ деликтовъ при уголовныхъ—наступленіе опасности или должно быть доказано (деликтъ нарушенія безопасности in concreto), или-же образуетъ презумцію въ составѣ преступленія (деликтъ абстрактной опасности). напротивъ при полицейскихъ деликтахъ возможность опасности образуетъ единственно мотивъ карательной угрозы.

Не трудно видѣть, что и эта, крайне искусственная и практически ни къ чему непригодная, теорія разграниченія покоится все на томъ-же уже опороченномъ нами дѣленіи опасностей на конкретную и абстрактную. Но у ней кромѣ того есть свои спеціальные недостатки. Она, во первыхъ, даетъ мѣсто презумціямъ въ составахъ преступленій, чѣмъ безъ надобности компрометируетъ дѣйствующее право; во вторыхъ, относитъ къ деликтамъ уголовнымъ несомнѣнно полицейскіе. Поджогъ, какъ опредѣляетъ его составъ германская судебная практика, есть полицейскій проступокъ, простое нарушеніе запрета производить извѣстныя манипуляціи, хотя бы и при полномъ сознаніи ихъ безопасности. Такое дѣяніе ничѣмъ не разнится по своему характеру отъ изгстовленія, безъ установленнаго разрѣшенія, взрывчатаго

вещества (223 ст. уг ул.), устройства склада пороха (225 ст уг. ул.), стрѣльбы изъ огнестрѣльнаго оружія въ мѣстахъ, гдѣ такая стрѣльба запрещена (230 ст.), умышленнаго травленія человѣка собакою (233 ст.) и пр. Въ третьихъ, односторонне и мало выразительно указаніе Франка, что опасность дѣйствія при полицейскихъ деликтахъ составляетъ *мотивъ* законодательной угрозы Опасность дѣйствія составляетъ мотивъ угрозы при *всякомъ* наказуемомъ деликтѣ, не только полицейскомъ.

Если Франкъ и другіе въ основу разграниченія неправдъ уголовной и полицейской полагаютъ контрастъ понятій опасности конкретной и абстрактной, то Rohland [1]) съ тою же цѣлью, но не съ бо́льшимъ успѣхомъ, противополагаетъ одно другому понятія опасности типичной и абстрактной

При юридической оцѣнкѣ дѣйствія,—говоритъ Роландъ:—мы беремъ за мѣрило его общее понятіе (Allgemeinbegriff), соотвѣтствующій обычной формѣ проявленія его *родовой* (generell) характеръ. Въ сравненіи съ этимъ послѣднимъ, частное образованіе отдѣльныхъ дѣйствій, подпадающихъ подъ понятіе дѣйствія, представляетъ нѣчто несущественное, случайное (стр. 11) Была, или нѣтъ, опасность in concreto,—юридически безразлично, такъ же, какъ не имѣетъ значенія мѣра этой конкретной опасности. На законный составъ дуэли не можетъ имѣть вліянія, далъ-ли револьверъ осѣчку, или же пуля пробила шляпу противника (стр. 8—9).

Преступленіе нарушенія безопасности характеризуетъ опасность типичная, полицейскій деликтъ—абстрактная.

„Преступленіе нарушенія безопасности образуютъ дѣйствія, которыя, по ихъ обычной формѣ проявленія, скрываютъ въ себѣ *близкую* возможность правонарушающаго результата, т. е., дѣйствія, которыя, хотя и допускаютъ индивидуальныя отступленія, но по своему родовому характеру подобны. Напротивъ, полицейскій деликтъ образуютъ: частью дѣйствія, заключающія въ себѣ болѣе или менѣе близкую возможность вреда, но частью еще и такія дѣйствія, которыя, если принять въ разсчетъ чрезвычайно малую возможность отъ нихъ вреда, являются по своему родовому характеру безопасными; т. е., деликтъ полицейскій обни-

[1]) Rohland Die Gefahr im Strafrecht, 2 Aufl., 1888

маетъ собою дѣйствія, какъ опасныя, такъ и не опасныя, или, говоря иначе, по своему *родовому* характеру *не представляющія подобія*" (стр. 16—17).

Отсюда слѣдуетъ, что возможности типичная и абстрактная различаются между собою мѣрою примѣняемой абстракціи. Говоря о первой, мы отвлекаемся единственно отъ индивидуальныхъ признаковъ конкретнаго случая; говоря о второй,—не только отъ этихъ признаковъ, но и отъ признаковъ рода, къ которому случай принадлежитъ, какъ видъ; поэтому абстрактная возможность можетъ быть ближе опредѣлена, какъ *совершенно абстрактная* (стр 17).. Сопоставляя оба изслѣдуемые вида деликтовъ, (нарушеніе безопасности и полицейскій деликтъ), нельзя не видѣть, что моментомъ разграниченія для нихъ оказывается отношеніе къ *типичной* опасности. Въ преступленіи нарушенія безопасности послѣдняя есть признакъ *постоянный*, при полицейскомъ проступкѣ—*измѣнчивый* (стр. 19)

Rohland иллюстрируетъ сказанное на примѣрѣ запрета чрезмѣрно скорой ѣзды въ городахъ и селахъ: „Дѣйствія, подпадающія этому запрету, обнаруживаютъ въ качествѣ присущаго имъ признака въ значительномъ большинствѣ случаевъ возможность поврежденія правовыхъ благъ. Эта возможность, по обстоятельствамъ дѣла, можетъ быть болѣе или менѣе близкой, въ зависимости отъ размѣровъ уличнаго движенія, отъ бо̀льшей или меньшей широты улицы и пр Она можетъ даже стать настолько близка, что дѣйствіе окажется на самомъ дѣлѣ нарушающимъ безопасность, какъ, напр., въ случаѣ, если лошади дѣйствительно налетятъ на кого либо изъ прохожихъ. Но бываетъ и такъ, что дѣйствіе скорой ѣзды не заключаетъ въ себѣ вовсе какой либо опасности, и не должно заключать, насколько дано человѣку предвидѣть, именно,—если улица безлюдна и достаточно широка. Конечно, и въ этомъ случаѣ можно себѣ представить, что кто нибудь внезапно выскакиваетъ изъ дому и безъ оглядки бѣжитъ черезъ улицу, что кучеръ не можетъ сдержать лошадей, и они едва не задѣли бѣгущаго, или что даже его переѣхали. Такое совпаденіе лежитъ, однако, внѣ всякаго разумнаго ожиданія, и мы поэтому зовемъ его случайнымъ, тогда какъ *не*возникновеніе опасности in concreto представляетъ здѣсь, въ соотвѣтствіи

съ родовымъ характеромъ дѣйствія, признакъ нисколько не случайный,—напротивъ, необходимый" (стр. 20).

Понятіе типичной опасности оказывается такимъ образомъ уже понятія опасности абстрактной. Всякое дѣйствіе, которое при извѣстныхъ обстоятельствахъ, произвольно избираемыхъ субъектомъ оцѣнки, можетъ обусловить вредный результатъ,—опасно in abstracto,—напротивъ, опаснымъ in genere дѣйствіе можетъ быть названо только при томъ условіи, если связь съ обстоятельствами, способными сдѣлать его вредоноснымъ, носитъ *типичный* характеръ, вытекаетъ изъ общаго понятія даннаго дѣйствія.

Различное образованіе момента опасности въ преступленіяхъ нарушенія безопасности, съ одной стороны, и опасныхъ „по общему правилу" дѣйствіяхъ, съ другой, находитъ ясное выраженіе уже въ формулировкѣ ихъ составовъ самимъ законодателемъ. Таковъ, напр., контрастъ деликта нарушенія безопасности строительнымъ сооруженіемъ, исполненнымъ вопреки общепризнаннымъ правиламъ строительнаго искусства (D. R. Str. G. B. § 330), и чисто полицейскихъ строительныхъ проступковъ (§ 367 № 14 и 15). Въ первомъ случаѣ законодатель говоритъ: „кто, руководя постройкой, или возводя ее, дѣйствуетъ вопреки общепризнаннымъ правиламъ строительнаго искусства *такимъ образомъ, что отсюда возникаетъ опасность для другихъ лицъ*"..., тогда какъ во второмъ случаѣ онъ объявляетъ отвѣтственными уже тѣхъ, кто будетъ производить постройку, безъ вниманія къ предписаннымъ полиціей или иначе требуемымъ мѣрамъ предосторожности, или же съ самовольнымъ уклоненіемъ отъ одобреннаго администраціей строительнаго плана. Различіе, что тамъ составъ преступленія требуетъ дѣйствительной, типичной опасности, тогда какъ здѣсь довольствуется возможной, совершенно абстрактной, выступаетъ ясно уже въ самой редакціи закона... И стоитъ исключить изъ состава преступленія тѣ *существенные* его моменты, которые создаютъ типичную опасность, какъ преступленіе нарушенія безопасности обращается въ полицейское нарушеніе,—актъ простого непослушанія. Такъ, оставленіе на произволъ судьбы (Aussetzung) обратилось-бы въ полицейскій проступокъ, если-бы не оставленіе безпомощныхъ лицъ въ без-

помощномъ состояніи, но уже оставленіе безпомощныхъ лицъ вообще выполняло составъ преступленія" (стр. 23—24).

Разграниченіе уголовныхъ и полицейскихъ деликтовъ по признакамъ типичной опасности и абстрактной не можетъ быть названо удачнымъ. Чѣмъ различаются, въ самомъ дѣлѣ, абстракція отъ индивидуальныхъ признаковъ конкретнаго случая и отвлеченіе отъ признаковъ рода, къ которому конкретный случай принадлежитъ, какъ видъ? Выраженія—однозначущія. Не отвлекаясь отъ индивидуальныхъ признаковъ конкретнаго случая, мы не въ состояніи прійти къ понятію рода. Совершенно правъ Роландъ, когда онъ говоритъ, что, думая о скорой ѣздѣ, мы не можемъ не сознавать ея относительной безопасности. Но то же самое должно быть сказано о всякомъ вообще опасномъ дѣйствіи, при чемъ дѣйствія, отходящія подъ рубрику нарушенія безопасности, отнюдь не составляютъ исключенія. Нельзя не видѣть, что родовое понятіе дѣйствія, нарушающаго безопасность, такъ-же мало предполагаетъ подобіе, по степени опасности, объемлемыхъ имъ конкретныхъ дѣйствій, какъ и полицейскій деликтъ. Все зависитъ отъ того, какой объемъ пожелаемъ мы дать родовому понятію. Такъ, напр, Роландъ къ существеннымъ признакамъ полицейскаго деликта неумѣренно скорой ѣзды отнесъ отношеніе числа людей къ пространству. Но шансы катастрофы зависятъ не менѣе отъ цѣлаго ряда другихъ условій: рельефа улицы, конструкціи экипажа, выучки лошадей и умѣнья кучера, и пр., игнорировать которыя мы имѣемъ не болѣе основаній, чѣмъ широту улицы и количество на ней людей. Если-же мы рѣшимъ включить въ понятіе скорой ѣзды, какъ опаснаго дѣйствія, также и эти условія, то шансы благополучнаго исхода могутъ упасть ниже, чѣмъ при любомъ деликтѣ „нарушенія безопасности."

Неудача многочисленныхъ попытокъ разграничить уголовную и полицейскую неправды по свойству отношенія дѣйствія къ правоохраненному благу вызвала за послѣдніе годы у нѣкоторыхъ криминалистовъ скептическое отношеніе къ самой возможности разграниченія деликтовъ по упомянутому признаку. Изученіе германскаго уголовнаго уложенія привело Gruderian'a [1]) къ заклю-

[1]) Gruderian, Kriminelles und polizeiliches Unrecht, Zeitschrift f d ges Strafrechtswissenschaft, 21 B., 1900, стр. 810 и сл.

ченію, 1) что деликты причиненія вреда, нарушенія безопасности in concreto, и абстрактной опасности встрѣчаются одинаково какъ въ сферѣ уголовной, такъ и полицейской неправды, и 2) что мыслимы полицейскіе деликты, не заключающіе въ себѣ ни вреда, ни опасности для правового блага [1]) Излишне входить въ разсмотрѣніе примѣровъ и доводовъ Gruderian'a въ пользу отсѣченія деликтовъ конкретной и абстрактной опасности: дѣленіе опасности на конкретную и абстрактную является плодомъ логическаго недоразумѣнія. Мы ограничимся поэтому провѣркой слѣдующихъ двухъ положеній Gruderian'a,—правда-ли, что среди полицейскихъ проступковъ встрѣчаются 1) деликты причиненія вреда, и 2) деликты, не заключающіе въ себѣ ни вреда, ни опасности для правового блага Gruderian приводитъ въ видѣ примѣровъ, подтверждающихъ его положенія, составы слѣдующихъ полицейскихъ проступковъ изъ германскаго имперскаго уложенія: § 360 п. 1 (кто безъ особаго дозволенія сниметъ или опубликуетъ планы крѣпостей или отдѣльныхъ крѣпостныхъ верковъ). § 366 п. 1 (кто поступаетъ вопреки постановленіямъ, изданнымъ противъ нарушенія празднованія воскресныхъ и праздничныхъ дней), § 366 п 3 (кто на публичныхъ дорогахъ, улицахъ, площадяхъ или водяныхъ путяхъ нарочно препятствуетъ свободному проѣзду другихъ), § 368 п. 3 (кто безъ разрѣшенія полиціи устроитъ новые горны или перенесетъ уже существующіе на другое мѣсто). Признакомъ деликта причиненія вреда служитъ присутствіе въ составѣ такъ наз. вреднаго результата. Результатомъ „въ уголовно-правовомъ смыслѣ мы называемъ то внѣшнее измѣненіе, которое обусловлено дѣйствіемъ преступника и совмѣщаетъ въ себѣ какъ предположеніе, такъ и основаніе наказанія“ [2]) Вчитываясь въ составъ вышеназванныхъ полицейскихъ деликтовъ, мы не находимъ между ихъ признаками „частныхъ проявленій того общественнаго зла, для устраненія котораго ближайшимъ образомъ потребовалась уголовно-правовая норма“ [2]). Такъ, напр., военная сила государства можетъ ни

[1]) Того же мнѣнія I. Goldschmidt, „Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts“, Archiv fur Strafrecht, 1902, стр. 78 и сл.

[2]) Настоящее изслѣдованіе, ч. II, стр. 159.

мало не пострадать отъ опубликованія плана какой-либо крѣпости. Заинтересованныя иностранныя державы могли уже обладать этимъ планомъ, самая крѣпость могла быть предназначена къ упраздненію, перенесенію или же коренной перестройкѣ, планъ крѣпости могъ уже ранѣе быть опубликованъ самимъ правительствомъ или частнымъ лицомъ и пр. Равнымъ образомъ, нарушеніе постановленій о празднованіи воскресныхъ дней не предполагаетъ непремѣнно оскорбленія въ комъ-либо религіознаго чувства,—истинно религіозный человѣкъ можетъ отнестись совершенно спокойно и даже вовсе не замѣтить мелкаго нечаяннаго нарушенія полицейскаго постановленія. Точно также переносъ горновъ на новое мѣсто можетъ оказаться не только не противорѣчащимъ, но и прямо отвѣчающимъ тому общественному интересу (безопасности отъ огня, спокойствія, чистоты воздуха и пр.), въ огражденіе котораго переносъ или установка горновъ поставлена подъ контроль полиціи. Наконецъ, что касается п. 3 § 366, то и здѣсь отнюдь не требуется, чтобы кто-либо потерпѣлъ ущербъ въ свободѣ передвиженія; капитанъ, который нарочно поставитъ свой пароходъ поперекъ рѣки и тѣмъ самымъ загородитъ фарватеръ, уже виновенъ по § 366 п. 3, хотябы рѣка въ этотъ моментъ была свободна отъ судовъ, и движеніе стѣснено не было.

Итакъ, вопреки мнѣнію Gruderian'a и Goldschmidt'a признакъ причиненія вреда, какъ предположенія наказанія, не наблюдается въ сферѣ полицейской неправды. Единственное исключеніе представляютъ здѣсь деликты, квалифицированные послѣдствіями. Такъ какъ составы ихъ допускаютъ de lege lata чисто объективное вмѣненіе послѣдствій,—они одинаково мыслимы въ сферѣ обѣихъ неправдъ,—уголовной и полицейской. Съ исчезновеніемъ ихъ изъ уголовныхъ кодексовъ, ожидать котораго слѣдуетъ въ недалекомъ будущемъ, правило—деликты причиненія вреда принадлѣжатъ къ сферѣ *уголовной* неправды—не будетъ имѣть исключеній.

Перехожу къ положенію Gruderian'a, что среди полицейскихъ деликтовъ есть и такіе, которые не заключаютъ въ себѣ ни конкретной, ни даже абстрактной опасности для какого-либо опредѣленнаго правового блага (стр. 860). Къ числу таковыхъ,

называемыхъ имъ *нейтральными*, Gruderian относитъ: пребываніе въ публичныхъ увеселительныхъ мѣстахъ въ часы, когда, согласно распоряженію полиціи, эти мѣста должны быть закрыты; бродяжество; поощреніе дѣтей къ нищенству; уклоненіе лица, пользующагося поддержкой изъ общественныхъ благотворительныхъ средствъ, по лѣности отъ работы; отказъ въ содержаніи людямъ, имѣющимъ на то право, почему они должны искать помощи на сторонѣ, и т. п Gruderian совершенно правъ, когда онъ говоритъ, что среди полицейскихъ проступковъ есть группа деликтовъ, не предполагающихъ ни каузальной, ни потенціальной связи дѣйствія *съ опредѣленнымъ* правовымъ благомъ, но онъ упускаетъ изъ виду, что для потенціальной оцѣнки дѣйствія моментъ опредѣленности блага въ составѣ грозящаго послѣдствія лишенъ значенія. Потенціальное значеніе дѣйствія опредѣляется отношеніемъ послѣдняго не къ какому-либо правовому благу in concreto, но къ категоріи благъ, или благу in abstracto. Поэтому признать „нейтральные" полицейскіе проступки деликтами чистаго непослушанія, какъ это дѣлаетъ Gruderian (стр 858), мы не имѣемъ основанія. Они могутъ быть названы такъ со стороны субъективной, съ точки зрѣнія самого виновнаго, такъ какъ не требуютъ, чтобы онъ сознавалъ потенціальное значеніе своего дѣйствія, но въ этомъ смыслѣ деликтами чистаго непослушанія могутъ быть названы не только „нейтральные", но, какъ сейчасъ увидимъ, всѣ вообще полицейскіе проступки,—напротивъ, со стороны объективной, съ точки зрѣнія законодателя и судьи, они опасны, какъ и всѣ другіе полицейскіе проступки, отъ которыхъ отличаются только бо̀льшимъ разнообразіемъ и сложностью грозящихъ послѣдствій [1]). Не слѣдуетъ думать, что разнообразіе вредныхъ

[1]) Типичный примѣръ подобнаго рода нормы находимъ у Rotering'a (Gefahr und Gefahrdung in Strafrecht, Goltdammer's Archiv, 31 B., 1883, S. 267): „вы не должны въ публичномъ увеселительномъ мѣстѣ или въ трактирѣ оставаться долѣе опредѣленнаго полиціей часа, а хозяинъ не долженъ терпѣть своихъ гостей." Такое постановленіе, говоритъ Rotering — „защищаетъ цѣлый рядъ правовыхъ благъ: гости-полуночники могутъ оказаться людьми способными на всякое безчинство; (по выходѣ изъ локаля), они могутъ напасть на безобидныхъ прохожихъ, выбить окна, вломиться въ дома, своимъ шумомъ нарушить ночной покой, оказать сопротивленіе вооруженной силѣ, склонить другихъ къ участію въ сопротивленіи: такимъ образомъ норма защищаетъ тѣлесную неприкосновенность, собственность, владѣніе, право домашняго очага, вообще правовое благо публичнаго порядка въ широкомъ смыслѣ слова".

послѣдствій, предотвратить которыя стремится законодатель, составляетъ удѣлъ одной полицейской неправды,—оно бываетъ свойственно и уголовной: достаточно вспомнить такіе уголовные деликты, какъ клевета, поджогъ, лжеприсяга, поддѣлка денежныхъ знаковъ и пр. И есть полицейскіе деликты, грозящіе вредомъ вполнѣ опредѣленнымъ правовымъ благамъ, какъ, напр., расплата съ рабочимъ купономъ (уг. ул. ст. 360), или продажа съѣстныхъ припасовъ, вредныхъ для здоровья (ст. 211 уг. ул.). Признакъ опредѣленности или неопредѣленности правовыхъ благъ такъ-же мало можетъ служить къ разграниченію неправдъ уголовной и полицейской, какъ и самое свойство отношенія дѣйствія къ тѣмъ же благамъ.

Вопросъ о разграниченіи неправдъ—уголовной и полицейской, остающійся открытымъ понынѣ, рѣшается просто, если оставить безплодный розыскъ критерія разграниченія въ качественныхъ отличіяхъ отношенія дѣйствія къ основанію репрессіи. Это отношеніе не можетъ быть инымъ, какъ абстрактнымъ. *Не въ различіи отношенія, какъ такового, но въ объемѣ понятія дѣйствія,* привлекаемомъ для опредѣленія отношенія, кроется ключъ къ разграниченію понятій. Вопросъ о томъ, въ которую изъ сферъ неправа отходитъ спорный деликтъ,—рѣшаетъ, какъ мы уже сказали, роль, отводимая законодателемъ, при опредѣленіи потенціальной стороны воспрещаемаго или предписываемаго дѣйствія, субъективной сторонѣ послѣдняго. Дѣйствіе можетъ быть воспрещено или потому, что оно опасно, уже какъ произвольное физическое тѣлодвиженіе, (или комплексъ тѣлодвиженій), независимо отъ оцѣнки субъектомъ (или возможности оцѣнки) его потенціальнаго значенія,—или же потому, что оно опасно, какъ произвольное физическое тѣлодвиженіе, выполненное съ опредѣленнымъ намѣреніемъ, цѣлью, сознаніемъ вредныхъ послѣдствій или только возможностью сознанія. Чрезмѣрно скорая ѣзда по улицѣ составляетъ полицейскій проступокъ, если она воспрещена какъ таковая, безъ вниманія къ тому, хотѣлъ-ли субъектъ наступленія вреднаго результата, предвидѣлъ его, или могъ предвидѣть. Внутренняя сторона полицейскаго проступка предполагаетъ сознаніе или возможность сознанія, что совершается то самое тѣлодвиженіе и въ той обстановкѣ, какія означены въ законѣ,

и волю совершить такое тѣлодвиженіе. Напротивъ, сознаніе потенціальнаго значенія дѣйствія, того, насколько in abstracto оно облегчаетъ наступленіе вреднаго результата, составомъ *полицейскаго* деликта не требуется: можетъ *быть*, но можетъ и *не* быть. По той же причинѣ дѣйствіе почитается опаснымъ и, слѣдовательно, наказуемымъ, хотя-бы субъектъ ясно сознавалъ совершенную безопасность его in concreto, при данныхъ обстоятельствахъ. Чрезмѣрно скорая ѣзда по городскимъ улицамъ наказуема, хотя-бы улица въ данное время была совершенно безлюдна. Переходъ черезъ рельсы въ неуказанныхъ мѣстахъ наказуемъ, хотя-бы путь былъ виденъ на далекое разстояніе и, очевидно, свободенъ. Нарушеніе общественной тишины наказуемо одинаково, бранился ли субъектъ неприличными словами въ праздничный день передъ дверью питейнаго дома, увѣренный, что онъ никому изъ окружающихъ ничего не доставитъ кромѣ удовольствія, или онъ зналъ, что его могутъ услышать люди, которымъ его сквернословіе непріятно, или, наконецъ, онъ нарочно бранился затѣмъ, чтобы досадить проходившей мимо прилично одѣтой дамѣ. Поддѣлка кредитнаго билета не ради сбыта, а въ шутку, какъ проба руки, или служеніе искусству для искусства,—наказуема, если ее отнести къ полицейской неправдѣ, и не наказуема,—если къ уголовной.

Отсутствіе сознанія потенціальной связи дѣйствія съ основаніемъ репрессіи составляетъ настолько характерный признакъ полицейской неправды, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ законодатель спеціально отмѣчаетъ это свойство для отличія опредѣленнаго дѣйствія, какъ полицейскаго деликта отъ объективно совпадающаго съ нимъ формальнаго уголовнаго деликта. Такъ, ст. 171 угол. улож. предусматриваетъ полицейскій проступокъ погребенія мертваго тѣла, подлежащаго судебно-медицинскому осмотру,—безъ такового осмотра,—со спеціальною оговоркой, отмѣчающей отличительную черту полицейской неправды отъ уголовной: если при этомъ не было *цѣли* скрыть слѣды преступленія. Ст. 112 уг. ул. различаетъ снятіе плана россійскаго укрѣпленнаго мѣста, какъ таковое, отъ снятія его же съ *цѣлью* сообщенія правительству, не находящемуся въ войнѣ съ Россіей, или,—что наказуемо еще строже (ст. 108),—враждебному Россіи. Въ пер

вомъ случаѣ виновному грозитъ тюрьма, во второмъ исправительный домъ до 3 лѣтъ, въ третьемъ срочная каторга. Во всѣхъ трехъ случаяхъ дѣло идетъ объ охранѣ одного и того же государственнаго интереса—внѣшней безопасности страны, но въ первомъ случаѣ деликтъ носитъ характеръ полицейскій, во 2-мъ и 3-мъ уголовный.

Но не *всякое* упоминаніе о цѣли въ составѣ деликта даетъ право отнести послѣдній къ числу уголовныхъ,—для этого предполагаемая реализація цѣли должна входить въ основаніе репрессіи. Ударъ кулакомъ, съ цѣлью убить человѣка, даетъ уголовный деликтъ, такъ какъ лишеніе человѣка жизни есть частный случай явленія, устранить которое хотѣлъ бы законодатель. Напротивъ, самовольное оставленіе отечества лицомъ подлежащимъ отбыванію воинской повинности съ цѣлью уклониться отъ исполненія таковой (ст. 188 п. 3 у.у) – составляетъ полицейскій проступокъ, не смотря на включеніе опредѣленной цѣли въ составъ деликта. Уклоненіе отъ воинской повинности (предусмотрѣнная цѣль оставленія отечества) не можетъ быть разсматриваемо, какъ основаніе репрессіи. Такимъ основаніемъ служитъ здѣсь ослабленіе военной мощи государства. Уклоненіе отъ воинской повинности есть само по себѣ полицейскій деликтъ, такъ какъ оно наказуемо безъ вниманія къ субъективной оцѣнкѣ потенціальнаго момента дѣйствія,—оно преступно, хотя-бы субъектъ былъ увѣренъ въ своей физической непригодности для военной службы и уклонился, не желая только подвергать себя тягостной процедурѣ осмотра и испытанія. Проступокъ, предусмотрѣнный п. 3 ст. 188 у.у. есть не болѣе, какъ спеціальный видъ болѣе общаго полицейскаго проступка—уклоненія отъ воинской повинности и, какъ таковой, самъ долженъ быть признанъ полицейскимъ.

Понятно теперь, почему деликты, возможныя послѣдствія которыхъ отличаются особой сложностью или неопредѣленностью, принадлежатъ большею частью къ числу полицейскихъ. Сознаніе потенціальной связи дѣйствія и основанія репрессіи здѣсь наименѣе уловимо, почему отнесеніе этихъ деликтовъ въ область уголовной неправды практически было-бы равносильно отказу отъ ихъ наказуемости. Ст. 361 у.у. требуетъ регистраціи при переходѣ русскаго торговаго судна во владѣніе къ иностранцу. Не

обратилась-ли бы эта статья въ совершенно мертвую, если-бы въ составъ деликта было введено сознаніе потенціальнаго момента дѣйствія?

Ratio legis наказуемости полицейскаго деликта есть недовѣріе законодателя къ субъективной оцѣнкѣ потенціальнаго момента дѣйствія; можно ли довѣрить возницѣ сужденіе о томъ, опасна или нѣтъ скорая ѣзда по городской улицѣ при данныхъ in concreto обстоятельствахъ? публикѣ сужденіе о томъ, опасенъ или нѣтъ переходъ черезъ рельсы? пробирающемуся тайкомъ чрезъ карантинную черту сужденіе о томъ, есть онъ, или нѣтъ, носитель заразы? Если-бы даже субъективная оцѣнка потенціальнаго момента дѣйствія оказалась въ большинствѣ случаевъ правильна, гдѣ гарантія, что хотя въ 1 случаѣ на сто она не будетъ заключать въ себѣ грубаго заблужденія? Могутъ возразить, что если дозволительны приказы и запреты по вышеизложеннымъ соображеніямъ, то гдѣ границы законодательной опеки надъ личностью, не будетъ-ли вся жизнь обывателя въ концѣ концовъ опутана точно опредѣленными правилами на всякій случай его жизни? Перепроизводство полицейскаго законодательства возможно, кое-гдѣ уже и наблюдается (почти повсемѣстно—въ Германіи). Однако, есть естественные предѣлы и для сферы полицейскаго неправа. Разумнымъ образомъ, полицейскіе запреты и приказы могутъ касаться лишь типично-опасныхъ дѣйствій, наиболѣе часто повторяющихся, и всего чаще влекущихъ за собою вредныя, не всегда предвидимыя послѣдствія.

Итакъ, характерное отличіе уголовной неправды отъ полицейской заключается въ томъ, что въ первомъ случаѣ отвѣтственность наступаетъ, если субъектъ сознавалъ или могъ сознавать потенціальное значеніе дѣйствія для измѣненій, лежащихъ въ основѣ репрессіи, тогда какъ во второмъ не требуется ни сознанія, ни возможности сознанія потенціальнаго момента дѣйствія,—требуется только, чтобы *само* дѣйствіе, какъ таковое, было произведено сознательно. Разграниченіе неправдъ, покоящееся на указанномъ признакѣ, имѣетъ крупное уголовно-политическое значеніе. Оно прямо отвѣчаетъ потребностямъ системы общаго психологическаго принужденія, размежевывая деликты,

по отношенію къ которымъ нравственный элементъ репрессіи можетъ или нѣтъ имѣть мѣсто. Коль-скоро отъ субъекта не требуется сознаніе возможныхъ вредныхъ послѣдствій его дѣйствія, коль-скоро дѣйствіе субъекта объявляется наказуемымъ, хотя-бы субъектъ ясно и опредѣленно сознавалъ его совершенную безобидность или безопасность,—оно неизбѣжно мѣняетъ свое значеніе въ глазахъ какъ самого виновника, такъ и его окружающихъ. По отношенію къ нему становятся умѣстны или одни сравнительно мягкія, или, напротивъ, особо суровыя мѣры репрессіи. Мягкость взысканія потребна тамъ, гдѣ, при сравнительной неважности деликта, законодатель хочетъ избѣгнуть коллизіи съ общественнымъ мнѣніемъ, не оправдывающимъ примѣненія строгихъ карательныхъ мѣръ за безвредное и нравственно безразличное ослушаніе; строгость нужна ему тамъ, гдѣ въ виду особой цѣнности блага. онъ видитъ себя вынужденнымъ возмѣстить моральную поддержку со стороны общества мѣрами чистаго устрашенія.

Эпитетъ „полицейскихъ“ или „административныхъ“ пригоденъ для характеристики отмѣчаемой группы деликтовъ по настоящее время. Администрація, озабочиваясь успѣхомъ мѣропріятій по охранѣ общественной безопасности и по осуществленію культурныхъ задачъ, испытываетъ особую надобность въ частомъ обращеніи къ гражданамъ съ запретами и приказами, которые должны быть исполняемы тѣми, къ кому они обращены, безъ разсужденія, безъ предварительной оцѣнки ихъ цѣлесообразности въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

По опредѣленію Frank'а [1]), полицейскіе проступки суть деликты, наказуемые или въ виду возможной заключающейся въ нихъ опасности, или вслѣдствіе противорѣчія ихъ доброму порядку общежитія, или-же для проведенія въ жизнь опредѣленныхъ законныхъ предписаній. Не трудно видѣть, что во всѣхъ трехъ случаяхъ дѣло идетъ сбъ одномъ и томъ-же потенціальномъ моментѣ дѣйствія, опредѣляемомъ безъ отношенія къ даннымъ субъективнаго сознанія. Будемъ-ли мы имѣть въ виду деликтъ чрезмѣрно скорой ѣзды по улицамъ, купанья въ опасныхъ

[1]) Frank, Das Strafgesetzbuch f d. D. R, 2 Aufl, стр. 455.

мѣстахъ, или самовольнаго пребыванія въ городѣ, гдѣ данному лицу, по законному распоряженію власти, пребываніе воспрещено, во всѣхъ трехъ случаяхъ мы найдемъ дѣйствія, опасныя въ томъ смыслѣ, что они грозятъ тѣмъ самымъ вредомъ, ради котораго они воспрещены, и наказуемыя, хотя бы субъектъ былъ увѣренъ, что in concreto опасности нѣтъ,—что онъ никого не задавитъ вслѣдствіе пустынности улицы, что онъ не утонетъ, такъ какъ прекрасно плаваетъ, что онъ не совершитъ ничего законопротивнаго, такъ какъ прибылъ въ городъ единственно по семейнымъ дѣламъ. Тройственное дѣленіе полицейскихъ проступковъ, предлагаемое Франкомъ, оказывается такимъ образомъ совершенно излишнимъ.

II. Потенціальный моментъ дѣйствія спеціально въ сферѣ уголовной неправды.

Уголовные деликты дѣлятся на матеріальные и формальные. Со стороны объективной формальные деликты отличаются отъ матеріальныхъ отсутствіемъ въ составѣ такъ наз. вреднаго результата. Соотвѣтственно, и виновность, внѣ характеристики дѣйствія, какъ такового, опредѣляется здѣсь отношеніемъ субъективной воли не къ преступному результату, котораго нѣтъ, но къ болѣе общему понятію основанія уголовной репрессіи. Различію *формъ* виновности, въ смыслѣ помянутаго отношенія, при формальныхъ деликтахъ законодатель не придаетъ значенія.

Отъ чисто формальныхъ деликтовъ слѣдуетъ отличать деликты, переходные къ матеріальнымъ. Они—какъ-бы тѣ-же матеріальные, но съ отсѣченнымъ отъ состава преступнымъ результатомъ, наступленіе котораго или вовсе не предусматривается закономъ или же образуетъ обстоятельство, спеціально квалифицирующее отвѣтственность. Въ такихъ случаяхъ законодатель восполняетъ описаніе дѣйствія обозначеніемъ намѣренія, съ которымъ оно должно быть выполнено, или указаніемъ на сопутствующія дѣйствію предвидѣніе или возможность предвидѣнія опредѣленнаго вреднаго послѣдствія.

Равнымъ образомъ, формальные уголовные деликты не должны быть смѣшиваемы съ полицейскими, съ которыми ихъ сближаетъ

отсутствіе въ составѣ вреднаго результата. Какъ вообще для всѣхъ уголовныхъ, критеріемъ отграниченія формальныхъ деликтовъ отъ полицейскихъ служитъ моментъ дѣйствительнаго или только возможнаго сознанія субъектомъ опасности его дѣйствія. Такъ, напр., подписку на военный заемъ государства, ведущаго войну съ Россіей, слѣдуетъ признать формальнымъ уголовнымъ деликтомъ [1]), такъ какъ подписывающійся на подобный заемъ не можетъ не сознавать, что вноситъ лепту въ предпріятіе, понижающее шансы военнаго успѣха для Россіи.

Такъ какъ, на основаніи сказаннаго, формальный деликтъ представляетъ собою не болѣе, какъ упрощенное изданіе матеріальнаго, то говорить о немъ особо не представляется надобности. Все относящееся къ потенціальной оцѣнкѣ матеріальнаго деликта распространяется и на формальный, поскольку послѣдній воспроизводитъ характерныя черты перваго. Поэтому проще перейти прямо къ деликту матеріальному.

Между составами матеріальнаго деликта мы различаемъ слѣдующія три основныя образованія: а) произвольное тѣлодвиженіе, выполненное съ намѣреніемъ осуществить in concreto вредное явленіе, лежащее въ основѣ репрессіи; б) таковое-же безъ намѣренія, но съ сознаніемъ возможности осуществленія; в)—безъ намѣренія и сознанія, но при возможности сознанія. Если эти образованія субъективной стороны дѣйствія дробить на юридическіе типы умысла и неосторожности, то первое отойдетъ къ умыслу, второе распредѣлится между умысломъ и неосторожностью, (въ какой мѣрѣ и по какимъ признакамъ—вопросъ внутренней, а не внѣшней оцѣнки дѣйствія, которая одна интересуетъ насъ въ данную минуту), третье отойдетъ къ неосторожности.

Первый и второй типы уголовнаго деликта различаются между собою свойствомъ отношенія субъективнаго представленія о цѣли предпринятаго дѣйствія къ представленію о преступно-потенціальномъ значеніи послѣдняго. Если то и другое представленія совпадаютъ, мы имѣемъ первый типъ уголовнаго деликта; если нѣтъ,—второй. Нѣкто совершаетъ убійство съ цѣлью прокутить

[1]) Съ точки зрѣнія теоріи Goldschmidt'a, въ виду отсутствія вторженія въ чужую правовую сферу, слѣдовало-бы здѣсь принять полицейскій деликтъ

съ любовницей награбленныя деньги. Представленіе о преступно-потенціальномъ значеніи выполненнаго физическаго тѣлодвиженія заключается въ сознаніи, что оно можетъ имѣть послѣдствіемъ лишеніе человѣка жизни, т. е, то самое явленіе, которое in abstracto лежитъ въ основѣ репрессіи. Но лишеніе человѣка жизни составляетъ вмѣстѣ и посредственную цѣль дѣйствія въ томъ смыслѣ, что виновный используетъ убійство, какъ средство, ведущее къ полученію денегъ для кутежа, конечной цѣли его дѣйствія. Иначе обстоитъ дѣло, если кто либо сжигаетъ фейерверкъ съ намѣреніемъ доставить эстетическое наслажденіе себѣ и своимъ гостямъ, но сознаетъ при этомъ, что отъ падающихъ искръ могутъ вспыхнуть соломенныя кровли расположенныхъ по близости крестьянскихъ избъ (3 ч. 562 ст. или 568 у. у.). Представленіе о преступно-потенціальномъ значеніи дѣйствія сводится къ сознанію, что дѣйствіе можетъ имѣть послѣдствіемъ поврежденіе чужого имущества и даже чью-либо смерть. Ни то, ни другая, однако, не составляютъ ни конечной, ни даже посредственной цѣли дѣйствія, которою служитъ единственно полученіе эстетическаго наслажденія Предусматриваемое субъектомъ, какъ возможное, преступное послѣдствіе его дѣйствія является не средствомъ, ведущимъ къ цѣли, но лишь возможнымъ и для нея самой безразличнымъ рефлексомъ ея достиженія, или, точнѣе,— рефлексомъ дѣятельности, направленной къ достиженію.

Отграниченіе третьяго типа уголовнаго деликта отъ первыхъ двухъ, какъ самоочевидное, не требуетъ особыхъ поясненій.

Опасность дѣйствія перваго типа, которое мы назвали бы *намѣренно опаснымъ*,— очевидна. Физическое дѣйствіе, коль скоро оно выполнено въ намѣреніи совершить преступленіе, уже тѣмъ самымъ пріобрѣтаетъ характеръ опаснаго. Характерная особенность намѣренной дѣятельности заключается въ томъ, что она становится опасна ранѣе, чѣмъ субъектъ успѣваетъ закончить комплексъ предпринятыхъ тѣлодвиженій Ибо, разъ существуетъ намѣреніе,—есть основаніе ожидать, что субъектъ не остановится на выполненномъ имъ первоначальномъ тѣлодвиженіи, но совершитъ и всѣ послѣдующія, причемъ шансы осуществленія деликта должны расти по мѣрѣ развитія дѣятельности. Преступный успѣхъ тѣмъ болѣе здѣсь вѣ-

роятенъ, что субъектъ, дѣйствующій съ опредѣленнымъ намѣреніемъ, соображаетъ свой образъ дѣйствій съ характеромъ обстановки и встрѣчающихся на пути препятствій, что онъ можетъ использовать выгоды первой, обойти или устранить вторыя, словомъ, что здѣсь работаетъ не мертвая, но живая и разумная и тѣмъ болѣе опасная сила. Преступная воля субъекта не можетъ не умножать количества мыслимыхъ комбинацій съ неблагопріятнымъ исходомъ. Она образуетъ ихъ чрезъ посредство того запаса физическихъ силъ, которыя находитъ въ организмѣ человѣка, и которыя расходуетъ и направляетъ, сообразуясь съ преслѣдуемой цѣлью и данной комбинаціей внѣшнихъ обстоятельствъ. Одно и то же физическое дѣйствіе приводитъ къ результату неизмѣримо чаще, если оно вытекаетъ изъ отвѣчающаго цѣли намѣренія, чѣмъ,—если оно выполняется, хотя и произвольно, но безъ такого намѣренія.

Особо важное значеніе, съ точки зрѣнія права, волевой моментъ дѣйствія пріобрѣтаетъ въ составѣ матеріальнаго деликта при отсутствіи результата. Потенціальная оцѣнка *оконченнаго* дѣйствія покушенія не представляетъ какой либо трудности Дѣйствіе субъекта, сдѣлавшаго все, что онъ считалъ нужнымъ для осуществленія послѣдствія, нельзя разсматривать иначе, какъ опасное. In concreto оно можетъ остаться и безъ результата, но in abstracto, въ массѣ, оно даетъ всегда значительный % случаевъ дѣйствительнаго причиненія вреда. Не столь ясно и опредѣленно обстоитъ дѣло при неоконченномъ покушеніи. Дѣйствіе неоконченнаго покушенія можетъ производить впечатлѣніе неопаснаго уже по одному тому, что само по себѣ, независимо отъ послѣдующихъ шаговъ виновнаго, никогда не образуетъ комбинаціи предшествующихъ, влекущей за собою вредный результатъ. Такъ, напр., взломъ, самъ по себѣ, ни при какихъ обстоятельствахъ не приводитъ къ похищенію имущества. Припомнимъ, однако, что и дѣйствіе оконченнаго покушенія приводитъ къ результату лишь при посредствѣ цѣлаго ряда послѣдующихъ фактовъ. Спускъ курка, производимый покушающимся на убійство, даетъ въ результатѣ лишеніе жизни только при условіи, что порохъ воспламенится, въ стволѣ разовьется высокое давленіе, полетъ пули опредѣлится намѣченной линіей, и пр. Если требуемые факты въ

одномъ случаѣ ожидаются извнѣ, тогда какъ въ другомъ должны составить продуктъ воли самого виновнаго, то это различіе теряетъ силу предъ соображеніемъ, что субъектъ въ обоихъ случаяхъ равно разсчитываетъ на эти факты и лишь въ предположеніи, что они дѣйствительно наступятъ, совершаетъ первоначальное дѣйствіе. Если субъектъ рѣшился что либо сдѣлать, онъ такъ же можетъ учитывать въ будущемъ свои дѣйствія, какъ и дѣйствія третьихъ лицъ, или привходящія физическія силы. Что покушеніе, взятое въ его первой незаконченной стадіи, представляетъ уже извѣстную и часто весьма крупную опасность для правового блага, можно было бы доказать статистически. Взломъ, выполняемый съ цѣлью кражи, быть можетъ, не рѣже влечетъ за собой похищеніе чужой собственности, чѣмъ дѣйствіе спуска курка, производимое animo necandi, приводитъ къ фактическому отнятію жизни. Оконченное и неоконченное покушенія—одинаково дѣйствія опасныя,—въ этомъ отношеніи между ними нѣтъ принципіальнаго различія

Намѣтивъ, въ чемъ заключается потенціальный моментъ дѣйствія при неоконченномъ покушеніи, мы, впрочемъ, только подошли къ проблемѣ покушенія, но отнюдь ея не рѣшили. Опасно не только покушеніе, но также и приготовленіе, ибо и здѣсь мы находимъ актъ произвольнаго тѣлодвиженія, предпринятый въ предположеніи, что за нимъ послѣдуетъ рядъ другихъ тѣлодвиженій, достаточныхъ, чтобы обезпечить наступленіе результата. Въ этомъ отношеніи между приготовленіемъ и покушеніемъ нѣтъ качественнаго различія, есть лишь количественное. Между собою они различаются не по роду, но лишь по степени опасности. Границу, отдѣляющую неоконченное покушеніе отъ приготовленія, мы опредѣлимъ только, если на ряду съ потенціальнымъ моментомъ дѣйствія привлечемъ къ дѣлу моментъ нормативный, что́ и будетъ сдѣлано ниже.

Вторую разновидность дѣйствія въ составѣ уголовнаго деликта можно было-бы назвать *завѣдомо-опаснымъ* дѣйствіемъ. Предметомъ оцѣнки является здѣсь дѣйствіе, выполненное съ сознаніемъ возможныхъ уголовно-воспрещенныхъ послѣдствій, безъ желанія ихъ обусловить въ однихъ случаяхъ, съ непремѣннымъ желаніемъ избѣжать—въ другихъ. Такимъ образомъ воля субъекта высту-

паетъ здѣсь въ совершенно иной роли, чѣмъ въ первой группѣ деликтовъ. Тамъ субъективная воля—факторъ опасности, здѣсь—ея ограничитель. Но воля сама по себѣ значитъ еще мало. Важно знать тѣ средства, которыми она располагаетъ. Физическія силы, ловкость, тактъ, пріобрѣтенный опытъ, практическія знанія, свойственныя субъекту,—весьма нерѣдко вынуждаютъ насъ признать безопаснымъ дѣйствіе, которое мы не колеблясь назвали-ли бы опаснымъ, если-бы на него отважился кто-нибудь другой. Quod licet Yovi, non licet bovi Лишь принимая во вниманіе всю совокупность физическихъ и психологическихъ условій, сокрытыхъ въ самомъ субъектѣ, и сопоставляя ихъ съ тѣмъ разнообразіемъ внѣшнихъ условій, съ которымъ субъектъ можетъ стать въ соприкосновеніе, мы получаемъ возможность отвѣтить на вопросъ о томъ слѣдуетъ-ли разсматривать данное дѣйствіе, какъ опасное. Требуется, положимъ, опредѣлить. можно-ли признать опаснымъ, и въ какой мѣрѣ, дѣйствіе няньки, которая, играя съ ребенкомъ, подбросила его на воздухъ. Допустимъ, тѣло дитяти въ данномъ конкретномъ случаѣ приняло въ воздухѣ положеніе *a*, на что служанка отвѣтила тѣлодвиженіемъ *b*, и во время подхватила падающее тѣло. Положеніе подброшеннаго ребенка въ воздухѣ не могло быть предугадано въ точности. Если-бы въ слѣдующій разъ женщина подбросила ребенка кверху, какъ ей казалось-бы, совершенно тѣмъ-же усиліемъ мышцъ,—положеніе дитяти могло оказаться инымъ, въ третій разъ—третьимъ, и т. д. Ко всему этому при повтореніи могло-бы привзойти вліяніе условій, не зависящихъ вовсе отъ тѣлодвиженій няньки,—таковы, напр., тѣлодвиженія самого ребенка, условія почвы, если-бы пришлось мѣнять мѣсто для того, чтобы его ловить, и пр. Въ соотвѣтствіи съ измѣненіемъ перечисленныхъ внѣшнихъ условій, пришлось-бы и самой нянькѣ исполнить цѣлый рядъ тѣлодвиженій, отличныхъ отъ произведенныхъ ею въ данномъ конкретномъ случаѣ. Повторяя мысленно этотъ опытъ до безконечности, мы пришли-бы къ выводу, что въ опредѣленномъ $^0/_0$ случаевъ игра кончилась-бы благополучно, въ остальныхъ—паденіемъ ребенка на земь. Конечно, это процентное отношеніе было-бы опять иное въ случаѣ замѣны няньки профессіональнымъ жонглеромъ. Такъ что, если-бы

мы нашли, что ребенокъ подвергался опасности въ первомъ случаѣ,—вполнѣ возможно, что отвергли-бы опасность для ребенка во второмъ. Но само собою разумѣется, говоримъ ли мы объ условіяхъ, сокрытыхъ въ самомъ субъектѣ или привходящихъ извнѣ, для цѣлей вмѣненія могутъ имѣть значеніе только тѣ изъ нихъ, которыя лежатъ не за чертою предвидѣнія даннаго субъекта; дѣйствіе жонглера, подбрасывающаго ребенка, и неуспѣвающаго подхватить, вслѣдствіе внезапнаго головокруженія, конечно, не можетъ быть названо опаснымъ. Рѣшающее значеніе имѣетъ здѣсь не та физическая или иная одаренность, которою субъектъ располагаетъ въ дѣйствительности, но та, которую разумнымъ образомъ онъ могъ предполагать въ себѣ ко времени дѣйствія

Въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ субъектъ не имѣлъ воли ни осуществить результатъ, ни ему воспрепятствовать,—совершаемое субъектомъ произвольное тѣлодвиженіе должно быть признано опаснымъ или неопаснымъ, единственно судя по тому, сознавалъ ли субъектъ или нѣтъ, что его дѣйствіе грозитъ вредными послѣдствіями.

Объясненіе тому, что опасность дѣйствія можетъ опредѣляться фактомъ субъективнаго предвидѣнія послѣдствій, заключается въ слѣдующемъ. Производимая нами субъективная оцѣнка потенціальнаго значенія нашихъ дѣйствій покоится на совокупности нашихъ онто- и номологическихъ знаній. Но тѣ и другія, какъ показываетъ опытъ повседневной практической жизни, сравнительно мало и рѣдко уклоняются отъ дѣйствительности. Равнымъ образомъ выводы о вѣроятіи вредныхъ послѣдствій, дѣлаемые нами на основаніи этихъ знаній, отвѣчаютъ по общему правилу ихъ логическимъ предпосылкамъ. Въ массѣ, in abstracto, дѣйствія, которыя субъектъ считаетъ опасными, есть полное основаніе считать дѣйствительно опасными. Если сравнимъ совокупность дѣйствій, выполненныхъ въ извѣстномъ районѣ и въ извѣстный промежутокъ времени, безъ сознанія ихъ опасности, съ совокупностью вполнѣ однородныхъ по объективному составу дѣйствій, выполненныхъ тамъ же и за то же время, съ сознаніемъ ихъ опасности,—то найдемъ, что первыя обнаружатъ свою

вредоносность въ неизмѣримо меньшемъ процентѣ случаевъ, чѣмъ вторыя [1]).

Остается третій типъ уголовно опаснаго дѣйствія—не намѣренно, и не завѣдомо, а только *мыслимо опаснаго*. Сюда отходитъ категорія неосторожныхъ дѣйствій, выполняемыхъ по небрежности (negligentia). Неосторожность есть ничто иное, какъ отсутствіе должнаго содержанія воли, которое и ставится въ вину субъекту. Неосторожность въ субъективной сферѣ дѣйствія играетъ ту самую роль, которая въ объективной—принадлежитъ бездѣйствію. Мы наказываемъ бездѣйствовавшаго не за то, что онъ сдѣлалъ, но за то, чего онъ *не* сдѣлалъ,—неосторожнаго не за то, что онъ хотѣлъ чего-то, но за то, что *не* хотѣлъ: не хотѣлъ удѣлить достаточно вниманія сформированію и оцѣнкѣ онто- и номологическаго содержанія своихъ представленій. При умыслѣ содержаніе воли опредѣляется признаками положительными,—хотѣніемъ опредѣленныхъ измѣненій, при неосторожности отрицательными,—бездѣйствіемъ воли, ея пассивностью, непредпринятіемъ дѣятельности, направленной къ отклоненію или избѣжанію опредѣленныхъ измѣненій. Неосторожное дѣйствіе есть вмѣстѣ и опасное Пассивность воли потому и ставится въ вину субъекту, что не даетъ укорениться въ его сознаніи представленію о комбинаціи фактовъ, существовавшей въ дѣйствительности и заключавшей въ себѣ, по свидѣтельству опыта, опасность возникновенія вреднаго послѣдствія. Нѣкто ѣдетъ вскачь по людной улицѣ и давитъ прохожаго. Озорной человѣкъ хватаетъ первый попавшійся на глаза револьверъ, шутя нацѣливается въ пріятеля и стрѣляетъ Невѣжда архитекторъ дѣлаетъ ошибку въ чертежѣ, домъ валится и погребаетъ подъ своими развалинами партію рабочихъ. Кто скачетъ по улицѣ, видя, что она кишитъ народомъ; кто мѣтится и спускаетъ курокъ, не зная, заряженъ револьверъ или нѣтъ; кто берется строить, не зная правилъ строительнаго искусства,—тѣ, очевидно, выполняютъ дѣйствія опасныя. Для

[1]) Естественно, моментъ завѣдомости играетъ такую же роль и при образованіи опасности намѣренно преступнаго дѣйствія, такъ какъ преступное направленіе воли мыслимо лишь при сознаніи преступно потенціальнаго значенія выполняемаго комплекса тѣлодвиженій Но опасность намѣреннаго дѣйствія заключаетъ въ себѣ нѣкоторый плюсъ въ сравненіи съ опасностью дѣйствія, завѣдомо, но не намѣренно опаснаго.

каждаго, или почти каждаго человѣческаго дѣйствія существуетъ рядъ такихъ комбинацій сопутствующихъ обстоятельствъ, при которыхъ оно становится опасно, т. е., причиняетъ вредъ въ небезразличномъ $^0/_0$ случаевъ. Воспретить подъ страхомъ наказанія сформированіе *всякой* комбинаціи обстоятельствъ, изъ которой, по свидѣтельству опыта, въ небезразличномъ $^0/_0$ случаевъ возникаетъ ущербъ для правового блага,—не выполнимо практически. Запретъ возможенъ единственно по отношенію къ тѣмъ комбинаціямъ, опасность которыхъ доступна человѣческому разумѣнію. Но отсюда можетъ быть сдѣланъ и обратный выводъ: всюду, гдѣ мы признаемъ, что субъектъ могъ предвидѣть вредное послѣдствіе, мы тѣмъ самымъ констатируемъ существованіе комбинаціи, грозящей вредомъ, по свидѣтельству опыта.

Итакъ, характерная черта опаснаго дѣйствія въ составѣ уголовнаго деликта, это—имѣющееся у субъекта, или только ему доступное, сознаніе опасности дѣйствія.

Но здѣсь необходима оговорка. Право есть средство, ведущее къ опредѣленной цѣли. Цѣль уголовнаго права заключается въ возможномъ искорененіи опредѣленныхъ нежелательныхъ явленій общественной жизни. Прямой отсюда выводъ, что предположеніемъ репрессіи можетъ служить только такая фактическая комбинація, которая *болѣе* опасна, т. е. болѣе заключаетъ въ себѣ шансовъ реализаціи вреднаго послѣдствія, чѣмъ комбинація, мысленно ей противополагаемая. А такъ какъ единственный фактическій моментъ, повліять на который могла-бы уголовная угроза, заключается въ проявленіи человѣческой воли, т. е. въ дѣйствіи субъекта, то цѣлесообразное предположеніе репрессіи необходимо должно заключать въ себѣ дѣйствіе, болѣе опасное, чѣмъ *недѣйствіе* или другое дѣйствіе, которое, при иномъ (желательномъ) направленіи воли, заступило бы мѣсто даннаго. Чтобы принять или отвергнуть наличность противуправно-опаснаго дѣйствія, мы должны поэтому опредѣлить степень не только абсолютной (безотносительной) опасности, представляемой дѣйствіемъ, но и мѣру ея приращенія, сравнить вновь возникшую съ существовавшею ранѣе или связанной съ предположеніемъ, что инкриминируемое дѣйствіе отпало-бы вовсе. Мы назовемъ дѣйствіе болѣе опаснымъ, если оно умножаетъ количество комбинацій, влекущихъ нежела-

емый результатъ, или, напротивъ, сокращаетъ количество комбинацій, которыя даютъ тѣмъ же фактамъ иное каузальное разрѣшеніе—выражаясь иначе,—если оно измѣняетъ соотношеніе условій содѣйствующихъ и противодѣйствующихъ къ невыгодѣ правопорядка[1]) Если Давидъ, желая овладѣть Вирсавіей, намѣренно направилъ мужа ея Урію въ опасное мѣсто боя, то съ уголовно правовой точки зрѣнія мы должны признать дѣйствіе Давида болѣе опаснымъ, чѣмъ его же *недѣйствіе*. шансы Уріи выйти изъ боя живымъ или невредимымъ были, очевидно, понижены распоряженіемъ военачальника. Напротивъ, если нянька во время грозы ведетъ ребенка домой по опредѣленной улицѣ, она, конечно, подвергаетъ его извѣстной опасности быть убитымъ молніей, но такъ какъ эта опасность во всякомъ случаѣ не выше той, которой ребенокъ подвергался-бы на бульварѣ, или при возвращеніи съ бульвара по иной улицѣ, то опаснымъ дѣйствіе няньки въ принятомъ нами смыслѣ названо быть не можетъ.

Возрастаніе опасности можетъ произойти въ двоякомъ направленіи: интензивномъ или экстензивномъ; другими словами, могутъ возрасти или шансы, или размѣръ возможнаго бѣдствія, или, наконецъ, то и другое вмѣстѣ. Въ плотинѣ уже имѣлась течь,—нѣкто ее расширилъ:—опасность прогрессируетъ въ интензивномъ направленіи. Подрядчикъ послалъ новую партію рабочихъ въ грозящую обваломъ шахту—шансы несчастія остаются тѣ же, но оно возрастаетъ въ размѣрѣ. Антрепренеръ дозволилъ взойти на шатающіеся подмостки галлереи новому десятку зрителей:—здѣсь, очевидно, возрастаютъ не только шансы обвала, но и размѣръ грозящей катастрофы.

---

[1]) Содѣйствующими условіями мы называемъ тѣ, отпаденіе которыхъ понижаетъ опасность данной фактической комбинаціи, противодѣйствующими—тѣ, которыя отпадая повышаютъ мѣру ея опасности. Такъ, замѣну разостланнаго на полу матраца ковромъ, какъ дѣйствіе, мы сочли-бы условіемъ, содѣйствующимъ бою падающей на полъ стеклянной посуды, напротивъ, настилка того же ковра на каменный полъ была-бы условіемъ противодѣйствующимъ. Ср. Thyren, Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie. I, S. 61—72. Сравнительная оцѣнка потенціальныхъ моментовъ дѣйствій—исполненнаго и мысленно ему противополагаемаго не имѣетъ мѣста при полицейскомъ деликтѣ, гдѣ опасность опредѣленнаго дѣйствія при опредѣленной обстановкѣ разъ навсегда фиксируется законодателемъ

Опредѣляя, повысило или нѣтъ дѣйствіе субъекта опасность положенія,—необходимо руководствоваться слѣдующими соображеніями.

Рѣшить съ безусловною достовѣрностью, что произошло-бы in concreto, если-бы дѣйствіе отпало, мы не всегда въ силахъ, такъ какъ не всегда можемъ обнять всей полноты предшествующихъ фактовъ. Если двое ведутъ игру, при чемъ одинъ заглядываетъ другому въ карты, мы можемъ сказать, что шансы послѣдняго на выигрышъ должны существенно понизиться, но мы едва-ли съумѣемъ сказать, какой исходъ имѣла-бы игра, если-бы ее вели правильно. Исключая мысленно дѣйствіе изъ числа предшествующихъ, мы не должны разсчитывать на полученіе строго опредѣленнаго отвѣта на вопросъ о томъ, что иначе произошло-бы.—мы только узнаемъ о бо́льшей или меньшей вѣроятности тѣхъ или иныхъ послѣдствій, въ зависимости отъ рода и числа фактовъ, подвергаемыхъ обобщенію.

Далѣе, мы знаемъ, что всякое обобщеніе покоится на критеріи или объективномъ, или субъективномъ. Соотвѣтственно, и здѣсь мы сталкиваемся съ вопросомъ: слѣдуетъ-ли для построенія и оцѣнки сравнительной гипотезы обобщать всѣ вообще факты, которые ex post стали извѣстны судьѣ на основаніи спеціальнаго розыска, или должно ограничиться тѣми, которые учелъ, или могъ учесть, субъектъ ко времени своего дѣйствія. Обычно на практикѣ эти критеріи совпадаютъ. Пожарный выноситъ ребенка изъ огня и спускается съ нимъ по водосточной трубѣ, рискуя каждую минуту оборваться или выронить ребенка изъ рукъ. Сопоставляя и сравнивая опасность положенія ребенка въ домѣ и во время спуска, какъ то и другое должны были рисоваться пожарному ex ante, а судьѣ ex post,—мы найдемъ, равно съ обѣихъ точекъ зрѣнія, что дѣйствіе субъекта повысило шансы ребенка на сохраненіе жизни, и что поэтому опасность, которой онъ подвергъ ребенка при спускѣ, лишена противоправнаго характера.

Независимость отвѣта отъ исходной точки зрѣнія не составляетъ, однако, общаго правила. Возможны случаи, гдѣ съ абстрактно-объективной точки зрѣнія судьи пришлось-бы признать, что субъектъ своими дѣйствіями повысилъ шансы вреднаго

послѣдствія, тогда какъ, съ его личной субъективной точки зрѣнія, констатировать пониженіе ихъ, и наоборотъ.

Такъ какъ опасность сравниваемыхъ положеній не можетъ быть оцѣниваема съ разныхъ точекъ зрѣнія, и такъ какъ съ самаго начала для оцѣнки дѣйствія въ составѣ уголовнаго деликта мы сочли единственно пригоднымъ критерій субъективный, то, очевидно, имъ-же должны руководствоваться и при образованіи и оцѣнкѣ той фактической комбинаціи, которую противополагаемъ данной in concreto. Мы должны признать няньку отвѣтственной за оставленіе ребенка въ опасномъ положеніи, хотя-бы домъ, откуда ребенокъ былъ взятъ, и гдѣ онъ, слѣдовательно, по всей вѣроятности, находился-бы, если-бы не былъ взятъ,—тѣмъ временемъ сгорѣлъ до тла. Ребенокъ съ абстрактно-объективной точки зрѣнія, только выигралъ, опасность для его жизни на берегу рѣки менѣе значительна, нежели въ горящемъ домѣ,—но мы не видимъ, чтобы фактъ пожара состоялъ въ необходимой связи съ дѣйствіемъ служанки. Намъ легко себѣ представить, что служанка могла-бы совершенно такъ-же поступить и въ томъ случаѣ, если бы вслѣдъ за ея уходомъ не послѣдовало никакого пожара. Послѣдній по отношенію къ ея дѣйствію былъ чистою случайностью.

Въ потенціальной связи съ дѣйствіемъ субъекта, требуемой составомъ уголовнаго деликта, должны состоять не только конечные результаты, но и промежуточные. Совершенно такъ же, какъ каузальное значеніе мы признаемъ за дѣйствіемъ только при условіи, если звенья, связующія дѣйствіе съ результатомъ, послѣдовательно обусловливаютъ другъ друга,—такъ же точно и потенціальное значеніе мы можемъ признать за дѣйствіемъ только, если звенья, смыкающія цѣпь событій, состоятъ одно къ другому въ потенціальномъ отношеніи.

Ошибочно инкорпорируя ученіе о потенціальномъ значеніи дѣйствія въ доктрину о виновности, часто говорятъ, что вмѣненіе результата требуетъ, чтобы субъектъ предвидѣлъ не только фактъ, но и порядокъ осуществленія результата. Невыполнимость требованія—очевидна Давно уже было сказано, что предугадать въ точности физіологическій процессъ, вызванный пораненіемъ и завершившійся смертью, не въ силахъ даже спеціалистъ медикъ.

Если же понятію „промежуточныхъ звеньевъ“ дать иное, болѣе узкое истолкованіе,—особо рельефныхъ моментовъ, останавливающихъ на себѣ вниманіе изслѣдователя, то мы и тогда лишь немного подвинемся впередъ въ уясненіи смысла помянутой формулы Прочно установившаяся судебная практика весьма нерѣдко вмѣняетъ виновнымъ результаты ихъ дѣйствій также и при отсутствіи предвидѣнія, требуемаго этой формулой Примѣры подобнаго рода могутъ быть приведены въ изобиліи· смерть Б послѣдовала отъ остраго малокровія, какъ слѣдствія кровотеченія, тогда какъ А прицѣливаясь полагалъ пробить пулею сердце. А animo necandi ранилъ Б и, считая его убитымъ, скрылся; дѣло было зимою въ открытомъ полѣ, и Б замерзъ. А, желая утопить Б, сбросилъ его съ моста, Б падая разбился о каменные ледорѣзы А, стрѣляя въ Б, только потому попалъ въ цѣль, что Б въ испугѣ метнулся въ сторону Или. субъектъ выполнилъ нѣсколько дѣйствій, предпринятыхъ каждое съ особой цѣлью, и результатъ былъ осуществленъ посредствомъ дѣйствія. которое имѣло совершенно иное назначеніе: нѣкто, желая симулировать самоубійство, сначала занаркотизировалъ свою жертву и затѣмъ повѣсилъ. Смерть послѣдовала, однако, отъ наркоза, а не отъ удушенія. Или: нѣкто причинилъ смерть дѣйствіемъ, предпринятымъ съ цѣлью сокрытія слѣдовъ преступленія,—тѣмъ, что мнимоубитаго закопалъ въ землю. Или еще примѣръ (заимствуемый изъ Казуистики Сергѣевскаго): крестьянинъ хочетъ свезти свое сѣно и украсть чужое, но увозитъ чужое, думая, что беретъ свое, и свозитъ свое, думая, что беретъ чужое [1]).

Если такимъ образомъ непредвидѣніе промежуточныхъ звеньевъ ни мало не мѣшаетъ признанію результата вмѣнимымъ, то отсюда самъ собою напрашивается выводъ, что предвидѣніе или непредвидѣніе ихъ субъектомъ—фактъ юридически безразличный Для вмѣненія необходимо иное: надо, чтобы сферой субъективнаго сознанія были восприняты такіе факты и въ такомъ числѣ, что достаточно высокая возможность каждаго изъ промежуточныхъ результатовъ была-бы обоснована логически. Вмѣненіе преступнаго результата

[1]) Вопросъ, конечно, рѣшается иначе, если намѣреніе украсть чужое сѣно возникло послѣ приведенія въ исполненіе намѣренія свезти свое сѣно

не требуетъ, чтобы субъектъ предвидѣлъ порядокъ его осуществленія,—достаточно, если этотъ порядокъ былъ предвидимъ. Результатъ вмѣнимъ, коль скоро онъ является подтвержденіемъ опасности дѣйствія, коль скоро комбинація предшествующихъ условій, сложившаяся in concreto, и приведшая къ результату, не исчезала, съ точки зрѣнія онто- и номологическихъ знаній субъекта, въ подавляющей массѣ другихъ мыслимыхъ комбинацій. Для контраста привожу дѣйствія, которыя сами по себѣ опасны, но результаты которыхъ не подлежатъ вмѣненію: раненый Б остался лежать на проѣзжей дорогѣ. гдѣ черезъ 5 минутъ былъ убитъ ударомъ молніи (причинная связь дѣйствія и результата не подлежитъ сомнѣнію: если бы Б не былъ раненъ, то не находился бы тамъ, гдѣ ударила молнія); Б умеръ отъ испуга прежде, чѣмъ послѣдовалъ выстрѣлъ; Б обороняясь схватился за дуло ружья и тѣмъ обусловилъ выстрѣлъ; раненый Б намѣренно растравилъ свою рану, не пригласилъ врача; приглашенный врачъ, ампутируя больному ногу, намѣренно вызвалъ гангрену; нѣкто В, проходя тою же дорогой, гдѣ лежалъ раненый, воспользовался беззащитнымъ положеніемъ послѣдняго и убилъ его; невѣжественный отравитель причинилъ смерть не ядомъ, но противоядіемъ, предложеннымъ въ порывѣ раскаянія. Мы отвергаемъ во всѣхъ этихъ случаяхъ вмѣненіе послѣдствій на томъ единственномъ основаніи, что они наступили внѣ отношенія къ опасности дѣйствія, не какъ продуктъ комбинацій предшествующихъ, которыхъ можно было ожидать по составу опасныхъ дѣйствій.

Вмѣстѣ съ тѣмъ является понятнымъ, почему результатъ вмѣнимъ, какимъ бы причудливымъ характеромъ ни отличалась причинная связь его съ дѣйствіемъ, если только привзошедшіе факты были субъектомъ предусмотрѣны. Такое предусмотрѣніе равносильно расширенію базы требуемой абстракціи, включенію въ группу обобщаемыхъ именно тѣхъ фактовъ, которые лишаютъ наступившій in concreto результатъ его исключительнаго характера. Объективная возможность смерти отъ удара по черепу, оказавшемуся трепанированнымъ, растетъ или, напротивъ, сокращается въ зависимости отъ того, пожелаемъ-ли мы, или нѣтъ, включить въ число обобщаемыхъ фактовъ сознаніе субъекта, что черепъ трепанированъ

Критерій абстракціи, котораго мы держимся въ сферѣ уголовнаго деликта, носитъ такимъ образомъ строго субъективный характеръ. Субъективный критерій абстракціи былъ впервые предложенъ Крисомъ, но проведенъ имъ далеко не съ достаточной послѣдовательностью. Противъ критерія Криса, со стороны юридической, сдѣланы были слѣдующія возраженія. По словамъ Листа, если стать въ понятіи опасности дѣйствія на субъективную точку зрѣнія, то о „типичной причинности" болѣе не можетъ быть рѣчи: мѣсто причиненія заступаетъ виновность. „Адэкватное причиненіе" представляетъ собою въ научномъ отношеніи шагъ назадъ, поскольку оно заключаетъ въ себѣ смѣшеніе вопроса о причинной связи съ вопросомъ о наличности вины. которые во всякомъ случаѣ должны быть строго различаемы [1]). По словамъ другого криминалиста—Радбруха, „Крисъ замѣнилъ составную часть понятія неосторожности, субъективную предвидимость результата тѣмъ, что онъ сдѣлалъ составною частью понятія причинности, кромѣ обусловленности, еще: возможность результата, опредѣляемую на основаніи обстоятельствъ, извѣстныхъ субъекту ко времени введенія условія, или же (вообще) доступныхъ распознанію" [2]).

Поскольку возраженія обоихъ,—Листа и Радбруха,—направлены противъ теоріи адэкватнаго причиненія они вполнѣ достигаютъ цѣли. Внесеніе субъективнаго момента предвидѣнія въ объективное отношеніе причинной связи дѣйствія, какъ тѣлодвиженія, и результата. какъ внѣшняго измѣненія, заключало-бы въ себѣ дѣйствительно внутреннее логическое противорѣчіе. Ожидалъ или нѣтъ А, что брошенный имъ камень вышибетъ глазъ у Б,—слѣпота послѣдняго одинаково составитъ слѣдствіе метанія камня рукою А, коль скоро это метаніе разсматривается in concreto, какъ условіе sine qua non произошедшаго несчастія. „Адэкватное причиненіе"—будучи адэкватнымъ, не перестаетъ быть причиненіемъ, которое, какъ таковое, должно удовлетворять всѣмъ постулатамъ этого понятія. Не удовлетворяя послѣднимъ, оно тѣмъ самымъ обнаруживаетъ свою внутреннюю логическую несостоятельность. Но этотъ упрекъ—смѣшеніе

[1]) Lehrbuch, изд 10, стр. 111 и 106, прим 3: изд 12, стр. 133
[2]) Radbruch, в. с, стр. 37 и сл

вины и причиненія—неприложимъ къ доктринѣ опаснаго дѣйствія, защищаемой нами. Понятіе опасности дѣйствія отнюдь не посягаетъ на чистоту и выдержанность понятія причинной связи, съ которымъ не имѣетъ ничего общаго; тѣмъ болѣе, оно не есть отрѣзокъ отъ понятія виновности, искусственно вводимый въ понятіе причиннаго отношенія.

Сторонники такъ наз. Vorstellungstheorie (къ которымъ принадлежитъ Листъ) въ предвидѣніи или возможности предвидѣнія усматриваютъ сущность понятія виновности. Неудивительно, если въ ученіи о потенціальномъ моментѣ дѣйствія, оперирующемъ съ тѣмъ же понятіемъ предвидѣнія, они не хотятъ видѣть что либо кромѣ частичнаго воспроизведенія ученія о виновности.

Здѣсь не мѣсто входить въ подробную оцѣнку теорій воли и представленія въ ученіи о формахъ виновности. Лично, болѣе правильнымъ мы считаемъ мнѣніе, что моральная и правовая оцѣнка поведенія должна покоиться на моментахъ образованія и направленія воли. ея активности или пассивности, но отнюдь не на фактахъ предвидѣнія или предвидимости результата. Проблема различія формъ виновности сводится къ вопросу, чѣмъ со стороны воли въ томъ или другомъ случаѣ опредѣляется отвѣтственность субъекта, совершающаго дѣйствіе, преступныя послѣдствія котораго онъ предвидѣлъ или могъ предвидѣть.

Но если даже и согласиться съ тѣмъ, что при установленіи признаковъ виновности и опасности дѣйствія, мы одинаково оперируемъ съ моментами не только воли, но и предвидѣнія, то изъ факта частичнаго совпаденія въ объектахъ изученія еще отнюдь нельзя заключать о тождествѣ въ преслѣдуемой цѣли и достигаемыхъ результатахъ. Ученіе о потенціальномъ моментѣ дѣйствія изслѣдуетъ вопросъ о томъ, когда дѣйствіе опасно, доктрина о виновности—вопросъ о томъ, когда это опасное дѣйствіе можетъ быть поставлено въ вину субъекту. Отношеніе опасности принадлежитъ внѣшнему объективному міру. Оно познается изъ опыта по объективнымъ, т. е. общеобязательнымъ правиламъ мышленія. Оно есть внѣшнее отношеніе дѣйствія, какъ психофизическаго цѣлаго, въ составѣ физическаго тѣлодвиженія и ему сопутствующихъ моментовъ предвидѣнія и воли.—къ основанію репрессіи; тогда какъ виновность есть внутреннее отношеніе субъективной

воли къ физической сторонѣ дѣйствія и его послѣдствіямъ. Нѣтъ совпаденія и въ результатахъ оцѣнки. Не всякое виновное дѣйствіе опасно, (см. ниже, § 19), не всякое опасное—виновно. При оцѣнкѣ виновности, пріобрѣтаютъ значеніе и такіе моменты субъективной стороны дѣйствія, которые при сужденіи объ опасности лишены значенія. При тождествѣ представленій, и при формально совпадающемъ направленіи воли, мы можемъ разно рѣшать вопросъ о виновности. Результаты оцѣнки зависятъ, съ одной стороны, отъ характера субъекта,—насколько онъ мнителенъ, или, напротивъ, самонадѣянъ, находчивъ или расположенъ теряться,—съ другой,—отъ душевнаго состоянія въ моментъ дѣйствія, былъ ли субъектъ здоровъ или боленъ, бодръ или утомленъ, спокоенъ или возбужденъ, трезвъ или отуманенъ парами алкоголя Извѣстно, что у страха глаза велики, и, напротивъ, что пьяному море по колѣно. Ни виды уголовной политики, ни соображенія справедливости не дозволяютъ ко всѣмъ и всегда предъявлять равныя требованія. Если субъектъ дѣйствовалъ cum dolo, пріобрѣтаетъ значеніе характеръ умысла. прямой или эвентуальный, но эта особенность умысла оцѣнивается здѣсь, какъ и всѣ другіе психическіе моменты, уже не со стороны опасности дѣйствія, но со стороны нравственной характеристики воли. На рѣшеніе вопроса о виновности вліяетъ, далѣе, различіе въ образованіяхъ умысла (предумышленіе, умыселъ аффектированный и внезапный), которое опять-таки лишено всякаго значенія при оцѣнкѣ о п а с н о с т и дѣйствія. Наконецъ, виновность и опасность дѣйствія не совпадаютъ вовсе при деликтахъ формальныхъ и „нарушенія безопасности“.

Послѣ всего сказаннаго, достаточно выясняется отличіе принятаго нами „субъективнаго“ критерія понятія опаснаго дѣйствія отъ „субъективныхъ“ критеріевъ, предложенныхъ ранѣе (Крисомъ и другими) Въ основу абстракціи мы полагаемъ не дѣйствіе, какъ физическое тѣлодвиженіе, плюсъ тѣ или другіе предшествующіе, сопутствующіе или послѣдующіе внѣшніе факты, поскольку они были или могли быть предусмотрѣны субъектомъ, но дѣйствіе, какъ сложный психо-физическій актъ, помимо какихъ либо искусственныхъ приращеній. Физическая сторона дѣйствія представляетъ собою по объему величину постоянную: она—одна и та же во всѣхъ безъ исключенія деликтныхъ образо-

ваніяхъ, напротивъ, субъективная—варьируетъ. При полицейскихъ деликтахъ субъективная оцѣнка потенціальнаго значенія дѣйствія игнорируется вовсе, при уголовныхъ она принимается въ разсчетъ, но не всегда въ равной мѣрѣ. При мыслимо опасныхъ дѣйствіяхъ критерій абстракціи обнимаетъ собою совокупность относящихся до результата, имѣющихся у субъекта или только ему доступныхъ онто- и номологическихъ знаній, безъ вниманія къ тому, использовалъ ихъ, или нѣтъ, субъектъ in concreto. При завѣдомо и намѣренно опасныхъ дѣйствіяхъ мы принимаемъ въ разсчетъ и ту потенціальную оцѣнку, которую субъектъ производитъ самъ физической сторонѣ дѣйствія, равно какъ фактъ дѣйствующей въ опредѣленномъ направленіи субъективной воли.

Особую разновидность уголовнаго деликта представляютъ собою деликты нарушенія безопасности (Gefahrdungsdelikte). Какъ принято выражаться, законодатель вводитъ здѣсь моментъ нарушенія безопасности въ самый corpus delicti. Сюда принадлежатъ преступленія дуэли, оставленія въ опасности, попытокъ поврежденія разнаго рода сооруженій Преступленія эти—формальныя. Если законъ и предусматриваетъ здѣсь вредное послѣдствіе, то лишь какъ спеціальный придатокъ къ нетеряющему своей самостоятельности формальному деликту.

Деликты нарушенія безопасности встрѣчаются въ двоякой формѣ: законъ или описываетъ дѣйствіе, требуя для состава, чтобы оно подвергло опасности опредѣленное правовое благо, или означаетъ правовое благо, требуя, чтобы дѣйствіе—какое-бы то ни было—подвергло это благо опасности. Примѣры перваго типа были приведены выше; примѣромъ второго можетъ служить § 87 австрійскаго угол улож., который предусматриваетъ всякое вообще злонамѣренно предпринятое дѣйствіе, подвергающее опасности жизнь, здоровье или тѣлесную неприкосновенность третьихъ лицъ (умышленное нарушеніе безопасности) [1]). Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что въ составы деликтовъ перваго типа формально требованіе нарушенія безопасности вводится законо-

[1]) Однохарактерное постановленіе содержитъ въ себѣ art 68 послѣдняго швейцарскаго проекта (1903 года): „wer einen Menschen wissentlich und gewissenlos in unmittelbare Gefahr fur das Leben oder in schwere Gefahr fur die Gesundheit bringt, wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Gefangnis bestraft..“

дателемъ не всегда, во многихъ случаяхъ, какъ, напр., въ составѣ дуэли, оно является продуктомъ судебнаго толкованія.

Всѣ попытки установить юридическую конструкцію деликтовъ нарушенія безопасности до сихъ поръ кончались неудачей. Происходило это главнымъ образомъ отъ недостатка вниманія къ потенціальному моменту дѣйствія въ составѣ уголовнаго деликта, отъ невѣрнаго или односторонняго пониманія сущности этого момента и проистекающей отсюда неполноты представленія о возможныхъ его образованіяхъ Деликтъ нарушенія безопасности есть, по общему правилу, деликтъ формальный, и, какъ таковой, не требуетъ для полноты состава, чтобы грозящее зло осуществилось въ дѣйствительности,—соотвѣтственно, потенціальный моментъ дѣйствія опредѣляется здѣсь отношеніемъ дѣйствія не къ результату, а къ основанію репрессіи Во-вторыхъ, деликтъ нарушенія безопасности есть деликтъ уголовный, или иначе субъективно-опасный. Это значитъ, что дѣйствіе здѣсь признается опаснымъ, лишь постольку, поскольку эта опасность была раскрыта (или могла быть раскрыта) сознанію субъекта дѣйствія. Обычно законодатель въ деликтахъ нарушенія безопасности не различаетъ намѣренно опасныхъ дѣйствій отъ завѣдомо и мыслимо опасныхъ, что имѣетъ свое разумное основаніе [1]) Напротивъ, различеніе завѣдомо и мыслимо опасныхъ дѣйствій при деликтахъ нарушенія безопасности вполнѣ возможно и составляетъ едва-ли не общее правило. (Ср. напр. контрастъ ст. ст. 558 и 566 у. у.).

Мы отмѣтили черты деликта нарушенія безопасности, общія со всякимъ вообще уголовнымъ формальнымъ деликтомъ. Укажемъ теперь его специфическія особенности. Деликты нарушенія безопасности слѣдуетъ строго отличать отъ формальныхъ общаго типа: первыя относятся ко вторымъ, какъ понятіе вида къ понятію рода. Формальный деликтъ общаго типа не требуетъ нарушенія безопасности въ техническомъ смыслѣ этого слова. Клевета остается клеве-

---

[1]) Примѣромъ выдѣленія намѣренно опаснаго дѣйствія въ особый квалифицированный деликтъ нарушенія безопасности служитъ у насъ 2 ч ст. 558 уу., и по истинѣ нельзя не подивиться громоздкости этого юридическаго построенія Не проще ли во много разъ было на ряду съ деликтомъ нарушенія безопасности желѣзнодорожнаго движенія или плаванія создать простой матеріально уголовный деликтъ умышленнаго причиненія крушенія поѣзда или судна съ наказуемымъ покушеніемъ на него?

тою, хотя-бы доброе имя оклеветаннаго не подверглось ни малѣйшей опасности, потому-ли, что клевета была слишкомъ неправдоподобна, потому-ли, что оклеветанный пользовался исключительнымъ уваженіемъ, потому-ли, наконецъ, что собесѣдники клеветника хорошо знали истину. Подлогъ остается подлогомъ, какъ-бы ни былъ онъ очевиденъ. Напротивъ, не будетъ дуэли, если секунданты зарядили пистолеты горохомъ;—ни оставленія ребенка безъ помощи, если за подкинутымъ, безъ вѣдома виновной матери, слѣдила ея подруга или родственница;—ни нарушенія безопасности желѣзнодорожнаго движенія, если сторожъ изъ-за прикрытія слѣдилъ за шалуномъ, сорвавшимъ красный флагъ, выставленный на линіи (3 п. 554 ст. у.у.), и немедленно сорванный предупредительный знакъ замѣнилъ новымъ. Характерная особенность деликта нарушенія безопасности состоитъ въ томъ, что инкриминируемое дѣйствіе должно представляться опаснымъ не только субъекту, но и судьѣ, который для этого долженъ: 1) перенестись мысленно къ моменту совершенія дѣйствія. 2) воспринять знаніе всѣхъ обстоятельствъ дѣла, поскольку они были въ то время практически различимы. и 3) сдѣлать оцѣнку опасности положенія, подводя означенныя выше онтологическія знанія подъ номологическія, —послѣднія въ объемѣ тѣхъ общихъ свѣдѣній, которыми мы руководствуемся въ повседневной жизни. Говоря иначе, отъ дѣйствія въ составѣ деликта нарушенія безопасности требуется, чтобы опаснымъ его считалъ (или могъ считать) не только субъектъ дѣйствія, но и всякій иной добросовѣстный наблюдатель, не имѣвшій спеціальныхъ знаній, но посвященный во всѣ обстоятельства дѣла, практически различимыя при ближайшемъ ознакомленіи съ нимъ ex ante.

Можетъ случиться. что дѣйствіе, опасное при разсмотрѣніи ex ante, не будетъ имѣть вредныхъ послѣдствій, и судьѣ, при сужденіи дѣла ex post, будетъ совершенно ясно, что ихъ и не могло быть,—это нисколько не помѣшаетъ признать при извѣстныхъ условіяхъ дѣйствіе опаснымъ Для этого необходимо только, чтобы комбинація фактовъ, въ составъ которой вошло дѣйствіе субъекта, хотя и не могла имѣть иныхъ послѣдствій, какъ тѣ безвредныя, которыя она имѣла,—стала практически различима, точнѣе, *обнаружила* свои юридически безразличныя потен-

ціальныя свойства уже послѣ дѣйствія субъекта Благодаря продѣлкѣ секундантовъ, дуэлянты обмѣнялись холостыми выстрѣлами. Деликтъ нарушенія безопасности отсутствуетъ; можетъ быть рѣчь только о покушеніи на означенный деликтъ. Отсутствіе пули въ пистолетѣ—фактъ вполнѣ различимый практически. Этотъ фактъ не только существовалъ, но и былъ практически различимъ уже въ самый моментъ дѣйствія. Всякій, кому онъ былъ извѣстенъ, долженъ былъ отвергнуть опасность выстрѣла. Равнымъ образомъ, мы не можемъ признать опаснымъ положеніе подкинутаго ребенка, если за нимъ, безъ вѣдома виновной матери, слѣдило третье лицо, должны отвергнуть опасность для плаванія, если кто либо во-время узналъ, что маякъ будетъ злонамѣренно потушенъ, и своевременно увѣдомилъ о томъ смежные порты, и пр Въ иномъ освѣщеніи представляется слѣдующій казусъ: нѣкто оставляетъ грудного младенца поодаль отъ тропы въ глухомъ лѣсу; $^1/_2$ часа спустя, по той же тропѣ проходитъ сердобольная женщина, замѣчаетъ ребенка, и по чувству жалости беретъ его на воспитаніе. Въ моментъ виновнаго дѣйствія предугадать благопріятный исходъ практически было немыслимо. Въ теченіе получаса ребенокъ могъ быть растерзанъ дикимъ звѣремъ, женщина могла отложить прогулку или избрать другое направленіе, пройти, не замѣтивъ ребенка, и пр. Или другой примѣръ: поѣздъ приближается къ поврежденному мосту. Случайный прохожій замѣчаетъ опасность, и во-время даетъ предупредительный сигналъ. Мы скажемъ, что поврежденіе моста подвергло поѣздъ опасности. Предугадать счастливую случайность, помѣшавшую крушенію въ моментъ виновнаго дѣйствія практически было немыслимо —Состояніе опасности наступаетъ съ момента виновнаго дѣйствія и длится до того времени, когда становится возможнымъ съ увѣренностью утверждать, что вредныхъ послѣдствій дѣйствіе имѣть не будетъ [1]).

Какая могла быть цѣль созданія этихъ деликтовъ?

---

[1]) Особую разновидность деликта нарушенія безопасности образуютъ такъ наз. общеопасныя преступленія (см о нихъ часть II стр 167 настоящаго изслѣдованія) Въ образованіи потенціальнаго момента дѣйствія они не представляютъ, впрочемъ, какихъ либо уклоненій отъ общаго типа деликта нарушенія безопасности

Устанавливая для дѣйствія двойственный критерій опасности, требуя, чтобы дѣйствіе одновременно являлось опаснымъ подъ угломъ зрѣнія какъ виновнаго, такъ и судьи, законодатель тѣмъ самымъ съуживаетъ кругъ предположеній репрессіи, концентрируетъ послѣднюю на дѣйствіяхъ, которыя in abstracto, въ массѣ, должны давать особо высокій процентъ вредныхъ для правопорядка послѣдствій. Тамъ, гдѣ опасность дѣйствія опредѣляется единственно на основаніи онто- и номологическихъ знаній субъекта дѣйствія, можно утверждать, что въ извѣстномъ $^0/_0$ случаевъ эти знанія должны оказаться ошибочными, частью недостаточными. Если предположить, что на 100 сюда относящихся случаевъ ошибаются n разъ, опасность дѣйствія выразится формулой $\frac{100-n}{100}$. Но если мы введемъ сюда еще повѣрочный контроль судьи, $^0/_0$ возможныхъ ошибокъ въ оцѣнкѣ положенія, въ силу меньшей абстракціи отъ дѣйствительности, долженъ будетъ сократиться до minimum'а соотвѣтственно, среди инкриминируемыхъ дѣйствій, число безвредныхъ—снизоити до $n-x$, почему и опасность дѣйствія опредѣлится формулой $\frac{100-(n-x)}{100}$; но такъ какъ $\frac{100-(n-x)}{100} > \frac{100-n}{100}$, то опасность деликта нарушенія безопасности должна быть признана высшей въ сравненіи съ опасностью формально уголовнаго деликта общаго типа. Посредствомъ простого вычитанія, можемъ опредѣлить и разницу въ степени опасности $\frac{100-(n-x)}{100} - \frac{100-n}{100} = \frac{x}{100}$, т. е. опасность возрастаетъ въ количествѣ процентовъ, равномъ числу исправленныхъ контролемъ судьи ошибокъ субъекта по разсчету на 100.

Цѣль введенія въ кодексъ деликтовъ нарушенія безопасности заключается въ томъ, чтобы обойти правило о ненаказуемости безрезультатныхъ culpa и dolus eventualis, и въ то же время избѣжать обращенія дѣйствія въ слабо наказуемый полицейскій или въ средне наказуемый формальный уголовный деликтъ. То и другое требуется въ видахъ усиленія репрессіи въ случаяхъ особо важныхъ, какими, напр., являются общеопасныя преступленія. Усиленіе достигается тѣмъ, что законодатель вынуждаетъ виновнаго считаться не только съ послѣдствіемъ, но и съ близкою возможностью послѣдствія Напротивъ, въ другихъ случаяхъ, вводя въ составъ деликта моментъ нарушенія безопасности, за-

конодатель стремится къ обратной цѣли—ограниченія репрессіи,—менѣе опасныя дѣйствія не предусматриваются имъ вовсе, или наказываются слабѣе.

Въ заключеніе, слѣдуетъ упомянуть о небольшой группѣ смѣшанныхъ уголовно-полицейскихъ деликтовъ, или, выражаясь точнѣе, о полицейски—квалифицированной формѣ уголовнаго деликта. Таково, напр., преступленіе вооруженной кражи, слагающееся изъ деликтовъ: уголовнаго—кражи, и полицейскаго—*вооруженности* при совершеніи кражи. Отъ субъекта не требуется, чтобы онъ хотѣлъ употребить оружіе или допускалъ заранѣе мысль объ употребленіи,—достаточно, если онъ сознавалъ, что имѣетъ при себѣ оружіе, т. е., матеріальный предметъ, которымъ можно причинить смерть или увѣчье.

Для наглядности прилагается общая схема образованій потенціальнаго момента дѣйствія въ уголовномъ правѣ:

Дѣйствіе опасное

объективно (т. е. безъ вниманія къ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія виновнаго) или иначе,— *полицейскій деликтъ*.	*субъективно* (т. е. съ точки зрѣнія самого субъекта) или иначе—*уголовный деликтъ*,	
	опасное съ точки зрѣнія *одного* виновнаго, — *уголовный деликтъ общаго типа*,	съ точки зрѣнія судьи и виновнаго, — *деликтъ нарушенія безопасности*.
	намѣренно опасное (*покушеніе*).	завѣдомо опасное (при dolus eventualis и luxuria).
		мыслимо опасное (при negligentia).

Не лишено интереса сопоставить эту систему съ извѣстною системою деликтовъ, выработанной Биндингомъ.

По способу и роду преслѣдованія цѣли, какъ запреты, такъ и приказы распадаются у Биндинга на 3 класса: запретъ причиненія вреда, запретъ нарушенія безопасности, и запретъ просто; приказъ воспроизвести извѣстный благопріятный результатъ, приказъ выполнить опредѣленныя дѣйствія, которыя могутъ имѣть благопріятный результатъ и, наконецъ, приказъ выполненія дѣйствій, которыя, по общему правилу, представляютъ собой условія, благопріятствующія результату или приказъ просто. (Die Normen und ihre Uebertretung, I B., 2 Aufl., 1890, § 17).

Общая цѣль всѣхъ запретовъ, которые одни занимаютъ пока наше вниманіе, не допускать извѣстныхъ измѣненій въ правовой сферѣ. Простѣйшій путь, ведущій къ этой цѣли,—запретъ воспроизведенія этихъ измѣненій, какъ таковыхъ: „вы не должны убивать, воровать, нарушать вѣрности въ бракѣ, вредить государству отторженіемъ части его территоріи или ниспроверженіемъ основныхъ законовъ, не должны подложные документы употреблять, какъ настоящіе, и пр. Или, другими словами: „вы не должны создавать причины чьей либо смерти, того или другого измѣненія".

Но кромѣ этого простѣйшаго пути къ достиженію основной цѣли уголовнаго законодателя, въ распоряженіи послѣдняго имѣется еще и другой путь—не запрета опредѣленныхъ измѣненій, какъ таковыхъ, но запрета опредѣленныхъ дѣйствій, именно,—поскольку они заключаютъ въ себѣ опасность стать причиной нежелательныхъ измѣненій Дѣйствіе воспрещается, поскольку оно опасно in concreto (So ist jedes echte Gefahrdungsdelikt konkrete Gefährdungshandlung! стр 397). Опредѣленное правовое благо, какъ предметъ защиты опредѣленное дѣйствіе, какъ способъ нападенія, и опредѣленная мѣра конкретной опасности, какъ результатъ нападенія,—таковы основные элементы деликта нарушенія безопасности, по ученію Биндинга (§ 53, IV, I). Какъ примѣръ, приводятся нормы: вы не должны производить затопленій, если они сопряжены съ опасностью для множества человѣческихъ жизней или чужого имущества (§ 312—314)! Воспрещается подвергать опасности жизнь и тѣлесное здравіе людей безпомощныхъ, покидая ихъ на произволъ судьбы (§ 221), подвергать опасности жизнь и здоровье участіемъ въ поединкѣ на смертоносномъ оружіи (§ 201 и сл.), выѣзжать въ упряжкѣ или подъ верхъ лошадей съ опасностью для публики (§ 366 2), подвергать опасности желѣзнодорожные поѣзда (§ 315), корабли и грузъ принятіемъ на бортъ контрабанды (§ 297), поджигать свое собственное имущество, если оно въ состояніи сообщить огонь человѣческимъ жилищамъ или чужому имуществу (§ 308).

Conatus, по мнѣнію Биндинга, здѣсь возможенъ, какъ и при деликтѣ причиненія вреда, съ тою лишь разницей, что тамъ дѣло идетъ о поставленіи причины къ поврежденію, здѣсь—къ опасности. Покушеніе на деликтъ нарушенія безопасности есть недостаточное примѣ-

неніе закономъ предусмотрѣнныхъ средствъ къ цѣли нарушенія безопасности (§ 53 IV, 2)

Въ болѣе отдаленномъ отношеніи къ нежелаемымъ результатамъ состоитъ у Биндинга третій классъ запретовъ. Воспрещаются дѣйствія, если они скрываютъ въ себѣ опасность для опредѣленныхъ благъ, по общему правилу Опасны они, или нѣтъ въ данномъ случаѣ, представляютъ ли они in concreto условія къ возникновенію вреда,—вопросъ, не играющій роли. Самое ничтожное подготовительное дѣйствіе къ государственной измѣнѣ, безвреднѣйшее сообщеніе частныхъ тайнъ, или опубликованіе чертежей крѣпостныхъ укрѣпленій, безопаснѣйшее травленіе людей трусливой, беззубой собакой, самая неловкая попытка подговора на лжеприсягу, рачительнѣйшее погребеніе умершаго въ должномъ мѣстѣ на кладбищѣ безъ вѣдома начальства—примѣры нарушенія этого класса запретовъ (Тамъ же, стр. 122 и сл.) [1])

Такова эта стройная система, стремящаяся обнять всѣ образованія дѣйствія, какъ предположенія уголовнаго наказанія Система предлагаемая нами въ общемъ совпадаетъ съ системою Биндинга. Но существенное ихъ различіе состоитъ въ томъ что система Биндинга покоится всецѣло на идеѣ конкретной опасности, тогда какъ защищаемая нами заключаетъ въ себѣ приложеніе идеи абстрактной опасности.

§ 19. (Продолженіе). Потенціальный моментъ дѣйствія. Критерій мѣры опасности.

Субъективно вмѣнимое дѣйствіе можетъ быть признано *необходимымъ* условіемъ результата, можетъ заключать въ себѣ *опасность* вреднаго послѣдствія, и все же не подлежать вмѣненію. Вопросъ объ опасности дѣйствія не предрѣшаетъ вопроса о *степени* этой опасности. Критерій *преступно* опаснаго дѣйствія, кромѣ качественной характеристики дѣйствія, долженъ заключать въ себѣ еще и количественную, рѣшать вопросъ не только о содержаніи понятія опасности, но и о мѣрѣ ея.

Воспретить *всякій* рискъ за чужой счетъ законодатель не въ правѣ и не въ состояніи. Необходимость допущенія *нѣкотораго* риска обусловлена природою вещей, дѣйствіемъ міровыхъ законовъ, фактомъ существованія общественныхъ отношеній. Статистика даетъ колоссальныя числа въ графахъ ежегодныхъ потерь человѣческихъ жизней при желѣзнодорожной эксплоатаціи, рабо-

[1]) Къ теоріи Биндинга примыкаетъ въ общемъ Таганцевъ, Лекціи, 1902, стр 656—658

тахъ на фабрикахъ и въ рудникахъ, при сооруженіи зданій, тоннелей и пр. При возведеніи крупныхъ сооруженій эти потери могутъ быть приблизительно вычислены напередъ,—однако, еще никто не требовалъ запрета опасныхъ работъ по общему правилу, еще того менѣе—привлеченія работодателей къ уголовной отвѣтственности за одинъ фактъ производства ихъ.

Не будемъ долго останавливаться на критеріи юридически терпимой опасности дѣйствія, предложенномъ когда-то Листомъ [1]) и Siebenhaar'омъ [2]). Поименованные криминалисты соглашались признать безопасность нарушенной только тамъ, гдѣ есть бо́льшее вѣроятіе наступленія результата. чѣмъ *не*наступленія. Опасность налицо,—говорили они:—если результатъ наступаетъ болѣе, чѣмъ въ 50% однородныхъ съ данною фактическихъ комбинацій.

Несостоятельность отвѣта очевидна. Наблюденіе показываетъ, что мы чувствительны даже и къ весьма невысокимъ рискамъ въ отношеніи нашихъ жизненныхъ благъ. Немногіе рискнули бы воспользоваться услугами желѣзной дороги, если бы рискъ крушенія былъ равенъ только единицѣ на 100. Суды не колеблясь постановляютъ обвинительные приговоры за покушенія, опасность которыхъ падаетъ и того ниже. Вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не отмѣтить, что степень опасности въ большинствѣ случаевъ не поддается вовсе процентному исчисленію.

Болѣе остороженъ въ своемъ заключеніи о степени опасности, требуемой для вмѣненія, Крисъ. Онъ не даетъ по этому вопросу никакихъ положительныхъ указаній, замѣчая только, что отвѣтственность должна быть отвергнута, если степень возможности вреднаго послѣдствія была минимальная (в. с., стр 233). Но что разумѣть подъ minimum'омъ допустимой опасности? будетъ-ли имъ отношеніе 1:100,1000,10000? И почему то, а не другое? Самъ же Крисъ признаетъ, что степень инкриминируемой опасности колеблется, въ зависимости отъ свойствъ данной деликтной группы, что есть, слѣдовательно, деликты, которые перестаютъ быть наказуемы ранѣе, чѣмъ ихъ опасность успѣетъ снизойти до minimum'а.

---

[1]) Reichsstrafrecht. 1881, стр. 8—9.

[2]) Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswiss, B. IV, 1884, стр. 248 и сл.

Бо́льшую цѣнность по сравненію съ критеріями безразличной опасности дѣйствія, предложенными Siebenhaar'омъ и Крисомъ, имѣетъ старое опредѣленіе Бара „въ юридическомъ смыслѣ человѣкъ есть причина явленія, поскольку мы о немъ думаемъ какъ объ условіи, измѣняющемъ *закономѣрное* теченіе явленій человѣческой жизни". Рѣшеніе вопроса о томъ, соотвѣтствуетъ или нѣтъ дѣйствіе *правилу жизни*, Баръ отождествляетъ съ вопросомъ о томъ, дѣйствовалъ-ли субъектъ, какъ bonus pater familias. Жизнь требуетъ извѣстнаго риска, говоритъ Баръ,— чрезмѣрныя предупредительныя мѣры, хотя и могли-бы въ отдѣльныхъ случаяхъ предотвратить причиненіе вреда, исключали-бы возможность всякой индустріи. Добыча желѣза, его обработка, въ частности, изготовленіе оружія составляютъ необходимое условіе нашей жизни. Поэтому ни рудокопъ, ни фабрикантъ, ни торговецъ оружіемъ не будутъ причиной убійства, совершеннаго этимъ оружіемъ, хотя-бы они и предвидѣли возможность употребленія оружія съ преступной цѣлью. Кровельщикъ, который правильно укрѣпляетъ черепицу на крышѣ, не будетъ причиной убійства, если потомъ порывъ вѣтра сорветъ черепицу, и та упадетъ на голову прохожему. Если кто, согласно заведенному порядку, растапливаетъ печь и мечтаетъ при этомъ, не подожжетъ-ли шальная искра кровлю сосѣдскаго дома, то одно это, хотя-бы и исполнившееся, желаніе еще не дѣлаетъ его виновникомъ поджога [1]).

Такимъ образомъ Баръ считаетъ „*правила жизни*" условіемъ причинной связи дѣйствія и результата въ уголовномъ правѣ. Ошибка Бара—уже въ томъ, что онъ адресуетъ свое требованіе къ ненадлежащей категоріи отношеній. Причинная связь дѣйствія и результата, какъ общеобязательное сужденіе о необходимой связности явленій въ порядкѣ ихъ бытія, очевидно, не можетъ зависѣть отъ „правилъ жизни", отъ представленій о долженствующемъ, свойственныхъ данному обществу въ данный моментъ его жизни. Правила жизни могутъ служить не къ констатированію, но лишь къ *оцѣнкѣ* существующаго. Но и съ такою оговоркой, они едва-ли могутъ что-либо дать для характеристики

[1]) Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhange, стр. 11—18

предположеній репрессіи. Ибо нельзя видѣть, на чемъ покоится обязательная сила „правилъ жизни“ для суда? И что дѣлать суду, если различные общественные классы придерживаются различныхъ правилъ жизни? Рѣшая вопросъ о томъ, подлежитъ-ли наказанію данное дѣяніе, юристъ справляется съ оцѣнкою дѣянія въ законѣ, но отнюдь не въ правилахъ жизни, которыя часто узаконяютъ порядокъ, не заслуживающій одобренія ни со стороны нравственной, ни юридической. Во время карнавала считается во многихъ городахъ дозволительнымъ обливать и портить платье встрѣчающихся на улицѣ прилично одѣтыхъ людей; во многихъ мѣстечкахъ Россіи до сихъ поръ практикуется правило мазать дегтемъ ворота, если живущая въ домѣ дѣвушка дозволила себѣ внѣбрачную связь; въ дореформенныхъ судебныхъ учрежденіяхъ считалось правиломъ жизни брать взятки съ просителей,— слѣдуетъ-ли всѣ подобнаго рода дѣйствія признавать правомѣрными, или хотя бы только ненаказуемыми?

Равнымъ образомъ, нѣтъ основанія думать, что правила жизни могутъ опредѣлять мѣру безразличной опасности к о с в е н н о,— устанавливая критерій юридической оцѣнки *способа* дѣйствія. Утверждать, вопреки умолчанію закона, что преступленіе можетъ быть наказуемо только при условіи выполненія его опредѣленными, хотя-бы и не указанными въ законѣ, способами,—нѣтъ достаточнаго основанія [1]). Способъ совершенія преступленія, съ точки зрѣнія права, получаетъ значеніе только въ томъ случаѣ, если онъ спеціально описанъ въ законѣ. Да и возможенъ-ли на этой почвѣ самый конфликтъ закона и нравственныхъ воззрѣній общества? Коль скоро общество, наравнѣ съ законодателемъ, считаетъ воспроизведеніе даннаго результата недозволительнымъ, оно всегда строже, чѣмъ законъ, въ оцѣнкѣ примѣняемыхъ способовъ дѣйствія. Такъ, напр, существованіе правилъ жизни,

[1]) Противоположнаго мнѣнія Фойницкій, Мошенничество, 1871, ч. II, стр. 84—86. Что способъ дѣйствія и для Фойницкаго важенъ не самъ по себѣ, что въ основаніи поддерживаемаго имъ требованія лежитъ, какъ и у насъ, стремленіе найти критерій противуправно опаснаго дѣйствія, нетрудно понять изъ слѣдующихъ его словъ (стр. 86): „наказывая всякій способъ дѣйствія, мы нарушимъ требованіе экономіи карательныхъ мѣръ, долженствующихъ ограничиваться лишь дѣйствіями опасными и вредными для общежитія при данныхъ условіяхъ его строя“.

которыя дозволяли-бы убійство психическими средствами, мнѣ представляется недоказаннымъ [1]). Вопросъ о соотношеніи правилъ жизни со способомъ дѣйствія возникъ на почвѣ односторонне истолкованныхъ казусовъ. Если учитель поставилъ единицу на экзаменѣ завѣдомо впечатлительному мальчику, и тѣмъ довелъ его до самоубійства,—объ отвѣтственности учителя, какъ за неосторожное убійство, не можетъ быть рѣчи, но причина лежитъ не въ правилахъ жизни, а въ постановленіяхъ закона, въ служебныхъ функціяхъ учителя.

Ближе къ правильному рѣшенію вопроса подходитъ Hess [2]). Во внѣшней (логической) оцѣнкѣ дѣйствія Hess не различаетъ моментовъ каузальнаго и потенціальнаго,—онъ говоритъ объ одномъ каузальномъ, но критерій оцѣнки, устанавливаемый имъ, имѣетъ лишь косвенное отношеніе къ причиненію. Въ дѣйствительности Hess'a интересуетъ другой вопросъ. Констатируя, что одно, хотя бы и виновное, причиненіе результата еще далеко не всегда дѣлаетъ субъекта отвѣтственнымъ за содѣянное, Hess ищетъ найти внѣ формальныхъ постановленій права истинный критерій уголовной противуправности причиняющаго дѣйствія.

---

[1]) Что средствами психическими можно такъ-же убить человѣка или разстроить его здоровье, какъ и физическими,—не подлежитъ сомнѣнію Указываютъ на трудность, съ которою сопряжено здѣсь представленіе доказательствъ причинной связи, но экспертиза дѣйствія растительныхъ ядовъ въ организмѣ сопряжена съ неменьшими затрудненіями,—однако, еще никто не утверждалъ, что этотъ видъ отравленія ненаказуемъ Основательное сомнѣніе будетъ всегда истолковано въ пользу подсудимаго, но по обстоятельствамъ дѣла можетъ и не оказаться такого сомнѣнія. Нѣкто animo nocendi, окружаетъ намѣченную жертву людьми, страдающими заразительными душевными болѣзнями, внушаетъ ей правила чрезмѣрнаго аскетизма, пугаетъ, наряжаясь привидѣніемъ, и пр. Кто не признаетъ субъекта виновнымъ въ умышленномъ убійствѣ или поврежденіи здоровья, особенно если потерпѣвшій малолѣтенъ, и состоялъ у подсудимаго подъ опекою или на воспитаніи? Укоренившееся мнѣніе о ненаказуемости убійства психическими средствами объясняется весьма просто неупорядоченностью нравственной природы человѣка, которая донынѣ не даетъ установиться правильнымъ личнымъ отношеніямъ Даже безо всякой нужды, люди причиняютъ массу непріятностей другъ другу, незамѣтно, но неуклонно расшатывающихъ ихъ нравственныя и физическія силы. Искоренить это зло, очевидно превышаетъ силы уголовнаго законодателя Послѣдній вынужденъ считаться съ состояніемъ нравовъ и не предъявлять требованій, завѣдомо превышающихъ нравственныя силы населенія. Можно быть увѣреннымъ, что ни одинъ судъ не отважился бы признать ни умышленнымъ, ни даже неосторожнымъ убійцею супруга, который сознательно довелъ жену до чахотки ежедневными сценами безпричинной ревности, скаредностью, или, вообще, своимъ дурнымъ, тяжелымъ характеромъ

[2]) Hess, Ueber Kausalzusammenhang und unkorperliche Denksubstrate, 1895.

Причина,—опредѣляетъ Hess:—есть послѣднее изъ условій, допускающихъ отмѣну, не въ *объективномъ* порядкѣ слѣдованія ихъ во времени, а въ субъективномъ порядкѣ—мышленія. Въ зависимости отъ свойства вопроса, условія. наступившія позже, чѣмъ причина,—объективно послѣднія,—вопрошающій предполагаетъ уже данными, не подлежащими исключенію, такъ что субъективно послѣднимъ условіемъ является всегда искомая причина (стр. 9).

Мѣняя предположенія, т. е, условія результата, принимаемыя, какъ фактическія данныя, въ основаніе вопроса, мы получаемъ и разные отвѣты на вопросъ о причинѣ. Рабочій упалъ и получилъ паховую грыжу. Врачъ, отправляясь отъ факта паденія, можетъ сказать: причина разрыва заключалась не въ паденіи, а въ предрасположеніи субъекта къ паховой грыжѣ. Паденіе рабочаго есть для врача фактъ, не допускающій отмѣны, тогда какъ предрасположеніе къ грыжѣ можетъ быть устранено. Напротивъ, для юриста нѣтъ основанія считать паденіе рабочаго неотмѣнимымъ событіемъ, тѣсно связаннымъ съ самимъ существомъ вопроса и, соотвѣтственно, исключеннымъ изъ понятія причины (стр. 12—13)

Если юристъ спрашиваетъ о причинѣ, онъ желаетъ знать, кто могъ-бы измѣнить наступившій результатъ такъ, что-бы онъ, спрашивающій, могъ надъ этимъ лицомъ выполнить актъ возмездія? Въ соотвѣтствіи съ такою постановкою вопроса, для юриста можетъ быть причиной только человѣческое дѣйствіе, составляющее послѣднее изъ условій, допускающихъ отмѣну съ точки зрѣнія лица,– оно-же объектъ возмездія.

Не требуется, чтобы результатъ являлся безусловно необходимымъ, закономѣрнымъ или предвидимымъ послѣдствіемъ причиняющаго дѣйствія. Необходимо только, чтобы условія. слѣдующія за причиной, являлись не допускающими отмѣны, а сама причина событіемъ отмѣнимымъ. Отмѣнимымъ или неотмѣнимымъ мы признаемъ событіе въ зависимости оттого, могъ или нѣтъ субъектъ поступить иначе (стр. 17—18). Неотмѣнимы съ точки зрѣнія юриста явленія внѣшней природы, дѣйствія животныхъ, невмѣняемыхъ, дѣйствующихъ подъ вліяніемъ принужденія (въ состояніи необходимой обороны или крайней необходимости),

заблуждающихся относительно послѣдствій дѣйствія,—вообще, тѣхъ, чья воля была не свободна (стр. 19)

Но если съ точки зрѣнія юриста только тотъ причиняетъ результатъ, кто можетъ поступить иначе, то возникаетъ вопросъ, что-же это значитъ: могъ поступить иначе? Сужденіе о томъ, что субъектъ могъ поступить иначе, почерпается по мнѣнію Hess'a, изъ чувства справедливости, этого центральнаго пункта нравственныхъ воззрѣній,—самопроизвольно бьющаго чисто субъективнаго источника. Нами руководитъ представленіе о томъ, какъ поступилъ-бы на мѣстѣ субъекта человѣкъ нормальный, образцовый, bonus pater familias. „Ты могъ поступить иначе", означаетъ: „я, мое чувство справедливости могли требовать, чтобы ты поступилъ иначе." „Ты могъ поступить иначе"—„ты долженъ былъ поступить иначе". (стр. 20—21).

Если наше сужденіе о причинности дѣйствія зависитъ отъ произвола нашихъ этическихъ сужденій, то судья получаетъ свободу, какой только можно желать. Его вкусы, направленіе ума, характеръ, быть можетъ, политическія воззрѣнія дѣлаютъ то, что извѣстное дѣйствіе онъ принимаетъ за причину.

Такъ, если работодатель причинилъ неосторожно тѣлесное поврежденіе рабочему, и рабочій умеръ отъ зараженія крови, отклонивъ ампутацію, которая спасла-бы его, то рѣшеніе вопроса, въ чемъ виновенъ хозяинъ, въ неосторожномъ-ли убійствѣ, или неосторожномъ тѣлесномъ поврежденіи, опредѣляется нашимъ нравственнымъ сужденіемъ о томъ, обязанъ или нѣтъ человѣкъ для спасенія жизни подвергать себя операціи? (стр. 21—25).

Такова теорія Hess'a. Нельзя не признать, что Hess ближе, чѣмъ кто либо, подошелъ къ отвѣту на интересующій насъ вопросъ. Но вмѣстѣ его теорія не лишена существенныхъ недостатковъ. Такъ, во-первыхъ, онъ пользуется естественно-научнымъ терминомъ „причина" для обозначенія чисто юридическаго момента—дозволенности дѣйствія. Во-вторыхъ, Hess, безъ достаточнаго основанія, ограничиваетъ понятіе причины *послѣднимъ* изъ допускающихъ отмѣну условій результата. Почему было-бы, съ точки зрѣнія, имъ усвоенной, не признать причиной каждое изъ таковыхъ? Аптекарь, вмѣсто лекарства *а*, отпустилъ по ошибкѣ лекарство *б*; сидѣлка по разсѣянности дала двѣ ложки лекарства вмѣсто

одной, какъ требовалось по рецепту. Если предположить, что ни одна ложка микстуры *б*, ни двѣ ложки микстуры *а* не могли бы причинить смерти, ясно, что смерть больного слѣдуетъ приписать неосторожнымъ дѣйствіямъ обоихъ,—аптекаря и сидѣлки, а не одной сидѣлки, какъ послѣднему изъ допускающихъ отмѣну условій. Въ-третьихъ, Hess преувеличиваетъ значеніе субъективной оцѣнки судьи. Нельзя не видѣть, что произволъ судьи необходимо умѣряется рядомъ строго объективныхъ и вмѣстѣ обязательныхъ критеріевъ. Судья есть прежде всего исполнитель закона. Поэтому, если законодатель сознательно ставитъ извѣстныхъ лицъ въ привиллегированное положеніе (какъ, напр, врачей въ отношеніи отвѣтственности за ихъ ошибки) или, напротивъ, въ менѣе благопріятное (напр, виновниковъ причиненія вреда по неосторожности, если дѣйствіе само по себѣ наказуемо), то и судья не въ правѣ держаться иныхъ точекъ зрѣнія при оцѣнкѣ дѣйствія со стороны его опасности. Далѣе, судья, уголовный въ особенности, не можетъ не сознавать, что успѣхъ репрессіи въ значительной мѣрѣ зависитъ отъ той популярности, которой пользуются судебные приговоры въ широкихъ кругахъ населенія. Поэтому судья окажетъ себя не стоящимъ на высотѣ призванія, если онъ въ своемъ приговорѣ дастъ мѣсто какимъ-либо чисто субъективнымъ и явно идущимъ въ разрѣзъ съ общераспространенными нравственнымъ или юридическимъ воззрѣніямъ. Судья можетъ проводить свои чисто субъективныя воззрѣнія на дозволенное и недозволенное лишь въ предѣлахъ тенденцій положительнаго права и нормъ объективной морали. То обстоятельство, что судъ призванъ къ установленію не только каузальнаго и потенціальнаго, но и морально-юридическаго моментовъ дѣйствія, объясняетъ, почему законъ предъявляетъ къ судьѣ столь высокія нравственныя требованія: для установленія первыхъ двухъ моментовъ дѣйствія требуется здравый умъ, для третьяго—еще и развитая совѣсть.

Въ заключеніе, нельзя не замѣтить, что Hess поставилъ свое ученіе въ чрезмѣрно тѣсныя рамки. Оно заключаетъ въ себѣ нормативную характеристику дѣйствія, независящую отъ факта наступленія или ненаступленія результата,—соотвѣтственно, и связать его надо было не съ отношеніемъ причинности, но съ присущимъ дѣйствію свойствомъ потенціальности.

Итакъ, истинный критерій противуправно опаснаго дѣйствія судья въ состояніи установить, опираясь только на требованія объективной морали и внутреннеее правовое чувство. Безспорно, что въ ряду опредѣляющихъ условій первенствующую роль играетъ мѣра грозящей опасности, въ томъ смыслѣ, что, по общему правилу, исключаются изъ сферы наказуемой неправды минимально опасныя дѣйствія, но это критерій и не постоянный и не единственный. На ряду съ нимъ, а часто и помимо него, вліяютъ на опредѣленіе сферы наказуемой неправды: 1) виновность субъекта, т. е., дѣйствовалъ ли субъектъ съ прямымъ умысломъ, съ умысломъ эвентуальнымъ, или неосторожно, 2) моральная цѣнность правоохраненнаго блага и 3) моральная цѣнность того блага, которое противополагается благу нарушаемому.

Не подлежитъ сомнѣнію, что особая цѣнность правоохраненнаго интереса и сравнительно высшая форма виновности, усугубляя антагонизмъ дѣйствія и нормы, тѣмъ самымъ понижаютъ степень юридически дозволеннаго риска [1]); наоборотъ, признаніе со стороны закона или общественнаго правосознанія тѣхъ интересовъ, удовлетворить которымъ прямо или косвенно стремилось дѣйствіе, ведетъ къ повышенію ставокъ того-же риска. При весьма высокой мѣрѣ опасности, дѣйствіе можетъ остаться ненаказуемымъ, и, наоборотъ, стать наказуемо при минимальной. Кто, *ante necandi*, стрѣлялъ въ темную и вѣтряную ночь въ лѣсу, съ рискомъ убить 1:10.000, будетъ судимъ, какъ за покушеніе, а въ случаѣ успѣха, какъ за убійство. Напротивъ, не будетъ привлеченъ къ отвѣтственности, какъ за *неосторожное* убійство, тотъ, кто, при однородныхъ условіяхъ, стрѣлялъ единственно, чтобъ разрядить ружье. Равнымъ образомъ, не рискуетъ уголовной отвѣтственностью хозяинъ, угощающій своего гостя

---

[1]) Ср Thon, Festrede 16 іюня 1894 г: „Судья, членъ человѣческаго общества, по тѣмъ воззрѣніямъ, которыми оно проникнуто, какъ bonus vir, призванъ судить о томъ, была или нѣтъ опасность (S 23). Бытіе опасности опредѣляется мѣрою нашего человѣческаго разумѣнія, съ принятіемъ во вниманіе всѣхъ обстоятельствъ, въ томъ числѣ, и виновной воли дѣйствующаго (S. 32). Тамъ гдѣ, при отсутствіи помянутаго злого намѣренія, мы остереглись бы еще говорить о причиненіи, разсчетъ субъекта, увѣнчавшійся успѣхомъ, восполняетъ въ нашихъ глазахъ недостающее, побуждая констатировать вѣроятность и, слѣдовательно (?), причиненіе. (S 29)“

неосвидѣтельствованной ветчиной, не рискуетъ даже и тогда, когда онъ дѣйствуетъ съ такъ наз. эвентуальнымъ умысломъ на убійство Тѣмъ болѣе отвѣтственность должна быть отвергнута въ слѣдующихъ случаяхъ, которые проф. Фойницкій [1]) приводитъ въ подтвержденіе несостоятельности господствующей конструкціи соучастія: кучеръ отвозитъ своего барина въ судъ, зная, что баринъ дастъ на судѣ ложное свидѣтельское показаніе; адвокатъ обѣщаетъ своему пріятелю судебную защиту до учиненія имъ преступленія (вопросъ о дисциплинарной отвѣтственности адвоката здѣсь, конечно, не возбуждается), рестораторъ продаетъ вина человѣку, зашедшему подкрѣпиться завѣдомо предъ совершеніемъ преступленія. Если и можно, при исключительныхъ условіяхъ, признать помянутыя дѣйствія опасными, то, разумѣется, они опасны далеко не въ той мѣрѣ, которую предполагаетъ фактъ примѣненія наказанія

Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что малый размѣръ опасности компенсируется, кромѣ наличности прямого умысла и особой цѣнности правоохраненнаго блага, еще и нѣкоторыми другими условіями. Въ частности, по отношенію къ полицейской неправдѣ крупное вліяніе на оцѣнку мѣры опасности оказываетъ степень повторяемости дѣйствія Какъ справедливо замѣчаетъ Rotering [2]) „... процентное отношеніе опасности растетъ, если опасность чрезвычайно малая для отдѣльнаго случая, грозитъ одному и тому-же правовому субъекту часто. При такихъ условіяхъ получаетъ рѣшающее значеніе ея совокупный вѣсъ; опасность исчисляется съ принятіемъ въ разсчетъ всѣхъ отдѣльныхъ случаевъ. Если рудокопы ежечасно и въ большомъ числѣ подымаются изъ шахты и спускаются въ нее, то горное управленіе должно устранить и такое препятствіе, которое можетъ причинить несчастіе, можетъ быть, лишь въ одномъ случаѣ на тысячу. Для горнаго управленія эта опасность уже перестаетъ быть малою, хотя-бы отдѣльный рабочій лично ему грозящую опасность игнорировалъ“

---

[1]) Юрид. Вѣстникъ, 1891, январь, стр. 14

[2]) Rotering, Gefahr und Gefahrdung in Strafrecht Goltdammer's Archiv 31 B 1883, стр 269

До сихъ поръ мы отмѣчали комбинаціи, опасность которыхъ должна быть признана минимальною, и видѣли при этомъ, что одни изъ нихъ наказуемы, другія нѣтъ. Не трудно привести примѣры ненаказуемыхъ умышленныхъ и неосторожныхъ дѣйствій, гдѣ навлеченную опасность никоимъ образомъ нельзя признать минимальною,—гдѣ проявляетъ себя новый факторъ оцѣнки—моральная цѣнность блага, противополагаемаго нарушаемому. Такъ, не отвѣчаетъ, какъ за неосторожное поврежденіе здоровья, публичная женщина, допускающая coitus, въ невѣденіи, заражена она или нѣтъ, и вмѣстѣ скрывающая свое общественное положеніе. Интересу пострадавшаго противополагается здѣсь моральное благо свободы и внутренняго достоинства самой женщины, не обязанной всѣмъ и каждому сообщать о своемъ униженіи. Далѣе не можетъ быть наказана, какъ за умышленное лишеніе жизни жена, убѣдившая мужа поступить на службу въ чумный баракъ, въ надеждѣ, что, будучи тамъ, онъ не избѣгнетъ зараженія, или уговорившая его сдѣлаться контрабандистомъ, въ ожиданіи, что пуля стражника не замедлитъ положить конецъ его существованію. Любитель сильныхъ ощущеній, выѣзжающій на прогулку въ штормъ съ нанятыми за необычайно высокую плату рыбаками, не рискуетъ отвѣтственностью, какъ за неосторожное убійство, если ему одному, волею судебъ, удается спастись послѣ крушенія. Вообще всякій, кто съумѣлъ, не прибѣгая ни къ обману, ни къ насилію, убѣдить взрослаго вмѣняемаго человѣка подвергнуть себя произвольно высокой опасности, по общему правилу, не подлежитъ отвѣтственности, какъ за виновное причиненіе вреда. Мы объясняемъ это явленіе тѣмъ, что признаніе отвѣтственности одного было-бы здѣсь равносильно отрицанію свободы другого—полноправнаго члена общества—распоряжаться своею судьбой по личному усмотрѣнію. Конечно, эта свобода, уваженіе къ которой вынуждаетъ общественную мораль во многихъ случаяхъ отказываться отъ взысканія за неосторожное (рѣже умышленное) причиненіе вреда,—не безгранична. Всюду, гдѣ сильная, властная воля порабощаетъ другую, лишенную практической возможности отстаивать свои законные интересы, всюду, гдѣ наблюдается униженіе человѣческаго достоинства, или эксплоатація слабаго сильнымъ, отношеніе морали рѣзко и рѣшитель-

но мѣняется, и дѣяніе перестаетъ быть ненаказуемымъ. Такъ, несомнѣнно, будетъ наказанъ, какъ за убійство, тотъ, кто за деньги наймется близкаго къ потерѣ человѣческаго облика пропойцу, и, повторяя надъ нимъ опытъ Вильгельма Теля, убьетъ его.

При выясненіи критерія уголовно противуправной опасности дѣйствія, слѣдуетъ, въ заключеніе, предостеречь отъ крайне опаснаго увлеченія новѣйшею доктриной преобладающаго *соціальнаго* интереса, какъ опредѣлителя мѣры дозволеннаго риска Въ литературѣ нерѣдко слышится мнѣніе, что человѣчество потому оправдываетъ ежегодное принесеніе въ жертву Молоху индустріи гекатомбъ человѣческихъ жизней, что польза, извлекаемая изъ развитой промышленности. превышаетъ соціальную стоимость гибнущихъ жизней Эта узкая утилитарная теорія, по счастію, не отвѣчаетъ дѣйствительности. Что человѣчество, слѣдуя политикѣ интереса, способно забывать объ идеальныхъ цѣляхъ общежитія, печальнымъ доказательствомъ могутъ служить донынѣ не прекращающіяся колоніальныя войны. Но ошибочно обобщать факты, только по исключенію возмущающіе временами мирный ходъ общественной жизни. Отвлекая человѣка отъ плуга, и посылая на войну, государство безспорно и значительно повышаетъ шансы его преждевременной смерти, увѣчья, болѣзни. Обратныя послѣдствія должно имѣть введеніе индустріи въ народное хозяйство. Отвѣтственность работодателя не имѣетъ ничего общаго съ отвѣтственностью военачальника. Послѣдній можетъ и долженъ подвергать опасности жизнь солдата, если находитъ это полезнымъ для цѣлей войны, тогда какъ работодатель столь-же мало имѣетъ право ставить въ произвольно опасное положеніе жизнь и здоровье рабочаго, какъ и всякое другое частное лицо. Опасность для рабочаго должна быть низведена до технически мыслимаго minimum'а, и во всякомъ случаѣ не превышать той, съ которой общество вынуждено мириться по общимъ физическимъ условіямъ труда въ данной странѣ. Разъ эта норма чарушена, опасность въ смыслѣ уголовнаго права слѣдуетъ признать наступившею De lege ferenda, общество должно скорѣе отказаться вовсе отъ извѣстной отрасли производства, чѣмъ согласиться ее оплачивать повышеннымъ, противъ установившейся нормы, рискомъ для здоровья и жизни рабочаго. Одно прямое указаніе закона въ со-

стояніи вернуть опасности такого промысла чуждый ему правомѣрный характеръ.

Согласно тому, что было сказано еще по поводу теоріи Бара,—при опредѣленіи границъ юридически допустимой опасности дѣйствія, въ особенности не слѣдуетъ придавать значеніе установившимся привычкамъ жизни, житейскимъ „обыкновеніямъ". Если въ извѣстной отрасли индустріи ни на одной изъ фабрикъ страны рабочій не огражденъ отъ явной и вмѣстѣ легко устранимой опасности, ошибочно было бы заключать отсюда, что сама жизнь предоставила фабриканту или заводчику право рисковать въ указанной мѣрѣ здоровьемъ рабочаго. Настоящія правила жизни—не свидѣтельство, почерпаемое изъ наблюденія надъ жизнью. о томъ, какъ она слагается, а нравственное представленіе лучшихъ людей даннаго общества о томъ, какъ она должна слагаться Если же установившійся несовершенный порядокъ пустилъ настолько глубокіе корни, что пассивное большинство успѣло примириться съ нимъ,—нравственный долгъ судьи помнить, что онъ—тоже членъ общества, что онъ самъ не долженъ быть чуждъ общественному идеалу, и въ предѣлахъ закона нравственно обязанъ служить проводникомъ этого идеала въ жизнь.

Фиксируемый законодателемъ по отношенію къ полицейскимъ проступкамъ; въ каждомъ случаѣ спеціально устанавливаемый судьею, при опредѣленіи отвѣтственности за уголовныя преступленія,—критерій противуправной опасности дѣйствія получаетъ особо важное значеніе, какъ норма для отграниченія ненаказуемаго приготовленія отъ наказуемаго неоконченнаго покушенія. Какъ было уже сказано. приготовленіе и покушеніе различаются не качественно, а лишь количественно, т. е, не родомъ, а только мѣрой опасности Проще всего казалось бы мѣру опасности дѣйствія поставить въ связь съ оцѣнкой личности виновнаго [1]) На этотъ способъ

[1]) Cp. Berner, Grundsätze des Preussischen Strafrechts. 1861, S 10 war der Einbruch oder das Einsteigen ganz leicht ausfuhrbar, war der Thater ein angsthcher Neuling im Verbrechen: so werden wir in der Handlung eine blosse Vorbereitung des Diebstahls sehen dürfen. War der Einbruch oder das Einsteigen besonders schwierig war der Thater ein verstockter Gewohnheitsdieb so werden wir die Handlung als einen Anfang der Ausfuhrung betrachten

рѣшенія вопроса не можетъ быть принятъ ни съ точки зрѣнія политики, ни этики наказанія. Цѣль общаго психологическаго принужденія предполагаетъ ясно очерченный составъ преступленія Угроза наказанія можетъ имѣть успѣхъ только при условіи, если наказуемое дѣйствіе ясно и точно опредѣлено въ законѣ. Преступникъ долженъ знать заранѣе изъ формулы закона, или, въ крайнемъ случаѣ, изъ восполняющихъ эту формулу данныхъ объективной морали, на что онъ въ правѣ отважиться, и на что нѣтъ. Не менѣе, чѣмъ общіе виды политики, опредѣлительности предположеній репрессіи требуетъ интересъ гражданской свободы. Свойство личности можетъ стать предположеніемъ репрессіи, но лишь во второй линіи, какъ условіе, вліяющее на родъ и мѣру наказанія.

При опредѣленіи мѣры опасности, какъ предположенія репрессіи, въ основу обобщенія слѣдуетъ брать исключительно свойства самого дѣйствія, при покушеніи и приготовленіи—дѣйствія, направляемаго къ опредѣленной преступной цѣли. Опытъ показываетъ, что въ случаяхъ этого рода опасность растетъ по мѣрѣ развитія дѣйствія. Если взять, въ предѣлахъ точно отмежеванныхъ времени и мѣста, совокупность однородныхъ предпріятій, напр., попытокъ убійства, безъ вниманія къ тому, довелъ-ли виновный свою дѣятельность до конца, или ограничился выполненіемъ какого либо первоначальнаго дѣйствія *а* (скажемъ, пріобрѣлъ орудіе убійства), то лишь въ весьма ничтожномъ процентѣ случаевъ это дѣйствіе *а* окажется восполнено нужными для достиженія цѣли послѣдующими дѣйствіями *б*, *в*, *г*... и дастъ въ результатѣ лишеніе жизни. Напротивъ, $^0/_0$ случаевъ лишенія жизни окажется весьма значительнымъ, если ограничить наблюденіе суммою тѣхъ предпріятій, гдѣ виновный не только добылъ оружіе, но и сдѣлалъ попытку его употребленія, хотя бы и не выполнилъ всего, что находилъ нужнымъ. Стадія развитія активности, въ которой опасность дѣйствія перестаетъ быть безразличною съ точки зрѣнія уголовной репрессіи, можетъ быть опредѣлена слѣдующимъ образомъ. Вѣроятіе того, что субъектъ доведетъ свою дѣятельность до конца, сильно и рѣзко возрастаетъ съ момента, когда для всякаго сторонняго наблюдателя раскрывается, наконецъ, истинное значеніе дѣйствія. Виновный сознаетъ теперь,

что имъ утрачена возможность, если бы понадобилось, правдоподобно истолковать свои дѣйствія въ уголовно безразличномъ смыслѣ. Сознаніе, что онъ—уже преступникъ, и не только въ душѣ, но и внѣшнимъ образомъ, гибельно вліяетъ на его нравственно задерживающія представленія, и вмѣстѣ вынуждаетъ спѣшить изъ боязни, что его застигнутъ, ему помѣшаютъ, его изобличатъ Если Цезарь медлилъ и колебался до перехода черезъ Рубиконъ, то сразу проявилъ энергію, рѣшительность и быстроту дѣйствія, едва перешелъ рѣку. Jacta est alea!

Этотъ нравственный Рубиконъ не трудно подмѣтить въ жизненной обрисовкѣ любого преступленія. Правда, что въ связи съ конкретной обстановкой преступленія, указанный моментъ является способнымъ къ нѣкоторому передвиженію дальше къ концу, или ближе къ началу дѣйствія. При исключительно слагающихся обстоятельствахъ, можетъ случиться, что дѣйствіе, обычно относимое къ приготовленію, вполнѣ изобличитъ замыселъ преступника, и наоборотъ, дѣйствіе покушенія еще позволитъ виновному сослаться въ свое оправданіе на ошибку, нечаянность и пр Но отсюда еще не слѣдуетъ, что искомый моментъ можетъ быть устанавливаемъ только in concreto, или иначе, что вопросъ о разграниченіи приготовленія и покушенія долженъ быть признанъ вопросомъ факта. Такое рѣшеніе вопроса не можетъ быть принято по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ выше было отвергнуто предложеніе Бернера—принимать во вниманіе при проведеніи разграничительной черты соціальный характеръ виновнаго. Совершенно такъ же, какъ мы игнорируемъ характеръ субъекта, такъ же точно должны игнорировать и всѣ особенности конкретной обстановки дѣйствія. Въ интересахъ репрессіи и гражданской свободы, наказаніе можетъ быть пріурочено только къ заранѣе опредѣленнымъ дѣйствіямъ, но опредѣлены заранѣе могутъ быть дѣйствія только типичныя, характеризуемыя сравнительно немногими общими признаками. Мы должны признать дѣйствіе наказуемымъ (уже или только) съ того момента, когда оно пріобрѣтаетъ свойство уголовно компрометирующаго, *по общему правилу*.

Къ существеннымъ признакамъ дѣйствія, которые подлежатъ отвлеченію отъ дѣйствительности, какъ матеріалъ для оцѣнки,—

слѣдуетъ отнести слѣдующіе:—1) юридическую квалификацію дѣйствія (убійство, кража со взломомъ, и проч.), 2) избранный виновнымъ практическій способъ выполненія преступленія. Какъ критерій абстракціи, второй признакъ, несомнѣнно, обладаетъ большою растяжимостью. Установить должную мѣру абстракціи—дѣло судейскаго такта. Чрезмѣрность обобщенія здѣсь столь-же неумѣстна, какъ и внесеніе излишнихъ подробностей. Формула должна возможно ближе характеризовать содѣянное, но въ то же время обнимать признаки, болѣе или менѣе типичные. Этимъ требованіямъ удовлетворяютъ въ общемъ тѣ описанія инкриминируемыхъ дѣйствій, которыя обычно дѣлаютъ суды при постановкѣ вопросовъ о виновности.

Двойственный критерій абстракціи, частью фактическій, частью юридическій приводитъ къ тому, что одно и то же фактическое дѣйствіе получаетъ различную юридическую оцѣнку въ зависимости отъ того, выполнить какое преступленіе имѣлъ въ виду субъектъ дѣйствія. Такъ, напр., прибытіе на мѣсто, гдѣ имѣетъ совершиться преступленіе, не составляетъ покушенія при всѣхъ деликтахъ противъ личности, но образуетъ покушеніе при кражѣ,—именно, если виновный прибылъ въ такое мѣсто, доступъ въ которое былъ для него закрытъ. Такъ, составитъ покушеніе на кражу пребываніе въ запертомъ дворѣ, куда виновный проникъ посредствомъ взлома или взлѣза, или во внутреннемъ помѣщеніи дома, куда, по своему отношенію къ хозяину помѣщенія, онъ не могъ проникнуть безъ спеціальнаго приглашенія. Наоборотъ, не будетъ покушеніемъ на кражу входъ въ незапертыя сѣни, хотя-бы вошедшій и не съумѣлъ объяснить удовлетворительно цѣли посѣщенія. (Субъективный составъ деликта предполагается во всѣхъ приводимыхъ примѣрахъ осуществленнымъ полностью). Рѣшеніе вопроса, можетъ-ли опредѣленное типичное дѣйствіе быть разсматриваемо, какъ покушеніе, и при какихъ именно преступленіяхъ, кроется всецѣло въ условіяхъ нашего быта: —такъ, самовольное проникновеніе лица, рѣшившагося убить, въ жилище намѣченной жертвы, по общему правилу, не играетъ роли нравственнаго Рубикона,—опытъ показываетъ, какъ часто въ этихъ случаяхъ субъектъ оставляетъ свое намѣреніе, или ограничивается меньшимъ преступленіемъ, напр. грабежомъ или кра-

жей,—соотвѣтственно мы принимаемъ здѣсь ненаказуемое приготовленіе. Напротивъ, лицо, рѣшившее совершить кражу, и проникшее съ этою цѣлью въ закрытое для него помѣщеніе, только въ рѣдкихъ случаяхъ не совершитъ преднамѣреннаго,—оно и отвѣчаетъ какъ за покушеніе.

Отсюда слѣдуетъ, что каждый родъ преступленій кража, изнасилованіе, убійство, и всѣ наиболѣе типичные способы совершенія каждаго изъ преступленій должны имѣть какъ бы особую формулу покушенія Санкціонировать эти формулы закономъ невозможно, вслѣдствіе чрезвычайной сложности и разнообразія общественнаго быта въ различныхъ областяхъ государства, въ томъ или другомъ сословіи, въ городѣ или въ деревнѣ, въ салонѣ или въ мастерской, на фабрикѣ или въ ночлежномъ домѣ, а также вслѣдствіе чрезвычайнаго разнообразія въ избираемыхъ способахъ выполненія преступленій. Детальную разработку правилъ о томъ, при какомъ преступленіи какія дѣйствія составляютъ покушеніе, слѣдуетъ, какъ это и дѣлается, всецѣло предоставить судебной практикѣ, для того же, чтобы послѣдняя не разошлась съ народнымъ правосознаніемъ, во всѣхъ случаяхъ, когда дѣло разсматривается съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, вопросъ о наличности покушенія признать подлежащимъ ихъ разрѣшенію.

Плодотворная дѣятельность судовъ (включая сюда и народный) мыслима, однако, только при условіи, когда она направляется и объединяется волею закона. Если законодатель не въ состояніи дать исчерпывающаго опредѣленія понятія покушенія, то онъ можетъ установить принципъ, руководствуясь которымъ, суды находили-бы нужныя имъ частныя, спеціальныя опредѣленія. Примѣняясь къ тексту ст. 49 у. у., мы редактировали-бы этотъ принципъ слѣдующимъ образомъ: „дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія, учиненія коего желалъ виновный, почитается покушеніемъ, если оно, по условіямъ общественнаго быта, состава преступленія и способа выполненія, *дѣлаетъ умыселъ виновнаго явнымъ, по общему правилу*“.

На основаніи этой формулы, въ полномъ соотвѣтствіи съ практикой Сената, мы должны признать покушеніе, а не приготовленіе —въ похищеніи дѣвицы съ намѣреніемъ ее изнасиловать;

въ заявленіи банку лицомъ, желавшимъ мошеннически завладѣть чужими хранящимися въ банкѣ деньгами, о мнимой потерѣ билетовъ на эти деньги, съ просьбой напечатать о томъ объявленіе; по дѣлу о подлогѣ,—въ сдѣланномъ граверу, несоучастнику преступленія, заказѣ изготовить акціи. Напротивъ, не составитъ покушенія—отысканіе гравера, способнаго выполнить заказъ, пріобрѣтеніе акцій, отсылка ихъ на мѣсто поддѣлки, и даже самая передача акцій граверу, если послѣдній былъ сообщникомъ преступленія [1]).

Принятіе той-же формулы даетъ возможность подвести подъ понятіе покушенія также и случаи, обычно относимые къ наказуемому въ видѣ исключенія приготовленію. Ст. 1611 улож. о нак. признаетъ наказуемымъ „приготовленіе къ учиненію поджога пріисканіемъ, пріобрѣтеніемъ или приспособленіемъ нужныхъ для того матеріаловъ, когда въ умыслѣ на оный виновный достаточно изобличенъ“. Приготовленіе къ поджогу, выразившееся въ покупкѣ коробки спичекъ, хотя-бы умыселъ подтверждался соб-

---

[1]) Изъ русскихъ криминалистовъ, Чебышевъ-Дмитріевъ (О покушеніи, 1866, стр. 83 и сл.) существенной чертою покушенія признаетъ подозрительность дѣйствія, но въ отличіе отъ взгляда, проводимаго въ текстѣ, опредѣляетъ послѣднюю по совокупности *всѣхъ* обстоятельствъ даннаго случая, такъ что одно и то же лицо, совершающее одно и то же дѣйствіе, иногда оказывается у Чебышева-Дмитріева виновнымъ въ покушеніи или приготовленіи, въ зависимости отъ того, во что оно одѣто (ср. стр. 86). Опредѣляемой такимъ образомъ подозрительности дѣйствія Чебышевъ-Дмитріевъ придаетъ значеніе, какъ доказательству умышленности и преступной цѣли дѣйствія (стр. 87), чѣмъ обнаруживаетъ смѣшеніе понятія признака состава съ понятіемъ обстоятельства, которое можетъ служить къ установленію признака. Послѣдующее (на стр. 88) опредѣленіе покушенія, уже какъ начала воспроизведенія состава преступленія, косвенно подтверждаетъ сказанное. Иную роль играетъ и иначе опредѣляется подозрительность дѣйствія въ текстѣ. Во-первыхъ, покушеніе мы принимаемъ не тамъ, гдѣ субъектъ in concreto и de facto скомпрометировалъ себя своимъ образомъ дѣйствій, но всюду, гдѣ только онъ исполнилъ дѣяніе, компрометирующее по общему правилу. Во-вторыхъ, подозрительность дѣйствія при покушеніи мы разсматриваемъ, не какъ доказательство вины, а какъ критерій опасности дѣйствія.—На первый взглядъ можетъ показаться, что своей формулой покушенія мы примыкаемъ къ такъ наз. субъективной теоріи. Въ дѣйствительности, нѣтъ и этого. Мы совершенно несогласны съ тѣмъ, что наказуемый моментъ покушенія сводится исключительно къ преступной волѣ, что сторона объективная заслуживаетъ вниманія криминалиста лишь какъ средство распознанія названной воли. Покушеніе есть дѣйствіе объективно-опасное. Но объективная опасность дѣйствія, по общему правилу, рѣзко возрастаетъ именно съ момента обычнаго обнаруженія преступной воли въ той или другой опредѣленной стадіи дѣйствія.

ственнымъ сознаніемъ, ни однимъ судомъ не будетъ подведено подъ ст. 1611. Что-же касается тѣхъ случаевъ, которые обычно подводятся подъ эту статью, какъ напр облитіе стѣнъ въ квартирѣ керосиномъ или подкладка дровъ и растопки подъ уголъ дома, то эта стадія развитія преступнаго умысла по степени ея опасности должна быть, несомнѣнно, отнесена къ покушенію.

§ 20. (Продолженіе) Значеніе ошибки въ составѣ потенціальнаго момента дѣйствія: ученіе о негодномъ покушеніи.

Какъ мы уже знаемъ, критерій опасности дѣйствія можетъ быть или объективнымъ, или объективно-субъективнымъ. Въ послѣднемъ случаѣ. онъ обнимаетъ собою также данныя, относящіяся къ сферѣ сознанія субъекта дѣйствія. До сихъ поръ мы исходили изъ предположенія, что эти данныя соотвѣтствуютъ дѣйствительности, т. е., обладаютъ свойствомъ общеобязательности. Но errare hum anum est,—дѣйствующій субъектъ руководствуется часто совершенно ошибочнымъ представленіемъ о дѣйствительности.

Практически вопросъ о значеніи ошибки возникаетъ единственно при покушеніи. При полицейскихъ деликтахъ онъ устраняется уже тѣмъ, что характеръ внутренняго отношенія субъекта къ послѣдствіямъ предпринятаго дѣйствія вообще не играетъ роли въ составахъ полицейской неправды.

Вопросъ о вліяніи ошибки на сформированіе потенціальнаго момента дѣйствія можетъ быть облеченъ въ слѣдующую формулу: въ случаѣ, если субъектъ ошибочно приписываетъ дѣйствію свойство опасности, можетъ оно или нѣтъ, тѣмъ не менѣе, быть признаваемо объективно опаснымъ, т. е.. при извѣстныхъ условіяхъ, разсматриваться, какъ покушеніе? И если да, то чѣмъ объяснить общеизвѣстный фактъ, что законодатель и судебная практика (въ случаѣ пробѣла въ законодательствѣ) отказываются во многихъ изъ относящихся случаевъ примѣнять наказаніе? Насколько состоятельными являются въ этомъ отношеніи существующія законодательныя постановленія. и насколько права истолковывающая ихъ въ томъ или другомъ смыслѣ доктрина?

Но, очевидно, прежде, чѣмъ попытаться отвѣтить на эти вопросы, необходимо рѣшить,—въ какомъ отношеніи, съ формально логической точки зрѣнія, покушеніе негодное состоитъ къ годному, могутъ ли они вообще быть разграничены?

Въ то время, какъ нѣкоторые криминалисты отвергаютъ возможность разграниченія годнаго и негоднаго покушеній, на томъ основаніи, что *всякое* покушеніе должно быть разсматриваемо, какъ дѣйствіе негодное для достиженія намѣченной субъектомъ цѣли (точка зрѣнія, которую, кстати сказать, проводитъ Reichsgericht), — другіе считаютъ искомое разграниченіе немыслимымъ въ силу защищаемаго ими тезиса, что негодное покушеніе вообще не есть покушеніе.

Мнѣніе тѣхъ и другихъ ни мало не убѣдительно. Мнѣніе первыхъ должно быть отвергнуто, какъ покоящееся всецѣло на теоріи конкретной опасности,—мнѣніе вторыхъ, какъ погрѣшающее противъ требованій формальной логики. Обобщенія, добытыя изъ законодательныхъ постановленій о *годномъ* покушеніи, т. е., однимъ изъ видовъ покушенія, они прилагаютъ къ оцѣнкѣ другого вида покушенія—*негоднаго*, распространяя такимъ образомъ на *всю* область покушенія черты, de lege lata обязательныя только для одного изъ видовъ (*годнаго* покушенія).

Разграниченіе годнаго покушенія отъ негоднаго—возможно только при посредствѣ *абстрактной* оцѣнки покушенія,—опредѣляя ближе—отдѣльныхъ его моментовъ, въ числѣ которыхъ законодатель и доктрина уже давно отмѣчаютъ средства и объектъ дѣйствія. Различіе годнаго покушенія отъ негоднаго коренится въ свойствѣ соотношенія представленія и дѣйствительности. Если отдѣльные моменты дѣйствія сохранили in concreto ту самую потенціальную характеристику, которую они имѣли въ субъективномъ представленіи, мы назовемъ покушеніе годнымъ, если не сохранили,—негоднымъ.

Многіе находятъ нелогичнымъ говорить о возможности совпаденія представленія и дѣйствительности при покушеніи. Уже самый фактъ ненаступленія результата, предполагаемый понятіемъ покушенія, доказываетъ, по ихъ мнѣнію, ошибочность руководившаго субъектомъ разсчета. Но здѣсь происходитъ смѣшеніе каузальной оцѣнки фактовъ съ потенціальною. Можно утверждать,

что дѣйствіе покушенія не имѣло *каузальнаго* значенія, которое ему приписывалъ субъектъ, такъ какъ иначе результатъ наступилъ-бы. Ненаступленіе результата еще не даетъ права отвергать потенціальное значеніе дѣйствія. Въ этомъ отношеніи разсчетъ субъекта долженъ быть признанъ a posteriori правильнымъ,—если были правильны, т. е., отвѣчали дѣйствительности всѣ онто= и номологическія данныя, которыми субъектъ руководился въ своемъ дѣйствіи. Покушеніе годно, если субъектъ обязанъ неуспѣхомъ своей неумѣлости (рука покушавшагося на убійство дрогнула въ моментъ выстрѣла, и пуля миновала цѣль), или пробѣламъ своихъ знаній,—напримѣръ, если знанія, которыми субъектъ располагалъ въ моментъ дѣйствія, не позволяли ему предвидѣть, что агентъ полиціи въ рѣшительный моментъ схватитъ его за руку, намѣченная жертва отклонится въ сторону, и пр. Тѣмъ болѣе покушеніе годно, если субъектъ дѣйствуетъ на удачу, въ сознаніи неполноты своихъ свѣдѣній, если онъ намѣренно рискуетъ, т. е., ставитъ успѣхъ предпріятія въ зависимость отъ обстоятельствъ, не поддающихся предварительному учету. Того, кто проигрываетъ въ азартной игрѣ значительную сумму денегъ, мы назовемъ несчастнымъ игрокомъ, но не игрокомъ негоднымъ,—игру его неудачной, но не ошибочной.

Напротивъ, покушеніе—негодно, если причиною неуспѣха послужила *ошибка въ познаніи*, если, основывая свой разсчетъ на тѣхъ или иныхъ фактахъ или естественныхъ законахъ, субъектъ полагалъ существующимъ то, что не существуетъ, или, наоборотъ, *не*существующимъ—въ дѣйствительности существующее. Такъ, напр., тотъ, кто пробуетъ выстрѣлить изъ ружья, оказывающагося, вопреки его ожиданію, незаряженнымъ, ошибается не только въ каузальномъ, но и въ потенціальномъ значеніи своего дѣйствія. Одинъ изъ фактовъ, на которыхъ онъ основываетъ свой разсчетъ, приписывая дѣйствію извѣстное потенціальное значеніе, оказывается несуществующимъ [1]).

---

[1]) Ср Zitelmann, Irtum und Rechtsgeschaft, 1879, стр 319 и сл. Своимъ разграниченіемъ покушеній годнаго и негоднаго мы отнюдь не предрѣшаемъ вопроса ни объ опасности, ни, тѣмъ менѣе, о наказуемости того или другого покушенія Мы только ищемъ признака, съ помощью котораго можно было бы объединить въ одну группу всю совокупность покушеній, годность которыхъ *обычно* возбуждаетъ сомнѣніе.

Ошибка субъекта можетъ имѣть характеръ онтологическій, или номологическій, относиться къ объекту преступнаго дѣйствія, или же къ избранному средству. Соотвѣтственно, ученіе о негодномъ покушеніи разбивается на вопросы о значеніи каждой изъ указанныхъ ошибокъ.

Подъ объектомъ дѣйствія покушенія можно разумѣть: 1) стоящее подъ защитой нормы уголовнаго закона правовое благо in abstracto,—то, къ чему субъектъ, по волѣ законодателя, долженъ стать (приказъ), или не становиться (запретъ) въ опредѣленное отношеніе. Въ этомъ смыслѣ объектъ преступленія есть: при кровосмѣшеніи—цѣломудріе отношеній близкихъ родственниковъ, при похищеніи—исключительное господство собственника надъ его вещью, при убійствѣ—совокупность анатомо-физіологическихъ отношеній, образующихъ явленіе жизни, при клеветѣ—нравственное достоинство, присущее человѣку, какъ члену общественнаго соединенія, при поджогѣ—физическая цѣлость имущества, при поддѣлкѣ монеты—соотвѣтствіе мѣнового знака удостовѣряемой имъ цѣнности, и пр; 2) воплощеніе того же правоохраненнаго блага in concreto; 3) предметъ фактическаго воздѣйствія субъекта, дѣйствующаго въ предположеніи, что онъ посягаетъ на то или другое конкретное правовое благо.

Если субъектъ заблуждается относительно годности абстрактнаго правового блага служить объектомъ воздѣйствія при нарушеніи той или другой нормы, то это значитъ, что онъ заблуждается относительно содержанія (или существованія) самой нормы, другими словами, что онъ только *мнитъ* себя нарушителемъ этой нормы, совершаетъ такъ наз. *мнимое* преступленіе, т е., въ сущности не совершаетъ никакого [1]).

---

[1]) Примѣръ мнимаго преступленія нѣкто бутылку водки принимаетъ за бутылку минеральной воды и не зная, что минеральная вода подлежитъ безпошлинному пропуску, контрабанднымъ способомъ переправляетъ ее черезъ границу. Примѣръ негоднаго покушенія нѣкто бутылку минеральной воды принимаетъ за бутылку водки, которая не подлежитъ безпошлинному пропуску, и продѣлываетъ то же самое Тамъ мы отмѣчаемъ error juris, здѣсь error facti, тамъ субъектъ хочетъ результата, который ни in concreto, ни in abstracto не является противуправнымъ, здѣсь—результата, in abstracto противуправнаго Ср Langenbach, Der Versuch am untauglichen Objekt und der Mangel am Thatbestand, 1901, S. 78, Haberlin, Gerichtssaal, B 13, S. 237. Смѣшиваетъ эти понятія Frank Das Strafgesetzbuch f. d D. R, 2 Aufl., 1901, § 43, II и § 59 V, 4 b

Поэтому подъ объектомъ покушенія можетъ быть понимаемо только или конкретное воплощеніе правового блага, т. е., то фактическое отношеніе, измѣнить которое имѣло въ виду лицо дѣйствующее, р ѣ ш а я с ь на преступленіе, или же такъ наз. объектъ фактическаго воздѣйствія, т. е, то фактическое отношеніе, которое виновный принимаетъ объектомъ своей воли въ самый моментъ дѣйствія. Для краткости первый объектъ можетъ быть названъ объектомъ в о л и, второй—объектомъ д ѣ й с т в і я.

Преступный результатъ есть опредѣляемое составомъ преступленія измѣненіе въ отношеніяхъ, существующихъ внѣ субъекта дѣйствія Если составъ преступленія требуетъ, чтобы наступило отношеніе x, а въ наличности имѣется (объектъ дѣйствія) или предполагается (объектъ воли) отношеніе a, то способность a, подъ вліяніемъ дѣйствія, измѣниться въ x, и есть то, что мы зовемъ годностью объекта.

По мнѣнію Havestem'a [1]), „подъ объектомъ можетъ быть понимаемъ только объектъ воли, намѣренія, но отнюдь не случайная точка приложенія (Treffpunkt) опромѣтчиво направленнаго дѣйствія; объектомъ можетъ быть названъ только такой предметъ, о которомъ дѣйствующій *думаетъ*, на который направлена его дѣятельность, но отнюдь не вещь, на которую случайно обрушивается дѣйствіе вслѣдствіе aberratio ictus или иного упущенія".

Терминологія Havenstem'a имѣетъ хотя бы уже ту невыгодную сторону, что, до крайности съуживая понятіе негоднаго объекта при покушеніи, она лишаетъ юридической (или правильнѣе—политической) оцѣнки не малое число обычно сюда относимыхъ практическихъ комбинацій. Утверждать же, что эти послѣднія (назовемъ хотя бы покушеніе на юридически негодный объектъ дѣйствія), какъ несоотвѣтствующія понятію негоднаго покушенія, наказуемы,—значило-бы доказывать на основаніи того, что само нуждается въ доказательствѣ. Предпочтительнѣе поэтому подъ негоднымъ объектомъ разумѣть всякій объектъ—дѣйствія или воли,—непригодный для достиженія преступной цѣли, въ частности, для осуществленія преступнаго результата.

---

[1]) Havenstem, Gerichtssaal, 1890, „Zu Prof. Zucker's Aufsatz. „Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuche", стр 133.

Фактическій объектъ преступнаго дѣйствія не слѣдуетъ смѣшивать съ вещами или ихъ отношеніями, являющимися объектомъ лишь для физической энергіи дѣйствія. Нѣкто, желая произвести взрывъ заложенной имъ мины, нажимаетъ кнопку электрическаго провода, но взрывъ не происходитъ по той причинѣ, что порохъ оказывается подмоченъ. Зарядъ является здѣсь лишь однимъ изъ посредствующихъ объектовъ (первый объектъ-кнопка) физической энергіи дѣйствія. Объектомъ воли и вмѣстѣ объектомъ преступнаго дѣйствія служитъ предметъ, взорвать который или, иначе, нарушить сцѣпленіе матеріальныхъ частицъ котораго намѣревалось лицо дѣйствующее.

Отъ объекта покушенія переходимъ къ опредѣленію средства. *Средство* преступнаго дѣйствія есть все то, съ помощью чего субъектъ становится въ воспрещенное отношеніе или *не* становится въ предписанное отношеніе къ объекту. Понятіе средства уже понятія „пути“, избираемаго для совершенія преступленія, такъ какъ второе понятіе, кромѣ средства, обнимаетъ и самое дѣйствіе (тѣлодвиженіе),—и шире понятія „орудія“ преступленія;—послѣднее означаетъ только стороннее физическое тѣло, которое субъектъ приводитъ въ соотношеніе съ объектомъ дѣйствія, для достиженія цѣли. Ограничивать понятіе средства однимъ орудіемъ дѣйствія нѣтъ разумнаго основанія,—нѣкто, желая повредить чести женщины, распускаетъ слухъ, что она состоитъ въ сношеніяхъ съ діаволомъ. Средство, употребленное имъ не соотвѣтствуетъ понятію орудія, слѣдуетъ-ли отсюда, что покушеніе должно быть признано годнымъ? [1]).

---

[1]) По опредѣленію Oppenheim'a, Die Objekte des Verbrechens, 1894, S. 141 и сл.,—„тотъ объектъ въ логическомъ смыслѣ является объектомъ дѣйствія, съ которымъ субъектъ вступилъ въ самоцѣльную связь посредствомъ дѣйствія. Напротивъ, средствами являются для субъекта тѣ объекты, съ которыми, посредствомъ дѣйствія, онъ ставитъ себя въ связь съ тѣмъ, чтобы имѣть возможность установить желаемую связь съ объектомъ дѣйствія“. Oppenheim намѣчаетъ различные объекты дѣйствія, при чемъ первое мѣсто отводитъ самостоятельнымъ тѣлесно-осязаемымъ вещамъ (S. 64 и сл.), за ними слѣдуютъ несамостоятельныя вещи части цѣлаго, вещи сборнаго характера, свойства и состоянія, вещи существовавшія ранѣе, событія, вещи нематеріальныя, отношенія вещей между собою, учрежденія и пр. Намъ казалось правильнѣе дать понятію объекта болѣе абстрактное опредѣленіе—существующаго отношенія. Объектъ дѣйствія есть то, что подлежитъ измѣненію. Но единственное измѣненіе, которое мыслимо, есть измѣненіе въ отношеніи.

Ошибка субъекта можетъ быть онтологической или номологической. Онтологическая ошибка можетъ касаться одинаково какъ средствъ, такъ и объекта покушенія. Онтологическая ошибка въ средствахъ (или въ орудіи) дѣйствія можетъ относиться или къ тождеству, или же къ содержанію средствъ, (ошибка качественная или количественная). Примѣромъ первой можетъ служить произнесеніе иностранцемъ, по незнанію мѣстнаго языка, фразы безразличной вмѣсто желаемой оскорбительной; предложеніе кубка безъ отравы вмѣсто схожаго съ нимъ отравленнаго; примѣромъ второй—заблужденіе стрѣляющаго относительно присущей орудію дальнобойности.

Болѣе сложнымъ представляется вопросъ объ онтологической ошибкѣ, касающейся объекта воли или дѣйствія. Негодность того или другого, или, говоря иначе, неспособность объекта, какъ существующаго отношенія, измѣниться подъ вліяніемъ дѣйствія въ отношеніе, отвѣчающее составу преступленія, можетъ зависѣть отъ свойствъ объекта, частью фактическихъ, частью юридическихъ. Объектъ воли или дѣйствія негоденъ фактически, если не существуетъ вовсе: пересталъ существовать (человѣкъ, котораго пытались убить, уже умеръ, или за человѣка было принято огородное пугало), или никогда не существовалъ (мнимая беременность, какъ объектъ посягательства на вытравленіе плода). Объектъ воли или дѣйствія негоденъ юридически, если къ отношенію, служащему объектомъ воли или дѣйствія, примѣшиваются юридическіе факты, исключающіе возможность трансформированія его въ отношеніе, требуемое составомъ преступленія, или, напротивъ, если отсутствуютъ другіе юридическіе факты, создающіе возможность такого перехода. Такъ, напр., принадлежность вещи субъекту дѣйствія на правѣ собственности юридически

Равнымъ образомъ, связь, въ которую субъектъ вступаетъ съ объектомъ дѣйствія отнюдь не самоцѣльна,—эта связь преслѣдуетъ цѣль измѣненія существующаго отношенія (объекта) въ новое, желаемое. Нельзя согласиться и съ тѣмъ опредѣленіемъ, которое Орреньеит даетъ понятію средства Въ лучшемъ случаѣ его опредѣленіе пригодно для понятія орудія. Средствомъ достиженія цѣли мы зовемъ не только тѣ фактическія отношенія, которыя мы подвергаемъ нашему непосредственному воздѣйствію, но и всѣ дальнѣйшія измѣненія въ существующихъ отношеніяхъ (такъ называемыхъ промежуточныхъ объектахъ приложенія физической энергіи дѣйствія), съ помощью которыхъ мы разсчитываемъ достичь своей цѣли.

исключаетъ возможность признанія захвата ея собственникомъ кражею. Отсутствіе предполагаемыхъ закономъ близкихъ родственныхъ отношеній юридически исключаетъ возможность признанія плотского сожитія кровосмѣшеніемъ.

Негодность фактическая или юридическая можетъ быть достояніемъ объекта воли при годности объекта дѣйствія, и, наоборотъ, можетъ быть негоденъ объектъ дѣйствія, при годности объекта воли. Наконецъ, можетъ случиться и такъ, что негодны окажутся оба объекта: и воли, и дѣйствія. Если крестьянинъ, думая украсть чужое сѣно, беретъ по ошибкѣ лежащее рядомъ свое, то онъ совершаетъ покушеніе надъ юридически негоднымъ объектомъ дѣйствія при годности объекта воли, но если онъ, желая украсть чужое сѣно, безошибочно беретъ то самое, которое хочетъ взять, и взятое оказывается его собственнымъ,—негодны оба объекта: и дѣйствія, и воли.

Многіе криминалисты отъ объекта несуществующаго отличаютъ объектъ отсутствующій, но въ этомъ разграниченіи нѣтъ настоятельной надобности. Какъ объ отсутствующемъ, можно говорить единственно объ объектѣ воли. Обычно приводимые примѣры: воры взламываютъ церковную кружку,—послѣдняя оказывается пуста. А ночью animo necandi стрѣляетъ черезъ окно по направленію къ постели Б. Искомаго Б случайно не оказывается въ комнатѣ. Отсутствуютъ объекты воли, которые годны въ обоихъ случаяхъ. Негодны, какъ несуществующіе, объекты дѣйствія: деньги въ порожней кружкѣ, человѣкъ въ оставленной имъ постели. Отсюда слѣдуетъ, что покушеніе на отсутствующій объектъ есть ничто иное, какъ покушеніе, выполненное подъ негоднымъ объектомъ дѣйствія, при одновременной годности объекта воли.

Когда объектъ воли—правовое благо въ конкретномъ его воплощеніи—слѣдуетъ считать несуществующимъ, т. е. негоднымъ, и когда только отсутствующимъ, т. е. годнымъ, рѣшаютъ свойства искомаго блага,—является-ли оно въ представленіи субъекта вещью замѣнимою или незамѣнимою, отмѣченною рѣзко индивидуальными признаками отличія. Разбившій церковную кружку, съ цѣлью похитить заключающіяся въ ней деньги, посягаетъ въ томъ случаѣ, если кружка оказалась пустой, на отсутствующій

объектъ воли. Правовое благо—деньги, въ той абстракціи отъ конкретно существующихъ денежныхъ знаковъ, въ какой субъектъ представлялъ ихъ, существовали,—ихъ не было только тамъ, гдѣ субъектъ полагалъ найти ихъ. Напротивъ. законный наслѣдникъ. открывающій подобраннымъ ключомъ бюро умершаго наслѣдодателя съ цѣлью наити и уничтожить духовное завѣщаніе, совершаетъ покушеніе на объектъ несуществующій, если, какъ выяснилось впослѣдствіи, покойный умеръ безъ завѣщанія.

Совершенно такъ же, какъ ошибка онтологическая, ошибка номологическая можетъ касаться или средствъ преступнаго дѣйствія, или объекта послѣдняго. При ошибкѣ въ средствахъ, субъектъ заблуждается или относительно свойства употребляемаго имъ средства, или способа его употребленія Примѣры ошибки перваго типа: субъектъ считаетъ ядовитымъ вещество, таковымъ свойствомъ не обладающее; полагаетъ, что можно убить изъ ружья дробью на разстояніи 1000 шаговъ. Примѣръ ошибки второго типа: нѣкто примѣшиваетъ къ напитку ядъ, который дѣйствуетъ только при введеніи подъ кожу. Особый видъ номологической ошибки составляетъ употребленіе средствъ, избираемыхъ по крайнему невѣжеству, въ частности, суевѣрныхъ Случаи номологической ошибки, касающейся объекта воли или дѣйствія, болѣе рѣдки. Въ качествѣ примѣра, можетъ быть приведенъ слѣдующій: невинная дѣвушка почему либо воображаетъ себя беременной, и принимаетъ абортивное средство.

Излагать пространную и крайне запутанную литературу о негодномъ покушеніи не входитъ въ нашу задачу [1]). Вопросъ о негодномъ покушеніи интересуетъ насъ единственно по связи съ потенціальнымъ моментомъ дѣйствія. Поэтому мы считаемъ возможнымъ ограничиться разсмотрѣніемъ немногихъ наиболѣе типичныхъ теорій изъ числа тѣхъ, которыя ищутъ найти основаніе ненаказуемости негоднаго покушенія въ фактѣ его безопасности. Оцѣнка этихъ теорій можетъ, во-первыхъ, служить доказательствомъ отъ противнаго защищаемому нами діаметрально—противо-

[1]) Обстоятельную, но далеко не исчерпывающую относящагося матеріала, сводку теорій о негодномъ покушеніи даетъ Dalaquis, Der untaugliche Versuch, Berlin, 1904, стр. 243—289.—Таганцевъ, Курсъ II, §§ 342—354; Лекціи, 1902, §§ 169—170; Колоколовъ, Къ ученію о покушеніи, 1884, стр. 146—179; 230—232.

положному тезису:—что негодное покушеніе такъ же опасно, какъ и всякое иное, годное,—во вторыхъ, наглядно, на примѣрѣ должна показать неразрѣшимость вопросовъ политики съ помощью такъ наз. формально юридическаго метода.

Фейербахъ былъ первымъ, попытавшимся дать теоретическое обоснованіе ненаказуемости негоднаго покушенія. „Гражданская наказуемость, писалъ онъ въ своемъ учебникѣ:—невозможна помимо противуправнаго дѣйствія, но дѣйствіе противуправно (внѣшнимъ образомъ) только, если оно *нарушаетъ* право, или *подвергаетъ* его *опасности*. Одно противуправное намѣреніе еще не сообщаетъ дѣйствію признака противуправности. Кто говоритъ о преступленіи отравленія мнимо-ядовитымъ веществомъ, о покушеніи на убійство трупа и т. п., тотъ смѣшиваетъ нравственное съ правовымъ, основанія полиціи безопасности съ правомъ наказанія, и долженъ признать виновнымъ въ наказуемомъ покушеніи на убійство также и того баварца, который ходилъ на богомолье, съ цѣлью замолить на смерть своего сосѣда“. Для наказуемости покушенія необходимо, „чтобы дѣйствіе по его внѣшнему складу (посредственно или непосредственно, мало или много) состояло въ причинной связи съ задуманнымъ преступленіемъ“ [1]).

Въ полномъ объемѣ аргументацію и выводы Фейербаха раздѣляетъ и поддерживаетъ въ новой литературѣ (2-й половины 19 вѣка) Geyer: всякое негодное покушеніе не опасно, и, какъ таковое, ненаказуемо. „Благо человѣческой жизни не можетъ быть повреждено, сколько бы разъ ни стрѣляли въ живыхъ людей изъ незаряженнаго ружья (или изъ заряженнаго ружья—въ мертвыхъ: различеніе негодныхъ средства и предмета лишено значенія), сколько бы разъ магнезію ни примѣшивали къ лекарству, сколько бы разъ ни произносили формулъ заклинанія, сопровождая ихъ торжественными фокусъ-покусами. Пусть кто нибудь думаетъ, что онъ такими дѣйствіями нарушилъ запретъ убійства, въ дѣйствительности онъ не нарушилъ его. Полагалъ ли онъ при этомъ, что пользуется ружьемъ заряженнымъ, употребляетъ мышьякъ, имѣетъ предъ собой живого человѣка и т. д.,—для

[1]) A. Feuerbach, Lehrbuch, изд. Митермайера, Giessen, 1840, § 42, Note C.

дѣла безразлично Если онъ не сдѣлалъ ничего, что соотвѣтствовало бы его мнѣнію, то одно голое предположеніе (Ansicht) еще не даетъ основанія его наказывать . Его *дѣйствіе* безопасно, какъ шутка или невинная дѣтская игра. . То, что онъ дѣлаетъ, не запрещено, ибо запрещается только дѣятельность потенціально-причинная (das Setzen einer moglicherweise ursachlichen Thatigkeit)" [1]).

Разсматривая объ теоріи со специально интересующей насъ точки зрѣнія, мы убѣждаемся, что Фейербахъ и Гейеръ, въ истолкованіи потенціальнаго момента дѣйствія, исходятъ оба изъ понятія конкретной опасности, не допуская ни малѣйшей абстракціи отъ даннаго in concreto матеріала. Естественно, ихъ аргументація падаетъ въ нашихъ глазахъ вмѣстѣ съ теоріей, на которой она покоится.

Ни мало не обосновываетъ ненаказуемости негоднаго покушенія также указаніе Гейера, что объективная сторона дѣйствія негоднаго покушенія не соотвѣтствуетъ субъективной: „условія вмѣненія воспрещаютъ вмѣнить субъекту то, что онъ сдѣлалъ прямо таки противъ своей воли .. А хочетъ дать Б яду и даетъ въ дѣйствительности сахару,—такимъ образомъ онъ дѣлаетъ то, чего не хочетъ" [2]). Въ свое время уже Rubo вѣско возразилъ на это Geyer'у: „по приведеннымъ соображеніямъ, нельзя было-бы вмѣнить субъекту только одно обстоятельство,—что данное вещество было именно сахаръ" [3]). Утверждать, что субъектъ, покушающійся съ негодными средствами, „чего хочетъ, того не дѣлаетъ, и дѣлаетъ то, чего не хочетъ,"—значило бы просто играть словами: субъектъ не совершаетъ того преступленія, совершить которое онъ хочетъ, не достигаетъ тѣхъ преступныхъ результатовъ, достичь которыхъ онъ хотѣлъ-бы, но онъ выполняетъ тѣлодвиженія, которыя ему угодны, т. е., дѣйствуетъ по своей доброй волѣ. За это самое, т. е., за свои произвольныя дѣй-

---

[1]) Geyer, Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen, Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswiss., 1 B., 1881, S 49.

[2]) Geyer, Erorterungen uber den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach osterreichischem Rechte. 1862, S 61

[3]) Rubo, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objecten. Gerichtssaal, 1865, S 12.

ствія, выполненныя съ опредѣленнымъ намѣреніемъ, но отнюдь не за ихъ послѣдствія, онъ и привлекается къ отвѣтственности.

Отъ криминалистовъ, пытавшихся обосновать безопасность негоднаго покушенія, при помощи конкретнаго истолкованія понятія опасности, переходимъ къ группѣ теоретиковъ, въ доказательствахъ безопасности того-же покушенія отправляющихся отъ идеи опасности in abstracto.

При оцѣнкѣ опасности покушенія, въ самыхъ широкихъ размѣрахъ допускаетъ абстракцію отъ дѣйствительности Cohn. Но, какъ піонеръ на этомъ пути, онъ не даетъ еще сколько-нибудь опредѣленнаго и вмѣстѣ мотивированнаго ея критерія: – „я не одобряю,—говоритъ Cohn·—ни абстракціи, въ которую впадаютъ, изслѣдуя (изолированно) свойство средства,—ни конкретной отправной точки зрѣнія, которой нельзя избѣжать, если брать въ разсчетъ отношеніе между дѣйствіемъ и желаемымъ результатомъ,— я стараюсь избѣгнуть той и другой ошибки установленіемъ извѣстнаго соотношенія. Лишь тамъ, гдѣ конкретное дѣйствіе относится къ конкретному результату, какъ абстрактное основаніе къ абстрактному послѣдствію, я принимаю, согласно своему опредѣленію, дѣйствіе покушенія.. Если придавать значеніе исключительно свойству средства, ничто не помѣшало-бы намъ осудить того, кто стрѣляетъ съ морского берега по пассажиру на пароходѣ съ разстоянія свыше пушечнаго выстрѣла. Дистанція не вліяетъ на абстрактную годность средства... Если-же, напротивъ, разсматривать дѣйствіе въ его отношеніи къ желаемому результату, то, хотя бы выстрѣлъ былъ сдѣланъ съ самаго близкаго разстоянія,—разъ преступленіе не удалось, мы должны были-бы признать образованіе причинной связи невозможнымъ. Мы лично,—заявляетъ Cohn,—не станемъ предлагать вопроса ни о томъ, представляетъ-ли пистолетъ средство убійства, ни о томъ, могъ-ли А изъ своего пистолета убить Б на данномъ разстояніи, но спросимъ, способенъ-ли выстрѣлъ изъ пистолета на разстояніи, равномъ данному, послужить причиною смерти человѣка. Если отвѣтимъ на этотъ вопросъ утвердительно, то мы этимъ скажемъ, что отношеніе дѣйствія А къ желаемому результату есть абстрактное отношеніе основанія къ послѣдствію, и должны будемъ признать дѣйствіе А покушеніемъ на убійство. Процессъ

логическаго заключенія, естественно, будетъ обратный при отрицательномъ отвѣтѣ [1]).

Произвольность соотношенія, устанавливаемаго Cohn'омъ,—очевидна. Почему можно, опредѣляя опасность дѣйствія, не принимать въ разсчетъ фабричную марку и другія свойства даннаго оружія, особенности избранной мишени (цвѣтъ одежды, поза и пр.), и цѣлый рядъ обстоятельствъ, которыя не могли не вліять на успѣшность стрѣльбы, какъ-то: искусство субъекта, его физическое и нравственное состояніе, свойство освѣщенія, прозрачность воздуха, силу и направленіе вѣтра и пр., но нельзя игнорировать рода оружія (пушка, ружье бьющее пулей, или дробью, праща и т. п.) и разстоянія до точки прицѣла? Послѣднее требованіе тѣмъ менѣе понятно, что вода, какъ извѣстно, скрадываетъ разстояніе, и стрѣлокъ могъ быть искренно убѣжденъ, что стрѣляетъ съ меньшей дистанціи, чѣмъ то было въ дѣйствительности. При широтѣ произвола, допускающей включеніе въ критерій опаснаго дѣйствія даже обстоятельствъ, не предусмотрѣнныхъ субъектомъ, нетрудно при желаніи признать опаснымъ или безопаснымъ любое дѣйствіе покушенія

Теоріи криминалистовъ, излагаемыя ниже, свободны отъ указаннаго недостатка. Требуя, для оцѣнки опасности, абстракціи отъ дѣйствительности, они даютъ и точный ея критерій. По общему правилу, этотъ критерій отнюдь не обладаетъ свойствомъ универсальности,—онъ варьируетъ въ зависимости отъ сферы приложенія, будетъ ли то покушеніе негодными средствами, или надъ негоднымъ объектомъ,—объектомъ воли, или объектомъ дѣйствія,—будетъ-ли ошибка относиться къ онтологическому знанію, или номологическому, проявится позже или раньше. Но эта несмѣлая и мало послѣдовательная тактика въ концѣ концовъ даетъ имъ возможность среди комбинацій, обычно относимыхъ къ негодному покушенію, различать таящія въ себѣ опасность преступнаго результата, и потому наказуемыя, отъ нетающихъ и, слѣдовательно, ненаказуемыхъ.

Главныя усилія этой группы криминалистовъ направлены къ разграниченію *средствъ* покушенія.

---

[1]) Cohn, Zur Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen, 1880, S. 419—421

Съ легкой руки Миттермайера [1]), долгое время пользовалось кредитомъ извѣстное дѣленіе средствъ на абсолютно и относительно негодныя, или, иначе, недостаточныя. Покушеніе наказуемо, если изъ предпринятаго дѣйствія никогда, ни при какихъ обстоятельствахъ не могло-бы возникнуть задуманное преступленіе. Покушеніе наказуемо, если дѣйствіе было само по себѣ цѣлесообразно, и только in concreto почему либо не дало требуемаго результата.

Противъ предложеннаго Миттермайеромъ дѣленія выдвинуто было возраженіе, что абсолютно негодныхъ средствъ не существуетъ вовсе. Незаряженное ружье можетъ служить надежнымъ орудіемъ убійства, если бить прикладомъ; сахаръ—средствомъ отравленія, если его предложить діабетику; легкій ударъ по головѣ способенъ лишить жизни человѣка съ только что трепанированнымъ черепомъ, и пр. Но это возраженіе доказываетъ только, что нѣтъ *абсолютно* негодныхъ средствъ въ строго научномъ значеніи слова. Но юристъ при оцѣнкѣ средства долженъ держаться не научной, а практической точки зрѣнія. Если средство проявляетъ свою вредоносность только при совершенно исключительныхъ обстоятельствахъ, практически оно ничѣмъ не разнится отъ абсолютно негоднаго. Дѣло не въ этомъ. Не здѣсь ахиллесова пята популярнаго разграниченія. Теорія Миттермайера—юридически не продуктивна. Оцѣнка вещей или даже манипуляцій съ вещами, произведенная внѣ отношенія къ даннымъ психики виновнаго, вообще не можетъ дать сколько нибудь цѣнныхъ результатовъ съ

---

[1]) N. A. des Criminalrechts, 1816, S. 194. Въ своемъ разграниченіи средствъ на абсолютно и относительно негодныя Миттермайеръ сначала не различалъ, *почему* субъектъ обращается къ тѣмъ или инымъ средствамъ, вслѣдствіе ли ошибки номологической или онтологической. Впослѣдствіи (N. A. IV, S. 103 и сл.) онъ допускаетъ безнаказанность только при номологической ошибкѣ въ средствахъ, но въ томѣ X Новаго Архива (стр. 553) возвращается къ старой теоріи безразличія.

На абсолютно и относительно негодные можно дѣлить не только средства, но и объекты преступленія. Но дѣленіе объектовъ привилось менѣе. Абсолютно негодными объектами стали считать объекты несуществующіе, негодными относительно—объекты, болѣе, чѣмъ ожидалъ субъектъ, защищенные отъ его нападенія. И было понято, что покушеніе надъ относительно негоднымъ объектомъ проще разсматривать какъ покушеніе съ относительно негодными, недостаточными средствами.

точки зрѣнія уголовнаго права. Не опасность вещи, или отдѣльнаго физическаго тѣлодвиженія, но опасность дѣйствія, какъ совокупности данныхъ не только физическихъ, но и психическихъ, рѣшаетъ вопросъ о бытіи покушенія. О годности средства, какъ условіи годности дѣйствія, мы можемъ судить только, если дадимъ себѣ трудъ предварительно стать на точку зрѣнія лица дѣйствующаго, узнаемъ, что за цѣль преслѣдовалъ онъ, какимъ путемъ, используя какія обстоятельства, разсчитывалъ ее достичь [1]). Если А зналъ, что Б обладаетъ черепомъ Скотинина, или что почки у В въ здоровомъ состояніи,—ясно, что средства, примѣненныя А,—легкій ударъ по головѣ въ первомъ случаѣ, и сахарная вода во второмъ,—не только in concreto, но и во всѣхъ мыслимыхъ сочетаніяхъ обстоятельствъ не могли повредить Б и В, и потому должны быть признаны средствами абсолютно негодными,—не вообще для убійства кого-бы то ни было, но для лишенія жизни данныхъ in concreto лицъ—Б и В. Если же допустить, что А не зналъ о томъ, трепанированъ ли черепъ у Б, или въ какомъ состояніи почки у В, то при оцѣнкѣ дѣйствій А становится необходимой абстракція отъ помянутыхъ анатомо-физіологическихъ свойствъ Б и В, и вмѣстѣ неизбѣжнымъ допущеніе, что черепъ у Б былъ только что трепанированъ, или что В страдаетъ сахарнымъ мочеизнуреніемъ. Хотя признаніе средствъ, употребленныхъ А, абсолютно безвредными теперь, въ виду возможныхъ осложненій, уже недопустимо,—практически рѣшеніе вопроса, однако, остается тѣмъ же Въ виду исключительной рѣдкости тѣхъ комбинацій, при наличности коихъ легкій ударъ по головѣ или употребленіе сахарной воды могутъ повлечь за собою смерть, нельзя не признать опасность отъ примѣненія этихъ средствъ минимальною, т. е., такою, которая, какъ мы уже сказали, съ общежитейской точки зрѣнія равносильна безопасности. И только въ случаѣ, если А прямо зналъ о болѣзненномъ состояніи Б и В, и на немъ всецѣло основывалъ свой разсчетъ, аб-

---

[1]) Cp Geyer, Ueber die sog untauglichen Versuchshandlungen, Zeitschrift f. d. ges Strafrechtswiss, 1 B, 1881, S 34 das s g „Mittel“ seine Eigenschaft als Mittel erst durch die Bestimmung erhalt. welche ihm ein Mensch zur Ausfuhrung seiner Zwecke giebt

стракцію отъ названныхъ свойствъ Б и В слѣдуетъ признать недопустимою, а средства, избранныя А для совершенія убійства годными, или же, если смерть почему либо не послѣдовала, *относительно* негодными. Но это будутъ иныя средства, чѣмъ тѣ, рѣчь о которыхъ шла въ первомъ и во второмъ случаяхъ. Для субъекта средствомъ лишенія жизни являются не просто легкій ударъ по головѣ, или введеніе въ чей либо организмъ опредѣленной дозы сахару, но и внутреннія патологическія измѣненія, ими обусловливаемыя, а эти послѣднія при здоровомъ и при болѣзненномъ состояніяхъ человѣческаго организма субъектъ представляетъ себѣ разно.

По тѣмъ же точно соображеніямъ и въ другомъ примѣрѣ—съ незаряженнымъ ружьемъ—мы не можемъ ссылаться въ подтвержденіе опасности ружья на возможность дѣйствія прикладомъ. Оцѣнкѣ подлежитъ не вещь, какъ таковая, а средство, которое, какъ понятіе, обнимаетъ собою также и *способъ* дѣйствія вещью. Если субъектъ предполагалъ изъ ружья стрѣлять, дѣйствіе ружейнымъ прикладомъ будетъ уже инымъ средствомъ, которое съ первымъ имѣетъ только одинъ общій признакъ—единство орудія, какъ вещи.

Само собою разумѣется, что объ абсолютной негодности средствъ и рѣчи быть не можетъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ они были примѣнены субъектомъ по ошибкѣ въ тождествѣ. Если сахаръ былъ употребленъ вмѣсто мышьяку, то сужденіе о томъ, можно ли отравить сахаромъ, было-бы совершенно праздным. Важно не то, можно ли вообще отравить извѣстнымъ веществомъ, но то, насколько цѣлесообразно съ точки зрѣнія субъекта было использовано, какъ средство, то или другое вещество. Становиться при оцѣнкѣ средствъ на точку зрѣнія судьи можетъ лишь тотъ, кто не отдаетъ себѣ яснаго отчета въ юридической природѣ покушенія, кому неизвѣстенъ критерій образованія потенціальнаго момента въ составѣ уголовнаго деликта.

Итакъ, дѣленіе средствъ на абсолютно и относительно негодныя и соотвѣтственно дѣйствій на заключающія и незаключающія въ себѣ составъ покушенія возможно. Средство минимально опасно, если практическую негодность его прекрасно понимаетъ само лицо дѣйствующее, обращающееся къ нему лишь въ на-

деждѣ на исключительную удачу. Употребленіе средства ненаказуемо, если, по свойству дѣйствія и степени его опасности, такъ поступить, какъ поступилъ субъектъ, не усомнился бы каждый bonus pater familias. Жена нанимаетъ дачу по желѣзной дорогѣ, разсчитывая, что мужъ, ежедневно отлучающійся въ городъ на службу, не преминетъ рано или поздно попасть въ желѣзно-дорожную катастрофу. Дѣяніе—ненаказуемо Такому незначительному риску, и по такому поводу, охотно подвергаютъ своихъ мужей и очень хорошія жены.

Таково—единственно правильное и возможное рѣшеніе вопроса, поставленнаго Миттермайеромъ. Но, очевидно, оно не въ состояніи удовлетворить теоретиковъ, которые ищутъ признанія негоднаго покушенія безопаснымъ и ненаказуемымъ въ несравненно болѣе широкихъ границахъ. Примѣнительно къ этой практической задачѣ складывается у нихъ свой особый критерій абстракціи. Если это не прежній чисто объективный критерій Миттермайера, то, конечно, и не чисто субъективный, усвоенный нами. Принимая въ общемъ критерій субъективный, и на этомъ основаніи признавая опасность однихъ негодныхъ покушеній, они одновременно выдѣляютъ изъ области того же негоднаго покушенія нѣкоторыя другія комбинаціи, какъ неопасныя. Достигается это тѣмъ, что, при оцѣнкѣ выдѣляемыхъ комбинацій, къ субъективному критерію искусственно примѣшивается ими объективный. Высшаго и наиболѣе послѣдовательнаго выраженія объективированіе критерія абстракціи достигаетъ у Листа и Баумгартена.

Первая попытка объективированія заключалась въ разграниченіи ошибокъ онто=и номологической. Первая ошибка *не* исключаетъ опасности и наказуемости покушенія, вторая—да.

Такой характеръ носило разграниченіе, предложенное въ свое время Гельшнеромъ [1]). Названный криминалистъ различалъ два вида заблужденія. субъектъ ошибочно предполагаетъ между дѣйствіемъ и преднамѣреннымъ результатомъ существованіе причинной связи, или причинная связь существуетъ, но ее прерываетъ моментъ, о которомъ дѣйствующій не имѣлъ понятія. Въ пер-

[1]) Halschner, System Thl. II, S. 189 Зародышъ разграниченія можно прослѣдить уже у Фейербаха

вомъ случаѣ Гельшнеръ отвергаетъ наличность наказуемаго покушенія, во второмъ—признаетъ. Нѣтъ покушенія, если кто либо даетъ другому сахару, полагая, что сахаромъ можно отравить. Покушеніе есть, если онъ даетъ сахару, принимая сахаръ за мышьякъ.

Болѣе правильно въ гносеологическомъ отношеніи формулируетъ ту же доктрину опаснаго дѣйствія Kohler [1]):—„средство или объектъ годны или негодны въ зависимости отъ того, наступилъ ли бы, или нѣтъ, результатъ по правиламъ естественнаго порядка въ томъ случаѣ, если бы средство или объектъ были тѣми, какими субъектъ представлялъ ихъ". Kohler считаетъ намѣреніе небезразличнымъ съ уголовно-правовой точки зрѣнія только тогда, когда между желаніемъ и результатомъ имѣлась связь. Связующій мостъ можетъ быть перекинутъ не только вовнѣ, но и въ душѣ субъекта, именно, если послѣдній составилъ планъ дѣйствія, и этотъ планъ могъ обезпечить результатъ въ границахъ существующихъ на землѣ отношеній причинности (стр. 25). Вопросъ о годности есть конкретный вопросъ (стр. 27). Это вопросъ:—могъ или нѣтъ деликтъ получить окончательное развитіе при тѣхъ конкретныхъ отношеніяхъ, которыя субъектъ имѣлъ въ виду? О непригодности средства можно говорить лишь тамъ, гдѣ вся совокупность мыслимыхъ комбинацій, которую субъектъ включилъ въ свой планъ, оказывается рядомъ невозможностей (стр. 28).

На основаніи изложенныхъ соображеній, Kohler отвергаетъ возможность наказуемости покушенія суевѣрными средствами и устанавливаетъ дѣленіе покушеній такъ наз. негодными средствами на двѣ категоріи: покушеній ненаказуемыхъ—средствами дѣйствительно негодными, и наказуемыхъ—мнимо негодными.

„Замаливая на смерть, субъектъ не хочетъ ничего другого, какъ замолить на смерть, т. е., онъ хочетъ молиться въ предположеніи, что молитва повлечетъ за собою смерть опредѣленнаго лица. То, что субъектъ желаетъ сдѣлать, есть поэтому нѣчто безобидное, такое, что́ никому не можетъ принести вреда, хотя бы и было выполнено вполнѣ такъ, какъ желаетъ субъектъ... Не потому замаливаніе на смерть не наказуемо, что субъектъ дѣлаетъ нѣчто къ дѣлу непригодное, но потому, что онъ хочетъ къ

[1]) Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, S 31.

дѣлу непригоднаго, что ему не достаетъ воли, направленной на преступное дѣйствіе. При разрѣшеніи вопроса, хочетъ ли субъектъ чего либо преступнаго или непреступнаго, должны быть принимаемы во вниманіе отношенія причинности, дѣйствительно существующія, а не воображаемыя Съ точки зрѣнія уголовнаго права, воля, обращающаяся за содѣйствіемъ къ воображаемымъ естественнымъ или духовнымъ силамъ, безразлична" (стр. 10—11).

Иллюстрируя разсужденіе примѣрами, Колеръ находитъ (S. 12 и 30) такъ же, какъ и Гельшнеръ, что нѣтъ преступнаго намѣренія, если кто либо пытается отравить сахаромъ, считая сахаръ ядовитымъ веществомъ, и что, напротивъ, оно есть, если кто либо употребилъ сахаръ лишь по ошибкѣ вмѣсто мышьяка. Свойство вещества быть ядомъ или *не*ядомъ не отдѣлимо отъ даннаго средства, оно установлено самимъ естественнымъ порядкомъ. Ничего, что внушало бы человѣчеству серьезныя опасенія, не хочетъ тотъ, кто хочетъ лежащаго за предѣлами этого порядка. Напротивъ, намѣреніе лишить жизни человѣка, котораго субъектъ считаетъ живымъ, есть преступное намѣреніе, хотя бы въ дѣйствительности налицо имѣлся уже трупъ. Свойство тѣла представлять изъ себя человѣка или трупъ есть спеціальное свойство отдѣльнаго случая. Тотъ, кто покушается на мертвое тѣло, предполагая, что оно—живое, не хочетъ ничего, что выходило-бы за предѣлы естественнаго порядка; онъ заблуждается относительно не естественныхъ отношеній причинности, но лишь конкретнаго положенія вещей [1]).

Итакъ, для выдѣленія неопаснаго покушенія Колеръ обращаетъ вниманіе на самый источникъ несоотвѣтствія используемыхъ средствъ преслѣдуемой цѣли. Наказуемость исключается только тамъ, гдѣ разсчетъ субъекта погрѣшалъ противъ естественныхъ законовъ. Такое истолкованіе понятія опасности представляетъ собою какъ бы первый этапъ на пути къ отказу отъ понятія конкретной опасности, первый естественный шагъ въ

[1]) Ограниченіе ненаказуемаго покушенія случаями *гомологической* ошибки при выборѣ или использованіи средствъ встрѣчаемъ также у Kostlin'a, System des deutschen Strafrechts, 1855, § 83, Bar'a, Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen, 1859, S. 26, Schroter'a, Handbuch des peinlichen Rechts, § 80; Haberlin'a, Gerichtssaal 1864, стр. 232, Goltdammer'a въ его Архивѣ, т XVI, стр 555 и сл., и у многихъ другихъ.

дѣлѣ абстракціи. Отвлечься при оцѣнкѣ дѣйствія отъ онтологической ошибки, конечно, во много разъ легче, чѣмъ отъ ошибки номологической. Употребленіе средства негоднаго вмѣсто годнаго, по заблужденію въ тождествѣ, производитъ впечатлѣніе бо́льшей случайности, чѣмъ примѣненіе подобнаго же средства вслѣдствіе неправильнаго представленія о его свойствахъ. Первая ошибка должна казаться болѣе вѣроятною и легче поправимою, чѣмъ вторая,—соотвѣтственно, оставленіе дѣйствія безъ наказанія въ первомъ случаѣ болѣе опаснымъ, чѣмъ во второмъ. Но не подлежитъ сомнѣнію, что ограниченіе сферы абстракціи, на которомъ настаиваетъ Колеръ, если и можетъ быть мотивировано, то исключительно соображеніями политическими. Логически нѣтъ основанія ошибкѣ номологической придавать болѣе серьезное значеніе, чѣмъ онтологической. Дѣйствіе лица, заключающееся въ попыткѣ отравить безвреднымъ веществомъ, не можетъ не быть признано опаснымъ, поскольку оно заключаетъ въ себѣ предложеніе человѣку пищи или питья, которыя дающій признаетъ отравленными. Не менѣе опасенъ, какъ общее правило, выстрѣлъ изъ заряженнаго ружья по человѣку, если дистанція, по мнѣнію стрѣлявшаго, вполнѣ отвѣчала дальнобойности оружія.

Вопреки мнѣнію Колера, нѣтъ основанія отвергать опасность и такъ наз. покушенія средствами, избираемыми по крайнему невѣжеству, въ частности, суевѣрными, ибо и здѣсь мы имѣемъ примѣръ номологической ошибки, отличающейся отъ нормальной только мѣрою отклоненія отъ истины. Какъ и при всякомъ иномъ покушеніи, мы встрѣчаемъ дѣйствіе, выполняемое въ предположеніи, что за нимъ послѣдуетъ опредѣленный вредный результатъ. Характерная особенность этого вида покушенія заключается въ томъ лишь, что для полученія формулы опаснаго дѣйствія мы должны отказаться здѣсь ото всякой спецификаціи дѣйствія, дойти до крайнихъ предѣловъ абстракціи, говорить о дѣйствіи, какъ таковомъ. Чтобы конструировать, какъ опасное, покушеніе на отравленіе посредствомъ предложенія безвреднаго напитка, составъ котораго субъекту извѣстенъ, но неизвѣстно присущее свойство,—мы игнорируемъ употребленное средство, но вполнѣ сохраняемъ за дѣйствіемъ, какъ произвольнымъ тѣлодвиженіемъ, присущій ему in concreto физическій характеръ. Напротивъ,

если взять весьма схожій примѣръ обращенія къ суевѣрному средству—предложеніе animo nocendi нашептанной воды,—то сохраненіе за дѣйствіемъ присущаго ему физическаго характера было-бы неправильно. Мы не можемъ сказать субъекту, что его дѣйствіе опасно, такъ какъ отсутствіе яда въ напиткѣ было дѣломъ случая,—конструировать его дѣйствіе, какъ опасное, мы можемъ только, если отвлечемся вовсе отъ избраннаго имъ способа дѣйствія, если въ основу абстракціи возьмемъ не предложеніе напитка, но дѣйствіе, какъ таковое. Предложеніе нашептанной воды опасно, поскольку оно содержитъ въ себѣ дѣйствіе. предпринятое въ сознаніи, что оно можетъ вредить здоровью, и съ намѣреніемъ вредить.

Итакъ, абстракція отъ конкретныхъ условій неудачи при номологической ошибкѣ такъ же возможна, какъ и при онтологической; дѣйствіе, сопутствуемое первой ошибкой, такъ же можетъ быть признано опаснымъ, какъ и сопутствуемое второй. поэтому и оставленіе его безъ наказанія *логически* не представляется обоснованнымъ.

Въ совершенно иного рода границы вводитъ понятіе негоднаго покушенія Zucker [1]). Въ то время, какъ теоріи, изложенныя выше, пользуются для разграниченія опаснаго и неопаснаго (иначе, негоднаго) дѣйствія покушенія признаками, лежащими или во внѣшней природѣ вещи, или во внутреннемъ свойствѣ ошибки, Zucker полагаетъ, что *всякое* покушеніе, какъ дѣйствіе безрезультатное, есть вмѣстѣ и негодное, но что среди покушеній слѣдуетъ различать дѣйствія, которыя всегда, съ самаго начала, были безопасны, и дѣйствія, безопасность которыхъ наступила позже Дѣло не въ вещи, и не въ ошибкѣ, а во времени, когда субъектъ употребилъ по ошибкѣ негодное средство: было, или нѣтъ. дѣйствіе въ этотъ моментъ опасно? Теорія Zucker'а о покушеніи негодными средствами можетъ быть правильно понята только въ связи съ его ученіемъ о покушеніи вообще.

Свою теорію покушенія Zucker называетъ смѣшанной или соединительной Для наказуемости дѣйствія, какъ покушенія, онъ

[1]) Zucker, Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch, Goltdammer's Archiv, 1888. Еще ранѣе Zucker'а въ томъ же направленіи высказались Carrara, Programme, франц. пер. Baret, 1876, § 360, и Hertz, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln, 1874, S. 74 и сл.

требуетъ въ объективномъ отношеніи опасности для правового блага, въ субъективномъ—наступленія момента, когда субъектъ свое преступное намѣреніе или собирается осуществить, или считаетъ уже осуществленнымъ (оконченное покушеніе). (S. 375) „Въ противоположность субъективной теоріи, говоритъ Zucker: —мы требуемъ наступленія дѣйствительной серьезной опасности для правового блага, а не просто осуществленія деликтной воли безъ отношенія къ дѣйствительному результату; въ противоположность объективной теоріи, для насъ безразлично, въ какой фазѣ дѣйствія установилось каузальное отношеніе къ опасности, въ особенности, сохранилось ли оно при окончаніи дѣятельности, направленной къ осуществленію деликтнаго намѣренія".

По мнѣнію Zucker'а, покушенія на убійство нѣтъ, если кто либо стрѣляетъ съ разстоянія, исключающаго всякую возможность попасть въ цѣль; покушеніе есть, если субъектъ предварительно пытался подойти возможно ближе Покушенія на убійство нѣтъ, если кто либо пытается произвести выстрѣлъ изъ только что купленнаго и, естественно, еще незаряженнаго ружья; покушеніе есть, если субъектъ пытается выстрѣлить изъ ружья, которое раньше было имъ заряжено, но впослѣдствіи, безъ его вѣдома, кѣмъ либо разряжено (S 373) Zucker считаетъ наказуемымъ покушеніемъ дѣйствіе лица, покупавшаго мышьякъ, но получившаго въ дѣйствительности вещество безвредное, и ненаказуемымъ дѣйствіе отравителя, ошибочно принявшаго за мышьякъ найденную имъ въ комнатѣ безвредную бѣлую массу (S. 372).

Изъ приведенныхъ разсужденій и примѣровъ можно видѣть, что негодное и, слѣдовательно, ненаказуемое покушеніе Zucker принимаетъ только въ случаѣ, если субъектъ съ самаго приступа къ дѣйствію примѣняетъ пріемы или средства, a priori исключающіе возможность удачи; напротивъ, дѣйствіе годно и, слѣдовательно, наказуемо, если опасность для объекта существовала, хотя-бы ея существованіе было ограничено во времени однимъ начальнымъ періодомъ дѣйствія, стадіей приготовленія. Но Zucker упускаетъ изъ виду, что in concreto дѣйствіе не можетъ быть опасно, оно можетъ быть только вредно или безвредно. Дѣйствіе не можетъ быть опаснымъ впачалѣ, и стать безопас-

нымъ впослѣдствіи. Дѣйствіе безвредное мы не можемъ мыслить иначе, какъ исключавшимъ возможность вреда съ самаго начала, или, говоря иначе, конкретно безопаснымъ. Мы логически не можемъ допустить, чтобы условія какого либо вреднаго или безвреднаго событія появились только въ извѣстной стадіи развитія дѣйствія; до извѣстнаго момента времени они могли быть практически неразличимы, но существовали всегда.

Напротивъ, если стать на единственно правильную, при опредѣленіи опасности дѣйствія, абстрактную точку зрѣнія и проводить ее съ должной послѣдовательностью, не трудно распознать опасное дѣйствіе также и тамъ, гдѣ Zucker видитъ безопасное. Zucker доводитъ абстракцію отъ особенностей протеченія даннаго событія лишь до извѣстнаго, произвольно имъ избираемаго, момента времени,—обращенія къ несоотвѣтствующему средству. Но мы, очевидно, должны идти дальше. Къ этому насъ обязываетъ субъективный характеръ абстракціи, лежащей въ основѣ понятія покушенія, отсутствіе у субъекта сознанія тѣхъ условій, отъ которыхъ зависѣло фіаско предпріятія.

Высшаго предѣла объективированіе понятія опасности достигаетъ, какъ было уже сказано, въ теоріяхъ негоднаго покушенія Листа и Баумгартена.

Опредѣляя всякое покушеніе, какъ дѣйствіе опасное, но не всякое—желая видѣть наказуемымъ, Листъ восполняетъ субъективный критерій абстракціи, ведущій къ признанію каждаго покушенія дѣйствіемъ опаснымъ, критеріемъ объективнымъ—ретроспективнымъ прогнозомъ судьи, переносящагося мысленно ко времени совершенія дѣйствія. „Оцѣнка (опасности дѣйствія при покушеніи),—говоритъ Листъ [1]):—въ качествѣ прогноза, производимаго заднимъ числомъ, должна принимать во вниманіе обстоятельства, распознаваемыя вообще, или извѣстныя одному лицу дѣйствующему въ моментъ совершенія дѣйствія; она не должна принимать въ разсчетъ обстоятельствъ, раскрытыхъ послѣдующимъ ходомъ (событій)... Только въ томъ случаѣ, если по соображенію съ обстоятельствами, вообще распознаваемыми въ моментъ дѣйствія, или извѣстными лицу дѣйствующему, осущест-

[1]) Liszt, Lehrbuch, 12 изд., стр 211 и сл

вленіе признаковъ состава (преступленія), въ особенности, наступленіе результата являлось *невозможнымъ*,—покушеніе, какъ дѣйствіе неопасное, ненаказуемо. Поэтому, напр., можетъ быть наказуемо покушеніе на вытравленіе плода со стороны небеременной женщины, если наличность беременности не являлась вполнѣ исключенною; наказуемое покушеніе на убійство мертворожденнаго ребенка вполнѣ возможно, если смерть не была несомнѣнна".

Такимъ образомъ, для покушенія Листъ принимаетъ критерій абстракціи, схожій съ тѣмъ, которымъ мы пользовались выше при опредѣленіи потенціальнаго момента дѣйствія въ составѣ такъ наз. деликта нарушенія безопасности Вытекающія изъ этого совершенно произвольнаго ограниченія практическія консеквенціи явно идутъ въ разрѣзъ съ общепринятою судебною практикой, и едва ли могутъ быть оправданы политически: по крайней мѣрѣ, у самого Листа мы не находимъ никакихъ соображеній въ пользу столь широкаго истолкованія понятія негоднаго (и вмѣстѣ ненаказуемаго) покушенія. Теорія Листа не только оправдываетъ ненаказуемость едва ли не всѣхъ комбинацій, которыя когда либо разсматривались въ качествѣ негодныхъ (нераспознаваема ex ante причина неудачи дѣйствія сравнительно рѣдко; немногія исключенія приведены Листомъ, какъ примѣры), но должна вести къ безнаказанности и такихъ дѣйствій покушенія, которыя еще никто не относилъ къ числу ненаказуемыхъ. Если покушеніе на отравленіе не удалось потому, что потерпѣвшій видѣлъ, какъ слуга подмѣшивалъ ядъ въ стаканъ налитого ему чаю, дѣйствіе слуги пришлось-бы признать ненаказуемымъ. Переносясь къ моменту дѣйствія, и приводя на справку всѣ обстоятельства того времени, которыя могли быть распознаны, судья, слѣдуя теоріи Листа, долженъ былъ-бы принять во вниманіе и освѣдомленность намѣченной жертвы преступленія о дѣйствіяхъ отравителя. И такъ какъ освѣдомленность жертвы безусловно исключала возможность удачи предпріятія, покушеніе на отравленіе пришлось-бы признать, какъ неопасное, ненаказуемымъ.

Такой же точно универсально объективный критерій абстракціи находимъ у Baumgarten'a. Опредѣленіе условій, при которыхъ начало исполненія, какъ дѣйствіе нападенія, становится

опаснымъ для правового блага, Baumgarten связываетъ съ своеобразно имъ понимаемой теоріей нормъ. „Если норма, говоритъ онъ:—воспрещаетъ виновное противуправное повреждение правового блага, напр, уничтоженіе человѣческой жизни, то она вмѣстѣ воспрещаетъ созданіе какого бы то ни было условія, которое, въ соединеніи съ прочими, могло-бы стать причиной смерти. Поэтому, если законодатель объявляетъ наказуемымъ, независимо отъ оконченнаго повреждения правового блага, также и покушеніе, то само собой отсюда вытекаетъ ограниченіе наказуемости тѣми дѣйствіями нападенія, которыя по общечеловѣческому опыту и законамъ бытія могутъ составить условіе желаемаго вреднаго результата... Такъ какъ еще никто не бывалъ убитъ молитвою о смерти, пріемомъ натра (вслѣдствіе-ли оплошности, или потому, что дѣйствующій считалъ натръ веществомъ ядовитымъ), ядомъ въ безвредной дозѣ и пр., то подобное дѣйствіе нападенія на благо жизни является неопаснымъ, и поэтому, какъ покушеніе, ненаказуемымъ“ [1]).

Несостоятельность ссылки Baumgarten'а на ученіе о нормахъ, стремящейся оправдать ненаказуемость негоднаго покушенія также и de lege lata.—очевидна: запретъ повреждения есть species запрета нарушенія безопасности, поэтому первый еще отнюдь не обосновываетъ второго. Въ остальномъ аргументація Баумгартена (такъ же, какъ и Листа) покоится на совершенно произвольномъ принятіи чисто объективнаго критерія въ основу понятія опасности, какъ признака покушенія.

Въ заключеніе литературнаго очерка, остановимся на теоріяхъ, изъ вопроса о негодномъ покушеніи выдѣляющихъ, какъ спеціальный, вопросъ о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ. Выдѣленіе объясняется или тѣмъ, что ненаказуемость этого вида покушенія они обосновываютъ иными соображеніями, чѣмъ безнаказанность при негодности средствъ, но чаще тѣмъ, что только этотъ видъ покушенія они находятъ возможнымъ признать неопаснымъ и, слѣдовательно, ненаказуемымъ. Это пристрастіе къ негодному объекту, на ряду съ игнорированіемъ негодности средствъ, въ значительной мѣрѣ объясняется тѣмъ, что абстрак-

[1]) Baumgarten, Die Lehre vom Versuche, 1888, стр 419—422.

ція отъ средствъ, употребленныхъ in concreto, несравненно доступнѣе, чѣмъ абстракція отъ объекта; возможность употребленія субъектомъ иныхъ средствъ, чѣмъ тѣ, которыя онъ употребилъ въ дѣйствительности, ближе и нагляднѣе, чѣмъ возможность выполненія дѣйствія надъ инымъ объектомъ.

Наиболѣе общимъ признаніемъ пользуется безопасность, и поэтому ненаказуемость, покушенія на несуществующій объектъ воли; по мнѣнію нѣкоторыхъ, здѣсь отсутствуютъ какъ субъективные, такъ и объективные признаки покушенія. По словамъ Havenstein'a [1]), покушеніе наказуемо только при условіи наличности опасной воли. Но воля, направленная на объектъ несуществующій, не опасна, она можетъ быть названа злою въ моральномъ, но не въ уголовно-правовомъ значеніи слова. То, что не существуетъ, не можетъ быть охраняемо закономъ.

„То, что вообще не существуетъ.—говоритъ другой криминалистъ—*Hagemann* [2]),—такъ же не можетъ быть подвергнуто опасности, какъ не можетъ быть повреждено. Какъ та, такъ и другая невозможность даны съ самаго начала, вообще, во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ, при всѣхъ обстоятельствахъ. Это—не то, что—при покушеніи съ негодными средствами. Тамъ результатъ, на который направлена преступная воля, возможенъ, и только время обнаруживаетъ, что избранный путь былъ неправиленъ,—здѣсь достиженіе цѣли исключено съ самаго начала дѣйствія. Тамъ отсутствуетъ проявленіе силы,—здѣсь не достаетъ одного изъ предварительныхъ условій дѣйствія. Тамъ отсутствіе результата a posteriori устанавливаетъ опытъ,—здѣсь оно дано a priori логически. Тамъ исключено выполненіе результата, здѣсь невозможенъ самый процессъ выполненія. Тамъ субъектъ избираетъ негодное средство для совершенія возможнаго преступленія,—здѣсь онъ хочетъ невозможнаго преступленія. Тамъ ошибка субъекта, задержавшагося на покушеніи, относится къ обстоятельству, устраненіе или обходъ котораго были возможны,—здѣсь субъектъ ошибается относительно возможности преступленія, которая не можетъ быть возстановлена никакимъ образомъ".

---

[1]) Goltdammer's Archiv, 1888, стр. 64 и сл

[2]) Hagemann, Der Versuch bei Mangel des Objekts Goltdammer's Archiv, 1884, S 233

Имперскій судъ отвергъ безнаказанность покушенія негодными средствами на томъ основаніи, что вообще нѣтъ дѣйствій, которыя бы при всѣхъ обстоятельствахъ были непригодны для воспроизведенія результата, соображеніе Reichsgericht'а неприложимо къ случаямъ покушенія надъ несуществующимъ объектомъ, „ибо если объектъ не существуетъ, немыслимы ни дѣйствіе, которое могло бы имѣть результатъ, ни обстоятельства, при которыхъ результатъ могъ-бы имѣть мѣсто Существенный признакъ въ составѣ уголовно—правового понятія объекта нельзя разсматривать, какъ отдѣльное промежуточное событіе, какъ обособленный факторъ причинности. Одинъ объектъ не можетъ быть замѣненъ другимъ безъ того, чтобы инымъ не стало и преступленіе. Убійство А есть иное преступленіе, чѣмъ убійство Б, тогда какъ оно не теряетъ своей идентичности, если я убиваю А инымъ способомъ. Равнымъ образомъ, тезисъ имперскаго суда, что непризнаніе покушеніемъ и ненаказуемость дѣйствій, исключающихъ возможность совершенія, имѣло бы послѣдствіемъ безнаказанность всякаго покушенія, не подлежитъ распространенію на покушеніе съ недостающимъ объектомъ. Имперскій судъ говоритъ о дѣйствіи, въ опредѣленномъ свойствѣ котораго кроется основаніе неудачи,—при отсутствіи объекта, причина неуспѣха зависитъ не отъ дѣйствія; ея не устранить перемѣною способа дѣйствія. Тезисъ касается средствъ, примѣненныхъ субъектомъ; ихъ дѣйствительно нельзя подраздѣлять на абсолютно и относительно негодныя, но, по отсутствію результата, слѣдуетъ признать просто негодными,—ученіе о ненаказуемости покушенія при недостающемъ объектѣ отнюдь не покоится на названномъ разграниченіи; здѣсь безнаказанность должна имѣть мѣсто во всѣхъ случаяхъ, и отсюда не можетъ быть сдѣланъ выводъ, что всякое покушеніе должно быть оставляемо безъ наказанія [1])".

Нетрудно видѣть, что разсужденіе Havenstein'а и Hagemann'а покоится на неправильномъ усвоеніи момента опасности въ понятіи покушенія. Только этимъ и можно объяснить упорное нежеланіе обоихъ отвлечься отъ объекта преступленія in concreto. Если по ошибкѣ въ діагнозѣ акушерка дала абортивное средство

[1]) Goltdammer's Archiv, 1884, S 229.

небеременной, то, само собою разумѣется, плодъ *данной* женщины, какъ несуществующій, не подвергался опасности, но дѣло въ томъ, что отсутствіе беременности было фактомъ, не отразившимся въ субъективномъ сознаніи, поэтому, производя потенціальную оцѣнку дѣйствія, какъ покушенія, мы должны исключить беременность женщины изъ числа данныхъ, подлежащихъ отвлеченію отъ дѣйствительности. Въ результатѣ абстракціи мы получаемъ дѣйствіе передачи абортивнаго средства женщинѣ лицомъ, предполагавшимъ, что она беременна, и что средство будетъ употреблено ею въ абортивныхъ цѣляхъ. Дѣйствіе, несомнѣнно, опасное. Данная женщина, правда, была небеременна, но, вѣдь, за помощью къ той же акушеркѣ могла прибѣгнуть и другая, дѣйствительно беременная женщина.

Вопреки мнѣнію Havenstein'a, нельзя согласиться и съ тѣмъ, что такъ-наз. покушеніе на несуществующій объектъ не отвѣчаетъ требованіямъ субъективной стороны покушенія. Преступно—опасная воля, т.-е. воля, которая in abstracto можетъ стать источникомъ преступной дѣятельности, есть, несомнѣнно, и въ дѣйствіи субъекта, покушающагося на несуществующій объектъ.

Если нельзя признать безопаснымъ, въ уголовно-правовомъ смыслѣ, покушеніе на несуществующій объектъ воли, тѣмъ менѣе можетъ быть рѣчь о безопасности дѣйствія, оставшагося безъ результата по ошибкѣ въ тождествѣ или мѣстонахожденіи объекта воли. Если возможна абстракція отъ объекта несуществующаго, тѣмъ легче игнорировать, при оцѣнкѣ дѣйствія, простое *отсутствіе* объекта.

Остается разобрать основательность доводовъ, приводимыхъ въ защиту положенія о ненаказуемости покушенія на *юридически* негодный объектъ. По мнѣнію Havenstein'a, покушеніе на подобный объектъ ненаказуемо потому, что оно „вообще не есть покушеніе, а есть дѣяніе оконченное", и, какъ таковое, непреступно. „Если кто-либо проникаетъ въ чужой домъ съ тѣмъ, чтобы присвоить и унести часы, выполняетъ планъ и уходитъ съ часами,—дѣйствіе исполнено, намѣреніе осуществлено, независимо отъ того, были ли на самомъ дѣлѣ часы чужіе или его собственные". Правда, планъ былъ ошибоченъ, но „для состава совершенія или покушенія рѣшающее значеніе имѣетъ не сознаніе, а

осуществленіе или неосуществленіе воли, намѣренія". Если же то, что субъектъ выполнилъ, признать дѣяніемъ оконченнымъ, — оно, какъ таковое, не можетъ быть признано наказуемымъ за отсутствіемъ въ составѣ его одного изъ признаковъ преступленія кражи—наличности *чужой* вещи, какъ объекта преступнаго дѣйствія [1]).

Признать доводы Havenstein'a заслуживающими уваженія мы не можемъ. То обстоятельство, что субъектъ осуществилъ свое желаніе, не можетъ служить препятствіемъ признать его дѣйствіе покушеніемъ. Покушеніе есть дѣйствіе, выполненное съ намѣреніемъ осуществить составъ преступленія, но не осуществившее его въ дѣйствительности. Нѣтъ основанія утверждать, что неосуществленною при покушеніи должна непремѣнно быть фактическая сторона результата, и не можетъ—одна юридическая. Ибо и въ послѣднемъ случаѣ, съ уголовно правовой точки зрѣнія, дѣяніе еще отнюдь не можетъ быть названо оконченнымъ. Осуществляетъ *преступную волю* только тотъ, кто воспроизводитъ преступный результатъ.

Мы разсмотрѣли попытки теоретиковъ обосновать ненаказуемость негоднаго покушенія формально логическими доводами, почерпнутыми, главнымъ образомъ, изъ анализа понятія покушенія, какъ дѣйствія опаснаго. Мы убѣдились въ тщетности этихъ попытокъ, въ неподлежащей сомнѣнію опасности негоднаго покушенія, какъ точно опредѣленной категоріи безрезультатныхъ посягательствъ на правовыя блага.

Ненаказуемость негоднаго покушенія можно разсматривать лишь какъ изъятіе изъ общаго правила о наказуемости опаснаго дѣйствія, заключающагося въ покушеніи. Дѣйствіе, содержащее въ себѣ всѣ признаки уголовно правового понятія опасности, можетъ быть признано ненаказуемымъ лишь по особымъ политическимъ соображеніямъ. Только выясненіемъ послѣднихъ можетъ быть de lege ferenda обоснована ненаказуемость негоднаго покушенія.

Что безнаказанность негоднаго покушенія не можетъ быть обоснована съ точки зрѣнія спеціальнаго предупрежденія, ясно само собою: какъ проявленіе соціальнаго характера, негодное покушеніе рѣшительно ничѣмъ не отличается отъ годнаго,—при-

[1]) Goltdammer's Archiv, 1888, стр. 35 и сл.

чина неудачи лежитъ не въ характерѣ субъекта, а въ свойствахъ объекта и средствъ дѣйствія. Ненаказуемости негоднаго покушенія если и можетъ быть найдено политическое оправданіе, то единственно съ точки зрѣнія общаго психологическаго принужденія.

Ненаказуемость негоднаго покушенія такъ же, какъ наказуемость годнаго покушенія не есть *требованіе* политики общаго предупрежденія, оно лишь *примиримо* съ нею. Разрѣшаемый de lege ferenda, съ точки зрѣнія общерепрессивной политики, вопросъ о негодномъ покушеніи можетъ быть редактированъ слѣдующимъ образомъ: въ какихъ предѣлахъ негодное покушеніе можетъ быть оставлено безъ наказанія, не рискуя, что угроза уголовнаго закона утратитъ что либо въ своей силѣ?

Совершенно такъ же, какъ угроза можетъ послужить психическимъ тормазомъ для субъекта только при условіи, если онъ считаетъ ее выполнимой, такъ-же точно непримѣненіе къ кому либо общей угрозы можетъ поощрить третье лицо къ преступленію единственно, если оно считаетъ такое непримѣненіе по отношенію къ себѣ мыслимымъ, возможнымъ. Законодатель связываетъ какъ свои угрозы, такъ и заявленія о непримѣненіи угрозъ, съ наступленіемъ опредѣленныхъ фактовъ,—предположеній наказанія въ первомъ случаѣ,—безнаказанности во второмъ. Отмѣна угрозы можетъ поощрить субъекта къ преступленію только, если онъ внутренно считаетъ возможнымъ наступленіе фактовъ, исключающихъ по закону примѣненіе наказанія.

Разсмотримъ прежде, насколько вынуждается необходимостью наказуемость покушенія *надъ негоднымъ объектомъ*. Здѣсь слѣдуетъ различать объекты воли и дѣйствія, съ одной стороны,—объекты фактически и юридически негодные, съ другой.

Угроза наказуемости покушенія, какъ мы уже знаемъ [1]), не преслѣдуетъ какой либо обособленной самостоятельной цѣли, но лишь сообщаетъ бо́льшую силу главной и первоначальной угрозѣ наказанія за оконченное преступленіе. Субъектъ узнаетъ, что онъ будетъ наказанъ не только въ случаѣ успѣха, но также при неудачѣ преступленія. Не отрадна перспектива

[1]) См выше, стр 238

понесть наказаніе вслѣдъ за успѣшно выполненнымъ преступленіемъ, тѣмъ тяжелѣе пострадать ни за что, не отвѣдавъ вовсе сладости успѣха.

Представимъ себѣ, существуетъ законъ: покушеніе ненаказуемо, если правовое благо—объектъ преступной воли in concreto—оказалось юридически незащищеннымъ. Можетъ-ли предоставляемая такимъ закономъ привиллегія безнаказанности послужить лишнимъ поощреніемъ къ выполненію дѣйствія покушенія?

Чтобы отвѣтить на вопросъ, прежде представимъ себѣ обратное: покушеніе на юридически негодный объектъ наказуемо. Что представляла бы тогда угроза уголовнаго закона? она, очевидно, сводилась бы къ формулѣ: „ты будешь наказанъ, если нарушишь охраняемое мною благо; ты будешь наказанъ такъ же, или хотя бы и не такъ строго, если то, чего ты хочешь, не заключаетъ въ себѣ преступленія.

Нетрудно видѣть, что такая дополнительная угроза наказаніемъ не произвела бы на субъекта ни малѣйшаго впечатлѣнія. Нельзя ожидать, что кто либо воздержится отъ преступленія, предусмотрѣннаго 1524 ст. улож. о нак., только изъ опасенія, что потерпѣвшая можетъ оказаться не 13 лѣтъ, какъ онъ думаетъ, а 14, и что поэтому его накажутъ не какъ за оконченное преступленіе, а нѣсколько слабѣе,—какъ за покушеніе надъ негоднымъ объектомъ

Но эти соображенія, очевидно, относятся только къ такому юридически негодному объекту воли, недостающія или излишнія свойства котораго не обнимаетъ прямой умыселъ субъекта. Напротивъ, если субъектъ прямо хотѣлъ, чтобы объектъ его воли обладалъ требуемыми свойствами, если одно обладаніе этими свойствами сообщало ему практическую цѣнность во мнѣніи субъекта.—покушеніе можетъ быть признано ненаказуемымъ только по соображеніямъ, которыя будутъ приведены ниже, при политической оцѣнкѣ покушенія надъ несуществующимъ объектомъ воли.

Затѣмъ, что́ окажется объектомъ дѣйствія при покушеніи на юридически негодный объектъ воли, не имѣетъ значенія. Былъ ли объектъ воли вмѣстѣ и объектомъ дѣйствія, или они были разные, былъ ли объектъ дѣйствія негоденъ юридически или фактически, и если фактически, то ошибался ли субъектъ въ тожде-

ствѣ объекта воли, или просто предположилъ объектъ воли находящимся тамъ, гдѣ его не было,—безразлично. Нѣтъ разницы, вступилъ ли кто въ связь съ той самой дѣвицей, которую онъ ошибочно считалъ за родную сестру, или съ дѣвицей, которая только, пользуясь ночною темнотой, приняла на себя роль мнимой сестры его. Ненаказуемъ тотъ, кто рветъ клочокъ бумаги, вмѣсто своего векселя, не зная, что этотъ вексель оставленъ ему умершимъ кредиторомъ по завѣщанію, и тотъ, кто въ поискахъ за тѣмъ же векселемъ взламываетъ пустой ящикъ письменнаго стола въ квартирѣ умершаго.

Переходимъ къ вопросу объ отвѣтственности за покушеніе на несуществующій объектъ воли. Часты, или нѣтъ, такія покушенія,—раскрытіе факта несуществованія объекта воли, по общему правилу, является величайшею изъ неожиданностей, какія только постигаютъ покушающагося Какъ бы онъ ни былъ предусмотрителенъ, никогда, сколько нибудь серьезно, онъ не считается съ возможностью, что правовое благо, объектъ его воли, существуетъ только въ его воображеніи. Какъ общее правило,—человѣкъ рѣшается на преступленіе лишь вынуждаемый крайностью, не видя иныхъ легальныхъ путей къ осуществленію своихъ желаній Первое, что парализуетъ волю, это—мысль о томъ, что преступленіе излишне, вообще, или надъ даннымъ облюбованнымъ объектомъ. Правило: „покушеніе на несуществующій объектъ воли ненаказуемо“ не можетъ служить поощреніемъ преступнику: онъ увѣренъ, что объектъ его воли существуетъ; думая иначе, онъ воздержался бы отъ покушенія.

Что при этомъ служитъ объектомъ дѣйствія, былъ ли объектъ дѣйствія негоденъ юридически (нѣкто уноситъ свою вещь, думая похитить чужую несуществующую) или фактически, (нѣкто animo necandi наноситъ ударъ трупу, или пытается произвести абортъ у небеременной женщины), является политически безразличнымъ.

Могутъ возразить, конечно, что соображенія въ пользу ненаказуемости покушенія на негодный юридически и несуществующій объекты воли не имѣютъ безусловнаго значенія, что, именно считаясь съ наказуемостью такого покушенія, и вмѣстѣ имѣя нѣкоторыя основанія считать благо, объектъ посягательства, физи-

чески не существующимъ или юридически незащищеннымъ, иной предпочтетъ переждать выясненія обстоятельствъ, чѣмъ напрасно рисковать уголовной отвѣтственностью Экономка, имѣющая достаточное основаніе предполагать, что покойный баринъ оставилъ ей по завѣщанію деньги, что лежатъ въ бюро; разбойникъ, ударяющій ножомъ жертву своего товарища только изъ желанія разсѣять свои сомнѣнія относительно смерти раненаго,— могутъ и воздержаться, первая — отъ кражи, второй — отъ убійства, если по закону они должны быть наказаны во всякомъ случаѣ, т. е., независимо отъ того, существуетъ или нѣтъ завѣщаніе, придется ли ударъ по трупу, или по живому тѣлу. А если они воздержатся, то выигрышъ для правового порядка очевиденъ: завѣщаніе можетъ оказаться существующимъ, а человѣкъ съ остатками жизни.

Однако, не трудно видѣть, что наказуемость покушенія надъ негоднымъ объектомъ воли можетъ оказать вліяніе на субъекта дѣйствія только при стеченіи слѣдующихъ трехъ условій: 1) если субъектъ думалъ о томъ, что предметъ можетъ оказаться не существующимъ или юридически негоднымъ, 2) при юридической негодности объекта, если дѣйствіе становилось тогда излишнимъ, и 3) если субъектъ не имѣлъ возможности предварительно изслѣдовать объектъ съ цѣлью выясненія, существуетъ ли онъ, и годенъ-ли.

Отсюда слѣдуетъ, что отрицать безусловно пользу отъ оставленія наказуемымъ покушенія на негодный объектъ воли нѣтъ основанія, но выгода практически такъ ничтожна, что не только можетъ, но и должна быть игнорируема законодателемъ. Неразумно оставлять въ дѣйствіи угрозу, если ея вліяніе ограничено крайне рѣдкими, исключительно благопріятными комбинаціями обстоятельствъ.

Намъ остается разсмотрѣть вопросъ о цѣлесообразности наказанія, назначаемаго за покушеніе на *физически или юридически негодный объектъ дѣйствія*, или—что въ сущности одно и то же—на *годный, но отсутствующій объектъ воли.*

Криминалисты, высказывающіеся за ненаказуемость покушенія надъ негоднымъ объектомъ дѣйствія, вслѣдствіе смѣшенія его съ годнымъ объектомъ воли, обычно приводятъ въ примѣръ покуше-

нія, выполняемыя людьми, подъ вліяніемъ иллюзи или галлюцинаціи, какъ нельзя болѣе, увѣренными въ реальности своихъ чувственныхъ воспріятій: какъ, напримѣръ, покушеніе на убійство посредствомъ выстрѣла по привидѣнію или огородному пугалу. Человѣку свойственна безусловная вѣра въ реальность его чувственныхъ воспріятій: что видимъ, слышимъ или осязаемъ, по общему правилу, въ повседневномъ обиходѣ жизни, мы принимаемъ, какъ нѣчто глубоко реальное, что̀ существуетъ само по себѣ, независимо отъ факта чувственнаго воспріятія. „Самъ видѣлъ, самъ слышалъ"—ultima ratio каждаго профана. Даже и скептикъ Ѳома увѣровалъ, когда онъ собственными перстами могъ осязать раны на тѣлѣ воскресшаго Христа. Удостовѣрившемсяу чувственно, что онъ воздѣйствуетъ на реальный объектъ его воли,—поэтому безразлично, какъ смотритъ законъ на ошибку въ тождествѣ. Это—законъ, интересный для тѣхъ, кто ошибается,—онъ ошибаться не можетъ: самъ видитъ, слышитъ, осязаетъ.

Но если не имѣютъ безусловнаго значенія доводы, приводимые въ пользу ненаказуемости покушенія надъ негоднымъ объектомъ воли, тѣмъ болѣе условное значеніе имѣютъ аргументы, приводимые въ пользу ненаказуемости покушенія на годный объектъ воли, при одновременной негодности объекта дѣйствія. Какъ-бы ни было непосредственно чувственное воспріятіе, нельзя отрицать, что въ основѣ нашего сужденія о предметѣ всегда лежитъ извѣстный процессъ умозаключенія, который мы не всегда замѣчаемъ только потому, что онъ слишкомъ привыченъ намъ. Чѣмъ сложнѣе этотъ процессъ, чѣмъ болѣе размышленіе вытѣсняетъ мѣста по сравненію съ непосредственнымъ воспріятіемъ, тѣмъ менѣе мы вѣримъ въ свою непогрѣшимость, тѣмъ охотнѣе допускаемъ возможность ошибки. Съ другой стороны, и свидѣтельство чувствъ далеко не всегда является настолько отчетливымъ, что исключаетъ всякое сомнѣніе. Нерѣдко мы едва различаемъ предметъ нашего наблюденія, плохо слышимъ, тупо осязаемъ. Несомнѣнно также, что чувственныя воспріятія могутъ противорѣчить одно другому (голосъ Іакова, руки Исава). Неудивительно поэтому, если дѣйствіе покушенія, выполняемое надъ отсутствующимъ объектомъ воли часто получаетъ характеръ розыска объекта. Кто стрѣляетъ черезъ окно въ темную комнату

по направленію къ кровати, тотъ не можетъ не считаться съ мыслью, что кровать можетъ оказаться и пуста; стрѣляя, онъ вмѣстѣ ищетъ объекта, сознательно рискуетъ успѣхомъ предпріятія.

Безнаказанность покушеній, выполненныхъ надъ негоднымъ объектомъ дѣйствія, грозила бы крайне вредными послѣдствіями, —она равнялась бы отмѣнѣ наказаній за покушеніе вообще. Наказуемость покушеній обусловлена желаніемъ законодателя положить предѣлъ такъ наз. пробамъ преступнаго счастья. Но правило о безнаказанности покушенія при ошибкѣ въ тождествѣ объекта являлось бы прямымъ поощреніемъ къ подобнымъ пробамъ:— „Ты не увѣренъ, что здѣсь—объектъ твоей воли,—пытайся,—тебѣ не будетъ худо, если окажется, что ты ошибся". Что помѣшало бы тогда субъекту послѣдовательно одну за другой взламывать церковныя кружки или ежедневно стрѣлять въ окно къ своему недругу, пока онъ не достигнетъ своей цѣли: не нападетъ на кружку съ деньгами, или не убьетъ, кого требовалось. Легко привести и другіе примѣры, гдѣ безнаказанность субъекта едва ли можетъ быть оправдана: крестьянинъ, желая украсть сосѣдское сѣно, увозитъ съ покоса въ потьмахъ свое собственное; тѣ, кто отрицаютъ наказуемость этого крестьянина, приходятъ къ нелѣпому выводу при восполненіи казуса новымъ обстоятельствомъ: на слѣдующее утро крестьянинъ ѣдетъ за *своимъ* сѣномъ и по ошибкѣ привозитъ сѣно своего сосѣда. Такъ какъ во второмъ случаѣ о виновности не можетъ быть и рѣчи, крестьянинъ оказывается правъ кругомъ. По истинѣ, pereat mundus, fiat justitia,—конечно, если понимать послѣднюю, какъ юриспруденцію понятій

Другое соображеніе, которое говоритъ также за наказуемость негоднаго покушенія при ошибкѣ въ тождествѣ объекта воли, заключается въ близости такого покушенія съ безспорно наказуемыми случаями такъ называемаго error in objecto. Объектъ воли годенъ въ обоихъ случаяхъ, но объектъ дѣйствія годенъ здѣсь (при error in objecto). и негоденъ тамъ. Говорятъ, что субъектъ наказуемъ въ первомъ случаѣ, и не наказуемъ во второмъ. Столь различная оцѣнка однородныхъ по существу комбинацій не можетъ быть признана ни послѣдовательной, ни политически цѣ-

лесообразной; должникъ вырываетъ изъ рукъ кредитора бумагу, которую онъ принимаетъ за свой вексель, и рветъ ее. Сенатъ различаетъ, была-ли бумага лишенной всякаго юридическаго значенія запиской,—или векселемъ, но чужимъ. Въ первомъ случаѣ, по мнѣнію Сената, нѣтъ вовсе наказуемаго покушенія на уничтоженіе документа, во второмъ—оно есть. Мы думаемъ, что наказуемое покушеніе должно быть признано въ обоихъ случаяхъ.

Переходимъ къ политической оцѣнкѣ покушенія съ *негодными средствами*. Субъектъ употребляетъ по ошибкѣ средства, негодныя для достиженія цѣли in concreto (хотя бы и годныя in abstracto),—ошибка заключается въ томъ, что средства, каковы они есть, не отвѣчаютъ представленію, которое о нихъ сложилось у субъекта дѣйствія. Причиною ошибки можетъ быть или невѣдѣніе, или невѣжество субъекта. Если отравитель заблуждается относительно химическаго состава жидкости, используемой въ цѣляхъ преступленія, онъ проявляетъ незнаніе, невѣдѣніе. Напротивъ, если составъ извѣстенъ ему, но неизвѣстно дѣйствіе напитка на человѣческій организмъ, онъ проявляетъ невѣжество. Невѣдѣніе есть незнаніе онтологическихъ отношеній въ предѣлахъ данной фактической комбинаціи, невѣжество есть незнаніе присущихъ той же комбинаціи номологическихъ отношеній. Невѣжду мы противополагаемъ мудрецу, а мудрецъ не тотъ, кому извѣстны конкретные факты, но тотъ, кто знаетъ законы, управляющіе фактами. Примѣромъ примѣненія негодныхъ средствъ по невѣжеству, вслѣдствіе незнанія, какъ дѣйствуетъ средство, можетъ служить такъ часто цитируемая попытка фейербаховскаго баварца „замолить на смерть“ своего врага. Примѣромъ примѣненія негоднаго средства по невѣдѣнію, вслѣдствіе незнанія, въ чемъ заключается средство, можетъ служить попытка застрѣлить изъ игрушечнаго револьвера, принятаго за настоящій, предложеніе по ошибкѣ кому либо чашки неотравленнаго чаю вмѣсто отравленнаго, и пр.

Очевидно, ни та, ни другая ошибки въ средствахъ, ни невѣдѣніе, ни невѣжество субъекта не должны, по общему правилу, исключать наказуемость. Оставлять покушающихся съ негодными средствами безъ наказанія значило-бы поощрять ихъ къ учащен-

нымъ ставкамъ въ игрѣ на преступное счастье. Это было-бы тѣмъ болѣе опасно, что проведеніе точной границы между покушеніемъ съ годными и негодными средствами на практикѣ не всегда возможно. Считалъ ли субъектъ то, что существуетъ, несуществующимъ (негодное покушеніе), или просто игнорировалъ (годное покушеніе),—при оцѣнкѣ средствъ различить не всегда возможно.

Въ особенности, опромѣтчиво было-бы распространять безнаказанность на примѣненіе негодныхъ средствъ по невѣдѣнію; какъ общее правило, мы гораздо болѣе вѣримъ въ истинность нашихъ номологическихъ знаній, чѣмъ онтологическихъ. Провѣрить наличность того или другого факта несравненно легче, чѣмъ провѣрить законъ, управляющій фактами. Въ возможности онтологическихъ ошибокъ насъ убѣждаетъ повседневный опытъ жизни; въ нихъ мы охотнѣе сознаемся; къ мысли о нихъ относимся терпимѣе. Такъ же и покушающійся на преступленіе чаще и скорѣе допускаетъ мысль, что онъ заблуждается въ тождествѣ фактовъ, чѣмъ въ ихъ потенціальной оцѣнкѣ. Соотвѣтственно, и оставленіе безъ наказанія ошибокъ въ средствахъ по невѣдѣнію болѣе поощряло-бы къ развитію преступной дѣятельности, чѣмъ правило о безнаказанности лицъ, ошибающихся въ средствахъ по невѣжеству.

Но совершенная безнаказанность, безъ ущерба для дѣла репрессіи, для силы угрозъ уголовнаго закона, можетъ быть предоставлена исключительно лицамъ, обнаружившимъ въ выборѣ и эксплоатаціи средствъ *крайнее* невѣжество, въ частности,—лицамъ, прибѣгшимъ къ помощи такъ наз. *суевѣрныхъ* средствъ.

Подъ крайнимъ невѣжествомъ мы разумѣемъ незнаніе наиболѣе общихъ, основныхъ и вмѣстѣ элементарныхъ, естественныхъ или юридическихъ отношеній, проявленное субъектомъ при выборѣ средствъ или ихъ эксплоатаціи,—такое незнаніе, которое, не исключая вмѣняемости субъекта, свидѣтельствуетъ, однако, о его крайней неразвитости. Невѣжество субъекта должно быть настолько грубо, что для его распознанія не требовалось бы никакихъ спеціальныхъ знаній, кромѣ общераспространенныхъ. Не будемъ приводить обычныхъ анекдотическихъ примѣровъ, въ родѣ разсказа Боккаччіо въ Декамеронѣ о томъ крестьянинѣ, ко-

торый зарылъ въ землю червонецъ въ надеждѣ, что изъ него вырастетъ дерево и станетъ приносить плоды—червонцы,—назидательнѣе примѣры, которые даетъ судебная практика. Малограмотнаго крестьянина судятъ за поддѣлку 25 рубл. кредитнаго билета. Corpus delicti представляетъ изъ себя клочокъ бѣлой бумаги, на которомъ рукою обвиняемаго срисованы нѣкоторые слова и знаки съ подлиннаго билета (стараго образца, тоже бѣлаго цвѣта). Московская мѣщанка находитъ на улицѣ именной билетъ на вкладъ 1000 руб., выданный однимъ изъ мѣстныхъ банковъ. Надписавъ собственноручно вверху „беземена“ (безъименный), старуха является въ банкъ за полученіемъ.

Ошибочно было-бы ставить вопросъ объ отвѣтственности обоихъ подсудимыхъ въ зависимость отъ техническаго совершенства произведенныхъ ими поддѣлки кредитнаго билета въ одномъ случаѣ и подлога надписи на документѣ—въ другомъ. Поддѣлка можетъ оказаться грубой, неспособной ввести кого бы то ни было въ заблужденіе, и все-же дѣяніе быть признано наказуемымъ, напр., если поддѣлыватель—весьма опытный граверъ, и неудача даннаго оттиска произошла отъ совершенно случайныхъ обстоятельствъ: поддѣлыватель былъ пьянъ, въ темнотѣ перепуталъ краски и т. п. Средство дѣйствія не можетъ быть оцѣниваемо иначе, какъ въ связи съ онто- и номологическими знаніями, используемыми субъектомъ для достиженія цѣли. Употребленіе негодныхъ средствъ только тогда исключаетъ отвѣтственность, когда оно должно быть поставлено на счетъ невѣжественности субъекта.

Но ошибочно было-бы думать, что наказаніе отпадаетъ здѣсь вслѣдствіе доказанной негодности субъекта для выполненія предпринятаго преступленія. Производя оцѣнку предположеній репрессіи съ точки зрѣнія политики спеціальнаго предупрежденія, неизбѣжно было-бы прійти къ діаметрально противоположному выводу по интересующему насъ вопросу. Крайняя невѣжественность, проявленная въ выборѣ средствъ, далеко не всегда гарантируетъ безопасность субъекта на будущее время. Кто вчера, желая повредить здоровью, вынулъ слѣдъ или подалъ за упокой души, тотъ сегодня, убѣдившись на опытѣ въ негодности употребленныхъ средствъ, можетъ обратиться къ новымъ, болѣе дѣй-

ствительнымъ [1]). Если даже считать полуграмотнаго крестьянина вообще неспособнымъ на успѣшную поддѣлку кредитныхъ билетовъ, гдѣ гарантія, что онъ не явится весьма ловкимъ сбытчикомъ фальшивыхъ денегъ? Ненаказуемость невѣжественнаго покушенія можетъ быть оправдана единственно съ точки зрѣнія общаго психологическаго принужденія: она не колеблетъ силы угрозы, содержащейся въ уголовномъ законѣ. Предоставленіе льготы психологически можетъ воздѣйствовать только на тѣхъ, кто въ состояніи на нее разсчитывать. Привиллегія безнаказанности, предоставленная крайнему невѣждѣ, ни мало не соблазнительна. Никто,—кто собирается совершить преступленіе,—не думаетъ, что онъ способенъ на ошибку, подобную тѣмъ—грубымъ и самоочевиднымъ, которыя суды обычно относятъ къ крайнему невѣжеству. Безнаказанность покушенія съ крайне невѣжественными средствами представляла-бы опасность развѣ при условіи, что изъ крайнихъ невѣждъ состояло-бы все общество или хотя значительная часть его,—предположеніе, которое недопустимо логически: понятіе крайняго невѣжды относительно; оно зависитъ отъ высоты культуры даннаго общества. Понятіе крайняго невѣжды устанавливаетъ само общество, отсортировывая тѣхъ, кто стоитъ ниже наиболѣе снисходительныхъ требованій, которыя, по состоянію мѣстной культуры, могутъ быть предъявлены къ умственному развитію обывателя.

Если крайняя невѣжественность употребленныхъ средствъ всегда является вопросомъ факта, и должна быть установлена въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, то понятіе суевѣрныхъ средствъ допускаетъ совершенно точное опредѣленіе. Средство—суевѣрно, если его примѣненіе покоится не на опытномъ, а на сверхчувственномъ познаніи,—преимущественно на вѣрѣ въ темныя силы природы. Это качественное и легко констатируемое отличіе суевѣрныхъ средствъ отъ вообще негодныхъ устраняетъ практически

---

[1]) Поэтому Hagemann [Goltdammer's Archiv, 1884, S 242] ограничиваетъ ненаказуемость покушенія негодными средствами, de lege ferenda, [Nr. 3 къ § 46 RStrGB] случаемъ, „если дѣйствія субъекта слѣдуетъ считать вполнѣ непригодными къ совершенію преступленія, и надо думать, что субъектъ, убѣдившись въ негодности ихъ, не сталъ-бы приводить въ исполненіе свое рѣшеніе инымъ способомъ".

возможность истолкованія кѣмъ либо ненаказуемости примѣненія первыхъ въ смыслѣ безнаказанности покушенія со вторыми.

Итакъ, разсматривая въ уголовно политическомъ освѣщеніи вопросъ о негодномъ покушеніи, мы приходимъ къ выводу, что наиболѣе основаній имѣетъ ненаказуемость покушенія надъ юридически негоднымъ и несуществующимъ объектами воли и покушенія съ крайне невѣжественными, въ частности, суевѣрными средствами Менѣе основаній и, въ общемъ, недостаточно—для ненаказуемости покушенія на годный объектъ воли, при негодности (юридической или фактической) объекта дѣйствія, (въ крайнемъ случаѣ здѣсь, по примѣру швейцарскаго проекта, можно было бы допустить факультативно безнаказанность или смягченіе наказанія); нѣтъ никакихъ основаній для безнаказанности покушенія съ вообще негодными средствами.

Практически рѣшая вопросъ о границахъ негоднаго (ненаказуемаго) покушенія, законодатель руководствуется слѣдующими соображеніями. Главную роль играетъ здѣсь требуемая строгость репрессіи,—настойчивость, съ которой онъ желаетъ проводить въ жизнь приказы и запреты своего кодекса. Но не послѣднее мѣсто занимаетъ здѣсь и способность къ абстракціи, проявляемая со стороны широкихъ круговъ населенія. Чтобы быть репрессивнымъ, наказаніе должно быть популярнымъ. Но быть таковымъ оно можетъ только, если общество признаетъ, что судья караетъ за дѣло. Для соціальной оцѣнки покушенія, даже годнаго, требуется извѣстная способность къ абстракціи, пониманіе, что при иномъ сложеніи обстоятельствъ результатъ послѣдовалъбы,—тѣмъ болѣе развитой способности къ отвлеченію требуетъ оцѣнка негоднаго покушенія. Какъ мы убѣдились, необходимая для этого способность къ абстракціи отсутствуетъ нерѣдко не только у народныхъ массъ, но даже у самихъ криминалистовъ. Признаніе негоднаго покушенія наказуемымъ во всѣхъ его видахъ особенно опасно въ странахъ, гдѣ къ отправленію правосудія призванъ институтъ присяжныхъ засѣдателей,—оно рискуетъ создать конфликтъ между писаннымъ правомъ и народнымъ правосознаніемъ.

Наказуемо ли негодное покушеніе по дѣйствующему праву? Современные кодексы проходятъ вопросъ молчаніемъ. Кримина-

листы рѣшаютъ его слѣдующимъ образомъ. Покушеніе по опредѣленію современнаго законодателя есть „начало исполненія". Негодное покушеніе наказуемо, поскольку оно вообще можетъ быть названо покушеніемъ, т е, заключаетъ въ себѣ „начало исполненія"

Понятіе начала исполненія, по своей расплывчатости, допускаетъ весьма разнообразное истолкованіе [1]). Не удивительно, если каждый, кто пытался опредѣлить ближе природу покушенія, умѣлъ найти въ дѣйствующемъ правѣ подтвержденіе взгляда, проводимаго вмѣстѣ de lege ferenda.

Понятію начала исполненія можетъ быть дано или субъективное, или объективное истолкованіе Спрашивается, какую оцѣнку получаетъ негодное покушеніе съ той и другой точекъ зрѣнія?

Какъ опредѣляетъ Бури.—„субъективная теорія покушенія сводится къ тому общему положенію, что покушеніе не располагаетъ вовсе какимъ либо объективнымъ составомъ, что оно—воплощенная воля и только" [2]). „Субъективная теорія спрашиваетъ лишь,—выступила, или нѣтъ, въ событіи. вопреки закону, внѣшнимъ образомъ и, стало быть, въ дѣйствительности, (объективно) распознаваемая, сложившаяся, безотлагательная воля" [3]).

Очевидно, съ точки зрѣнія субъективной теоріи къ „исполненію" должно быть отнесено всякое дѣйствіе, посредствомъ котораго субъектъ хочетъ совершить преступленіе, включая и дѣйствіе негоднаго покушенія Именно такъ и смотрятъ на дѣло по-

---

[1]) Ср. Gautier [Schweizerisches Strafrecht, Verhandl. uber d. Vorentwurf, I. B., 1896, S. 91].—„la tentative .. est un commencement d'exécution: mais qu'est—ce qu'un acte d'exécution. que faut—il entendre par ce terme? Le législateur a résolu la difficulté en définissant par la chose même qu'il avait à définir."

[2]) Gerichtssaal, 1891, S 335

[3]) Gerichtssaal, 1888, S 529.

Очевидно, что такъ наз. субъективная теорія покушенія есть не болѣе, какъ опредѣленіе субъективной стороны покушенія. Относительно объективной стороны она даетъ только одно указаніе чисто отрицательнаго свойства,—что воля должна проявиться вовнѣ, но внѣшнее проявленіе воли требуется не только отъ покушенія, но и отъ дѣйствія приготовительнаго, и даже отъ „обнаруженія" умысла. Въ особенности неудачно отрицательное требованіе—распознаваемости воли не изъ собственнаго сознанія лица дѣйствующаго,—подъ флагомъ матеріальнаго права проводящее въ уголовный процессъ, реформированный на началахъ свободной оцѣнки доказательствъ, контрабанду формальной, въ частности, отрицательной теоріи судебныхъ доказательствъ.

слѣдовательные субъективисты [1]). Для нихъ негодное покушеніе содержитъ въ себѣ всѣ признаки начала исполненія: „если говорятъ, что кто-либо началъ выполнять свой планъ, то этимъ вовсе не хотятъ произнести сужденія о томъ, могло или нѣтъ выполненіе плана привести къ цѣли; хотятъ лишь сказать, что нѣкто началъ выполнять свой планъ, какъ онъ себѣ представлялъ его [2]).

Съ точки зрѣнія субъективной теоріи, нельзя не видѣть признаковъ начала исполненія даже въ такомъ негодномъ покушеніи, какъ дѣйствіе невѣжественными, въ частности, суевѣрными средствами. Утверждая противное, субъективисты явно погрѣшаютъ противъ логики.

По мнѣнію Бури [3]), „постоянно приводимое возраженіе, что, согласно субъективной теоріи, наказанію подлежалъ-бы и тотъ, кто зарылъ въ землю монету (ожидая что выростетъ дерево и станетъ приносить плоды—монеты) и т. п.,—устраняется, если принять во вниманіе, что только тотъ можетъ хотѣть результата, кто представляетъ себѣ причинную связь своего дѣйствія съ результатомъ“. Не говоря уже о томъ противорѣчіи, въ которое Бури становится здѣсь съ собственнымъ ученіемъ о причинной связи [4]), нельзя не видѣть, что обращающійся къ суевѣрнымъ или невѣжественнымъ средствамъ можетъ имѣть не менѣе точное представленіе о потенціальномъ значеніи своего дѣйствія, чѣмъ всякій другой, покушающійся негодными

---

[1]) Между тѣмъ, если считать право системой логическаго развитія немногихъ лежащихъ въ основѣ его правовыхъ принциповъ, то первое, что съ своей точки зрѣнія должны были бы сдѣлать субъективисты,—это сознаться въ неправильности усвоеннаго ими de lege lata опредѣленія понятія покушенія, какъ несогласнаго съ фактомъ ненаказуемости негоднаго покушенія

[2]) Havenstein, Zur Lehre vom untauglichen Versuch, Goltdammer's Archiv, 1888, S 42.

[3]) Gerichtssaal, B. XL, 1888, S. 529.

[4]) Ср. Бури, Gerichtssaal, 1891, S 341. „ .. не можетъ быть объективной связи между дѣйствительностью и будущимъ, оставшимся существовать единственно въ идеѣ“ Онъ же, Zeitschrift f. d ges Strafrechtswiss., I B., 1881, S. 195: „какъ можетъ имѣть мѣсто между покушеніемъ и ненаступившимъ совершеніемъ цѣпь дѣйствительной причинной связи, однимъ изъ звеньевъ которой пришлось бы считать содержащуюся въ покушеніи возможность,—не понятно Ибо воображаемая цѣпь существуетъ только въ идеѣ у субъекта, тогда какъ причинность есть дѣйствительность“.

средствами. Ошибка суевѣра ничѣмъ не разнится логически отъ заблужденія лица, приписывающаго ядовитыя свойства квасцамъ или магнезіи Тамъ и здѣсь одинаково встрѣчаемъ извращенное номологическое знаніе.

Отъ субъективной теоріи покушенія, имѣющей и донынѣ многочисленныхъ сторонниковъ, переходимъ къ оцѣнкѣ негоднаго покушенія съ точки зрѣнія существующей объективной теоріи. Если первой—нельзя не поставить въ упрекъ ея односторонности, явной неполноты, то вторая—содержитъ крупную гносеологическую ошибку въ самомъ основаніи. Сущность теоріи заключается въ утвержденіи, что, независимо отъ воли, покушеніе, какъ внѣшнее дѣйствіе, должно содержать моменты, сближающіе его съ оконченнымъ преступленіемъ. Сближеніе, по мнѣнію объективистовъ, мыслимо въ двоякой формѣ: или дѣйствіе покушенія выполняетъ часть состава преступленія [1]), или оно же таитъ въ себѣ объективную опасность реализаціи преступнаго результата. Несостоятельность той и другой теоріи очевидна. Допустить возможность частичнаго выполненія состава преступленія—то же, что признать возможнымъ убійство на половину, или изнасилованіе на одну треть. Равнымъ образомъ, нельзя, какъ Биндингъ [2]), частичное воспроизведеніе состава преступленія видѣть въ частичномъ воспроизведеніи причины результата. Какъ нельзя причинить *часть* того, что недѣлимо по самой природѣ (смерть, утрата физическаго цѣломудрія), такъ-же точно нельзя причинить что либо *отчасти*. Причинность есть отношеніе реализованной необходимости. Гдѣ нѣтъ осуществленія, тамъ нѣтъ и отношенія причинности. Можно что либо причинить или не причинить, но нельзя причинить въ той или другой степени. Столь же несостоятельна, какъ мы уже знаемъ, и другая объективная теорія покушенія—конкретно-объективной опасности дѣйствія. Опасность не есть особенность дѣйствія, какъ тѣлодвиженія, существующая *внѣ* субъективнаго сознанія, но подлежащая вмѣненію только при условіи, если она объемлется сознаніемъ. Опасность дѣйствія есть

---

[1]) Ср опредѣленіе Zacharia, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1836, I Th. S 203.

[2]) Normen, I B, 2 Aufl, 1890, стр 375

его свойство, опредѣляемое *совокупностію* объективныхъ и субъективныхъ моментовъ дѣйствія. Какъ покушеніе, опредѣленное физическое тѣлодвиженіе опасно лишь постольку, поскольку оно предпринято съ опредѣленнымъ намѣреніемъ и при наличности опредѣленныхъ представленій. Но эта единственно правильная теорія покушенія, покоящаяся на идеѣ абстрактно объективной опасности дѣйствія, съ положеніемъ въ основу абстракціи данныхъ субъективнаго сознанія, заставляетъ признать негодное покушеніе заключающимъ въ себѣ всѣ признаки дѣйствительнаго покушенія, и, слѣдовательно, пока противное не оговорено закономъ, наказуемымъ.

Покушеніе съ невѣжественными, въ частности, суевѣрными средствами въ этомъ отношеніи не составляетъ исключенія. Какъ дѣйствіе, in abstracto опасное,—оно, de lege lata, при умолчаніи со стороны закона, не можетъ не быть признано наказуемымъ. Нѣкоторые криминалисты пробуютъ обосновать его ненаказуемость ссылкою на санкціонированную дѣйствующимъ правомъ безнаказанность обнаруженія умысла и приготовительныхъ дѣйствій [1]). Но сближеніе не находитъ опоры въ законѣ. Умыселъ и приготовленіе, съ одной стороны, покушеніе невѣжественными средствами, съ другой, такъ мало имѣютъ общаго, что аналогія здѣсь непримѣнима. Голый умыселъ и приготовленіе, помимо всѣхъ другихъ соображеній, ненаказуемы уже потому, что они не опасны, что въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ они, какъ свидѣтельствуетъ опытъ, не приводятъ къ желаемому результату. Напротивъ, энергія, проявляемая въ дѣйствіи, соотвѣтствующемъ по степени развитія понятію покушенія, по общему правилу, настолько значительна, и при должной абстракціи отъ конкретнаго матеріала, должна приводить къ осуществленію преступнаго послѣдствія настолько часто, что законъ не можетъ не считаться съ ея опасностью. Что субъектъ избралъ для достиженія цѣли негодное средство, можно разсматривать, какъ обстоятельство случайное. Оно такъ же не исключаетъ опасности дѣйствія, какъ и всякая другая непредвидѣнная помѣха осуществленію преднамѣреннаго.

---

[1]) Scherer (Gerichtssaal, 1877, S. 488) идетъ еще далѣе. Во всякомъ покушеніи съ абсолютно негодными средствами или надъ абсолютно негоднымъ объектомъ онъ усматриваетъ не болѣе, какъ заявленіе о преступномъ рѣшеніи „само преступленіе черезъ это ни начинается, ни заканчивается. Такая дѣятельность носитъ въ себѣ уже съ самаго начала зерно реальной ничтожности“.

Конечно, болѣе чѣмъ сомнительно, чтобы законодатель, проходя молчаніемъ вопросъ о негодномъ покушеніи, eo ipso считалъ его наказуемымъ,—внутренно онъ, очевидно, хотѣлъ предоставить рѣшеніе теоріи,—но этотъ примѣръ всего лучше показываетъ, какъ опасно оставлять безъ должной законодательной регламентаціи вопросы, рѣшеніе которыхъ должно опираться не на правила формальной логики, а на соображенія практической цѣлесообразности.

Отъ законодательствъ иностранныхъ,—по примѣру французскаго кодекса, проходящихъ молчаніемъ вопросъ о негодномъ покушеніи,—рѣзко отличается отечественное.

Вопросъ о покушеніи съ *негодными средствами* былъ разрѣшенъ удачно уже улож. о нак. (прим. къ ст. 115), которое признало покушавшагося ненаказуемымъ, если онъ, по крайнему невѣжеству и суевѣрію, употребилъ средства, вполнѣ и очевидно недѣйствительныя, какъ-то: нашептыванія, наговоры, заклинанія и т. п. Но покушеніе надъ негоднымъ объектомъ законодатель, какъ и на Западѣ, игнорировалъ. По истолкованію понятія покушенія (ст. 9), принятому нами, такое покушеніе, за отсутствіемъ спеціальнаго закона, надлежало признать наказуемымъ. Иначе отнеслась къ дѣлу сенатская практика. Въ руководящемъ рѣшеніи по дѣлу Пономарева ($^{74}/_{99}$) Сенатъ усвоилъ теорію конкретно—объективной опасности дѣйствія и, соотвѣтственно, отвергъ составъ покушенія при посягательствѣ на объекты воли, несуществующій и юридически негодный. Напротивъ, Сенатъ призналъ покушеніемъ ($^{83}/_{29}$ и $^{68}/_{568}$) дѣйствіе, направленное противъ годнаго объекта воли, но не настигшее объекта воли тамъ, гдѣ его настичь предполагалъ виновный. Такимъ образомъ, не смотря на ошибочность исходной теоретической точки зрѣнія, Сенатъ, руководствуясь здравымъ смысломъ, пришелъ къ практически удовлетворительнымъ результатамъ. Менѣе удачно справился Сенатъ съ вопросомъ о покушеніи на годный объектъ воли при одновременной негодности объекта дѣйствія, вслѣдствіе ихъ смѣшенія. Сенатъ не различаетъ здѣсь объектовъ воли и дѣйствія, и покушеніе надъ негоднымъ объектомъ дѣйствія признаетъ ненаказуемымъ по тѣмъ же формально логическимъ основаніямъ, какъ и покушеніе на негодный объектъ воли: не можетъ быть начала ис-

полненія того, что абсолютно невозможно исполнить. По мнѣнію Сената, „если-бы Пономаревъ, желая уничтожить выданный имъ вексель, изорвалъ такой предметъ, который не могъ быть объектомъ преступленія, напр., лоскутъ простой бумаги, или ему лично принадлежащій документъ, то, само собою разумѣется (?), онъ не подлежалъ-бы за это наказанію". Слабыя стороны теоріи конкретной опасности особенно замѣтно отозвались на истолкованіи Сенатомъ случаевъ так. наз. error in objecto. Отвергая при этой комбинаціи покушеніе на задуманное преступленіе, по отсутствію „фактическаго отношенія" между дѣйствіемъ и объектомъ воли, который „могъ быть далеко отъ мѣста преступленія и никакой опасности не подвергаться". Сенатъ констатируетъ здѣсь оконченное преступленіе надъ объектомъ дѣйствія, т. е. ставитъ въ вину субъекту то, чего онъ не предвидѣлъ, не могъ предвидѣть и не хотѣлъ совершить. Если А вмѣсто своего векселя изорвалъ случайно, по ошибкѣ въ тождествѣ, вексель Б, онъ долженъ отвѣчать, по ученію Сената, какъ за умышленное уничтоженіе векселя Б.

Уголовное уложеніе вопросу о негодномъ покушеніи посвятило двѣ статьи общей части—49 и 47. Первая (о негодныхъ средствахъ) въ общемъ воспроизводитъ прим. къ ст. 115 улож. о нак., вторая (о негодномъ объектѣ) составлена вновь. Согласно ст. 47, „не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное на предметъ несуществующій или очевидно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое замышлено". Ст. 47 почти совпадаетъ съ изложенными выше нашими desiderata. Не подлежитъ сомнѣнію, что подъ предметомъ, о которомъ упоминаетъ ст. 47, слѣдуетъ разумѣть объектъ не дѣйствія, но исключительно воли. Это подтверждается, во-первыхъ, характеристикой предмета, какъ такого, на который „направлено дѣяніе". Подъ дѣяніемъ нельзя разумѣть произвольное тѣлодвиженіе, и только:—дѣяніе есть реализація волевого факта, направленнаго на совершеніе опредѣленнаго преступленія. Отдѣленіе четвертое, куда отнесена ст. 47, говоритъ объ условіяхъ вмѣненія и преступности дѣяній, въ смыслѣ дѣйствій, которыя заключаютъ въ себѣ всѣ *положительные* признаки общаго состава преступленій,—отвѣтственность отпадаетъ только вслѣдствіе наличности отрицательныхъ. Равнымъ

образомъ, ст. 47, поясняя смыслъ понятія негодности объекта, говоритъ о преступномъ дѣяніи, какъ о дѣйствіи, „которое замышлено“. Второе, что убѣждаетъ насъ въ необходимости понимать подъ предметомъ объектъ воли, а не дѣйствія, это упоминаніе о *несуществующемъ* предметѣ. Если подъ предметомъ понимать здѣсь объектъ дѣйствія, то пришлось бы отвергнуть наказуемость даже такихъ посягательствъ на чужую собственность, какъ взломъ дверей квартиры, оказавшейся очищенною отъ вещей, запускъ руки въ пустой карманъ, и пр., что, очевидно, не могло входить въ намѣренія законодателя Если же признать эпитетъ „несуществующій“ приложимымъ только къ объекту воли, то не иначе, какъ къ объекту воли, долженъ быть отнесенъ и другой эпитетъ „очевидно негодный для учиненія“, такъ какъ слова опредѣлительныя, соединенныя союзомъ „или“, не могутъ опредѣлять разные предметы.

Какіе же виды объекта воли ст. 47 признаетъ негодными? 1) „несуществующій“, и 2) „очевидно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое замышлено.“ Что разумѣть подъ объектомъ несуществующимъ, ясно само собою. Менѣе отчетлива характеристика второй разновидности негоднаго объекта. Негоднымъ объектъ воли, если не фактически (въ смыслѣ несуществованія), можетъ быть только юридически, но въ такомъ случаѣ правильнѣе было-бы употребить выраженіе: „не обладающій свойствами, требуемыми составомъ преступленія“. Характеристика объекта по 47-й статьѣ отличается прежде всего неточностью выраженія гдѣ граница между очевидной и неочевидной негодностью? съ чьей точки зрѣнія, судьи или виновнаго, слѣдуетъ судить объ очевидности? Во-вторыхъ, ст. 47 даетъ поводъ думать, что наказуемость исключается во всѣхъ вообще случаяхъ, гдѣ объектъ воли былъ недоступенъ преступному на него воздѣйствію, напр., если домъ, объектъ поджога, былъ построенъ изъ несгораемыхъ матеріаловъ; человѣкъ, котораго хотѣли заразить какой-либо болѣзнью, органически къ ней невоспріимчивъ; мѣстность, которую хотѣли затопить, оказалась выше уровня водъ и пр.

De lege ferenda, мы редактировали бы законъ о негодномъ покушеніи такъ:

Ненаказуемо покушеніе средствами, употребленными по крайнему невѣжеству. Ненаказуемо покушеніе на предметъ несуще-

ствующій или по закону негодный для учиненія надъ нимъ задуманнаго преступленія.

§ 21. Каузальный и потенціальный моменты преступнаго бездѣйствія.

Дѣйствіе въ широкомъ смыслѣ слова, опредѣляемое какъ внѣшнее поведеніе, какъ произвольное поставленіе себя въ опредѣленныя внѣшнія отношенія къ чужимъ правоохраненнымъ благамъ,—распадается на двѣ основныя формы: положительную, или дѣйствіе въ тѣсномъ смыслѣ,—въ частности, въ составѣ матеріальнаго деликта, содѣяніе,—и отрицательную,—невыполненіе требуемаго дѣйствія, или бездѣйствіе. До сихъ поръ, говоря о значеніи дѣйствія, мы имѣли въ виду исключительно такъ наз. положительныя дѣйствія. Наше изслѣдованіе было бы неполно, если бы мы, въ заключеніе, не остановились также на догматическомъ выясненіи и политической оцѣнкѣ каузальнаго и потенціальнаго моментовъ, присущихъ отрицательной формѣ,—бездѣйствію, какъ предположенію наказанія.

Отличіе той и другой формы сложенія дѣйствія (въ широкомъ смыслѣ)—чисто внѣшнее Норму-запретъ нарушаетъ положительное дѣйствіе, норму-приказъ — бездѣйствіе. Напротивъ, внутреннія свойства нормы (по содержанію, или свойству цѣли) не вліяютъ на формы внѣшняго образованія ни ея самой, ни дѣйствія, какъ предполагаемаго средства ея нарушенія. Напрасно было бы думать, что нормы запрета объединяетъ матеріальное начало „neminem laedere," нормы приказа—„aliquem adjuvare." То и другое начала одинаково допускаютъ воплощеніе въ нормахъ приказа и въ нормахъ запрета и, соотвѣтственно, могутъ быть нарушаемы какъ посредствомъ дѣйствія, такъ и бездѣйствія Жизненные рефлексы нарушенія правовыхъ нормъ настолько разнообразны, что могутъ совмѣщать въ себѣ и причиненіе вреда, и отказъ въ подачѣ помощи. Если ст. 571 уг. ул. предусматриваетъ необъявленіе въ установленномъ порядкѣ о найденномъ неизвѣстно кому принадлежащемъ имуществѣ или о пригульномъ скотѣ, то это необъявленіе можетъ быть разсматриваемо одновременно и какъ причиненіе вреда, въ смыслѣ *захвата* чужого имущества, и какъ неоказаніе помощи, въ смыслѣ его же *не-*

возвращенія. Къ тому же оба принципа крайне растяжимы, и самое разграниченіе ихъ не всегда возможно на практикѣ. Обязанность воздерживаться отъ нѣкоторыхъ дѣйствій (напр., не зажигать огней, которые съ моря могли бы быть приняты за маячные) можетъ быть выведена одинаково изъ обоихъ принциповъ. Такая неопредѣленность проявляется всюду, гдѣ сталкиваются не субъективное право съ соотвѣтствующей обязанностью но производится разграниченіе естественной свободы многихъ лицъ къ выполненію дѣйствій, юридически безразличныхъ, по общему правилу. Разграниченіе запретовъ и приказовъ опирается на различіе не *конечной* преслѣдуемой закономъ цѣли, которая въ обоихъ случаяхъ можетъ оказаться одна и та же, но только *ближайшей* цѣли, или, говоря иначе, покоится на различіи *средствъ* достиженія конечной цѣли, предусматриваемыхъ законодателемъ. Желаніе предупредить вредъ или оказать поддержку составляетъ внутреннее побужденіе, руководящее законодателемъ при созиданіи нормы,—къ *содержанію* нормы оно не относится: норма есть требованіе тѣхъ или иныхъ положительныхъ или отрицательныхъ дѣйствій,—и только. Къ приказамъ мы относимъ нормы, которыя требуютъ, какъ средства достиженія цѣли,—положительной дѣятельности субъекта, къ запретамъ—нормы, которыя для той же цѣли требуютъ бездѣйствія. Соотвѣтственно, нормы приказа могутъ быть нарушены единственно бездѣйствіемъ, нормы запрета—положительнымъ дѣйствіемъ Но ясно, что мы имѣемъ здѣсь простую тавтологію. Независимо отъ цѣли, преслѣдуемой нормой, уже въ самомъ понятіи нормы—приказа кроется опредѣленіе, что она можетъ быть нарушена только бездѣйствіемъ, равно какъ въ понятіи нормы—запрета уже implicite заложенъ смыслъ, что ея нарушеніе можетъ быть облечено единственно въ форму положительнаго дѣйствія Поэтому утверждать, что есть двѣ категоріи нормъ, которымъ соотвѣтствуютъ двѣ категоріи формъ дѣйствія, значитъ не классифицировать, но лишь теряться въ безплодныхъ повтореніяхъ уже разъ сказаннаго. Не цѣль, преслѣдуемая уголовнымъ закономъ, но предусматриваемыя имъ средства рѣшаютъ вопросъ, могутъ ли требованія даннаго закона быть нарушены посредствомъ дѣйствія, или бездѣйствія, или тѣмъ и другимъ вмѣстѣ.

Дѣленіе деликтовъ на матеріальные и формальные такъ же приложимо къ нарушеніямъ нормъ приказа, какъ и нормъ запрета. Потенціальный моментъ бездѣйствія проявляетъ себя во *всѣхъ* нарушеніяхъ нормъ приказа, каузальный — только при деликтахъ, составъ которыхъ, кромѣ бездѣйствія, предполагаетъ наступленіе нежелаемаго законодателемъ событія.

Начнемъ съ послѣдняго. Спрашивается: приложима ли къ отношенію бездѣйствія и послѣдующаго за нимъ событія категорія причинности? можетъ-ли быть разсматриваемо, какъ состоящее въ причинной связи съ событіемъ, невыполненіе дѣйствія, способнаго предупредить событіе?

Привычка говорить о послѣдствіи, какъ о причиненномъ, о причинѣ, какъ о причиняющемъ, повела къ представленію о причинности, какъ о творческомъ процессѣ воспроизведенія, о причинѣ, какъ о производительномъ началѣ, какъ о чемъ-то существующемъ реально, и вмѣстѣ надѣленномъ внутреннимъ потенціальнымъ значеніемъ. При такомъ представленіи о причинѣ, не могло быть и рѣчи о причинной связи какого бы то ни было событія съ предшествующимъ ему бездѣйствіемъ. „Изъ ничего не выйдетъ ничего“, то, что не существуетъ, что только мыслимо, не можетъ служить источникомъ творческой силы.

Но и тѣ, кто отказался отъ понятія причины въ смыслѣ causa efficiens, кто понимаетъ подъ причинностью не болѣе, какъ неизмѣнную послѣдовательность явленій во времени, кто считаетъ причиною или условіемъ событія любой изъ фактовъ, состоящихъ къ событію въ отношеніи conditio sine qua non,—не перестаютъ повторять заѣзженный афоризмъ: „изъ ничего не выйдетъ ничего“, утверждая, что только поставленіе положительнаго условія результата можетъ быть разсматриваемо, какъ причиненіе. Чтобы стать причиной событія, субъектъ долженъ что-то сдѣлать, установить фактъ, который вмѣстѣ съ другими положительными фактами обусловливалъ бы событіе. Въ основѣ воззрѣнія продолжаетъ лежать наивно реалистическое представленіе о внѣшнемъ мірѣ, какъ существующемъ an sich und für sich, независимо отъ нашего сознанія. Вся дѣятельность послѣдняго сводится лишь къ раскрытію этого доподлинно существующаго міра, какъ совокупности вещей, силъ и ихъ отношеній. Причинность

опредѣляется въ смыслѣ *естественной* необходимости: она не продуктъ, но объектъ работы сознанія. Она утрачиваетъ генетическій характеръ, становится механической, но сохраняетъ вполнѣ свою реальность, въ смыслѣ отношенія вещей, существующихъ (или измѣненій совершающихся) независимо отъ нашего сознанія. Очевидно, и такое пониманіе причины не позволяло бездѣйствіе разсматривать, какъ причиненіе. Тѣмъ, кто держался этого образа мыслей, и не смотря на то, желалъ бездѣйствующаго признать отвѣтственнымъ за неотклоненное имъ событіе, ничего не оставалось болѣе, какъ отправиться на поиски момента, состоящаго въ причинной связи съ событіемъ, въ область лежащую *внѣ* бездѣйствія. Поиски, здѣсь предпринятые, не замедлили увѣнчаться успѣхомъ. Было найдено, что причиняетъ *дѣйствіе*,—по мнѣнію однихъ (Luden),—сопутствующее бездѣйствію, по мнѣнію другихъ (Krug, Glaser),—ему предшествующее.

Та и другая теоріи давно уже признаны несостоятельными. Приписывать, какъ Luden [1]), бездѣйствію способность причиненія только на томъ основаніи, что субъектъ всегда что-нибудь да дѣлаетъ,—нельзя уже потому, что гипотетически, въ нашемъ представленіи съ отпаденіемъ сопутствующаго дѣйствія еще отнюдь не отпадаетъ вмѣстѣ неотклоняемое послѣдствіе Если оставленный безъ призора ребенокъ упалъ въ воду, то это паденіе обусловлено для нашего сознанія не тѣмъ, что̀ нянька въ это время дѣлала,—но тѣмъ, что она *не* дѣлала. Только второе, по отнюдь не первое составляетъ conditio, sine qua non послѣдствія. Одно невязаніе чулка еще не спасло-бы ребенка.—не работая нянька могла бы заснуть, или отвлечься бесѣдой съ другою нянькой,—и все равно, ребенокъ потонулъ бы. Спасти ребенка могъ лишь надзоръ за нимъ. Причиною смерти было такимъ образомъ оставленіе безъ призора, бездѣйствіе, но отнюдь не какое либо положительное дѣйствіе.

Равнымъ образомъ, не можетъ быть принята и теорія Krug'a [2]), что субъектъ, бездѣйствуя, даетъ дѣйствовать силѣ, заключающейся въ предшествующемъ его дѣйствіи (сидѣлка не испол-

---

[1]) Luden, Abhandlungen aus d gem teutschen Strafrechte, 1836, I B., S. 474.

[2]) Krug. Abhandl. aus dem Strafrechte, 1855. S 43

няетъ принятой на себя обязанности, и больной умираетъ вслѣдствіе отсутствія требуемаго ухода; машинистъ намѣренно не останавливаетъ поѣзда, усматривая на рельсахъ человѣка, и пр.),—ибо теорія Krug'a необходимо приводитъ ко вмѣненію дѣйствій, предпринятыхъ невиновнымъ образомъ, или, иначе, ко вмѣненію формы умысла, извѣстной подъ именемъ dolus subsequens.

Glaser [1]) пытается отпарировать упрекъ, дѣлаемый Krug'y, утверждая, что предшествующее дѣйствіе и послѣдующее бездѣйствіе образуютъ единое цѣлое,—но возраженіе не достигаетъ цѣли, такъ какъ роль объединителя играетъ здѣсь все тотъ же dolus subsequens.

Merkel [2]) пробуетъ обойти вопросъ о „послѣдующемъ" умыслѣ, доказывая, что моментъ виновности присущъ уже предшествующему дѣйствію: дѣйствуя субъектъ не можетъ не предвидѣть тѣхъ послѣдствій, повлечь которыя должно послѣдующее бездѣйствіе. Но, не говоря уже о томъ, что субъектъ могъ дѣйствовать въ прошломъ неосторожно, или невиновнымъ образомъ, напримѣръ, могъ нечаянно поджечь сѣно и затѣмъ умышленно дать разгорѣться ему,—даже и тогда, когда онъ дѣйствуетъ съ прямымъ намѣреніемъ не препятствовать впослѣдствіи наступленію вреднаго событія,—далеко не во всѣхъ случаяхъ имѣется достаточное основаніе для уголовной отвѣтственности. Оконченное преступленіе слагается изъ результата и дѣйствія, которое само по себѣ, взятое независимо, должно обладать всѣми признаками наказуемаго покушенія. Но такое предшествующее дѣйствіе, какъ, напр., поступленіе сторожемъ на желѣзную дорогу, хотя бы и въ намѣреніи причинить своимъ послѣдующимъ бездѣйствіемъ крушеніе поѣзда,—составитъ приготовленіе, но отнюдь не покушеніе, къ деликту причиненія желѣзнодорожной катастрофы.

Другое доказательство тому, что не въ предшествующей дѣятельности субъекта лежитъ основаніе отвѣтственности за бездѣйствіе даютъ вполнѣ возможные случаи неотклоненія послѣдствій, гдѣ всѣ готовы видѣть причиненіе, и гдѣ, однако, нѣтъ и помину о какой либо предшествующей дѣятельности: женщина

---

[1]) Glaser, Abhandl. aus d. oesterreichischen Strafrecht, 1858, B. I, S. 301.

[2]) Merkel, Kriminal. Adhandl., 1867, B. I S. 79—90.

беременитъ отъ изнасилованія, рождаетъ ребенка и намѣренно его не кормитъ, ребенокъ умираетъ голодной смертью.—Наконецъ, нельзя не отмѣтить, что принятіе на себя обязанности заботиться о предупрежденіи извѣстнаго рода событій, которое обычно разсматриваютъ, какъ причиняющую дѣятельность, далеко не всегда обладаетъ приписываемымъ ему положительнымъ свойствомъ. Если движеніе по желѣзнымъ дорогамъ разсчитано на дѣятельность служебнаго персонала; если можно утверждать съ увѣренностью, что ни одинъ поѣздъ не былъ бы отпущенъ со станціи, если-бы администрація дороги не была увѣрена, что стрѣлочники и сторожа добросовѣстно исполнятъ свои обязанности, то этой зависимости постановки положительныхъ условій результата отъ ожидаемаго со стороны субъекта противодѣйствія, нѣтъ во множествѣ другихъ случаевъ, гдѣ отмѣчается бездѣйствіе субъекта вопреки принятой имъ на себя обязанности; такъ, напримѣръ, рѣчное плаваніе или купанье отнюдь не разсчитаны на дѣятельность спасательныхъ станцій. Никто не отказался бы прокатиться въ лодкѣ или искупаться только потому, что спасательная станція по той или другой причинѣ не функціонируетъ.

Сознаніе, что причинное отношеніе къ событію какого либо положительнаго дѣйствія, лежащаго *вић* бездѣйствія, не въ состояніи обосновать отвѣтственность за невмѣшательство, - вынуждаетъ къ поискамъ момента причиненія въ составѣ самого бездѣйствія. Искомый моментъ одни криминалисты находятъ въ физической сторонѣ бездѣйствія, другіе—въ психической. По мнѣнію тѣхъ и другихъ, ученіе о причинѣ, какъ условіи, sine qua non, послѣдовательно проводимое, даетъ возможность признать причиненіемъ не только поставленіе условій, содѣйствующихъ результату, но и уничтоженіе противодѣйствующихъ,—убійцею не только того, кто animo necandi наноситъ рану, но и того, кто съ тѣмъ же намѣреніемъ не допускаетъ врача къ человѣку, истекающему кровью отъ собственнаго пораненія. Сосредоточивая вниманіе на этомъ выводѣ, теоретики ищутъ раскрыть и въ бездѣйствіи, по аналогіи съ содѣяніемъ, активный моментъ парализованія силы, противодѣйствующей наступленію событія.—Новая постановка вопроса имѣла еще и то побочное преимущество, что, пріурочивая моментъ причиненія не къ предшествующей

дѣятельности, а къ самому бездѣйствію, устраняла неудобный для вмѣненія вопросъ о „послѣдующемъ“ умыслѣ.

Въ *физической* сторонѣ бездѣйствія ищетъ найти моментъ причиненія Биндингъ. Ученіе Биндинга о причинности бездѣйствія непосредственно вытекаетъ изъ своеобразнаго пониманія имъ причинности вообще: „каждое внѣшнее измѣненіе есть результатъ побѣдоносной борьбы одной силы надъ другою, элементовъ, разрушающихъ status quo, надъ элементами, стремящимися сохранить его, или сообщить ему развитіе въ другомъ направленіи. Причинить измѣненіе—то же, что нарушить равновѣсіе условій противодѣйствующихъ и содѣйствующихъ измѣненію въ пользу послѣднихъ. Причина—это есть положительныя условія въ ихъ перевѣсѣ надъ отрицательными“ На основаніи этихъ общихъ положеній своего ученія о причинности, Биндингъ слѣдующимъ образомъ конструируетъ каузальный моментъ бездѣйствія. Тотъ, кто принимаетъ на себя обязанность заботиться объ отвращеніи извѣстнаго рода опасности,—ставитъ, по его мнѣнію, одновременно два рода условій: —отрицательныя, противодѣйствующія наступленію вреднаго событія,—тѣмъ, что обезпечиваетъ требуемую безопасность,—и положительныя, содѣйствующія наступленію,—тѣмъ, что поощряетъ къ увѣренному отправленію извѣстнаго рода дѣятельности, устраняетъ возможность приглашенія другого, болѣе надежнаго лица для выполненія той же обязанности, и пр. То и другое условія до поры до времени уравновѣшиваютъ другъ друга. Бездѣйствуя при наступленіи опасности, субъектъ тѣмъ самымъ ставитъ новое положительное условіе, которое нейтрализуетъ поставленное имъ раньше условіе отрицательное и въ результатѣ даетъ перевѣсъ первому изъ положительныхъ [1]).

Изъ послѣдователей теоріи, проф. Сергѣевскій [2]) демонстрируетъ ученіе Биндинга на слѣдующемъ, весьма типичномъ, при-

---

[1]) Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, I B, 1890, S 115 ff.; B II, 1877, S. 224—259.

[2]) Отъ себя проф Сергѣевскій вводитъ въ ученіе Биндинга существенную поправку. отвергаетъ причинное значеніе за отклоненіемъ такихъ препятствующихъ условій, которыя еще не существуютъ, но могли-бы существовать О значеніи причинной связи въ уголовномъ правѣ, 1880, ч. II, стр. 157. Изъ русскихъ криминалистовъ къ ученію же Биндинга примыкаютъ Таганцевъ (ср. Лекціи, 1902, стр. 652. „невмѣ-

мѣрѣ:—хорошій пловецъ уговариваетъ кого либо плыть черезъ широкую рѣку, обѣщая свою помощь въ случаѣ необходимости; отправляются вмѣстѣ; нѣкоторое время онъ исполняетъ свое обѣщаніе и поддерживаетъ своего сотоварища, но затѣмъ измѣняетъ намѣреніе и прекращаетъ свою спасительную дѣятельность; тотъ погибаетъ.. Первый и второй акты,—говоритъ Сергѣевскій:—нейтрализуютъ другъ друга: третій возвращаетъ активную силу первому... Если онъ имѣетъ форму бездѣйствія, то это только потому, что роль отрицательныхъ условій исполняется здѣсь личною дѣятельностью человѣка, уничтоженіе которой заключается въ ея прекращеніи" [1]).

Присматриваясь ближе къ теоріи, замѣчаемъ, что Биндингъ употребляетъ, какъ безразличныя,—понятія силы и условія. Но то и другое не только не совпадаютъ, но и служатъ къ выполненію различныхъ задачъ нашего мышленія. Къ понятіямъ условія и причины мы обращаемся *описывая связь* явленій, къ понятію силы,—*изъясняя* ихъ [2]). Съ понятіемъ силы оперируетъ механика, съ понятіемъ условія—логика. Первое есть только символъ; имъ и другими подобными обобщеніями (матеріи, массы, энергіи и пр.) мы пользуемся ради упрощенія и систематизированія своихъ чувственныхъ воспріятій Каждое изъ этихъ типичныхъ представленій пригодно только въ предѣлахъ опредѣленной отрасли знанія, гдѣ оно служитъ опредѣленной научной цѣли. Въ частности, понятіе силы примѣнимо единственно къ физическимъ явленіямъ. Съ нимъ оперируетъ научное направленіе, разсматривающее явленія физическаго міра съ такъ наз. механической точки зрѣнія [3]). Совершенно иными представляются понятія условія и причины, которыя не изъясняютъ, а только описываютъ явленія.

шательство есть устраненіе силы, противодѣйствующей наступленію послѣдствія, путемъ ея прекращенія или невозбужденія"), и Бѣлогрицъ-Котляревскій, учебникъ, 1903, стр 200.

[1]) Сергѣевскій, в. с. ч I, стр. 105—107.

[2]) Ср. Махъ, „Причинность и объясненіе" въ Этюдахъ по теоріи познанія, русск. пер. Мейера, 1901, стр 87—95

[3]) Ср. Koenig Ed., Die Entwickelung des Causalproblems in der Philosophie seit Kant, 1890, 2 Th., S 423 ff:—„О механизмѣ въ природѣ говорятъ въ двоякомъ смыслѣ, въ узкомъ и болѣе широкомъ. Механизмъ въ узкомъ смыслѣ предполагаетъ, что всѣ состоянія суть состоянія движенія, и всѣ измѣненія суть измѣненія движенія; дальнѣйшая

Изучая причинное отношеніе фактовъ, мы можемъ, конечно, замѣнить послѣднее отношеніемъ символизирующихъ эти факты обобщеній, разсматривать силы въ качествѣ условій, но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы понятія положительной и отрицательной силъ совпадали съ понятіями положительнаго и отрицательнаго условій. Если дерево задерживаетъ камень, готовый свалиться съ обрыва [1]), то, разсматривая фактъ съ точки зрѣнія механики, мы можемъ сказать, что здѣсь сталкиваются двѣ силы: притяженіе камня къ землѣ и сцѣпленіе частицъ дерева, но та и другая

спеціализація зависитъ отъ того, сводятъ ли эти измѣненія къ силамъ толчка, или къ силамъ притяженія. Механизмъ въ широкомъ смыслѣ есть пониманіе каждаго событія, какъ возникающаго изъ опредѣленнаго рода сосуществующихъ элементовъ по неизмѣнно сохраняющимъ для нихъ свою силу законамъ. Другими словами, здѣсь предполагаютъ, что каждое измѣненіе возникаетъ изъ внѣшняго взаимодѣйствія пространственно обособленныхъ элементовъ, и такимъ образомъ все совершающееся сводятъ къ опредѣленному типу, еще уже опредѣляется понятіе механизма, если на элементы дѣйствительности смотрятъ, какъ на качественно неизмѣнные, и, соотвѣтственно, на движеніе ихъ, —какъ на единственную форму бывания (als die einzige Form des Geschehens)" „Почерпаемая изъ опыта аксіома механики состоитъ въ томъ, что измѣненіе въ движеніи тѣла всегда пропорціонально давленію, которое будетъ воспринято, если препятствовать измѣненію. Чувственное ощущеніе давленія для механики и вообще для физики образуетъ общій символъ и первоначальную мѣру механической причины. Но въ то время, какъ абстрактная механика оперируетъ только съ этимъ символомъ, конкретная физика оглядывается на то реальное, къ которому относится данное давленіе или тяготѣніе. Возникаетъ понятіе *силы*, какъ постояннаго, присущаго элементу, свойства,—свойства, согласно которому элементъ есть или можетъ стать причиной механическихъ воздѣйствій. Если каждое давленіе или каждое ускореніе, соотвѣтствующее давленію, мы должны относить, какъ къ исходному пункту, къ реальному элементу, то аксіома неизмѣнности элементовъ требуетъ также и неизмѣнности отношенія. Но такъ какъ помянутыя проявленія по природѣ ихъ моментальны, то ничего не остается болѣе, какъ образовать понятіе *способности* къ проявленіямъ, которая всегда налицо, но не всегда проявляется на дѣлѣ. Конечно, черезъ это характеръ измѣнчивости какъ бы опять переходитъ на матерію: элементъ то служитъ, то нѣтъ—причиной, „сила" его то латентна, то активна,—но это затрудненіе разрѣшается до нѣкоторой степени тѣмъ, что, въ качествѣ механическихъ причинъ, элементы никогда не выступаютъ solo, но всегда, по крайней мѣрѣ, вдвоемъ, всякое механическое „дѣйствіе", какъ показываетъ опытъ, есть „взаимодѣйствіе"; сила элемента, естественно, должна оставаться скрытою, пока отсутствуетъ другой элементъ, но онъ является—и та же сила становится активною" (S. 429).—Какъ замѣчаетъ Koenig, само понятіе причинности, равно какъ методы констатированія причинной связи in concreto,—представляются въ общемъ довольно устойчивыми, но разнятся *объемъ* и *смыслъ*, въ которыхъ изслѣдователь въ разное время и въ разныхъ отрасляхъ знанія пользуетъ понятіе причины.

[1]) Одинъ изъ примѣровъ, приводимыхъ проф. Сергѣевскимъ. Пособіе къ лекціямъ 5 изд., 1904, стр. 318.

силы представляютъ собою факты положительные, дѣйствительно существующіе, и если одну изъ этихъ силъ мы позволяемъ себѣ назвать отрицательной, то лишь условно, желая тѣмъ выразить, что ослабленіе, или устраненіе этой силы повлекло бы за собой дѣйствительное паденіе камня. Совершенно иной смыслъ заключаетъ въ себѣ понятіе отрицательнаго у с л о в і я Отрицательными условіями въ составѣ причины мы зовемъ отсутствіе фактовъ, нужное, чтобы другіе факты (положительныя условія) повлекли за собою извѣстное событіе. Отрицательнымъ условіемъ паденія камня, соотвѣтственно, должно быть признано не дерево, и не сопротивленіе, имъ оказываемое, но отсутствіе сопротивленія со стороны дерева Срубая послѣднее, субъектъ не устраняетъ, а, напротивъ, устанавливаетъ отрицательное условіе факта паденія камня. И то же самое должно быть сказано о тѣхъ, кто снимаетъ предупреждающее объ опасности пути объявленіе, кто вырываетъ веревку изъ рукъ утопающаго, кто перестаетъ поддерживать неумѣющаго плавать, или хотя-бы просто не подаетъ помощи погибающему. Всѣ они не устраняютъ, а, напротивъ, устанавливаютъ своимъ образомъ поведенія отрицательныя условія нежелательнаго событія. Только въ однихъ случаяхъ поведеніе субъекта заключается въ положительномъ дѣйствіи, тѣлодвиженіи (рубитъ дерево, вырываетъ веревку) тогда какъ въ другихъ—въ бездѣйствіи (не поддерживаетъ, не трогается съ мѣста).

Итакъ, мы не можемъ говорить о бездѣйствіи, какъ объ уничтоженіи отрицательнаго *условія* Но мы не въ правѣ разсматривать бездѣйствіе, и какъ уничтоженіе отрицательной *силы*. Припомнимъ примѣръ пловца, приводимый проф. Сергѣевскимъ. Въ дѣйствительности, тамъ первый и второй акты отнюдь не уравновѣшиваютъ другъ друга. Опасность. вызванная убѣжденіемъ и обѣщаніемъ А могла быть нейтрализована только выполненіемъ обѣщанія, поддержкою со стороны А. доведенною до окончанія переправы, чего на дѣлѣ какъ разъ и не было. В оттого и потонулъ, что второй актъ не былъ въ состояніи нейтрализовать первый. Съ точки зрѣнія законовъ механики, причиненіе, или, лучше сказать, движеніе есть продуктъ нарушенія равновѣсія силъ. Но о бездѣйствующемъ отнюдь не можетъ быть сказано, что онъ *нарушаетъ существующее* равновѣсіе,—онъ лишь *не устанавливаетъ требуемаго* равновѣсія.

Нѣсколько иначе конструируютъ Биндингъ и его послѣдователи другую группу случаевъ бездѣйствія, какъ спеціальной формы причиненія:—субъектъ своей предшествующей *невиновной* дѣятельностью навлекаетъ опасность на правовое благо, и затѣмъ виновнымъ образомъ не принимаетъ мѣръ къ отвращенію этой опасности (кучеръ разогналъ лошадей, и намѣренно не останавливаетъ ихъ, наѣзжая на человѣка; нѣкто видитъ свою склянку съ ядомъ въ рукахъ у ребенка и спокойно смотритъ на то, какъ ребенокъ имъ отравляется) Здѣсь, по мнѣнію Биндинга, мы имѣемъ не причиненіе безъ вины съ послѣдующимъ состояніемъ виновности (dolus subsequens), но дѣйствительное виновное причиненіе. За предшествующимъ положительнымъ дѣйствіемъ Биндингъ не признаетъ каузальнаго значенія: причиненія нѣтъ, пока во власти субъекта отнять активную силу у созданныхъ имъ положительныхъ условій; причина сформировывается лишь съ момента, когда субъектъ утрачиваетъ возможность это сдѣлать, или рѣшаетъ не дѣлать. Такой отказъ и есть причиненіе: субъектъ уничтожаетъ источникъ задерживающихъ условій, даетъ просторъ условіямъ, благопріятствующимъ результату. одержать верхъ надъ противодѣйствующими [1])

Не подлежитъ сомнѣнію, что эта вторая группа случаевъ бездѣйствія ничѣмъ не разнится отъ первой. И тамъ, и здѣсь бездѣйствіе субъекта образуетъ отрицательное условіе результата. Аргументація Биндинга, что причина сформировывается лишь съ извѣстнаго момента, рѣшительно противорѣчитъ понятію необходимости. Нельзя утверждать, что событіе А, имѣвшее мѣсто недѣлю тому назадъ, и событіе Б, произошедшее сегодня, состоятъ въ причинной связи, что первое необходимо обусловило второе, и полагать въ то же время, что эта связь установилась только со времени наступленія третьяго факта—В,—со вчерашняго дня Очевидно, и здѣсь Биндингъ имѣетъ въ виду не только логическое соотношеніе условій, но и механическое—силъ. По законамъ механики, тѣло не можетъ получить движенія, пока движущія силы не встрѣтились и не разложились въ представляемой имъ матеріальной средѣ Уничтоженіе противодѣйствующей силы

[1]) Binding, в. (, S 259—265.

Биндингъ видитъ въ *умѣніи* субъекта не препятствовать наступленію результата По аналогіи съ явленіями механизма, акты психической жизни онъ разсматриваетъ, такимъ образомъ, какъ столкновенія работающихъ по различнымъ направленіямъ психическихъ силъ Но если разсматривать опредѣленный волевой актъ, какъ силу—побѣдительницу, то должна же гдѣ нибудь быть еще и другая сила—побѣжденная. Такъ какъ борьба возможна между силами только однородными, то, очевидно, и вторая сила не можетъ быть иною, кромѣ какъ психической. Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что одна возможность или мыслимость дѣйствія въ опредѣленномъ (желательномъ) направленіи еще не можетъ быть разсматриваема, какъ сила,—понятіе которой всегда предполагаетъ нѣчто реальное и активное [1])

Конструкція, даваемая Биндингомъ послѣдней группѣ случаевъ бездѣйствія, служитъ для насъ какъ-бы естественнымъ переходнымъ звеномъ къ такъ наз теоріи интерференціи или *психическаго каузалитета*

Дѣяніе требуетъ, говоритъ Гельшнеръ [2]):—воздѣйствія воли на двигательные (моторные) нервы и тѣмъ обусловленнаго тѣлодвиженія, и несомнѣнно, что чистая бездѣятельность воли никогда не можетъ быть разсматриваема, какъ воля, дѣйствіе и причиненіе. Но отъ бездѣйствія воли существенно отличается хотѣніе чего либо не дѣлать. Если происходящее не затрогиваетъ моихъ интересовъ, и я безучастно предоставляю событія естественному ихъ теченію, то о волѣ и дѣйствіи не можетъ быть рѣчи. Но если дѣйствующій узнаетъ, что изъ его невиновной дѣятельности угрожаетъ развиться вредный результатъ; что его дѣятельность

---

[1]) Что прекрасно сознаетъ и Биндингъ, который всячески старается придать бездѣйствію характеръ проявленія активной силы Вопросъ о возможности *причиненія* посредствомъ бездѣйствія онъ прямо отождествляетъ съ вопросомъ о томъ, можно ли *дѣйствовать* подъ маскою бездѣйствія? Ср Binding Normen, 2 B., S 225 Es dreht sich also nicht so wohl um die Frage, ob und wie man durch Unterlassung delinquiren konne, sondern ob und wie man auf diese Weise handeln konne? S 248 Wesen der Unterlassung selbst Die Analyse der ihr voraufgehenden Handlung hat auf sie schon so helles Licht geworfen, dass wir Schein und Wahrheit zu scheiden vermogen und hinter der Maske der Ruhe die Bewegung, die doppelte Handlung erkennen, die sich hinter ihr verbirgt.

[2]) Haelschner, Das gem. deutsche Strafrecht, 1881, B. I, стр. 234 и сл.

уклонилась отъ предназначенной цѣли къ иной, и, при полной возможности воспрепятствовать наступленію вреднаго результата, не препятствуетъ, то это доказываетъ, что прежнее невиновное направленіе воли уступило свое мѣсто новому, виновному, — хотѣнію допустить результатъ... Такое желаемое допущеніе получаетъ значеніе отрицательнаго дѣйствія, ибо оно тормазитъ дѣятельность, которая иначе проявилась бы въ направленіи, опредѣленномъ первоначальнымъ намѣреніемъ. Бездѣйствіе такимъ образомъ получаетъ значеніе дѣйствія; благодаря ему, прекращается дѣятельность, направленная къ предупрежденію правонарушающаго результата, устраняется препятствіе для наступленія его. Предшествующая невиновная дѣятельность субъекта не превращается a posteriori въ виновную, но то, что субъектомъ было сдѣлано до сихъ поръ невиновнымъ образомъ, виновное дѣйствіе используетъ, какъ готовый матеріалъ, для причиненія правонарушающаго результата.

Вопреки мнѣнію Гельшнера, о воздѣйствіи воли на двигательные нервы еще можно, пожалуй, говорить тамъ, гдѣ извѣстная работа мускуловъ уже совершалась, и воля своимъ воздѣйствіемъ на нервы остановила ее; или тамъ, гдѣ движеніе—настолько привычно, что требовалось усиліе воли, чтобы отъ него воздержаться, словомъ всюду, гдѣ моторные нервы вырываются физически изъ подъ контроля нашей воли,—но нельзя говорить о сдерживающемъ воздѣйствіи на нервы, когда они, а съ ними и мускулы, пребываютъ въ состояніи покоя Въ такихъ случаяхъ можетъ быть рѣчь только о рѣшимости не воздѣйствовать на нервы, что̀ еще болѣе подчеркиваетъ чисто психическую природу активной стороны бездѣйствія.

Именно такъ, т. е., на чисто психологическую почву и ставитъ вопросъ о каузальномъ значеніи бездѣйствія Buri [1]):—воля отклонить результатъ и соотвѣтствующая этой волѣ дѣятельность является причиною, противодѣйствующею результату, вотъ почему подавленіе этой воли или воспрепятствованіе ея возникновенію—въ другомъ или въ себѣ—слѣдуетъ разсматривать, какъ устраненіе

[1]) Buri, Ueber Begehung von Verbrechen durch Unterlassung, Gerichtssaal, 1875, S 26

причины, противодѣиствующей результату, т. е., какъ причиненіе. Въ дальнѣйшемъ развитіи своей литературной дѣятельности, Buri начинаетъ сводить каузальный моментъ бездѣйствія къ подавленію даже и не воли, а лишь сознанія, что должно дѣйствовать согласно налагаемой закономъ обязанности; вслѣдствіе утраты этого сознанія у виновнаго не возникаетъ воли противодѣйствовать наступленію вреднаго событія, и не происходитъ самое противодѣйствіе [1]).

Теорія психическаго каузалитета вводитъ вопросъ о причиненіи посредствомъ бездѣйствія въ болѣе тѣсныя рамки, чѣмъ тѣ, которыя до сихъ поръ намѣчались доктриною,—она признаетъ причиненіе только тамъ, гдѣ бездѣйствію предшествовали воля противодѣйствовать наступленію вреднаго событія, или, по меньшей мѣрѣ, сознаніе обязанности противодѣйствовать. Но требуемыя воля и сознаніе далеко не всегда сопровождаютъ бездѣйствіе, какъ неотклоненіе послѣдствія Подавляемой воли нѣтъ, напримѣръ. у того, кто случайно поджигаетъ чужое сѣно и радуется развитію пламени. Сознанія обязанности нѣтъ, по общему правилу, при неосторожномъ причиненіи, его можетъ не быть и при умышленномъ (ignorantia legis semper nocet).

Допустимъ, однако, что требованія теоріи соблюдены: бездѣйствуя, субъектъ подавилъ въ себѣ волю или сознаніе обязанности дѣйствовать. Слѣдуетъ ли отсюда, что тѣмъ самымъ онъ уничтожилъ силу, противодѣйствующую наступленію вреднаго событія? Хирургъ во время операціи узнаетъ, что ему не заплатятъ за трудъ, и оставляетъ оперируемаго на произволъ судьбы. Тотъ умираетъ отъ остраго малокровія. Утверждать, что, по отношенію къ психо-физическому результату,—смерти оперируемаго,—кровотеченіе служило положительною силою, а воля врача своевременно наложить лигатуры—отрицательною,—значило бы играть словами. Борьба мыслима только между качественно однородными силами. Кровотеченіе остановили-бы налагаемыя лигатуры, но не желаніе наложить ихъ. Противодѣйствовать механической силѣ кровотеченія могла только механическая работа моторныхъ нервовъ и муску-

[1]) Buri, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, Gerichtssaal, 1885, Beilageheft, S. 15

ловъ, но именно въ отсутствіи такой работы и состоитъ сущность бездѣйствія. Изъясненіе данной фактической комбинаціи, въ смыслѣ стеченія борющихся естественныхъ силъ, недопустимо вслѣдствіе качественной разнородности противополагаемыхъ элементовъ. Называя, въ противовѣсъ физическому процессу кровотеченія, первоначальную волю врача наложить лигатуры отрицательною силой, смѣшиваютъ понятія условія—силы и просто условія,—устанавливая соотношеніе фактовъ, незамѣтно переходятъ отъ соотношенія ихъ, какъ символовъ, къ соотношенію ихъ, какъ эмпирическихъ данныхъ, подвергаемыхъ логической обработкѣ по методу гипотетическаго исключенія, безъ сведенія къ какимъ либо общимъ началамъ. Но тогда должны быть отброшены, какъ ненужныя, и всѣ ограниченія, которыми теорія психическаго каузалитета обставляетъ причинную связь бездѣйствія съ послѣдующимъ событіемъ: наличность предшествующаго невиновнаго дѣйствія, первоначальныя воля или сознаніе обязанности противодѣйствовать, и подавленіе этой воли или сознанія. Если бы хирургъ не прервалъ намѣренно операціи, оперируемый не истекъ бы кровью. Но тѣ же соображенія вынуждаютъ признать причинную связь бездѣйствія и смерти также и въ томъ случаѣ, когда рядомъ живущій другой врачъ почему либо отказывается прійти на помощь къ истекающему кровью. Если бы врачъ—сосѣдъ пришелъ на помощь, оперируемый остался бы жить. Но съ отпаденіемъ ограничительныхъ условій, налагаемыхъ на причинность бездѣйствія теоріей психическаго каузалитета, что остается отъ самой теоріи? [1])

---

[1]) Листъ [Lehrbuch, 12/13 изд., стр. 136] не оспариваетъ причинной связи между неотклоненнымъ событіемъ и подавленіемъ въ себѣ внутренняго побужденія къ дѣятельности, возникающаго изъ сознанія обязанности, но онъ отказывается признать за ней какое либо юридическое значеніе. По мнѣнію Листа, наказуемость внутренняго психическаго акта противорѣчила бы основному принципу уголовнаго права: наказуемо можетъ быть только о с у щ е с т в л е н і е воли. Но гдѣ основаніе утверждать,—какъ дѣлаетъ это Листъ,—что осуществленіе воли требуетъ ея реализаціи въ тѣлодвиженіи? Осуществить волю можно и бездѣйствуя. Если мать animo necandi оставляетъ своего новорожденнаго ребенка безъ пищи, и тотъ умираетъ голодной смертью, кто усомнится сказать, что ребенокъ умеръ по волѣ матери? Разъ принята причинная связь волевого акта и внѣшняго событія, то это послѣднее уже само по себѣ должно быть разсматриваемо, какъ осуществленіе воли

Нельзя сказать, чтобы идея равноцѣнности условій отрицательныхъ условіямъ положительнымъ была совершенно чужда криминалистамъ. Но также не подлежитъ сомнѣнію, что къ ней обнаружилось такое же скептическое отношеніе, какое въ свое время было проявлено къ аналогичной идеѣ—равноцѣнности всѣхъ положительныхъ условій результата. Въ то время высказывались опасенія, что съ признаніемъ равноцѣнности положительныхъ условій пришлось-бы считать отдаленнаго предка причиной преступленія, совершеннаго потомкомъ; оружейнаго мастера причиной убійства, выполненнаго изготовленнымъ оружіемъ, и пр. И цѣлый рядъ теоретическихъ построеній возникъ единственно для того, чтобы ограничить понятіе причины, положить предѣлъ произвольнымъ, фантастическимъ сопоставленіямъ. Теперь тѣ же самыя опасенія произвола и фантастичности высказываетъ Landsberg по адресу идеи—признанія причинной связи событія съ каждымъ изъ отрицательныхъ условій: „условіе есть нѣчто чисто формальное... Условіемъ событія x можно считать и то, что шаръ земной—не мыльный пузырь, что мы не на лунѣ, что Камбизъ не живетъ съ нами, что 2×2 не 5..., если только при наличности этихъ условій событіе x не наступило бы“. Противъ опасности наплыва отрицательныхъ условій Landsberg считаетъ нужнымъ соорудить плотину. Абстрактному понятію условія, обнимающему всевозможныя обстоятельства, какія только мыслимы, Landsberg противополагаетъ „объективную причинность“, занятую исключительно реальными вещами, такими, какія они есть въ дѣйствительности. Онъ предлагаетъ считать причиною ненаступленіе только тѣхъ обстоятельствъ, которыя, при данныхъ in concreto отношеніяхъ, насколько дано предвидѣть, по крайней мѣрѣ, *могли* (нашъ курсивъ) наступить, и не вообще, а принимаемымъ въ соображеніе способомъ, въ надлежащемъ мѣстѣ и въ надлежащее время,—требованіе, удовлетворить которому можетъ только дѣйствіе человѣка. Человѣкъ владѣетъ своеобразной способностью даже и тогда, когда по условіямъ времени, мѣста и образа дѣйствій онъ и могъ бы вмѣшаться,—воздерживаться отъ вмѣшательства. Этимъ онъ рѣзко отличается отъ силъ природы, которыя, если могутъ гдѣ и когда либо дѣйствовать, то и должны дѣйствовать. Причинное отношеніе между бездѣйствіемъ и послѣдующимъ

событіемъ устанавливаетъ въ прошломъ возможность дѣятельности, исключавшей событіе [1]).

Въ еще болѣе рѣзкомъ очертаніи та же идея выступаетъ у Wachenfeld'a:—der Mensch ist causal, *wenn* er die Dinge beherrscht. *Какъ* онъ достигъ власти надъ ходомъ событій, безразлично. X такъ же господствуетъ надъ положеніемъ вещей, если не сдерживаетъ своей собаки, кидающейся на A, хотя и могъ-бы это сдѣлать,—какъ если бы онъ травилъ собакою A. Пріобрѣтеніе господства можетъ быть сознательнымъ или безсознательнымъ, произвольное положительное дѣйствіе можетъ быть или не быть средствомъ пріобрѣтенія [2]).

Въ своемъ желаніи—ограничить возможно тѣснѣе причинность бездѣйствія, Landsberg и Wachenfeld смѣшиваютъ категоріи причинности и возможности, урѣзываютъ первую при посредствѣ второй. Отъ воли субъекта зависѣло помѣшать наступленію событія или *не* помѣшать; онъ могъ поступить такъ, но могъ поступить и иначе,—дано, что онъ не помѣшалъ,—заключаютъ отсюда: стало быть, онъ причинилъ событіе. Возможно ли признать правильнымъ такое разсужденіе? Представимъ себѣ, даны факты: предшествующій n и послѣдующій f, обусловленный фактомъ n по началу необходимости,—ясно само собой, что признаніе причинной связи фактовъ n и f нельзя ставить въ зависимость отъ существованія потенціальной связи факта n съ еще болѣе раннимъ n'. Но именно такъ поступаетъ Landsberg: вмѣненіе субъекту послѣдствій бездѣйствія зависитъ, по его мнѣнію, отъ свойства отношенія къ бездѣйствію привлекаемаго извнѣ третьяго факта—психофизической личности субъекта. Новую ошибку допускаетъ Landsberg, утверждая, что второе отношеніе носитъ иной характеръ, чѣмъ первое. Вопреки мнѣнію Landsberg'a, поступить *такъ* или *иначе* субъектъ in concreto не могъ: онъ долженъ былъ поступить такъ, какъ поступилъ. И въ этомъ отношеніи нѣтъ различія между дѣйствіемъ человѣка и проявленіемъ силъ природы. О возможности дѣйствія или *недѣйствія* можетъ быть рѣчь только in abstracto, но in abstracto потенціальныя свойства присущи и дѣйствію силъ природы.

---

[1]) Landsberg, Die sogenannten Kommissivdelikte durch Unterlassung, 1890, S. 92—118.

[2]) Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz, 1893, S. 46.

Landsberg смѣшалъ постулаты причинной связи и уголовной отвѣтственности. Первые опредѣляютъ свойства должнаго отношенія бездѣйствія и результата, вторые, кромѣ того, даютъ опредѣленную характеристику самого бездѣйствія: отъ него требуютъ *произвольности*, субъектъ долженъ располагать физической возможностью произвести нужное тѣлодвиженіе. Но то же самое должно быть сказано о содѣяніи: дѣйствіе вмѣнимо, если оно произвольно, или, иначе, если отсутствуетъ физическое принужденіе къ тѣлодвиженію,—однако, еще никому не приходило въ голову произвольность дѣйствія ставить условіемъ существованія причинной связи дѣйствія и результата.

Въ заключеніе, кратко упомянемъ о теоріяхъ, рѣшающихъ вопросъ о причинности бездѣйствія путемъ замѣны категоріи причинности долженствованіемъ. Механическому каузалитету въ природѣ Rohland противополагаетъ каузалитетъ, руководимый принципомъ цѣли, въ духовной жизни людей. Разновидность послѣдняго образуетъ причинность въ правѣ, съ тою отличительной особенностью, что здѣсь заступаютъ мѣсто индивидуальныхъ цѣлей—правовыя. Какъ положительное, такъ и отрицательное дѣйствія могутъ соотвѣтствовать правовымъ цѣлямъ, и могутъ съ ними идти въ разрѣзъ Между поведеніемъ бездѣйствующаго и осуществленіемъ или неосуществленіемъ правовыхъ цѣлей такимъ образомъ существуетъ связь, почему бездѣйствіе, съ точки зрѣнія права, можетъ быть разсматриваемо, какъ надѣленное каузальнымъ значеніемъ. Сущность причиненія посредствомъ бездѣйствія заключается въ особомъ отношеніи происходящаго фактически къ правовой волѣ, долженствованію, обязанности. Бездѣйствіе получаетъ каузальное значеніе, коль скоро бездѣйствующій имѣлъ возможность и былъ обязанъ предупредить своимъ вмѣшательствомъ осуществленіе противуправнаго результата или осуществить правомѣрный. Причинность и отвѣтственность въ уголовномъ правѣ связаны между собою тѣснѣйшимъ образомъ. Причинность изъ принципа познанія превращается въ правѣ въ принципъ оцѣнки [1]).

---

[1] Rohland, Die strafbare Unterlassung, I Abt, 1887, стр. 121 и сл

Та же печать смѣшенія категорій причинности и долженствованія,—отождествленія первой со второю,—отмѣчаетъ теорію Kohler'a. Въ области права, въ частности,—уголовнаго, мѣриломъ, по мнѣнію Kohler'a, является причинность соціальнаго порядка, но отнюдь не естественная. Бездѣйствіе причиняетъ всюду, гдѣ соціальный порядокъ ставитъ человѣка на извѣстный постъ съ тѣмъ, чтобы, какъ членъ соціальной организаціи, онъ дѣйствовалъ въ качествѣ опредѣленной части соціальнаго механизма. Значеніе бездѣйствія заключается въ томъ, что бездѣйствующій изъемлетъ представляемую имъ часть изъ механизма соціальнаго порядка, парализуетъ ея движеніе, дѣлаетъ то, что механизмъ функціонируетъ иначе, чѣмъ соціальный порядокъ хочетъ [1]).

Вотъ и всѣ основныя теченія, на которыя разбилась теоретическая мысль въ тщетныхъ попыткахъ обосновать каузальный моментъ бездѣйствія. Новѣйшіе криминалисты склоняются къ мысли, что необходимо отказаться вовсе отъ понятія причиненія посредствомъ бездѣйствія [2]). Въ частности, учебникъ Листа расчленяетъ родовое понятіе дѣйствія на содѣяніе, въ смыслѣ произвольнаго причиненія послѣдствія, и на бездѣйствіе, въ смыслѣ произвольнаго его неотклоненія. Понятіе дѣйствія, въ широкомъ смыслѣ, только внѣшне, по имени, объединяетъ систему, которой сознательно отказано въ единствѣ конструктивныхъ началъ. Отъ содѣянія вмѣненіе требуетъ не только субъективной связи послѣдствія съ осуществленіемъ воли, но и объективной (потенціальной и каузальной),—отъ бездѣйствія—одной субъективной. Но можетъ ли субъектъ отвѣчать за факты, хотя бы и предусмотрѣнные, но не состоящіе въ причинной связи съ его поведеніемъ? Вѣдь при отсутствіи связи, все, что можетъ быть вмѣнено субъекту, это—бездѣйствіе, какъ таковое, какъ полицейскій

[1]) Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, стр. 45 и сл.

[2]) Отрицаютъ каузальный моментъ бездѣйствія Liszt, Lehrbuch, стр. 137; Loening Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs, 1889, стр. 136 и сл.; Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1901, стр. 149; Kraus, Das Dogma von der Ursachlichkeit der Unterlassung въ Jurist. Vierteljahresschrift, 30 B., 1898, стр. 1—82, и многіе другіе.—Kraus различаетъ понятія причинной связи и отрицательной обусловленности, сводимыя имъ къ контрасту понятій causa efficiens и conditio sine qua non [стр. 39], почему отрицаніе каузальнаго момента въ бездѣйствіи со стороны Kraus'a вполнѣ послѣдовательно.

проступокъ Обусловленность наказанія еще какимъ-то внѣшнимъ измѣненіемъ при этихъ условіяхъ становится необъяснимою.

Въ безплодныхъ усиліяхъ остановить совершающееся распаденіе системы права,—изъ современныхъ криминалистовъ—Kitzinger рѣшается на средство крайняго отчаянія,—базируетъ причинную связь бездѣйствія и внѣшняго событія на специально устанавливаемыхъ фикціяхъ —„пусть доказано съ математическою точностью, что бездѣйствіе не причиняетъ, мы и тогда не можемъ не считаться съ правомъ, которое стоитъ на томъ, что бездѣйствіе причиняетъ; мы должны, если нужно, игнорировать математически доказанную истину и, въ силу юридической фикціи, принимать обратное тому, что есть истина“ [1]) Рѣшеніе, по истинѣ, самоубійственное! Едва ли будетъ ошибкою—сказать, что засореніе догмы достигаетъ здѣсь мыслимаго предѣла.

Рѣшеніе вопроса, можетъ ли бездѣйствіе быть разсматриваемо, какъ состоящее въ причинной связи съ послѣдующимъ внѣшнимъ измѣненіемъ, вполнѣ зависитъ отъ того, что понимаемъ мы подъ причинностью, и въ какомъ объемѣ используемъ это понятіе Въ свѣтѣ критической философіи причинность утрачиваетъ прежнее значеніе *естественной* связи явленій. Познаніе реально существующихъ отношеній оказывается для насъ такъ же не доступно, какъ не достижимо познаніе реально существующихъ вещей (или такъ наз. „вещей въ себѣ“). Утверждая, что предшествующій фактъ n есть необходимое условіе послѣдующаго факта f, мы высказываемъ сужденіе, что на основаніи данныхъ нашего опыта, мы должны мыслить n и f, какъ связанные отношеніемъ необходимой преемственности во времени. Но это—связь не „вещей въ себѣ“, а лишь актовъ сознанія,—необходимость логическая, а не естественная. Новая постановка вопроса намѣчаетъ пути и къ новому рѣшенію. Не подлежитъ сомнѣнію, что мыслимы могутъ быть факты не только положительные, но и отрицательные. И даже болѣе: понятіе отрицательнаго факта должно войти въ самый составъ понятія причины

„По закону связи причины со слѣдствіемъ, говоритъ Милль, всѣ слѣдствія связаны съ какимъ-либо рядомъ положительныхъ

[1]) Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht, 1902, S 134

условій, хотя, правда, въ добавокъ къ послѣднимъ почти (?) всегда требуются условія отрицательныя. Другими словами, всякій фактъ или всякое явленіе неизмѣнно возникаетъ, когда существуетъ нѣкоторая совокупность положительныхъ фактовъ и притомъ не существуетъ нѣкоторыхъ другихъ положительныхъ фактовъ... Говоря философски, причина есть сумма всѣхъ условій, положительныхъ и отрицательныхъ. взятыхъ вмѣстѣ“ [1]).

Если послѣдствіе x требуетъ для своего осуществленія положительныхъ условій a, b, c... и отрицательныхъ a^1, b^1, c^1 .., то послѣднія столь же необходимы для наступленія x, какъ и первыя. Соотвѣтственно, бездѣйствіе, неотклоненіе событія, какъ отсутствіе дѣйствія, способнаго предупредить событіе, должно быть разсматриваемо, какъ состоящее въ причинной связи съ событіемъ. То же, повидимому, думаетъ и Милль. Приведу возраженіе, которое онъ дѣлаетъ одному изъ своихъ критиковъ: „рецензентъ говоритъ, что «всякій почувствовалъ-бы» неточность нашего выраженія, если бы мы сказали, будто причиной неожиданности нападенія былъ уходъ часового съ его поста; «причиной здѣсь можно было бы назвать приманку или силу, *удалившую* его съ поста, такъ какъ, удаливъ его, она устранила задерживающую силу, которая могла предупредить внезапность нападенія».— Я не могу въ одно и то же время признать неправильнымъ выраженіе, что «событіе имѣло мѣсто потому, что часовой отсутствовалъ», и согласиться съ правильностью выраженія: «событіе имѣло мѣсто потому, что часовой былъ подкупленъ для этой цѣли». Такъ какъ единственнымъ прямымъ слѣдствіемъ подкупа было отсутствіе часового, то подкупъ можно было бы назвать отдаленной причиной внезапности нападенія лишь при предположеніи, что его ближайшей причиной было отсутствіе часового. И, по моему мнѣнію, никто (кому не нужно защищать какую либо теорію) не сталъ бы пользоваться однимъ выраженіемъ, если отвергъ другое“ [2]).

Сложный составъ понятія причины, обнимающій факты не только положительные, (которые должны существовать), но и от-

---

[1]) Система логики, пер. Резенера, 1865, т. I, стр. 383 и 385.

[2]) Пер. В. И. Ивановскаго, 1900, стр. 264, прим

рицательные, (которые должны отсутствовать), — объясняется просто. Причина есть совокупность условій, неизмѣнно влекущихъ за собою опредѣленное послѣдствіе Наличность моментовъ, представляющихъ абстракцію отъ однихъ положительныхъ фактовъ, еще не служитъ достаточною гарантіей должнаго постоянства послѣдствій: при повтореніи, каузальное значеніе этихъ моментовъ могло бы быть парализовано или измѣнено присоединеніемъ новыхъ положительныхъ фактовъ. Отсутствіе, неприсоединеніе послѣднихъ мы и оговариваемъ въ понятіи причины, утверждая, что ея составъ обнимаетъ сумму не только положительныхъ, но и отрицательныхъ условій результата.

Существуетъ мнѣніе, будто введеніе въ составъ причины отрицательныхъ условій даетъ просторъ самымъ причудливымъ анекдотическимъ сопоставленіямъ, что, на ряду съ актами сознанія, въ основѣ которыхъ лежатъ чувственныя воспріятія, оно оставляетъ мѣсто лишеннымъ всякой реальной основы созданіямъ личной фантазіи. Но это — опасеніе, по меньшей мѣрѣ, преувеличенное. Во-первыхъ, мы никогда не изучаемъ причины конкретнаго факта во сколько нибудь значительномъ объемѣ его признаковъ, всегда мы ищемъ объясненія лишь для отдѣльныхъ моментовъ событія. Во-вторыхъ, обычно мы спрашиваемъ не о *причинѣ* событія, но лишь о *причинной связи* даннаго — съ другимъ, ему предшествующимъ, или, еще точнѣе, интересуемся связью отдѣльныхъ *моментовъ*, присущихъ тому и другому событіямъ. Естественно, чѣмъ далѣе мы отвлекаемся отъ дѣйствительности, тѣмъ болѣе долженъ рѣдѣть комплексъ положительныхъ и отрицательныхъ условій, связуемыхъ въ каузальное отношеніе. Между ними могутъ быть различаемы, условія, сами собой понятныя и потому игнорируемыя, и условія, заключающія въ себѣ каузальную характеристику предшествующаго факта, существенную для изслѣдователя. Послѣдняя можетъ быть положительной или отрицательной, но это вопросъ формы, а не существа дѣла. Та или другая квалификація признаковъ, отмѣчаемыхъ въ фактахъ предшествующемъ или послѣдующемъ, зависитъ отъ разныхъ причинъ. Въ числѣ ихъ немаловажную роль играютъ условность формъ языка и способъ постановки вопроса. Мы спрашиваемъ, напр.: почему нѣтъ дождя? (фактъ отрицательный), но могли-бы спросить и иначе: „почему

стоитъ засуха?“ (фактъ положительный). Я не могу читать, потому что въ комнатѣ темно (фактъ положительный). Не читаю, потому что въ комнатѣ нѣтъ достаточно свѣта (фактъ отрицательный) Т. е., одни и тѣ же по содержанію вопросы и отвѣты могутъ слѣдовать какъ въ положительной, такъ и въ отрицательной формѣ. Совпаденіе не случайное: оно объясняется тѣмъ, что отвлекаемые отъ дѣйствительности признаки нерѣдко въ равной мѣрѣ допускаютъ характеристику, какъ со стороны положительной, такъ и отрицательной. Характерные признаки мы добываемъ, сравнивая вещи между собой. При этомъ мы одинаково можемъ брать или признаки, свойственные данной вещи, и отсутствующіе у другихъ однородныхъ вещей, или, напротивъ, признаки, отсутствующіе у данной, и свойственные—другимъ. Въ первомъ случаѣ мы даемъ положительную характеристику вещи, во второмъ—отрицательную, но въ томъ и другомъ случаяхъ мы не вымышляемъ, не фантазируемъ, а беремъ то, что есть, описываемъ дѣйствительное состояніе вещей. Нельзя, конечно, въ бездѣйствіи часового (возвращаюсь къ примѣру Милля) видѣть причину пораженія арміи, нельзя уже потому, что причина есть *совокупность* условій, но ничто не мѣшаетъ признать бездѣйствіе или отсутствіе часового однимъ изъ условій событія,—разсматривать первое, какъ состоящее въ причинной связи со вторымъ. Отсутствіе часового не есть произвольное предположеніе, равносильное тѣмъ отрицательнымъ условіямъ, о которыхъ говоритъ Landsberg (что земля не мыльный пузырь, что 2×2 не 5 и пр.),—оно заключаетъ въ себѣ отрицательную характеристику положительнаго факта—арміи, какъ совокупности людей, всецѣло отдавшихся отдыху.

Аналогично содѣянію, каузальное значеніе бездѣйствія опредѣляется по методу гипотетическаго исключенія. Содѣяніе заключается въ выполненіи опредѣленнаго дѣйствія, бездѣйствіе—въ воздержаніи отъ выполненія Если рѣчь идетъ о положительной формѣ поведенія, напримѣръ, надо узнать, умеръ ли Б отъ отравы, которую далъ ему А,—мы спрашиваемъ, продолжалъ-ли бы жить Б, если бы А *не далъ* ему отравы, т. е., предполагаемъ на сторонѣ А *бездѣйствіе*. Напротивъ, если вопросъ возникаетъ относительно каузальнаго значенія отрицательной формы поведе-

нія, напримѣръ, требуется узнать, не находилась-ли смерть Б въ причинной зависимости отъ отказа врача А подать врачебную помощь, мы должны спросить, остался ли бы живъ Б, если-бы А *не отказывалъ* ему въ помощи, т. е., предположить на сторонѣ А *дѣйствіе*. Утвердительный отвѣтъ равносиленъ признанію, отрицательный — отрицанію каузальнаго момента въ обоихъ случаяхъ [1]).

Итакъ, невыполненіе дѣйствія, способнаго предупредить событіе, всегда и при всѣхъ обстоятельствахъ можетъ быть разсматриваемо, какъ состоящее въ причинной связи съ событіемъ. Остается спорнымъ вопросъ о томъ, приложимо ли къ бездѣйствію понятіе *причиненія*. По духу языка, причинять значитъ болѣе, чѣмъ состоять въ причинной связи. Причиненіе предполагаетъ активность, выполненіе положительнаго дѣйствія. Болѣе, чѣмъ „субъектъ причинилъ", подходило-бы здѣсь выраженіе „субъектъ обусловилъ" событіе — Однажды установленная, причинная связь, естественно, не зависитъ уже ни отъ юридической, ни отъ внутренней психологической характеристики бездѣйствія. Былъ ли субъектъ обязанъ озаботиться отклоненіемъ послѣдствія, или не былъ? предусматривалъ возможность событія, или нѣтъ? хотѣлъ его осуществленія, или разсчитывалъ избѣжать? являлось ли бездѣйствіе субъекта физически вынужденнымъ или произвольнымъ? — все это — моменты поведенія, имѣющіе существенное значеніе для рѣшенія вопроса объ отвѣтственности, въ частности, о виновности субъекта, но они не могутъ влиять на опредѣленіе каузальнаго свойства бездѣйствія.

Излагая ученіе о причинномъ моментѣ бездѣйствія, мы должны, въ заключеніе, обсудить практически важный вопросъ объ отношеніи послѣдняго къ нормѣ уголовнаго закона.

Не подлежитъ сомнѣнію, что одна изъ главныхъ обязанностей законодателя, при установленіи уголовно правовой нормы, — выяснить себѣ и указать подвластнымъ не только родъ охраняемыхъ правовыхъ благъ, но и форму предусматриваемаго поведенія.

---

[1]) Обычно утверждаютъ, что для вмѣненія бездѣйствія требуется, чтобы субъектъ *могъ* предотвратить событіе. Выраженіе „субъектъ могъ" имѣетъ смыслъ двоякаго требованія. 1) чтобы отклоняемое дѣйствіе гипотетически исключало событіе, 2) чтобы само бездѣйствіе не являлось вынужденнымъ физически.

Норма-запретъ предполагаетъ наказуемость дѣйствія, норма-приказъ— бездѣйствія. Интересы репрессіи и вмѣстѣ гражданской свободы требуютъ точнаго соблюденія этого правила, какъ со стороны суда, такъ и законодателя. Къ сожалѣнію, уголовные кодексы, равно какъ судебная практика, оставляютъ въ этомъ отношеніи желать многаго. Крупная доля вины падаетъ здѣсь на такъ наз. теорію уголовнаго права. Послѣдняя донынѣ не предъявляетъ къ законодателю требованія, въ случаѣ надобности, оговаривать въ самомъ законѣ, что отвѣчать за вредное послѣдствіе долженъ виновникъ не только дѣйствія, но и бездѣйствія. Теоретики вѣрятъ, что они могутъ разобраться въ вопросѣ собственными силами, и въ этихъ видахъ изобрѣли даже особый, кстати сказать, достаточно противорѣчивый терминъ „содѣянія посредствомъ бездѣйствія“. Въ результатѣ, ни одинъ судья не усумнится признать виновною въ убійствѣ женщину, если она animo necandi оставитъ рожденнаго ею младенца безъ надлежащей помощи, и ребенокъ оттого умретъ [1]). По существу, судебный приговоръ будетъ справедливъ, но съ формально юридической точки зрѣнія онъ долженъ быть признанъ актомъ судебнаго произвола, захватомъ со стороны суда власти, принадлежащей одному законодателю Выраженія закона „убійство“, „умерщвленіе“, „лишеніе жизни“—предполагаютъ положительную дѣятельность, содѣяніе, но отнюдь не бездѣйствіе [2]). Какія бы обязан-

---

[1]) Улож. о нак. въ ст. 1460 специально предусматриваетъ случаи оставленія женщиной безъ помощи рожденнаго ею незаконнаго ребенка, отъ чего послѣдній лишился жизни, но угол. улож. этотъ случаи проходитъ молчаніемъ.

[2]) Иного мнѣнія—Листъ, который de lege lata—находитъ возможнымъ приравнивать неотклоненіе результата къ причиненію во всѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ специальнаго предписанія закона объ отвѣтственности за бездѣйствіе. По мнѣнію Листа, законодатель, объявляя наказуемымъ причиненіе послѣдствія посредствомъ положительнаго дѣйствія, тѣмъ самымъ устанавливаетъ наказаніе и за неотклоненіе того же послѣдствія Но затѣмъ Листъ неожиданно выдвигаетъ новую клаузулу, de lege lata остающуюся рѣшительно ничѣмъ не мотивированною,—требуетъ для уголовной отвѣтственности, чтобы бездѣйствіе было противуправно, т. е., чтобы для субъекта существовала юридическая обязанность къ опредѣленному дѣйствію. Послѣдняя можетъ возникнуть 1) изъ особой повелительной нормы правового порядка, принадлежитъ ли она къ уголовному праву, или нашла выраженіе въ какой либо другой области права, напр., вытекаетъ изъ опредѣляемаго юридическимъ положеніемъ (должность, договоръ и т. д.) круга обязанностей (обязанность родителей вскармливать дѣтей, договорное обязательство ухода за больнымъ,

ности ни налагали на субъекта общіе гражданскіе законы или спеціальные уставы, ни откуда не слѣдуетъ, если противное не оговорено особо въ уголовномъ кодексѣ, что неисполненіе этихъ обязанностей влечетъ за собой *уголовную* отвѣтственность Такое положеніе не можетъ быть принято не только de lege lata, въ въ виду молчанія, которое на этотъ счетъ хранитъ законодатель, но и de lege ferenda. Съ принятіемъ тезиса, пришлось бы наказывать, какъ за умышленное убійство, врача, который намѣренно, или съ яснымъ предвидѣніемъ послѣдствій, отказался поѣхать къ опасному больному, и, какъ за поджогъ, брантмейстера, не пожелавшаго явиться на пожаръ Вопреки мнѣнію *Kitzinger*'а [1]), жизнь далеко не всегда бездѣйствіе приравниваетъ къ содѣянію,—напротивъ, она строго различаетъ ихъ и разно расцѣниваетъ. Только особая важность охраняемаго интереса, или особыя бытовыя условія преступленія могутъ понудить законодателя привлечь къ уголовной отвѣтственности за вредный результатъ, на ряду съ виновникомъ активнымъ, также и пассивнаго Но и здѣсь остается во всей своей силѣ вопросъ о мѣрѣ наказанія, которое въ преобладающемъ большинствѣ случаевъ для пассивнаго виновника, согласно съ нравственными воззрѣніями общества, должно быть значительно понижено. Поэтому, казалось бы, вопросъ о наказуемости бездѣйствія долженъ быть тщательно разсмотрѣнъ законодателемъ по каждому матеріальному деликту особо, и эта отвѣтственность спеціально оговорена въ самомъ законѣ. Пусть это усложнитъ работу законодателя,—нельзя ради техническихъ удобствъ внѣшней редакціи кодекса жертвовать тѣмъ интересомъ, который общество имѣетъ въ точномъ опредѣленіи дѣйствій, поставленныхъ закономъ подъ угрозу наказанія Nulla poena sine lege poenali

Да и не такъ сложна задача законодательнаго урегулированія вопроса о бездѣйствіи, какъ можетъ показаться на первый

служебная обязанность чиновника, тюремнаго надзирателя, желѣзнодорожнаго сторожа и пр.), 2) изъ предшествующаго дѣйствія, сообщающаго бездѣйствію характеръ нарушенія обязанности. Обязанность субъекта къ послѣдующей дѣятельности вытекаетъ здѣсь изъ конклюдентнаго характера предшествующаго дѣйствія Такъ, навлеченіе опасности создаетъ обязанность, насколько возможно, противодѣйствовать грозящимъ противуправнымъ послѣдствіямъ (Liszt, Lehrbuch. 12 изд., стр. 135).

[1]) Kitzinger, s. c., S 146

взглядъ. Вопросъ возникаетъ единственно по отношенію къ составамъ тѣхъ матеріальныхъ деликтовъ, которые требуютъ отъ дѣйствія только его активности. Составъ деликтовъ, какъ кража, разбой, мошенничество, изнасилованіе и пр., предполагающихъ не только активный, но и строго опредѣленный образъ дѣйствія, уже тѣмъ самымъ исключаетъ возможность выполненія ихъ посредствомъ бездѣйствія. Остаются деликты нарушенія благъ жизни, тѣлесной неприкосновенности, свободы, и поврежденія имущества, составъ которыхъ требуетъ положительнаго дѣйствія, но не устанавливаетъ, въ чемъ должно заключаться послѣднее. De lege ferenda, слѣдуя началу бережливости въ расходованіи уголовныхъ каръ, и стремясь къ согласованію закона съ общественнымъ правосознаніемъ, мы полагали бы возможнымъ, на общемъ основаніи, признать бездѣйствующаго уголовно отвѣтственнымъ за результаты бездѣйствія, при наличности слѣдующихъ двухъ условій:—1) если субъектъ былъ обязанъ озаботиться предотвращеніемъ послѣдствія, 2) если само опасное положеніе, обязывающее субъекта къ послѣдующему вмѣшательству, было создано, хотя бы и невиновнымъ образомъ, самимъ субъектомъ. Соотвѣтственно, могли бы быть наказаны за послѣдствія бездѣйствія: тотъ, кто, разогнавъ лошадей, не пожелалъ остановить ихъ при видѣ лежащаго на дорогѣ ребенка, кто, зная, что въ вырытую имъ волчью яму упалъ человѣкъ, не принялъ мѣръ къ освобожденію его; желѣзнодорожный сторожъ, не подавшій установленнаго сигнала въ предупрежденіе катастрофы; тюремщикъ, уморившій голодомъ арестанта; мать, оставившая рожденнаго ею ребенка безъ помощи [1]); проводникъ, покинувшій путника въ опасномъ мѣстѣ. Напротивъ, должны отвѣчать только, какъ за нарушеніе служебнаго или профессіональнаго долга: матросъ спасательной станціи, не подавшій помощи утопающему; пожарный, не пожелавшій вынести изъ огня человѣка; хирургъ, отказавшійся безплатно произвести операцію, которая одна могла спасти больного, и пр., такъ какъ во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣется обязанность подачи помощи, но отсутствуетъ второе ус-

[1]) Правильнѣе, однако, выдѣлить этотъ случай въ особый деликтъ.

ловіе отвѣтственности. обусловленность самаго возникновенія опасности для блага предшествующимъ дѣйствіемъ субъекта.

Уложеніе о наказаніяхъ не содержитъ прямого отвѣта на вопросъ о томъ, распространяется ли отвѣтственность за послѣдствія *положительнаго* дѣйствія также и на послѣдствія бездѣйствія,— многое, однако. говоритъ за то, что въ общемъ оно склоняется къ усвоенной нами точкѣ зрѣнія —допускаетъ наказуемость неотклоненія послѣдствій только при существованіи спеціальной нормы приказа. (Ср., напр., ст. 1519 улож. о нак., приравнивающую самовольное оставленіе animo necandi человѣка въ опасномъ мѣстѣ и положеніи къ предумышленному убійству). Уголовное уложеніе проходитъ вопросъ молчаніемъ.

Но ясно само собою, бездѣйствіе ненаказуемо только тогда, когда corpus delicti по точному смыслу закона требуетъ не иначе, какъ содѣянія. Если выраженіе, употребленное законодателемъ, обнимаетъ какъ положительную, такъ и отрицательную форму поведенія, естественно считать наказуемымъ уже и простое неотклоненіе послѣдствія. Подобные составы отнюдь не рѣдки. По ст. 486 уг ул. наказывается, какъ за убійство, дуэлянтъ, завѣдомо отступившій, во вредъ противнику, отъ условій поединка и тѣмъ лишившій противника жизни. Отступленіе отъ условій поединка очевидно, можетъ, заключаться какъ въ содѣяніи, такъ и въ бездѣйствіи. Виновными по ст. 158 въ завѣдомо ложномъ свидѣтельскомъ показаніи должны быть признаны и тотъ, кто солгалъ, и тотъ, кто умышленно промолчалъ, вопреки обѣщанію: „не утаю ничего мнѣ извѣстнаго“. Показаніе есть правдивый разсказъ, но разсказъ правдивъ только при условіи, если онъ не содержитъ въ себѣ пробѣловъ, извращающихъ значеніе событія. По ст. 498, виновнымъ въ лишеніи личной свободы долженъ быть признанъ и тотъ, кто случайно запретъ кого либо, и затѣмъ намѣренно оставитъ его взаперти. Лишеніе свободы, какъ преступленіе длящееся, обнимаетъ не только актъ отнятія свободы, но и держаніе въ состояніи несвободы. Предусмотрѣнное ст. 464, „неосторожное причиненіе смерти“ можетъ послѣдовать какъ отъ положительнаго дѣйствія, такъ, при извѣстныхъ условіяхъ, и отъ бездѣйствія, что вытекаетъ изъ послѣдующихъ словъ закона: „если причиненіе смерти было послѣдствіемъ несоблюденія виновнымъ

правилъ"... и пр. То же самое должно быть сказано объ отвѣтственности по ст. 474.

На первый взглядъ можетъ показаться, что всякая норма приказа можетъ быть нарушена посредствомъ положительнаго дѣйствія—въ формѣ подстрекательства третьихъ лицъ къ преступному бездѣйствію. Но это не вѣрно. Подстрекающій къ невыполненію дѣйствія нарушаетъ не норму—приказъ выполненія, а норму—запретъ положительныхъ дѣйствій, заключающихъ въ себѣ склоненіе третьихъ лицъ къ совершенію преступленія. Въ чемъ состоитъ послѣднее, должны ли третьи лица выполнить дѣйствіе положительное, или отрицательное,—для состава подстрекательства безразлично.

Проще обстоитъ дѣло съ такъ наз безрезультатнымъ деликтомъ бездѣйствія. Если законъ воспрещаетъ положительное дѣйствіе, тѣмъ самымъ онъ требуетъ отрицательнаго дѣйствія. Напротивъ, если онъ предписываетъ произвести положительное дѣйствіе, только бездѣйствіе можетъ его нарушить. Было ли невыполненіе требуемаго дѣйствія результатомъ пребыванія въ покоѣ (нѣкто не явился въ судъ по вызову, такъ какъ весь день пролежалъ на софѣ), или послѣдствіемъ положительнаго дѣйствія (наканунѣ уѣхалъ въ Америку), для состава деликта безразлично. Многое и здѣсь зависитъ отъ редакціи закона. Такъ, если послѣдній предусматриваетъ не уклоненіе, а болѣе конкретно,—*неявку* къ отбытію воинской повинности, намѣренное самоизувѣченіе не будетъ нарушеніемъ закона, коль скоро изувѣчившій себя явился отбывать повинность [1]).

Въ заключеніе, намъ остается сказать нѣсколько словъ относительно потенціальнаго момента бездѣйствія Подобно каузальному, онъ характеризуется тѣми же чертами при бездѣйствіи, какъ и при дѣйствіи положительномъ. Такъ, въ области полицейской неправды моментъ опасности бездѣйствія принимается во вниманіе единственно законодателемъ, когда онъ намѣчаетъ серію приказовъ, какъ средствъ, ведущихъ къ достиженію опредѣленной

[1]) Угол. улож. неявку къ исполненію воинской повинности предусматриваетъ въ ст. 182; что же касается самоизувѣченія, то ему, какъ средству уклоненія отъ воинской повинности, уложеніе совершенно правильно посвятило особую статью 188 п. I.

цѣли. Критерій возможности носитъ здѣсь вполнѣ объективный характеръ. Напротивъ, въ области уголовной неправды тотъ же критерій получаетъ характеръ субъективный. Матеріальный деликтъ бездѣйствія наказуемъ только, если субъектъ хотѣлъ, сознавалъ или могъ сознавать, что его бездѣйствіе есть conditio sine qua non результата, или, другими словами, что онъ можетъ, если захочетъ, выполненіемъ того или другого дѣйствія предупредить результатъ, что шансы осуществленія послѣдняго растутъ въ зависимости отъ того, что онъ бездѣйствуетъ. Форма, аналогичная покушенію, при бездѣйствіи отпадаетъ: мѣсто покушенія обычно заступаетъ здѣсь delictum sui generis (ср., напр., ст. 483 у. у.).—Критерій опасности дѣйствія въ составѣ такъ наз. деликтовъ „нарушенія безопасности“ остается безъ измѣненія и для деликтовъ, выполняемыхъ посредствомъ бездѣйствія (ср. ст. 489, 492—495 у. у.). Бездѣйствіе субъекта „нарушаетъ безопасность“, если субъектъ не только самъ сознаетъ возможность вреднаго послѣдствія, но и каждый добросовѣстный наблюдатель, лишенный спеціальныхъ знаній, по совокупности практически различимыхъ въ періодъ бездѣйствія обстоятельствъ дѣла призналъ бы положеніе опаснымъ.

Но если для опасности положительнаго дѣйствія рѣшающее значеніе пріобрѣтаетъ мѣра юридически допустимаго *невниманія* къ чужому интересу,—здѣсь, при бездѣйствіи, такое же значеніе получаетъ степень требуемой закономъ или общественнымъ правосознаніемъ *затраты энергіи и самопожертвованія*. Регулирующимъ предполагаемую затрату началомъ служитъ главнымъ образомъ характеръ юридическаго отношенія субъекта къ правоохраненному благу. Такъ, неоказаніе помощи погибающему,—лицу, не состоящему ни въ какихъ особыхъ отношеніяхъ къ субъекту,—вмѣняется въ вину только при условіи, если виновный могъ прійти на помощь „безъ разумнаго опасенія за себя или другихъ“ (ст. 491 угол. улож.). Требованія—строже, если на виновномъ лежала спеціальная обязанность (напр.,—врача по оказанію помощи лицу, одержимому заразительной болѣзнью, ст. 497 угол. улож.). Лицамъ военнаго званія вмѣняется въ обязанность, при извѣстныхъ условіяхъ, не щадить самой жизни, если того требуетъ интересъ службы.

§ 21. Каузальный и потенціальный моменты дѣйствія посредственнаго виновника.

Изучая предположенія уголовнаго наказанія, до сихъ поръ предметомъ сужденія мы имѣли дѣйствія, состоящія въ непосредственномъ каузальномъ и потенціальномъ отношеніи къ основанію уголовной репрессіи, въ частности, къ преступному результату. Намъ остается разсмотрѣть дѣйствія, отношеніе которыхъ къ основанію репрессіи характеризуется, какъ посредственное, или, иначе говоря, дѣйствія субъектовъ, проявляющія свои вредъ или опасность лишь чрезъ посредство дѣйствія третьяго лица. Нѣкоторые виды посредственнаго виновничества регулируются спеціальными правовыми нормами. Наша задача состоитъ въ томъ, чтобы, описавъ виды и подвиды посредственнаго виновничества, и установивъ роль каузальнаго и потенціальнаго моментовъ въ составѣ каждаго изъ нихъ,—раскрыть тѣ особыя политическія соображенія, которыя вызвали эти нормы къ жизни, указать неудобства, съ которыми было-бы сопряжено здѣсь примѣненіе общихъ правилъ объ отвѣтственности. Вмѣстѣ съ тѣмъ намъ предстоитъ отвѣтить на вопросъ, не заключаетъ ли въ себѣ институтъ посредственнаго виновничества возложенія на субъекта отвѣтственности за дѣйствія третьихъ лицъ, въ нарушеніе принципа, что каждый долженъ отвѣчать только за *имъ* содѣянное?

Дѣйствующія законодательства и судебная практика различаютъ слѣдующія три формы посредственнаго виновничества въ широкомъ смыслѣ: посредственное виновничество въ тѣсномъ смыслѣ слова, совиновничество и соучастіе [1]).

Посредственный виновникъ—тотъ, кто выполняетъ составъ преступленія (умышленнаго или неосторожнаго), используя дѣйствіе лица уголовно безотвѣтственнаго: ребенка, невмѣняемаго, дѣйствующаго безовсякой вины [2]),—по мнѣнію многихъ,—

---

[1]) Въ настоящемъ отдѣлѣ, при анализѣ формъ посредственнаго виновничества, субъективную сторону дѣйствія мы спеціально не разсматриваемъ.

[2]) Ср Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit fur Handlungen Dritter. 1888, S. 106· „die Handlung, welche Jemandem als mittelbaren Thater zugerechnet werden soll, nur den objectiven Thatbestand einer strafbaren Missethat enthalten darfr.

также и лица, дѣйствующаго неосторожно. Посредственный виновникъ отвѣчаетъ такъ же, какъ и непосредственный. Лицо, дѣйствіе котораго онъ используетъ, доктрина и судебная практика разсматриваютъ, какъ простое орудіе въ его рукахъ [1] [2]).

Совиновникъ есть тотъ, кто, не будучи соучастникомъ [3]), выполняетъ составъ умышленнаго преступленія, завѣдомо совмѣстно съ другимъ лицомъ или лицами, удовлетворяющими *тѣмъ же* требованіямъ (т. е., дѣйствующими преступно, умышленно, зная о присоединяющейся дѣятельности другого лица, и не въ качествѣ соучастниковъ) или же требованіямъ соучастія. Совиновничество такъ же, какъ посредственное виновничество въ тѣсномъ смыслѣ, не представляетъ какихъ либо уклоненій отъ установленныхъ закономъ и принятыхъ практикой условій индивидуальной отвѣтственности.

Понятіе третьей формы посредственнаго виновничества—соучастія—носитъ характеръ двойственный: въ однихъ случаяхъ соучастникъ можетъ быть разсматриваемъ, какъ лицо, совершающее или пытающееся совершить умышленное преступленіе, всецѣло или отчасти, чрезъ посредство чужой умышленно преступной дѣятельности,—въ другихъ,—какъ лицо, которое своимъ дѣйствіемъ умышленно обусловливаетъ или облегчаетъ, или пы-

---

[1]) „als causales Zwischenglied", по выраженію Wuttig'a, Fahrlassige Teilnahme, S 50.

[2]) Уголовное уложеніе, опредѣляя условія наказуемости соучастія, оставляетъ безъ вниманія такъ наз „посредственное" виновничество въ тѣсномъ смыслѣ. Между тѣмъ, далеко не всѣ вопросы вмѣненія, возникающіе на почвѣ послѣдняго, могутъ быть урегулированы на основаніи правилъ объ отвѣтственности непосредственнаго виновника. Такъ, остается невыясненнымъ, наказуемо ли посредственное виновничество, если ребенокъ или сумасшедшій, подученный или получившій помощь отъ виновнаго, не совершилъ дѣйствія, отвѣчающаго объективному составу покушенія? Равнымъ образомъ,—отвѣчаетъ ли тотъ, кто, пользуясь ребенкомъ или душевно-больнымъ, какъ орудіемъ для совершенія преступленія, не будетъ имѣть спеціальнаго намѣренія, или не выполнитъ самъ спеціальнаго дѣйствія, которыхъ требуетъ составъ преступленія? (Примѣры: нѣкто убѣждаетъ ребенка украсть въ свою пользу отцовскія деньги, помогаетъ сумасшедшему совершить изнасилованіе, и пр) По невозможности признать субъекта соучастникомъ, и по отсутствію состава преступленія въ дѣяніи, если разсматривать послѣднее съ индивидуалистической точки зрѣнія, германская практика была вынуждена здѣсь отвергнуть наказуемость.

[3]) Опредѣленіе понятія совиновника, въ отличіе отъ соучастника (подстрекателя пособника), см. ниже стр. 520 и 524-528.

тается обусловить или облегчить выполненіе другимъ лицомъ умышленнаго преступленія.

Соучастіе перваго типа такъ же, какъ совиновничество, предполагаетъ, что дѣйствіе субъекта заключаетъ въ себѣ всѣ признаки состава преступленія. Соотвѣтственно, оно было бы наказуемо, хотя бы въ уложеніи и не было особаго постановленія о томъ [1]). Соучастіе второго типа представляетъ деликтъ акцессорный. Дѣйствіе субъекта само по себѣ не содержитъ состава преступленія. Субъектъ привлекается къ отвѣтственности только за содѣйствіе чужому преступленію. Естественно, такое соучастіе можетъ стать наказуемо только въ силу спеціальнаго закона [2]).

Дѣйствующія законодательства дѣлятъ соучастниковъ на подстрекателей и пособниковъ. Въ обоихъ случаяхъ предполагается наличность дѣйствія третьяго лица: совиновника. Не требуется непремѣнно, чтобы совиновникъ подлежалъ отвѣтственности за свое дѣйствіе. Для признанія субъекта соучастникомъ, — подстрекателемъ или пособникомъ, — достаточно, если дѣйствіе совиновника наказуемо, какъ таковое, т. е., содержитъ въ себѣ всѣ положительные признаки состава преступленія, и въ то же время причина безнаказанности не лежитъ въ обстоятельствахъ, исключающихъ самую противуправность содѣяннаго (какъ, напр., въ состояніи необходимой обороны). Соотвѣтственно, не исключаютъ понятія соучастія: смерть совиновника, его послѣдующая душевная болѣзнь, безвѣстное отсутствіе, его добровольный отказъ отъ покушенія, или дѣятельное раскаяніе, совершеніе имъ преступленія въ состояніи крайней необходимости, примиреніе съ пострадавшимъ, помилованіе, и пр. [3]).

---

[1]) Составъ только этого типа соучастія имѣетъ въ виду опредѣленіе проф. Колоколова („О соучастіи въ преступленіи", 1881, стр. 51): „соучастіе есть такое отношеніе нѣсколькихъ лицъ къ единичному результату, при которомъ каждое изъ нихъ виновнымъ образомъ обусловливаетъ этотъ результатъ посредствомъ извѣстнаго положительнаго дѣйствія."

[2]) Исключительно акцессорный характеръ придаетъ составу соучастія Nicoladoni, Mitt. d. J K V, 5 B., 1895, S 336—347.

[3]) Говорить о совиновничествѣ и соучастіи можно, разумѣется, по отношенію не только къ матеріальнымъ, но и къ формальнымъ деликтамъ. Это возможно, во-первыхъ, тамъ, гдѣ участіе многихъ лицъ предполагается самимъ составомъ преступленія (бунтъ, дуэль и др. случаи такъ наз необходимаго соучастія), или же тамъ, гдѣ нѣкоторыя

Понятія посредственнаго виновничества (въ тѣсномъ смыслѣ) и соучастія могутъ быть разграничены слѣдующимъ образомъ:—безнаказанность третьяго лица не мѣшаетъ привлеченію даннаго субъекта въ качествѣ посредственнаго виновника, если ея причина—невмѣняемость или невиновность третьяго лица; приводитъ къ полной безотвѣтственности субъекта, если ея причина—правомѣрный характеръ дѣйствія третьяго лица; не препятствуетъ привлеченію субъекта въ качествѣ соучастника во всѣхъ остальныхъ случаяхъ [1]).

Но какъ разграничить понятія дѣйствій соучастника и совиновника? Провести границу между совиновничествомъ и подстрекательствомъ не трудно. Послѣднее давно опредѣлилось въ смыслѣ умышленной мотивацiи совиновника или другого соучастника къ умышленному выполненію или къ соучастію въ выполненіи преступнаго дѣянія. Тѣмъ труднѣе оказалось разграничить понятія совиновничества и пособничества.

Предлагались теоріи разныхъ типовъ: объективныя, субъективныя и, наконецъ, юридическія. Первыя, объективныя [2]) сво-

---

лица, не будучи повинны сами въ дѣйствіяхъ, предусмотрѣнныхъ уголовнымъ закономъ, обусловили выполненіе этихъ дѣйствій другими лицами

[1]) Распространяется ли понятіе соучастія на психическое принужденіе,—вопросъ спорный. Господствующее мнѣніе (Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, 1890, стр. 158, Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit fur Handlungen Dritter, 1888, стр 26 и сл; Liszt, Lehrbuch, § 51, I, 1) конструируетъ психическое принужденіе, какъ посредственное виновничество, но черезъ это—теоретически—уничтожается возможность отчетливаго разграниченія понятій соучастія и посредственнаго виновничества,—практически—отвѣтственность устраняется тамъ, гдѣ она, казалось-бы, была не лишнею А принуждаетъ В дать ложное показаніе подъ присягой Какъ посредственный виновникъ, А—ненаказуемъ. его дѣйствіе не отвѣчаетъ требованіямъ состава преступленія, онъ не присягалъ и не давалъ показанія Наказанъ можетъ быть А только, какъ соучастникъ.

[2]) По словамъ типичнаго представителя объективной теоріи—Birkmeyer'a (Die Lehre von der Teilnahme, 1890, стр. 112 и сл.)· „среди условій, совокупное дѣйствіе которыхъ вызываетъ преступный результатъ, пособникъ ставитъ только подчиненное, виновникъ (или совиновники)—наиболѣе дѣятельное; пособникъ не принимаетъ участія въ дѣйствіи исполненія, онъ только оказываетъ поддержку, дѣлаетъ возможнымъ или способствуетъ выполненію (преступленія) виновникомъ; пособникъ не причиняетъ преступнаго результата, онъ предоставляетъ причиненіе виновнику, поставляетъ съ своей стороны только одно изъ условій результата; пособникъ отличается отъ виновника тѣмъ, что въ самомъ дѣйствіи состава преступленія онъ не участвуетъ, предпринимаетъ дѣйствіе, лежащее внѣ состава, хотя посредственно и служащее къ его воспроизведенію.

дятъ различіе обоихъ дѣйствій къ контрасту понятій причины и условія, но мы уже знаемъ, что всѣ мыслимыя причинныя отношенія логически равноцѣнны; поэтому a priori можно признать всякую попытку ихъ разграниченія несостоятельной [1]). Кромѣ того входить въ каузальную оцѣнку дѣйствія можно только по отношенію къ такъ наз. преступному результату, котораго можетъ на дѣлѣ и не оказаться (покушеніе исполнителя).

Идея каузальной равноцѣнности условій навела другихъ криминалистовъ на мысль о томъ, что разграниченія понятій слѣдуетъ искать въ различіи внутренней стороны дѣйствій совиновника и пособника. Это различіе одни субъективисты свели къ направленію воли (хотѣлъ самъ совершить преступленіе, или помочь другому это сдѣлать), другіе—къ свойству преслѣдуемаго интереса (самостоятельнаго, или нѣтъ).

Первое разграниченіе оказалось мнимымъ: только тогда могло бы быть понято, что значитъ хотѣть совершить и хотѣть помочь, когда предварительно было-бы выяснено, что значитъ совершить, и что—помочь совершенію. Но если бы мы знали это, то не о чемъ было-бы и спрашивать: оказаніе помощи и есть пособничество. Столь же непригоднымъ оказался и другой критерій раз-

---

Отношеніе пособника къ виновнику можетъ быть наглядно выражено въ числахъ: 12 (преступный результатъ)=8 (дѣйствіе исполненія, совершенное виновникомъ однимъ, или, въ равныхъ или неравныхъ доляхъ, сообща совиновниками)+2+2 (дѣйствія пособниковъ)".

[1]) Нѣсколько въ сторонѣ стоитъ объективная теорія Wuttig'a (Die fahrlässige Teilnahme, 1902, стр. 99 и сл.), принципіально отрицающаго всякое различіе между причиною и условіемъ. По словамъ Wuttig'a, „совиновникомъ можетъ быть только тотъ, кто своимъ дѣйствіемъ открываетъ самостоятельный причинный рядъ, идущій къ результату не черезъ дѣятельность другихъ, содѣйствующихъ результату, лицъ, но параллельно этой дѣятельности. Самостоятельные причинные ряды соединяются въ результатѣ, который они причиняютъ совмѣстно. Но если причиняющая дѣятельность соучастника воздѣйствуетъ прежде всего на дѣятельность другого лица, и только черезъ эту дѣятельность становится въ извѣстное (болѣе отдаленное сравнительно съ нею) причинное отношеніе къ результату,... такой соучастникъ есть пособникъ" Несостоятельность теоріи очевидна. Не подлежитъ сомнѣнію, что пособникъ можетъ дѣйствовать и не избирая дѣятельность исполнителя промежуточнымъ звеномъ между своимъ дѣйствіемъ и результатомъ. Б, animo necandi, не допускаетъ врача къ человѣку, раненному нѣкимъ-А. Дѣйствуя *послѣ* А, Б очевидно не дѣйствуетъ *черезъ* А, что не мѣшаетъ ему быть пособникомъ А. Впрочемъ, и самъ Wuttig указываетъ на многочисленныя исключенія, которыя терпитъ его теорія.

граниченія Справедливо замѣтилъ Wuttig, что несамостоятельность интереса можетъ характеризовать дѣйствіе каждаго изъ соучастниковъ, и мы имѣли бы тогда преступленіе, выполненное одними пособниками [1]).

Наконецъ, третья группа теорій стремится къ разграниченію спорныхъ понятій на основаніи юридической оцѣнки дѣйствія. Руководствуясь правовымъ критеріемъ, одни теоретики признаютъ дѣйствіе совиновничествомъ или пособничествомъ въ зависимости отъ того, воспроизводитъ оно, или нѣтъ, признаки состава преступленія; другіе—судя по тому, чѣмъ было бы дѣйствіе, —покушеніемъ или приготовленіемъ,—если представить, что субъектъ дѣйствовалъ единолично.

По мнѣнію Листа [2]), „если законодатель требуетъ употребленія опредѣленныхъ средствъ, какъ насилія при разбоѣ или изнасилованіи, или обмана при мошенничествѣ, то одно примѣненіе этихъ средствъ уже даетъ понятіе дѣйствія исполненія". Рѣшеніе вопроса - нѣсколько поспѣшное. Кто намѣренно заграждаетъ путь женщинѣ, убѣгающей отъ насилователя, совершаетъ, безспорно, актъ насилія, но не перестаетъ быть пособникомъ. То

---

[1]) Типичный представитель субъективной теоріи—Бури, (Die Lehre von der Theilnahme, 1860; Urheberschaft und Beihulfe, Gerichtssaal 19, 278 ff. Goltdammer's Arch. 17, 233 ff) —виновникъ преслѣдуетъ собственный интересъ, видитъ въ преступномъ дѣяніи свое дѣло, хочетъ совершить преступленіе безусловно, напротивъ, пособникъ не преслѣдуетъ собственнаго интереса, смотритъ на предпріятіе, какъ на чужое дѣло, хочетъ результата, если хочетъ его виновникъ, ставитъ наступленіе результата въ зависимость отъ воли виновника. По поводу разграниченія понятій виновничества и пособничества по признаку „господства" и „подчиненности" воли Haupt (Zeitschrift f. d. g. Strw. XV, S. 596) замѣчаетъ, что нельзя же, напр., считать подчиненной волю участниковъ суда чести, присуждающихъ къ поединку. Характеристичнымъ для пособничества Haupt признаетъ третій изъ признаковъ, указываемыхъ Бури.—моментъ поставленія результата въ зависимость отъ воли виновника. Но такъ какъ этотъ признакъ есть только отраженіе въ субъективной сферѣ объективныхъ свойствъ дѣйствія-пособничества, принятыхъ Wuttig'омъ (см. предшествующее примѣчаніе), то возраженія противъ критерія Wuttig'а сохраняютъ силу и въ отношеніи Бури. По подговору А, Б отравляетъ В и затѣмъ предоставляетъ А дать или не дать В противоядія; А не даетъ, В умираетъ. По теоріи Бури, Б—только пособникъ преступленія, ибо онъ сознательно ставитъ результатъ въ зависимость отъ чужой воли Напротивъ, *виновникомъ* убійства пришлось бы признать того, кто умышленно препятствуетъ врачу оказать помощь человѣку, animo necandi раненному кѣмъ либо.

[2]) Liszt, Lehrbuch, S. 138.

же самое слѣдуетъ сказать о слесарѣ, явившемся по приглашенію воровъ единственно для взлома замка, хотя бы уложеніе страны и предусматривало спеціальный видъ кражи со взломомъ. Съ другой стороны, есть множество преступленій, внѣшній составъ которыхъ требуетъ только, чтобы субъектъ обусловилъ своимъ дѣйствіемъ наступленіе опредѣленнаго вреднаго событія (убійство, поджогъ, лишеніе свободы) Умышленное предоставленіе средствъ для совершенія преступленія, состоящее въ причинной связи съ преступнымъ результатомъ, при этихъ условіяхъ будетъ содержать всѣ признаки состава преступленія, и потому, согласно теоріи Листа, составитъ совиновничество, хотя не подлежитъ сомнѣнію, что здѣсь мы имѣемъ типичный случай пособничества.

Не болѣе пригоденъ для разграниченія и другой критерій,—примѣняемый по аналогіи контрастъ понятій покушенія и приготовленія. Аналогія приготовленія и пособничества наблюдается до нѣкоторой степени во внѣшней характеристикѣ дѣйствія, но не касается внутренней. Субъектъ приготовительнаго дѣйствія знаетъ, что отъ него зависитъ, войти, или нѣтъ, въ стадію покушенія, причинить, или нѣтъ, вредный результатъ, тогда какъ пособникъ, какъ бы ни было скромно его участіе въ дѣлѣ, нерѣдко сознательно выполняетъ все, что онъ только можетъ, для успѣха предпріятія. Если же внутреннюю сторону дѣйствія игнорировать, брать для сравненія покушеніе и приготовленіе единственно съ внѣшней стороны, то признаки покушенія могутъ легко выпасть на долю дѣйствія, которое во всякомъ случаѣ должно быть признано пособничествомъ. А выдаетъ себя за ловкаго фокусника. Б, желая обокрасть В, предлагаетъ А снять съ В золотые часы и передать ему, Б, такъ, чтобы ни В, и никто изъ присутствующихъ этого не замѣтилъ. А знаетъ, что Б хочетъ похитить часы, но ему такъ пріятно доказать свою ловкость, что онъ уступаетъ просьбѣ, незамѣтно снимаетъ часы съ В и передаетъ ихъ Б. Со стороны внѣшней дѣйствіе А заключаетъ въ себѣ всѣ признаки покушенія (даже болѣе: оконченнаго преступленія), и все же А—только пособникъ кражи. Итакъ, ни одна изъ существующихъ теорій не разграничиваетъ удовлетворительно пособничества и совиновничества.

Прежде, чѣмъ намѣчать признаки пособничества, опредѣлимъ возможно точнѣе понятіе совиновничества.

Совиновникъ (иногда для краткости называемый виновникомъ), главный виновникъ или исполнитель преступленія (понятія практически безразличныя) есть тотъ, чье дѣйствіе заключаетъ въ себѣ *всѣ* признаки преступнаго дѣянія [1]): —деликта формальнаго или матеріальнаго; дѣянія умышленнаго или неосторожнаго; преступленія оконченнаго, покушенія или наказуемаго приготовленія. Виновникъ долженъ обусловить своимъ дѣйствіемъ опредѣленное вредное событіе, или, по меньшей мѣрѣ, вызвать опасность его наступленія, если деликтъ принадлежитъ къ числу матеріальныхъ. Если составъ матеріальнаго деликта предполагаетъ опредѣленный способъ дѣйствія, виновникъ долженъ, если не выполнить, то попытаться выполнить указанное въ законѣ дѣйствіе. Виновникъ долженъ дѣйствовать не только виновнымъ образомъ, но и съ тѣмъ намѣреніемъ, съ тою цѣлью или по тѣмъ мотивамъ, которые сообщаютъ преступный характеръ имъ содѣянному. Виновникъ долженъ обладать всѣми специфическими свойствами (должностное положеніе, пребываніе при отправленіи служебныхъ обязанностей, родственныя отношенія), которыхъ требуетъ составъ преступленія [2]).

Отграниченіе совиновничества отъ пособничества, какъ соучастія *второго* типа, не представитъ теперь ни малѣйшей трудности. Если инкриминируемое внѣшнее событіе возникло благодаря умышленнымъ дѣйствіямъ нѣсколькихъ лицъ, изъ которыхъ только одно отвѣчаетъ требованіямъ, установленнымъ для сови-

---

[1]) Эта формула одинаково приложима и къ виновничеству посредственному въ тѣсномъ смыслѣ. Какое значеніе имѣло бы дѣйствіе субъекта, если бы онъ дѣйствовалъ единолично,—соотвѣтствовало ли бы оно понятію приготовленія или покушенія,—при этомъ безразлично. Посредственнымъ виновникомъ является и тотъ, кто пользуется услугами лица невмѣняемаго при совершеніи преступленія, и тотъ, кто самъ подстрекаетъ лицо невмѣняемое, и тотъ, кто только оказываетъ ему помощь при выполненіи имъ дѣянія.

[2]) Ст. 51 угол. улож. относитъ къ исполнителямъ, кромѣ непосредственно учинившихъ преступное дѣяніе, также участвовавшихъ въ его выполненіи. Выраженіе „участвовали въ выполненіи“ практика легко можетъ истолковать въ смыслѣ дѣйствія, выполненнаго въ тѣсной связи (по мѣсту и по времени) съ дѣйствіемъ исполнителя, и тѣмъ самымъ стереть всякое различіе понятій совиновничества и пособничества.

новника, только это лицо и можетъ быть названо совиновникомъ. Всѣ остальныя—его соучастники (подстрекатели или пособники).

Труднѣе отграничить совиновничество отъ пособничества, какъ соучастія *перваго* типа. Внѣшнее инкриминируемое событіе возникаетъ здѣсь, какъ послѣдствіе двухъ или болѣе дѣйствій, изъ которыхъ к а ж д о е содержитъ составъ умышленнаго преступленія. Формальный критерій разграниченія, какъ уже не достигающій цѣли, долженъ быть восполненъ критеріемъ матеріальнымъ: вопросъ о главенствѣ—рѣшать степень сравнительной опасности дѣйствія. Изъ двухъ дѣйствій, содержащихъ каждое полный составъ преступленія, совмѣстно обусловливающихъ преступный результатъ, или создающихъ опасность его реализаціи,—болѣе опасное составитъ дѣйствіе совиновника, менѣе опасное—дѣйствіе соучастника (пособника или подстрекателя).

Лежащій въ основѣ разграниченія совиновничества и соучастія (въ частности, пособничества), критерій сравнительно-потенціальной оцѣнки дѣйствія—тотъ же по существу, что и полагаемый законодателемъ въ основу разграниченія формъ развитія дѣйствія. Въ томъ и другомъ случаяхъ мы разсматриваемъ дѣйствіе, какъ тѣлодвиженіе, предпринятое съ опредѣленнымъ преступнымъ намѣреніемъ. Къ такому дѣйствію могутъ быть предъявлены два рода требованій: общія и спеціальныя. Первымъ—должно удовлетворять дѣйствіе какъ соучастника, такъ и совиновника, вторымъ—одного совиновника. Съ точки зрѣнія общихъ требованій, соучастіе и совиновничество представляютъ дѣйствія равно опасныя. Лишь предъявленіе спеціальныхъ требованій приводитъ къ различію въ ихъ потенціальной оцѣнкѣ.

Общія требованія—тѣ же, что и для дѣйствія непосредственнаго виновника: послѣднее должно быть опасно, и мѣра опасности юридически недопустима. Дѣйствіе опасно, поскольку субъектъ предвидѣлъ наступленіе вреднаго результата по состоянію своихъ онто- и номологическихъ знаній. Само собою разумѣется, при оцѣнкѣ опасности дѣйствія совиновника и соучастника должны быть приняты во вниманіе также и предположенія послѣднихъ о присоединяющейся дѣятельности третьихъ лицъ. Намѣтимъ теперь спеціальныя требованія.

Специальный критерій отграниченія совиновничества отъ пособничества, какъ и для отмежеванія покушенія отъ приготовленія, есть *типичность* опасности дѣйствія. Опасность индивидуализированная требуетъ принятія въ разсчетъ всей совокупности онто- и номологическихъ знаній субъекта, равно какъ степени ихъ использованія,—оцѣнка типичной опасности предполагаетъ обобщеніе внѣшней и внутренней стороны дѣйствія въ гораздо болѣе широкихъ предѣлахъ. Опасность дѣйствія мы назовемъ типичной, если дѣйствіе типично, какъ способъ выполненія даннаго состава преступленія, если, поступая такимъ образомъ, можно вообще съ удобствомъ совершать подобнаго рода преступленія, и,—что въ особенности важно въ данномъ случаѣ,—не используя непремѣнно умышленно-виновной дѣятельности третьихъ лицъ. Представимъ себѣ, что убійство могло быть выполнено А только потому, что Б. слуга, намѣренно не заперъ двери дома, или потому, что В, умышленно напоилъ пьянымъ ночного сторожа,—сопоставляя дѣйствія А, Б и В, взятыя не во всей полнотѣ онто- и номологическихъ знаній каждаго изъ нихъ, но какъ абстрактные *способы* дѣйствія, мы найдемъ, что то, другое и третье—опасны далеко не въ равной мѣрѣ. Ударъ ножомъ или выстрѣлъ изъ револьвера ведутъ къ лишенію жизни по общему правилу, тогда какъ оставленіе дверей квартиры или опаиваніе ночного сторожа —весьма несовершенный способъ лишенія жизни кого либо. успѣхъ возможенъ только при крайне рѣдкой, исключительно благопріятной комбинаціи обстоятельствъ. Б и В должны терпѣливо ждать, пока не выищется субъектъ съ тѣмъ же преступнымъ намѣреніемъ и вмѣстѣ согласный воспользоваться ихъ услугами. Человѣкъ не можетъ сознавать себя въ безопасности, если есть люди, готовые посягнуть на его жизнь съ помощью ножа или револьвера, но онъ можетъ спать еще довольно спокойно, если есть люди, готовые одолжить свой револьверъ всякому, кто пожелалъ-бы покуситься на его жизнь.

Итакъ, будемъ ли мы опредѣлять потенціальное значеніе дѣйствія мѣрою его развитія или его отношеніемъ къ дѣйствіямъ третьихъ лицъ, методъ оцѣнки остается тотъ же,—мѣняются лишь объекты оцѣнки. Изучая потенціальную цѣнность дѣйствія, какъ основаніе для разграниченія понятій покушенія и приготовленія,

мы стараемся опредѣлить связь наростанія шансовъ преступнаго успѣха съ развитіемъ дѣйствія. Иное соотношеніе устанавливаемъ мы при отграниченіи совиновничества отъ соучастія. Предметомъ сравнительно-потенціальной оцѣнки являются здѣсь не фазы развитія одного и того же дѣйствія, но дѣйствія, какъ таковыя, безотносительно къ фазѣ развитія ихъ in concreto. Если бы А согласился съ Б и В пойти и убить Г, но Б и В успѣли покончить съ Г прежде, чѣмъ А успѣлъ принять участіе въ нападеніи,—А долженъ отвѣчать все же, какъ одинъ изъ совиновниковъ убійства [1]).

Оперируя съ понятіемъ пособничества, какъ дѣянія, въ извѣстномъ отношеніи менѣе опаснаго, законодатель нерѣдко допускаетъ дальнѣйшія градаціи опасности въ средѣ самого пособничества:—подраздѣляетъ послѣднее на существенное и несущественное. Пособничество—несущественно, если оно съ точки зрѣнія безпристрастнаго наблюдателя, переносящагося ко времени дѣйствія, и посвященнаго во всѣ практически различимыя обстоятельства дѣла, лишь несущественно повышало шансы успѣха преступнаго предпріятія [2]).

---

[1]) Ст. 51 угол. улож. опредѣляетъ физическое пособничество, какъ дѣйствіе доставленія средствъ или устраненія препятствій, но не объясняетъ, чѣмъ отличается учиненіе отъ предоставленія средствъ къ учиненію. Если А, желая отравить кого-либо угаромъ, преждевременно закрываетъ печь, Б съ тою же цѣлью замазываетъ щели въ окнахъ, а В подъ вымышленнымъ предлогомъ удерживаетъ жертву преступленія въ комнатѣ, кто изъ нихъ учиняетъ преступное дѣяніе, и кто доставляетъ средства или устраняетъ препятствія? Еще труднѣе по этому признаку разграничить понятія въ томъ случаѣ, если субъектъ со стороны объективной выполняетъ дѣйствіе, которое принято считать главнымъ, но обнаруживаетъ дефекты въ отношеніи субъективнаго состава преступленія, напр., не имѣетъ спеціальнаго намѣренія. Слѣдуетъ ли его тогда разсматривать, какъ исполнителя, или какъ пособника? Въ разрѣзъ съ опредѣленіемъ пособничества, усвоеннымъ ст. 51 угол улож., господствующее мнѣніе видитъ въ немъ пособника.—Отъ физическихъ пособниковъ ст 51 отличаетъ пособниковъ интеллектуальныхъ, къ которымъ относитъ лицъ, „оказавшихъ помощь учиненію преступнаго дѣянія совѣтомъ, указаніемъ или обѣщаніемъ не препятствовать его учиненію или скрыть оное". Казуистичность опредѣленія исключаетъ возможность отнесенія къ интеллектуальному пособничеству оказанія поддержки сформировавшейся волѣ виновника, въ формѣ противодѣйствія противоположнымъ вліяніямъ или заботъ о пущемъ ея укрѣпленіи.

[2]) Напротивъ, фактъ, состояло, или нѣтъ, дѣйствіепособника въ каузальномъ отношеніи къ инкриминируемому внѣшнему измѣненію, для признака существенности безразличенъ Дѣйствіе пособника можетъ быть существеннымъ, имѣть серьезное потенціальное значеніе, и при отсутствіи каузальнаго —Отъ несущественнаго пособничества

Не менѣе, чѣмъ отъ пособничества,—признакъ сравнительной опасности дѣйствія пригоденъ для отграниченія совиновничества отъ подстрекательства. Caeteris paribus, in abstracto количество преградъ, стоящихъ на пути субъекта дѣйствія во второмъ случаѣ, очевидно,—выше, чѣмъ въ первомъ. Ко всѣмъ прежнимъ физическимъ преградамъ, что́ лежатъ на пути исполнителя, здѣсь присоединяется новая—во образѣ нравственной личности подстрекаемаго, предварительное подчиненіе которой составляетъ задачу подстрекателя. Шансы достиженія преступнаго результата для дѣйствія совиновника—in abstracto во всякомъ случаѣ выше, чѣмъ для дѣйствія подстрекателя,—первое опаснѣе, чѣмъ второе.

Но то же подстрекательство должно быть признано in abstracto болѣе опаснымъ, чѣмъ пособничество. Подстрекатель—иниціаторъ преступленія, онъ самъ создаетъ комбинаціи, ведущія къ осуществленію преступнаго дѣянія; потерпѣвъ неудачу сегодня, онъ можетъ повторить свою попытку завтра. Роль пособника—болѣе пассивная. Иниціатива принадлежитъ не ему, онъ примыкаетъ къ чужому преступленію, используетъ представившійся благопріятный случай. который можетъ и не повториться.

Установленную градацію формъ соучастія по степени ихъ опасности: совиновничество, подстрекательство, пособничество—признаютъ въ большей или меньшей мѣрѣ всѣ положительныя законодательства. Такъ, мы видимъ, что уголовные кодексы понижаютъ наказаніе для пособника, одни—безусловно (германское уложеніе § 49, голландское art. 49, венгерское § 72), другіе—для несущественнаго пособничества (русское у. у. ст. 51, бельгійское art. 69, итальянское art. 64), но не допускаютъ скидокъ съ уголовнаго тарифа для подстрекательства, или допускаютъ, но

слѣдуетъ отличать пособничество, какъ дѣйствіе, опасность котораго представляется юридически безразличною. Сюда главнымъ образомъ принадлежатъ дѣйствія, минимально опасныя по собственной оцѣнкѣ индивида. Такое пособничество ненаказуемо вовсе. Ср. примѣры, приведенные выше на стр. 429.

Непослѣдовательность ст. 51 угол. улож. сказывается въ томъ, что она прилагаетъ понятіе несущественности къ пособничеству, но не къ подстрекательству и не къ совиновничеству. Ограниченіе—тѣмъ менѣе понятное, что ст. 51 знаетъ подстрекательство не только къ совиновничеству, но и къ соучастію, т. е, и къ подстрекательству, и къ пособничеству. Такимъ образомъ, подстрекатель къ несущественному пособничеству подлежитъ по ст. 51 болѣе строгому наказанію, чѣмъ самъ несущественный пособникъ.

меньшія (итальянское ул. art. 63). Другая неравномѣрность въ оцѣнкѣ даетъ о себѣ знать въ §§ 48 и 49 германскаго уложенія и въ art. 52—голландскаго, которыя при деликтахъ наименьшей важности (Uebertretungen), освобождая отъ отвѣтственности пособниковъ, не освобождаютъ подстрекателей. Отсюда слѣдуетъ, что подстрекателя законодатель караетъ и строже, и чаще, чѣмъ пособника. Но еще строже, чѣмъ къ подстрекателямъ, современныя законодательства относятся къ совиновникамъ. Уложеніе венгерское (§ 69), бельгійское (art 66—69), французское (art. 59), русское (ст. 51) ограничиваютъ сферу отвѣтственности за подстрекательство и пособничество преступленіями высшей и средней тяжести, допуская наказуемость обѣихъ формъ соучастія при маловажныхъ преступныхъ дѣяніяхъ только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ [1]).

Смягченіе и ограниченіе репрессіи по отношенію къ подстрекательству и въ особенности къ пособничеству находятъ разумное основаніе въ соображеніяхъ уголовной политики. Чѣмъ менѣе дѣяніе опасно, тѣмъ менѣе, во-первыхъ, оно должно быть наказуемо, и, во-вторыхъ, тѣмъ меньшимъ числомъ привлеченныхъ къ отвѣтственности лицъ можетъ удовлетвориться земное правосудіе. De mininis praetor non curat. Если проступокъ уже и самъ по себѣ представляетъ весьма малую долю опасности для общества, тѣмъ менѣе опасно подстрекательство къ проступку, и еще того менѣе—пособничество; если же опасность такъ ничтожна, то и реакція правопорядка во образѣ уголовнаго наказанія перестаетъ быть производительной. Умножая безъ особой надобности число наказываемыхъ, уголовная репрессія принесла-бы обществу болѣе вреда, чѣмъ пользы. Вмѣстѣ съ тѣмъ, она проявила бы мелочность, педантизмъ и нетерпимость, несогласимыя ни съ положеніемъ личности въ современномъ правовомъ государствѣ, ни съ требованіями общественной морали.

Таковы общія политическія соображенія, побуждающія законодателя къ выдѣленію соучастія изъ общей категоріи посредствен-

[1]) Излишняя суровость ст 51 угол. улож сказывается въ уравненіи совиновничества, подстрекательства и существеннаго пособничества по наказуемости. Справедливѣе и полезнѣе было-бы предоставить судьѣ по отношенію къ пособнику и подстрекателю факультативное право значительнаго пониженія мѣры наказанія

наго виновничества.—соображенія, которыя одинаково приложимы къ соучастію какъ перваго, такъ и второго типа. Но соучастіе *второго* типа обслуживаетъ еще спеціальныя политическія цѣли. Предусматривая наказуемость соучастія, законодатель не только смягчаетъ и съуживаетъ отвѣтственность за преступленія, но вмѣстѣ съ тѣмъ и прежде всего *распространяетъ* ее [1]).

Нельзя не видѣть, что постановленія о соучастіи открываютъ возможность привлеченія къ отвѣтственности, въ качествѣ подстрекателей и пособниковъ преступленія,—также и лицъ, дѣйствія которыхъ сами по себѣ не содержатъ состава преступленія. Какое бы широкое истолкованіе мы ни желали дать понятію посредственнаго виновничества, существуютъ категоріи деликтовъ, по отношенію къ которымъ ни подстрекательство, ни пособничество, помимо спеціальнаго закона объ отвѣтственности соучастниковъ, не могли бы быть наказуемы Таковы, во-первыхъ, всѣ преступленія *формальныя*. Если законъ предусматриваетъ выполненіе опредѣленнаго, точно описаннаго дѣйствія или бездѣйствія, то и нарушить законъ могутъ лишь тѣ, кто выполняетъ воспрещенное дѣйствіе, или отказываетъ въ выполненіи предписаннаго, но не подстрекатели и не пособники. Во-вторыхъ—тѣ *матеріальные* деликты (дѣйствія или бездѣйствія), составъ которыхъ, кромѣ наличности умысла и причиненія опредѣленнаго послѣдствія, требуетъ еще какихъ либо спеціальныхъ признаковъ. Сюда принадлежатъ: а) деликты матеріально-формальные, предполагающіе кромѣ результата опредѣленный способъ дѣйствія [2]), примѣръ —изнасилованіе, б) деликты, требующіе опредѣленнаго намѣренія, цѣли или мотива. в) деликты, совмѣщающіе то и другое условія —объективное и субъективное,—таковы, напр., корыстныя имущественныя преступленія, обнимающія по составу и опредѣленный способъ дѣйствія и спеціальное намѣреніе [3]).

---

[1]) Ст 51 угол улож., къ сожалѣнію, *только* распространяетъ. Соучастникъ кражи (подстрекатель или пособникъ), дѣйствующій безъ корыстнаго намѣренія, подлежитъ тому же наказанію что и дѣйствительный воръ.

[2]) Loening, Grundriss zu Vorlesungen uber Deutsches Strafrecht, 1885, § 22, различаетъ здѣсь деликты причиненія или воспрепятствованія· а) съ опредѣленной квалификаціей физической дѣятельности причиненія, б) съ опредѣленной квалификаціей промежуточныхъ звеньевъ причинной связи и в) сложные (zusammengesetzte) деликты.

[3]) Ср Wuttig в. с., стр. 50—55, Borchert, в с стр. 106 и сл

Пояснимъ сказанное на примѣрахъ. А нанимаетъ Б убить В,—А своимъ дѣйствіемъ въ такои-же мѣрѣ отвѣчаетъ требованіямъ состава преступленія умышленнаго убійства, какъ и Б. А хотѣлъ смерти В и, желая этои смерти, совершилъ дѣйствіе, которое могло повлечь и дѣйствительно повлекло смерть В. Онъ убійца, хотя бы кодексъ и не содержалъ постановленій о соучастіи. Но представимъ себѣ другой случай: А желаетъ отомстить бросившей его любовницѣ В. За приличную плату онъ нанимаетъ профессіональнаго вора Б выкрасть у В, для обращенія въ свою пользу, брилліанты, когда-то подаренные В имъ же А. Б успѣшно выполняетъ порученное ему дѣло. Дѣяніе Б есть кража. Но будетъ ли кражей дѣяніе А? Со стороны объективной, кража есть тайное изъятіе чужой вещи изъ чужого владѣнія. Дѣйствіе А обусловило таковое изъятіе, но само имъ не было. Со стороны субъективной кража предполагаетъ animum rem sibi habendi, котораго тоже А не имѣлъ. При отсутствіи постановленій о соучастіи, А долженъ быть признанъ ненаказуемымъ.

Примиримо ли такое положеніе вещей съ интересомъ общественной безопасности? Разумно ли считать ненаказуемымъ по общему правилу способствованіе выполненію или успѣху чужого преступнаго дѣянія? Вступая въ борьбу съ опредѣленнымъ общественнымъ явленіемъ, не должно ли бороться и съ тѣми сторонними силами, которыя ему благопріятствуютъ? Въ борьбѣ съ преступленіемъ кражи мѣрами уголовной репрессіи было-бы непослѣдовательно наказывать тѣхъ, кто воруетъ, и не наказывать тѣхъ, кто подстрекаетъ на кражу, или ей способствуетъ. Этотъ важный пробѣлъ въ предположеніяхъ репрессіи и заполняютъ постановленія о соучастіи. Они опредѣляютъ наказывать за то, что, иначе, на основаніи статей особенной части кодекса, не подлежало бы наказанію: постановленія общей части создаютъ здѣсь новые составы преступленій, акцессорные къ тѣмъ, которые *уже* предусмотрѣны особенною частью. Законодатель разсчитываетъ изолировать преступное дѣйствіе виновника, лишить его всякой поддержки извнѣ, нравственной и физической, установить для третьихъ лицъ какъ бы особый кордонъ вокругъ совершающагося преступленія, или тѣхъ соціально опасныхъ задатковъ, которые могутъ оказаться въ личности предполагаемаго исполнителя.

Особенно полезнымъ является распространеніе репрессіи на соучастниковъ, дѣйствующихъ по взаимному, въ частности, предварительному соглашенію. Concordia parvae res crescunt. Незначительная затрата энергіи со стороны субъекта, сама по себѣ, въ отдѣльности, далеко не достаточная, чтобы обезпечить успѣхъ предпріятія, съ легкостью приводитъ къ желаемому результату, коль скоро въ дѣлѣ участвуетъ группа лицъ, одушевленныхъ единствомъ цѣли, и связанныхъ единствомъ преступнаго плана, тѣмъ болѣе—организаціи. Дефекты и пробѣлы дѣятельности одного изъ участниковъ здѣсь легко исправляются и восполняются дѣятельностью другихъ, и, по общему правилу, опасность растетъ по мѣрѣ умноженія участниковъ и спеціализаціи, а слѣдовательно и дробленія сферы и объема ихъ дѣятельности. Не удивительно, если случаи этого рода прежде другихъ остановили вниманіе законодателя. Такъ, по уложенію о наказаніяхъ, соглашеніе составляетъ необходимый признакъ соучастія, причемъ главное мѣсто законъ отводитъ *предварительному* соглашенію. Современные законодатели, естественно, раздвигаютъ рамки соучастія шире: радѣя объ усиленіи репрессіи. они сюда же включаютъ и дѣйствія тѣхъ, кто, зная о готовящейся, или уже совершающейся чужой умышленной дѣятельности, содѣйствовали исполнителю, помимо его вѣдома. (Французское улож. art. 60, бельгійское art. 66, германское улож. §§ 48—49, итальянское art. 63—64, голландское art. 47—48, венгерское § 69, русск. угол. улож. ст. 51).

Указавъ характерныя черты соучастія по дѣйствующему праву, состоящія въ прямомъ отношеніи къ задачамъ уголовной политики, отмѣтимъ особенность соучастія, обусловленную не желаніемъ законодателя распространить или съузить границы репрессіи въ зависимости отъ оцѣнки опасности дѣйствія, но соображеніями судебной политики, оцѣнкою практической осуществимости мѣропріятій въ условіяхъ мѣста и времени. Дѣйствія пособника и подстрекателя наказуемы только, если виновникъ въ развитіи дѣйствія достигъ, по меньшей мѣрѣ, стадіи наказуемыхъ покушенія или приготовленія. Главный, если не единственный, мотивъ этого ограниченія заключается въ опасеніи судебной кляузы, предъявленія ложныхъ, или, во всякомъ случаѣ, рискованныхъ обвиненій.

Послѣ изложенныхъ предварительныхъ замѣчаній, направленныхъ къ выясненію юридической природы и политическаго оправданія института соучастія, перейдемъ къ разсмотрѣнію тѣхъ нападокъ, которыя этотъ институтъ вызываетъ въ спеціальной критикѣ. Поскольку послѣдняя направлена противъ *теоріи* соучастія, ей нельзя отказать въ убѣдительности.

Господствующая доктрина въ основаніе ученія объ отвѣтственности соучастниковъ полагаетъ начало солидарной отвѣтственности многихъ лицъ за выполненіе общими силами одного преступленія. Идея единства преступленія соучастника и совиновника, какъ принципъ *права*, очевидно, не выдерживаетъ критики. „Съ точки зрѣнія теоріи личнаго состоянія (преступности),—говоритъ проф. Фойницкій:—можетъ быть рѣчь только о совмѣстной дѣятельности многихъ лицъ. Quot delinquenti tot delicti“ [1]). Нельзя не согласиться съ этимъ замѣчаніемъ, и притомъ независимо отъ того или другого воззрѣнія на объектъ карательной дѣятельности. Понятіе единства преступленія многихъ лицъ заключаетъ въ себѣ внутреннее логическое противорѣчіе. Единство преступленія предполагаетъ дѣянія, совпадающія юридически и фактически. Если въ отношеніи юридической оцѣнки дѣйствій возможно даже абсолютное [2]) совпаденіе, то оно немыслимо для тѣхъ же дѣйствій, какъ фактическихъ предположеній наказанія. Для юриста преступныхъ дѣяній всегда должно быть столько, сколько разъ факты конкретной дѣйствительности воспроизводятъ составъ того или другого преступленія, при чемъ подъ составомъ должно разумѣть совокупность признаковъ, какъ объективныхъ, такъ и субъективныхъ. Поэтому, если двое лицъ работаютъ совмѣстно ради достиженія одной преступной цѣли, то каждый изъ нихъ воспроизводитъ полностью весь составъ преступленія, уголовно правовая норма нарушается дважды, совершаются два преступныхъ дѣянія. Характерная особенность соучастія заклю-

---

[1]) Фойницкій, „Уголовно правовая доктрина о соучастіи“, Юрид. Вѣстникъ, 1891, янв., стр. 1. Изъ русскихъ криминалистовъ того же взгляда держится проф. Есиповъ, Очеркъ русскаго уголовнаго права, Ч. общ., 1904, стр 198 и сл.

[2]) Относительное совпаденіе существуетъ тамъ, гдѣ нѣсколько лицъ, совершая дѣйствія, направленныя противъ различныхъ спеціальныхъ нормъ, нарушаютъ вмѣстѣ одну болѣе общую норму.

чается въ томъ, что нѣкоторые объективные моменты въ составахъ того и другого преступленія совпадаютъ фактически: страдаетъ или подвергается опасности одно и то же правовое благо; одно и то же фактическое отношеніе подвергается измѣненію; одно и то же новое отношеніе возникаетъ въ результатѣ измѣненія. Но этимъ и заканчивается совпаденіе: дѣйствіе, какъ тѣлодвиженіе, и вся субъективная сторона его у каждаго изъ соучастниковъ не общія, а свои особенныя; они такъ же не могутъ совпасть, при всемъ ихъ подобіи, какъ существуютъ раздѣльно сами субъекты дѣйствій.

Идея единства преступленія, только по недоразумѣнію усвоенная доктриной, какъ было уже сказано, непосредственно соприкасается съ другою, не менѣе рискованной идеей—единства наказуемости соучастниковъ, (не по судебному приговору, конечно, а по закону). Такъ какъ единство юридической оцѣнки, логическое предположеніе единой отвѣтственности по закону, выпадаетъ на долю весьма немногихъ дѣйствій, то институтъ соучастія, жизненность котораго не подлежала сомнѣнію, грозилъ оказаться внѣ теоріи. И вотъ, чтобы сохранить связь съ положительнымъ правомъ, теорія порываетъ съ логикой и съ общепризнанными правовыми началами, начинаетъ игнорировать значеніе предположеній, необходимость которыхъ для отвѣтственности непосредственнаго виновника никто и никогда не подвергалъ сомнѣнію, отступаетъ отъ принципа, что каждый привлекаемый къ отвѣтственности долженъ отвѣчать только за свою вину и только по мѣрѣ имъ содѣяннаго. Особое Присутствіе Государственнаго Совѣта, Высочайше учрежденное для обсужденія проекта уголовнаго уложенія, прямо повторяетъ положенія господствующей доктрины, когда оно заявляетъ, что „характеристичною чертою соучастія является солидарная отвѣтственность всѣхъ за одного и одного за всѣхъ“, что законъ караетъ соучастниковъ „безотносительно къ ихъ личной дѣятельности, наказаніемъ, назначаемымъ въ уложеніи за данное преступное дѣяніе“, и затѣмъ даетъ своей мысли слѣдующее развитіе:—„наказаніе, назначенное въ уложеніи за данное преступное дѣяніе, примѣняется къ соучастникамъ, съ одной стороны, въ предѣлахъ выполненнаго совершителями преступнаго дѣянія, а съ другой, въ предѣлахъ уговора, такъ

какъ всякое дѣйствіе, не входящее въ область соглашенія и не составляющее его естественнаго развитія, можетъ быть вмѣняемо только тѣмъ соучастникамъ, которые непосредственно участвовали въ его совершеніи" [1]). Непосредственное участіе въ совершеніи, которое мы понимаемъ, какъ причинное отношеніе дѣйствія къ инкриминируемому послѣдствію, Особое Присутствіе признаетъ, такимъ образомъ, предположеніемъ отвѣтственности за наступившее событіе только за предѣлами уговора. Соглашеніе соучастниковъ „на одно или нѣсколько опредѣленныхъ или неопредѣленныхъ преступныхъ дѣяній" объявляется элементомъ, „объединяющимъ ихъ въ одно цѣлое, опредѣляющимъ общность ихъ вины" [2]).

„Недостатокъ причинности,—комментируетъ подобныя болѣе, чѣмъ рискованныя, теоретическія положенія проф. Фойницкій:—пополняется здѣсь товарищескимъ единеніемъ, и чѣмъ тѣснѣе послѣднее, тѣмъ болѣе крупные пробѣлы причинности между дѣятельностью отдѣльныхъ участниковъ и послѣдствіемъ допускаются доктриною" [3]). „Разъ признавъ существованіе соглашенія между соучастниками, она (господствующая доктрина) не задается болѣе вопросомъ о причинномъ соотношеніи отдѣльныхъ дѣятельностей, предполагая его въ наличности. Эта презумція идетъ очень далеко" [4]).

Основныя исходныя положенія господствующей теоріи соучастія не нуждаются въ опроверженіи. Если мы коснулись ихъ мимоходомъ, то единственно потому, что многіе, осуждая теорію, находятъ возможнымъ довѣрять ей, какъ опыту догматической обработки дѣйствующаго права, составляютъ по ней сужденіе о соучастіи,

---

[1]) Журналъ Особаго Присутствія, 1902, стр. 54 и 58.

[2]) Тамъ же, стр. 54. Изъ криминалистовъ первымъ противъ начала солидарной отвѣтственности соучастниковъ возражалъ Колоколовъ, в. с. стр. 47 и сл.

[3]) Фойницкій, в. с., стр. 5.

[4]) Тамъ же, стр. 12. Таганцевъ, Лекціи, 1902, т. I, стр. 742, защищая отъ нападокъ господствующую теорію соучастія, замѣчаетъ, что послѣдняя всегда требовала, „чтобы соучастникъ былъ или причиною или условіемъ содѣяннаго; на соглашеніе же, въ смыслѣ выраженія общности вины, доктрина смотритъ лишь какъ на условіе, видоизмѣняющее самостоятельный характеръ примыкающей силы, а въ особенности устраняющее этимъ привхожденіемъ прекращеніе причинной связи, что, конечно, не одно и то же". Какъ можетъ, однако, соглашеніе, моментъ чисто субъективный, компенсировать прекращеніе причинной связи, отношенія объективнаго?

какъ учрежденіи законодательной практики. Соучастіе, какъ институтъ права, не свободно отъ существенныхъ недостатковъ, но справедливость требуетъ отмѣтить, что принципіальные дефекты теоріи, ея основныя положенія, дѣйствующему праву чужды. Изучая законодательную практику, мы отнюдь не видимъ основанія утверждать, что соучастникъ отвѣчаетъ не только за свои, но и за чужія вины, т. е., что всѣ условія *дѣйствія*, которыя опредѣляютъ отвѣтственность исполнителя, опредѣляютъ вмѣстѣ отвѣтственность соучастника. Равнымъ образомъ, нѣтъ основанія думать, что соучастникъ отвѣчаетъ за внѣшнія измѣненія, не составляющія *послѣдствія* его дѣйствія.

По первому пункту, разсматриваемому здѣсь лишь въ силу тѣсной связи его со спеціально интересующимъ насъ вторымъ, мы ограничимся краткой оцѣнкой постановленій нашего уголовнаго уложенія. Ст. 51 не оставляетъ сомнѣнія, что каждый соучастникъ долженъ имѣть умыселъ, охватывающій всецѣло инкриминируемое внѣшнее событіе (дѣйствіе или его послѣдствіе). Что же касается разнаго рода модификацій умысла (dolus praemeditatus, repentinus, eventualis, умыселъ, возникшій въ состояніи запальчивости и раздраженія и пр.), то они вліяютъ, повышая или понижая наказаніе, только на отвѣтственность лица, на сторонѣ котораго отмѣчаются.

Совершенно такъ же, какъ детальная характеристика умысла, не вліяютъ на отвѣтственность соучастника и другія условія личности исполнителя, увеличивающія или уменьшающія мѣру наказанія, какъ-то: несовершеннолѣтіе, рецидивъ, при убійствѣ собственнаго внѣбрачнаго ребенка—послѣродовое состояніе, при растратѣ—легкомысліе [1]). Сынъ, подстрекающій стороннее лицо къ убійству своего отца, долженъ отвѣчать, какъ подстрекатель къ отцеубійству; напротивъ, если сынъ—исполнитель преступленія, а постороннее лицо – подстрекатель, послѣднее подстрекаетъ къ простому убійству. Сомнѣніе можетъ явиться тамъ, гдѣ составъ преступленія требуетъ особаго способа дѣйствія или

[1]) „Особыя личныя отношенія и условія, опредѣляющія, усиливающія или уменьшающія наказуемость кого либо изъ соучастниковъ не вліяютъ на отвѣтственность другихъ“ (ст 51 уг. ул.).

спеціальнаго намѣренія. Соучастникъ не перестаетъ быть наказуемъ, хотя бы и не отвѣчалъ требуемымъ условіямъ. Но, какъ мы уже знаемъ, и въ этомъ случаѣ онъ отвѣчаетъ не за чужую, а за свою вину, за свой акцессорный деликтъ, заключающійся въ содѣйствіи чужому преступленію, (то, что мы назвали соучастіемъ второго типа). То же самое должно быть сказано о соучастіи въ преступленіяхъ, составъ которыхъ предполагаетъ спеціальныя отношенія родства (кровосмѣшеніе), брака (прелюбодѣяніе), службы (такъ наз. чисто служебныя преступленія). Безъ сомнѣнія, законодатель можетъ требовать, чтобы эти особыя отношенія и налагаемыя ими обязанности уважали не только тѣ, кто состоятъ въ нихъ, но и третьи лица: подстрекатели и пособники. Такъ, за прелюбодѣяніе можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности не только виновный супругъ, но и любовникъ, лицо, не состоящее въ юридическомъ отношеніи брака. Хозяинъ квартиры можетъ быть наказанъ, какъ пособникъ при кровосмѣшеніи. Частное лицо, давшее взятку чиновнику, можетъ быть привлечено къ отвѣтственности въ качествѣ подстрекателя, по чисто служебному преступленію. Правда, какъ не состоящія въ требуемыхъ закономъ отношеніяхъ, помянутыя лица не совершили нарушеній супружеской вѣрности, кровосмѣшенія или служебнаго долга, но они учинили каждый delictum sui generis:—способствовали чужому преступленію, за что и могутъ подлежать отвѣтственности. Конечно, изъ того, что индивидъ м о ж е т ъ когда либо быть наказанъ безъ нарушенія принципа индивидуальной отвѣтственности, еще не слѣдуетъ, что онъ и д о л ж е н ъ быть наказанъ. Примѣненіе наказанія есть вопросъ уголовной политики. Но если бы законодатель нашелъ привлеченіе къ отвѣтственности соучастника здѣсь нежелательнымъ, онъ долженъ свое нежеланіе спеціально оговорить въ законѣ, какъ онъ и дѣлаетъ это въ ст. 51. Отсутствіе оговорокъ, при существованіи общаго опредѣленія о наказуемости соучастія, было бы равносильно рѣшенію вопроса въ утвердительномъ смыслѣ.

Переходимъ теперь ко второму вопросу: отвѣчаетъ ли соучастникъ по дѣйствующему праву за внѣшнія измѣненія, не состоящія въ причинной связи съ его дѣйствіемъ? При разрѣшеніи вопроса необходимо прежде всего выдѣлить случаи *мнимаго*

отсутствія помянутой причинной связи. Напримѣръ, не подлежитъ сомнѣнію, что соучастникъ отвѣчаетъ за послѣдствія не только своихъ, но и чужихъ преступныхъ дѣйствій. Однако, отсюда не слѣдуетъ, что причинная связь дѣйствія и результата, какъ предположеніе отвѣтственности, теряетъ свое значеніе при соучастіи. События, которыя *всецѣло* являлись бы результатомъ дѣятельности субъекта, вообще немыслимы Преступный результатъ составляетъ продуктъ не только человѣческаго дѣйствія, но и работы естественныхъ силъ природы. Кто используетъ эту работу, долженъ ствѣчать и за результаты ея. Взаимоотношеніе дѣйствій соучастниковъ вполнѣ аналогично отношенію естественныхъ силъ природы и дѣйствія такъ назыв непосредственнаго виновника. Результаты чужого умышленнаго дѣйствія, которое кто либо используетъ для достиженія своей преступной цѣли, такъ же должны подлежать вмѣненію, какъ и результаты совмѣстнаго дѣйствія силъ природы. Убиваетъ ли А кого либо собственноручно, нанимаетъ ли для этой цѣли Б, или просто сообщаетъ В, какъ удобнѣе проникнуть въ домъ для совершенія убійства,—во всѣхъ случаяхъ одинаково дѣйствіе А обусловливаетъ инкриминируемое событіе—смерть человѣка,—и, разумѣется, полностью, а не какую либо часть этой смерти.

Говорить о частичномъ причиненіи можно въ отношеніи однихъ количественно дѣлимыхъ результатовъ, напр., если двое совмѣстно совершаютъ кражу на сумму свыше 500 руб. (ст. 581 уг. ул.), при чемъ каждый изъ совиновниковъ, самостоятельно, или при содѣйствіи пособника, беретъ и уноситъ вещей на сумму менѣе 500 руб. Но и это—дѣлимость только фактическая,—юридически результатъ и здѣсь не перестаетъ быть недѣлимымъ. Коль скоро законодатель считаетъ совершеніе крупной кражи настолько тяжкимъ нарушеніемъ общественнаго мира, что назначаетъ за нее повышенное наказаніе,—виновность лица, единолично совершающаго *мелкую* кражу, нельзя ставить на одну доску съ виновностью, хотя бы и въ малой долѣ,—участника *крупной* кражи. Тяжесть преступленія опредѣляется не только свойствомъ и глубиною вины, но и объективной цѣнностью содѣяннаго, устанавливаетъ которую не прибыль, извлекаемая индивидомъ изъ нарушенія нормы, но общественный ущербъ отъ нарушенія.

Соотвѣтственно, и наказаніе, налагаемое закономъ за кражу свыше 500 руб., должно составлять удѣлъ каждаго изъ участниковъ кражи, безъ вниманія къ стоимости именно *имъ* взятыхъ и присвоенныхъ вещей. Солидарная отвѣтственность совиновниковъ и соучастниковъ рождается здѣсь не изъ какой либо презумпціи фактической недѣлимости преступнаго результата, а изъ принципа юридической недѣлимости, который въ свою очередь вытекаетъ изъ факта недѣлимости общественнаго интереса, охраняемаго нормой уголовнаго закона

Другимъ источникомъ ошибочнаго предположенія объ отсутствіи причинной связи дѣйствія соучастника и инкриминируемаго послѣднему внѣшняго измѣненія можетъ служить неточное представленіе о сущности или составѣ каузальнаго отношенія. Послѣдовательно примѣняя методъ гипотетическаго исключенія, мы признаемъ причинную связь событій, если при наименьшемъ отвлеченіи отъ дѣйствительности, при обслѣдованіи возможно бо́льшаго числа промежуточныхъ измѣненій, эти событія и вплетающіяся промежуточныя измѣненія образуютъ цѣпь, гдѣ каждое изъ предшествующихъ звеньевъ составляетъ conditio sine qua non послѣдующаго Обозначимъ дѣйствіе черезъ n, результатъ черезъ f, „промежуточныя звенья“ черезъ n^1, n^2, n^3.... Мы скажемъ, что n состоитъ въ причинной связи съ f, если, исподьзуя методъ гипотетическаго исключенія, должны будемъ признать причинную связь между n и n^1, n^1 и n^2, n^2 и n^3 и т. д. до отношенія n^n и f включительно. Представимъ теперь, что f наступило бы и помимо n. Одно это соображеніе еще не даетъ права отрицать причинную связь n и f, если вмѣстѣ дано, что по обстоятельствамъ мѣста и времени отпавшее n было бы замѣнено равносильными p или q. Причинно обусловливающимъ результатъ мы называемъ то, что обусловливаетъ не только результатъ, но и *порядокъ* его наступленія. Если бы не было n, f наступило бы въ результатѣ ряда p, n^1, n^2..., а не ряда n, n^1, n^2...., какъ это было въ дѣйствительности. Отсюда слѣдуетъ, что n, какъ опредѣляющее порядокъ наступленія f, состоитъ съ послѣднимъ въ причинной связи. Ошибочно включенными въ причинную цѣпь могутъ быть признаны только тѣ звенья, которыя могутъ быть исключены мысленно, безъ возмѣщенія новыми. Мать подаетъ

своей дочери мысль отравить нелюбимаго мужа. Доказано, что рѣшимость отравить мужа сложилась бы у дочери и помимо нравственнаго давленія, оказаннаго матерью. Причинная связь убѣжденій матери со смертью мужа можетъ быть отрицаема единственно въ предположеніи, что мать не только не обусловила *факта* преступной рѣшимости дочери, но своими рѣчами не повліяла даже на самый *ходъ* сформированія преступной воли у дочери. Или другой примѣръ (пособничества):—А беретъ со стола и подаетъ Б коробокъ спичекъ, нужныхъ послѣднему для совершенія поджога. Если бы А не подалъ спичекъ, Б взялъ бы ихъ со стола самъ. Тѣмъ не менѣе, причинная связь дѣйствія А и факта сгоранія дома не подлежитъ сомнѣнію.

Выдѣливъ и разсмотрѣвъ особо случаи *мнимаго* отсутствія причинной связи при соучастіи, съ тѣмъ бо́льшимъ удобствомъ можемъ теперь сосредоточить вниманіе на случаяхъ ея дѣйствительнаго отсутствія. Несомнѣнно, что дѣйствіе соучастника можетъ не состоять въ причинной связи съ инкриминируемымъ измѣненіемъ, послѣднее—составлять результатъ единственно дѣятельности исполнителя, и тѣмъ не менѣе соучастникъ—подлежать отвѣтственности. Заключаютъ ли въ себѣ и поскольку случаи этого рода отступленіе отъ общихъ началъ уголовной отвѣтственности? Можемъ ли мы утверждать, что субъектъ наказывается здѣсь именно за э т и (или хотя-бы т а к ж е за эти) не состоящія въ причинной связи съ его дѣйствіемъ внѣшнія измѣненія?

Отмѣчаемому факту—отсутствія причинной связи—теоретики даютъ разное освѣщеніе. Въ противоположность мнѣнію проф. Фойницкаго, что причинная связь *презумируется* при соучастіи[1]),—проф. Листъ конструируетъ здѣсь *перерывъ* причинной связи, принципіальное отрицаніе законодателемъ самой возможности ея существованія. По истолкованію дѣйствующаго права Листомъ, свободное умышленное дѣйствіе виновника „прерываетъ причинную связь“ дѣйствія подстрекателя съ преступнымъ результатомъ. Воззрѣніе на исполнителя, какъ на орудіе въ рукахъ подстрекателя, не вяжется съ началомъ свободы воли. Законодатель видитъ въ подстрекательствѣ не посредственное воспроизведеніе результата,

[1]) Ф о й н и ц к і й, в с., стр. 4 и 10.

но только участіе въ дѣлѣ, выполненномъ непосредственнымъ виновникомъ. Тѣмъ-же объясняется акцессорная природа подстрекательства. Основаніе наказуемости не въ немъ, а внѣ его, въ дѣяніи исполнителя [1]).

Если согласиться съ тѣмъ, что законодатель въ основаніе постановленій о соучастіи полагаетъ принципъ свободы воли, какъ утверждаютъ Листъ и Фойницкій, то объяснять отсутствіе причинной связи предполагаемымъ *перерывомъ* ея, конечно, послѣдовательнѣе, чѣмъ устанавливать ея презумцію. Коль скоро законъ признаетъ волю исполнителя безусловно свободною, онъ, очевидно, не можетъ и не долженъ презумировать причинной обусловленности этой воли дѣйствіемъ подстрекателя.

Но произвольность объясненія, предложеннаго Листомъ, убѣдительно доказывается фактомъ несоотвѣтствія теоріи даннымъ судебной практики. По отношенію къ подстрекательству и интеллектуальному пособничеству [2]) практика отнюдь не отступаетъ отъ требованія причинной связи, какъ условія отвѣтственности,—она терпитъ ея отсутствіе единственно по отношенію къ физическому пособничеству, но такъ какъ пособникъ отнюдь не стремится воздѣйствовать на волю исполнителя, то принципъ свободы воли здѣсь, очевидно, не при чемъ [3]).

Разсмотримъ ближе эти случаи наказуемаго, но не состоящаго въ причинной связи пособничества,—возьмемъ примѣры. Слуга обѣщаетъ ворамъ и дѣйствительно открываетъ для нихъ садовую калитку. Воры, не пользуясь калиткой, перелѣзаютъ въ садъ

---

[1]) Liszt, Lehrbuch, стр 218—219 и 226.

[2]) Примѣры: предполагаемый совиновникъ отказывается слѣдовать преподанному ему совѣту, или письмо, къ нему адресованное, съ указаніемъ, какъ удобнѣе совершить преступленіе, не доходитъ по адресу. Въ Германіи практика и доктрина признаютъ эти случаи интеллектуальнаго пособничества ненаказуемыми. См. Frank, в. с., § 49, II 2. Ненаказуемость безрезультатныхъ подстрекательства и интеллектуальнаго пособничества, на ряду съ наказуемостью безрезультатнаго физическаго пособничества, находитъ свое оправданіе въ рискованности обвиненія и его опасности для общегражданской свободы въ первомъ случаѣ. У насъ ненаказуемость безрезультатнаго интеллектуальнаго пособничества предусмотрѣна самимъ закономъ (ст. 51 угол улож.).

[3]) Поэтому ничто не мѣшало-бы Листу конструировать пособничество de lege lata, какъ посредственное причиненіе, въ отличіе отъ подстрекательства, опредѣляемаго, „какъ лишенное самостоятельности участіе въ чужомъ дѣлѣ“.

черезъ ограду.—А предлагаетъ Б караулить, пока послѣдній будетъ поджигать домъ. Б находитъ участіе А не только безполезнымъ, но и опаснымъ для дѣла, но не хочетъ обидѣть А отказомъ. А безо всякой пользы выстаиваетъ на караулѣ нѣкоторое время Говоря объ отсутствіи причинной связи дѣйствія пособника съ инкриминируемымъ измѣненіемъ, предполагаемъ, что то и другое не связаны цѣпью не только физическихъ звеньевъ, но и психическихъ. Если дѣйствіе пособника послужило хотя бы нравственной поддержкою для исполнителя, отрицать причинную связь нѣтъ основанія.

Въ особенности часто должна отсутствовать причинная связь дѣйствія пособника съ преступнымъ результатомъ, если признакъ соглашенія не входитъ въ понятіе соучастія, если по закону отвѣтственность наступаетъ уже при одностороннемъ знаніи субъекта, что онъ присоединяется къ чужой умышленной дѣятельности [1]).

Если разсматривать безрезультатное физическое пособничество, какъ разновидность соучастія *перваго* типа,—игнорированіе столь существеннаго предположенія репрессіи, какъ наличность причинной связи, должно быть признано нарушеніемъ основного принципа уголовной отвѣтственности. Не слѣдуетъ только преувеличивать значенія этого нарушенія Послѣднее здѣсь заключается въ томъ, что субъектъ отвѣчаетъ не только за дѣйствіе, но и за внѣшнее событіе, причинно не обусловленное дѣйствіемъ, что безрезультатность послѣдняго не понижаетъ мѣры наказанія, но отнюдь не въ томъ, что субъектъ вообще привлекается къ отвѣтственности. По своей конструктивной идеѣ, безрезультатное пособничество, какъ разновидность соучастія перваго типа,—аналогично дѣйствію покушенія,—поэтому можетъ быть наказуемо и при отсутствіи вредныхъ послѣдствій. Отличіе безрезультатнаго соучастія отъ покушенія непосредственнаго виновника заключается

---

[1]) См. Liszt, Lehrbuch, стр 228. Reichsgericht въ своихъ приводимыхъ у Frank'a (в. с § 49, II 2) рѣшеніяхъ (9. 149; 6, 169: 8, 267). признаетъ пособничествомъ всякое дѣйствіе, которое только имѣло цѣлью (но безразлично, имѣло или нѣтъ послѣдствіемъ) облегченіе главнаго дѣйствія или способствованіе ему. См также рѣшенія, приводимыя Биркмейеромъ, в. с., стр 208 Листъ и Франкъ видятъ здѣсь ненаказуемое *покушеніе* на пособничество.

въ томъ лишь, что непосредственный виновникъ, покушаясь, ставитъ наступленіе результата въ зависимость отъ присоединяющагося дѣйствія силъ природы, тогда какъ пособникъ устанавливаетъ зависимость результата отъ умышленной дѣятельности третьихъ лицъ. Еще болѣе сближаетъ понятія безрезультатнаго пособничества и покушенія легкость перехода перваго въ такъ наз. посредственное виновничество въ тѣсномъ смыслѣ. Въ зависимости отъ обстоятельства, совершенно случайнаго съ точки зрѣнія субъекта:—будетъ, или нѣтъ, воспособляемое имъ лицо признано вмѣняемымъ и дѣйствующимъ умышленно,—дѣйствіе перваго разсматривается то какъ пособничество, то какъ посредственное виновничество въ тѣсномъ смыслѣ, или, въ частности, при неуспѣхѣ предпріятія, какъ наказуемое покушеніе [1]).

Но возможна и другая отправная точка зрѣнія. Безрезультатное физическое пособничество можетъ быть разсматриваемо, какъ разновидность соучастія *второго* типа. А въ такомъ случаѣ теряетъ почву и тотъ упрекъ конструкціи пособничества, который только-что былъ сдѣланъ:—въ непониженіи наказанія, не смотря на отсутствіе результата. Какъ способствованіе успѣху чужого преступленія, по идеѣ деликта sui generis, пособничество должно подлежать наказанію въ полной мѣрѣ, независимо отъ факта выполненія или невыполненія другимъ лицомъ преступленія.

Въ особенности, непослѣдовательно требовать причинной связи дѣйствія пособника не съ результатомъ, а съ *дѣйствіемъ же* исполнителя,—требованіе, которое, однако, всегда почему-то предъяв-

---

[1]) Ср Getz, Der Einfluss der neueren strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberische Behandlung des Versuches und der Teilnahme, Gutachten, Mitt. d. I. K V., 1895, S. 353 „кто ставитъ чашу съ ядомъ на ночной столикъ, разсчитывая, что сидѣлка по неосторожности дастъ больному ядъ вмѣсто лекарства, или что самъ больной по разсѣянности приметъ ядъ вмѣсто лекарства, уже тѣмъ самымъ становится виновенъ. Согласно общепринятой доктринѣ, одинаково онъ виновенъ въ случаѣ, если сидѣлка дѣйствуетъ умышленно, но не можетъ быть наказана по малолѣтству или душевной болѣзни Но коль скоро и сидѣлка оказывается виновной въ умышленномъ преступленіи, положеніе дѣла мѣняется; поставленіе чаши съ ядомъ перестаетъ быть (самостоятельнымъ) преступленіемъ, нисходитъ до степени лишеннаго самостоятельности дѣйствія пособничества въ преступленіи сидѣлки.“ Если въ первомъ случаѣ субъектъ долженъ быть признанъ наказуемымъ, независимо отъ того, послѣдовало или нѣтъ ожидаемое дѣйствіе сидѣлки,—справедливость и соображенія политики требуютъ признанія его наказуемымъ также и во второмъ случаѣ независимо отъ поведенія третьяго лица.

ляется къ пособничеству при безрезультатности дѣйствія исполнителя. Коль скоро дѣйствіе послѣдняго само лишено каузальнаго значенія, и наказуемо лишь вслѣдствіе присущаго ему свойства потенціальности, гдѣ основаніе требовать отъ другого дѣйствія, чтобы оно было причинно связано съ первымъ? Законъ придаетъ значеніе причинной связи дѣйствія съ инкриминируемымъ внѣшнимъ измѣненіемъ, но если нѣтъ измѣненія, то, очевидно, не можетъ быть и причинной связи, которая могла бы соединять его съ чѣмъ либо, и вмѣстѣ претендовать на юридическое значеніе.

Итакъ, институтъ соучастія, какимъ онъ является въ дѣйствующемъ правѣ, не заключаетъ въ себѣ нарушенія основныхъ началъ уголовной отвѣтственности. Покоясь въ общемъ на гармоническомъ ихъ сочетаніи, онъ вмѣстѣ удовлетворяетъ существеннымъ задачамъ уголовной политики. Принципіальную несостоятельность обнаруживаетъ не институтъ, а лишь доктрина соучастія, которая не сумѣла дать правильнаго истолкованія положительнаго права. Но и погрѣшности доктрины носятъ не столько матеріальный, сколько формальный характеръ. Если не въ исходныхъ положеніяхъ, то въ заключительныхъ выводахъ, она проводитъ въ жизнь начало не единства, а, напротивъ, разнообразія инкриминируемыхъ каждому изъ соучастниковъ фактовъ и дѣйствій, съ одной стороны, и наказаній, съ другой. Идея единаго преступленія и солидарной отвѣтственности служитъ здѣсь принципомъ не столько самого права, сколько догмы права, началомъ юридическаго построенія. Послѣднее доктрина принимаетъ a priori, какъ самоочевидное, только затѣмъ, чтобы при послѣдующемъ анализѣ дѣйствующаго права и судебной практики разобрать, камень за камнемъ, до полнаго упраздненія.

Но слѣдуетъ ли отсюда, что соучастіе, какъ учрежденіе положительнаго права, есть институтъ совершенный? Никоимъ образомъ. Не должно забывать, что законодательная и судебная практика въ значительной мѣрѣ питаются теоріей, и дефекты послѣдней не могутъ не отражаться на нихъ. Неправильность конструктивной идеи не могла не положить своего отпечатка на разработку доктрины о соучастіи. Лишенное внутренней логической стройности, ученіе оставило много вопросовъ рѣшенными недостаточно опредѣлительно, по многимъ пунктамъ впало въ

противорѣчіе съ самимъ собой. И тѣ же дефекты, какъ мы уже видѣли на рядѣ примѣровъ, перешли въ постановленія законодателя и судебную практику. Доктрина соучастія нуждается въ обновленіи. Вмѣстѣ съ тѣмъ, пора ее слить воедино съ заброшеннымъ въ настоящее время ученіемъ о посредственномъ виновничествѣ въ тѣсномъ смыслѣ. Нечего и думать произвести реформу усиліями одной теоретической мысли. Необходима, вмѣстѣ съ тѣмъ, законодательная регламентація спорнаго отношенія. Лишенная всякой опоры въ законодательствѣ, теоретическая мысль не могла бы руководить практикой въ рѣшеніи сложныхъ и трудныхъ контроверзъ, которыми изобилуетъ это отношеніе. De lega ferenda, въ видѣ опыта, мы предложили-бы слѣдующую законодательную формулу для опредѣленія состава и наказуемости конструируемаго нами посредственнаго виновничества въ широкомъ смыслѣ:

за общія послѣдствія дѣйствій (или бездѣйствій) *двухъ или болѣе лицъ, равно какъ за дѣйствія, грозящія общими послѣдствіями, каждое изъ этихъ лицъ, какъ посредственный виновникъ, отвѣчаетъ, въ предѣлахъ своего умысла* [1]), *по совокупности признаковъ своего и чужихъ дѣйствій.—Наказаніе за дѣйствіе, менѣе опасное, или само по себѣ не образующее состава преступленія, можетъ быть уменьшено* (въ такой-то мѣрѣ), *за проступокъ не налагаемо вовсе.—Особыя личныя отношенія и условія, усиливающія, уменьшающія или устраняющія наказуемость кого либо изъ посредственныхъ виновниковъ, не вліяютъ на отвѣтственность другихъ.*

Устанавливаемое понятіе посредственнаго виновничества обнимаетъ въ равной мѣрѣ посредственное виновничество въ тѣсномъ смыслѣ, совиновничество и соучастіе (подстрекательство и пособничество),—притомъ безразлично, содержатъ ли эти формы виновничества полный составъ преступленія (таковы, напр., случаи соучастія въ неквалифицированномъ убійствѣ или поджогѣ), или же составу преступленія отвѣчаютъ дѣйствія *не* каждаго изъ виновниковъ. „Другое лицо“ можетъ учинить свое дѣйствіе (или

[1]) Безъ разсмотрѣнія оставляемъ вопросъ, слѣдуетъ ли постановленія о посредственномъ виновничествѣ распространить также на неосторожныя преступленія.

бездѣйствіе) даже нечаянно (casus) или въ состояніи невмѣняемости,—требуется только, чтобы это было дѣйствіе,—въ смыслѣ выполненія произвольнаго тѣлодвиженія, или произвольнаго отказа отъ выполненія.

Признакомъ, объединяющимъ понятіе посредственнаго виновничества, является общее для каждаго изъ дѣйствій каузальное или потенціальное отношеніе къ одному и тому же внѣшнему измѣненію.

Посредственное виновничество наказывается „по совокупности признаковъ своего и чужихъ дѣйствій". Подъ признаками дѣйствій подразумѣваются обстоятельства, существенныя для состава преступленія. Суммируются признаки только „въ предѣлахъ умысла" субъекта, объ отвѣтственности котораго идетъ рѣчь, т. е., признаки, завѣдомо для даннаго лица, свойственные дѣйствіямъ его и другихъ посредственныхъ виновниковъ. Правило о сложеніи признаковъ имѣетъ существенное значеніе. Оно, во-первыхъ, устанавливаетъ зависимость наказуемости посредственнаго виновника отъ мѣры развитія не только его, но и чужихъ дѣйствій. Посредственный виновникъ отвѣчаетъ, какъ за delictum consumatum, покушеніе, или приготовленіе, коль скоро въ соотвѣтствующую фазу успѣло войти его или чужое дѣйствіе, но также и не раньше, чѣмъ вошло. Во-вторыхъ, правило о сложеніи распространяетъ отвѣтственность виновника за предѣлы состава его дѣйствія—восполняетъ составъ дѣйствія каждаго изъ субъектовъ, въ границахъ его умысла, совокупностью признаковъ, образующихъ составы дѣйствій другихъ субъектовъ. А подстрекаетъ Б, или помогаетъ ему совершить формальный деликтъ, напр., принять участіе въ преступной демонстраціи, или деликтъ формально-матеріальный,—напр., дать ложное свидѣтельское показаніе, совершить изнасилованіе, и пр. А отвѣчаетъ, какъ если бы онъ самъ совершилъ означенныя преступленія. Не имѣя такъ наз. animum rem sibi habendi, А подстрекаетъ или помогаетъ Б совершить кражу; дѣйствіе А не заключаетъ признаковъ ни спеціальнаго намѣренія, ни спеціальнаго образа дѣйствія, но такъ какъ эти признаки входятъ въ составъ дѣйствія Б, и притомъ завѣдомо для А, послѣдній отвѣчаетъ наравнѣ съ Б, какъ за кражу. Одинаково, какъ за кражу, отвѣчаютъ оба и въ томъ

случаѣ, если спеціальные признаки распредѣляются между составами обоихъ дѣйствій,—animus rem sibi habendi имѣется на сторонѣ А, тогда какъ признакъ спеціальнаго образа дѣйствія—на сторонѣ Б. Постороннее лицо А предоставляетъ свою квартиру родственникамъ близкихъ степеней—Б и В—для кровосмѣшенія,—А отвѣчаетъ по признакамъ преступленія кровосмѣшенія [1]). А (чиновникъ) подстрекаетъ Б (не-чиновника) совершить дѣяніе, составляющее для А преступленіе по должности. Чиновникъ А совершаетъ должностное преступленіе при содѣйствіи не-чиновника Б, или вслѣдствіе подстрекательства со стороны Б. Согласно правилу о сложеніи признаковъ, А и Б одинаково должны быть признаны виновниками должностного преступленія.

Если преступность содѣяннаго опредѣляется какимъ либо спеціальнымъ признакомъ [2]), и наказуемость посредственнаго виновника, дѣйствіе котораго не содержитъ этого признака, нежелательна, то въ соотвѣтствующія статьи или отдѣлы особенной части (какъ, напр., въ узаконенія о плотскихъ и чисто должностныхъ преступленіяхъ) должна быть введена оговорка: „посредственное виновничество, не образующее состава преступленія, ненаказуемо“.

Изъ общаго правила о сложеніи признаковъ, характеризующихъ дѣйствія каждаго изъ виновниковъ формула устанавливаетъ одно важное исключеніе: личныя отношенія и условія, усиливающія, понижающія или устраняющія наказуемость, вліяютъ на отвѣтственность только тѣхъ виновниковъ, дѣйствія которыхъ они отмѣчаютъ [3]). Къ личнымъ отношеніямъ и условіямъ, усиливаю-

---

[1]) Соотвѣтственно, тотъ, кто внушитъ сумасшедшему мысль или поможетъ совершить изнасилованіе, долженъ отвѣчать, какъ посредственный виновникъ (дѣяніе, нынѣ ненаказуемое).

[2]) Понятіе спеціальнаго признака опредѣляется отрицательно: это—не форма виновности (умыселъ или неосторожность) и не причинная связь дѣйствія и результата.

[3]) Въ отличіе отъ ст. 51 угол. улож., исключены личныя отношенія и условія, *опредѣляющія* наказуемость, и введены *устраняющія*. Статьѣ 51 угол. улож. соотвѣтствуютъ art. 65 итальянскаго уложенія, § 50 германскаго, art. 50 голландскаго и § 74 венгерскаго Изъ нихъ первый предусматриваетъ личныя свойства и отношенія, усиливающія наказуемость субъекта, второй—усиливающія и уменьшающія, третій и четвертый—сверхъ того и устраняющія. Введеніе сюда же личныхъ условій и отношеній, *опредѣляющихъ* наказуемость, составляетъ оригинальную особенность угол уложенія

щимъ или понижающимъ наказуемость, должны быть отнесены: отношеніе родства въ составѣ преступленій отцеубійства и дѣтоубійства, добровольное возвращеніе похищеннаго, рецидивъ, при присвоеніи—легкомысліе, и пр.,—къ устраняющимъ отвѣтственность:—психическое принужденіе, крайняя необходимость, и всѣ условія, лежащія внѣ состава дѣйствія: смерть, примиреніе съ пострадавшимъ, помилованіе и пр. Напротивъ, состояніе необходимой обороны устраняетъ отвѣтственность каждаго изъ посредственныхъ виновниковъ, такъ какъ оно сообщаетъ правомѣрный характеръ тому внѣшнему измѣненію, вредъ или опасность котораго входятъ, какъ признаки, въ составъ каждаго изъ дѣйствій въ отдѣльности.

Формула предоставляетъ суду право факультативнаго пониженія наказуемости для второстепеннаго посредственнаго виновничества. Послѣднее опредѣляется въ смыслѣ дѣйствія, менѣе опаснаго, или, само по себѣ, не образующаго состава преступленія. Факультативный характеръ отвѣтственности (но болѣе рѣзко выраженный) удержанъ и для проступковъ. Сдѣлано это въ виду широты состава посредственнаго виновничества, обнимающаго и посредственное виновничество въ тѣсномъ смыслѣ.

1903 года. Нововведеніе—едва ли, однако, удачное. Спеціальное намѣреніе при кражѣ есть тоже личное условіе или отношеніе, *опредѣляющее* наказуемость. Можно ли, однако, сомнѣваться въ томъ, что соучастіе въ кражѣ по угол. уложенію наказуемо?

ПРИЛОЖЕНІЕ

(къ § 17, II, стр. 334—356).

Въ своемъ мѣстѣ не могла быть отмѣчена, какъ полученная позже отпечатанія соотвѣтствующихъ параграфовъ, книга марбургскаго профессора *Traeger'a*: — „Der Kausalbegriff im Straf—und Zivilrecht", 1904, (съ предисловіемъ отъ 30 августа 1904 г.). По опредѣленію Traeger'a, — „понятіе причинности, общее для всѣхъ наукъ, принадлежитъ міру естественныхъ явленій. Оно относится къ реальному процессу бытія, къ связи событій. Поэтому его границы опредѣляетъ прежде всего опытъ. Однако, право можетъ это понятіе причинности о г р а н и ч и т ь, извѣстные каузальные факторы, существенные съ точки зрѣнія теоріи познанія, игнорировать (стр. 72). Въ правовомъ смыслѣ, условіе есть „обстоятельство, которое не можетъ быть исключено мысленно безъ того, чтобы результатъ, юридически представляющій интересъ, не отпалъ вовсе, или не утратилъ что либо въ отношеніи юридической цѣнности (стр. 73)". Это понятіе—условія въ правовомъ смыслѣ—должно быть подвергнуто ограниченію: 1) въ нѣкоторыхъ случаяхъ намѣреннаго причиненія преступнаго результата (А посылаетъ своего 10—лѣтняго племянника В въ лѣсъ во время грозы, дабы его убила молнія, что и сбывается. Дѣяніе А есть conditio sine qua non смерти В. Какъ результатъ возможный, хотя бы и невѣроятный, смерть была предусмотрѣна... А слѣдовало бы объявить виновнымъ въ убійствѣ, что, однако, противорѣчило бы нашему правовому чувству), 2) въ тѣхъ случаяхъ, когда результатъ, причиняемый невиновнымъ образомъ, служитъ основаніемъ къ увеличенію наказанія, (стр. 76). Ограниченіе понятія условія должно покоиться на соображеніяхъ. лежащихъ внѣ логическихъ моментовъ причинности въ теоретико-познавательномъ смыслѣ. Это и есть путь. который изби-

раютъ теоріи такъ наз. адэкватнаго причиненія (стр. 116). Субъективной теоріи Криса и объективной – Рюмелина, Traeger противополагаетъ собственную: „дѣйствіе или иное событіе, составляющее conditio s. q. n. опредѣленнаго результата, является адэкватнымъ условіемъ результата, если оно вообще образуетъ собой обстоятельство, благопріятствующее результатамъ, подобнымъ наступившему, т. е., если оно вообще достаточно (nicht unerheblicher Weise) повышаетъ объективную возможность подобныхъ результатовъ. Для образованія требуемаго сужденія, въ основу должна быть положена вся совокупность опытнаго знанія, и приняты во вниманіе всѣ условія, которыя имѣлись налицо ко времени совершенія дѣйствія (или ко времени наступленія иного событія), и были въ этотъ моментъ доступны распознанію проницательнѣйшаго изъ людей, далѣе тѣ, которыя кромѣ того были извѣстны самому дѣятелю.—Остальныя условія должно игнорировать.—Это адэкватное причиненіе въ случаяхъ, когда для отвѣтственности требуется виновность относительно юридически небезразличнаго результата въ полномъ объемѣ, означаетъ крайнюю границу возможности вины,—въ остальныхъ случаяхъ, гдѣ для отвѣтственности виновность вовсе не требуется, или требуется не въ полномъ объемѣ имѣющаго юридическое значеніе результата,—крайнюю границу самой отвѣтственности (стр. 159).

Теорія Traeger'а покоится, прежде всего, на неправильномъ пониманіи причинности, какъ отношенія, существующаго не въ сознаніи, а въ самой природѣ[1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ Traeger впадаетъ въ противорѣчіе въ самимъ собой, когда онъ, съ одной стороны, придаетъ понятію причины общенаучное значеніе, съ другой—присваиваетъ себѣ право подвергать это же понятіе произвольнымъ (цѣлесообразнымъ) преобразованіямъ, прилагая его къ догматическому истолкованію дѣйствующаго права. Подобно другимъ теоретикамъ, Traeger причинности дѣйствія приписываетъ то, что составляетъ присущее послѣднему свойство потенціальности. Не менѣе существенны практическіе недочеты тео-

[1]) Что, между прочимъ, послѣдовательно приводитъ Traeger'а къ отрицанію каузальнаго момента въ бездѣйствіи (стр. 71 и сл.).

ріи. Traeger поставилъ себѣ задачей примирить съ правовымъ чувствомъ требуемое иногда закономъ вмѣненіе *случайныхъ* послѣдствій дѣйствія, и, наоборотъ, сочетать съ закономъ требуемое иногда правовымъ чувствомъ невмѣненіе послѣдствій *виновнаго* дѣйствія. Для рѣшенія этой задачи, автору, не допускающему иныхъ условій вмѣненія, кромѣ причинной связи и виновности, естественно, ничего не оставалось болѣе, какъ приступить къ преобразованію одного изъ этихъ понятій,—Traeger пожелалъ преобразовать понятіе причинности. Критерій, предложенный имъ, явился нѣкоторымъ нарощеніемъ къ понятію причины въ смыслѣ conditio s. q. n. Съ его помощью Traeger расширилъ предѣлы вмѣненія по отношенію къ послѣдствіямъ случайныхъ дѣйствій и сократилъ—по отношенію къ послѣдствіямъ виновныхъ дѣйствій. Но, какъ мы уже указывали во II ч. изслѣдованія (стр. 190 и сл.), никакое преобразованіе понятія причинной связи не въ состояніи примирить вполнѣ и безъ остатка деликты, квалифицированные ихъ послѣдствіями, съ принципомъ уголовнаго права: nulla poena sine culpa. Не болѣе удачной оказалась поправка Traeger'а и въ другомъ отношеніи. Предложенный имъ критерій адэкватнаго причиненія наименѣе пригоденъ для цѣли—служить къ справедливому ограниченію вмѣняемыхъ послѣдствій дѣйствія, выполненнаго съ прямымъ намѣреніемъ осуществить эти послѣдствія. Въ непригодности этой легко убѣдиться на слѣдующемъ примѣрѣ: А посылаетъ подростка Б въ море, при совершенно тихой погодѣ, разсчитывая, что авось налетитъ шквалъ и потопитъ лодку. Разсчетъ оправдывается, Б тонетъ. Критерій адэкватности причиненія, предлагаемый Traeger'омъ, ставитъ вопросъ объ уголовной отвѣтственности А за результатъ его дѣйствія въ зависимость отъ совершенно случайнаго обстоятельства: могло или нѣтъ третье лицо, проницательнѣйшій изъ людей, по состоянію метеорологическихъ знаній и производимыхъ въ данной мѣстности наблюденій, предугадать рѣзкое измѣненіе погоды уже въ самый моментъ дѣйствія. Едва ли такое рѣшеніе вопроса можетъ удовлетворить правовому чувству.—Устанавливая свой критерій, Traeger настолько далеко заходитъ въ обобщеніи, что его теорія адэкватнаго причиненія непригодна въ сущности не только для уголовныхъ деликтовъ въ тѣсномъ смыслѣ, но и

для такъ наз деликтовъ нарушенія безопасности (ср. выше стр. 413 и сл.).

Далѣе, нельзя не признать одностороннимъ предложенный Traeger'омъ критерій мѣры благопріятствованія результату, какъ условія адэкватности причиненія. Въ этомъ отношеніи рѣшающимъ моментомъ долженъ считаться не размѣръ риска, а допустимость его, опредѣляемая нормами объективной морали.

Наконецъ, смѣшеніе каузальнаго момента съ потенціальнымъ помѣшало Traeger'у выйти за предѣлы дѣйствія, отягченнаго юридически небезразличными послѣдствіями, прослѣдить потенціальный моментъ въ составѣ безрезультатныхъ дѣйствій: покушенія, деликтовъ полицейскихъ и такъ наз. деликтовъ нарушенія безопасности, равно какъ роль, которую этотъ моментъ играетъ въ разграниченіи различныхъ формъ посредственнаго виновничества



ОПЕЧАТКИ.

Стран.	Стр. снизу.	Напечатано:	Слѣдуетъ читать:
303	4	противоположеній.	правоположеній.
335	10	*in concrto*	*in concreto*
342	2	„возможная необходимость“.	„необходимая возможность“.
359	3	въ дѣйствительности.	къ дѣйствительности.
364	17	петенціальнаго	потенціальнаго
370	4	сюда	союза
371	3	Deuts hen	Deutschen
417	21	до minimum'а	до minimum'а,—
438	21	hum anum	humanum
471	26	Удостовѣрившемуся	Удостовѣрившемуся
518	1—2	(подстрекателя и пособника),	(подстрекателя и пособника),

При пагинаціи опущены стр. 482 - 483. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ не вполнѣ или вовсе не пропечатались знаки препинанія и отдѣльныя буквы.