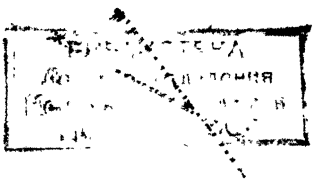
С. П. МОКРИНСКІЙ
Профессоръ Томскаго университета.

Многоуважаемому
Александру Александровичу
Н[illegible]
от автора.

МЕДИЦИНА ВЪ ЕЯ КОНФЛИКТАХЪ

СЪ УГОЛОВНЫМЪ ПРАВОМЪ.



59636

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Сенатская типографія
1914.

ПРОВ. 1954

R
727
М.Ж

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР

1189
53

ОГЛАВЛЕНІЕ.

стр.

Введеніе. Составъ понятія медицины 3

А. Дѣйствія врачеванія (или врачебныя) въ ихъ конфликтахъ съ уголовнымъ правомъ 5

I. Понятіе врачебнаго дѣйствія 5

II. Врачебное дѣйствіе въ его конфликтахъ съ уголовными законами, охраняющими блага жизни и здоровья паціента: 9

а) теорія согласія пострадавшаго 13

б) теорія врачебнаго призванія 25

в) теоріи цѣли врачебнаго дѣйствія 28

г) теоріи обычнаго права 34

д) теоріи, усматривающія оправданіе врачебнаго дѣйствія въ немъ самомъ (въ отсутствіи состава преступленія тѣлеснаго поврежденія). Конечные выводы. 37

III. Врачебное дѣйствіе въ его конфликтахъ съ уголовными законами, охраняющими благо личной свободы паціента. Врачеваніе лицъ недѣеспособныхъ . . . 55

IV. Врачебное дѣйствіе въ его конфликтахъ съ уголовными законами, охраняющими блага третьихъ лицъ и общества въ цѣломъ 85

стр.

а) умерщвленіе плода 85

б) трансплантаціи и трансфузіи 93

в) прочіе виды вторженія въ правоохраненныя сферы благъ третьихъ лицъ и цѣлаго общества 95

Б. Дѣйствія медицинской полиціи въ ихъ конфликтахъ съ уголовнымъ правомъ 96

В. Дѣйствія врачебно-научнаго эксперимента въ ихъ конфликтахъ съ уголовнымъ правомъ 100

Заключеніе 103

МЕДИЦИНА ВЪ ЕЯ КОНФЛИКТАХЪ СЪ УГОЛОВНЫМЪ ПРАВОМЪ.

Введеніе

> ... trotz dieser umfangreichen Literatur ist die Sache fur uns heute eigentlich ebenso zweifelhaft, wie sie fruhe gewesen ist (Liszt, Die Verantwortlichkeit bei arztlichen Handlungen. 1904. Sep. Abdr S. 25).

Вопросъ о юридическомъ основаніи и границахъ свободы профессіональной дѣятельности врача уже четверть вѣка, какъ оживленно дебатируется въ международной (главнымъ образомъ, нѣмецкой) литературѣ уголовнаго права. Было бы трудно теперь найти криминалиста, который бы такъ или иначе не успѣлъ высказаться по спорному вопросу. Формально-юридическая техника, съ помощью которой преимущественно стараются найти рѣшеніе, исчерпала едва-ли не послѣдніе рессурсы, но рѣшенія вопроса, которое бы отвѣчало и формальнымъ требованіямъ закона, и нуждамъ практической жизни, не найдено до сихъ поръ. И, какъ всегда бываетъ при подобныхъ обстоятельствахъ, все чаще приходится встрѣчать въ литературѣ пожеланія, чтобы отвѣтственную задачу урегулированія отношеній врача и паціента принялъ на себя самъ законодатель. Было бы крайне печально,

если бы эти домоганія были услышаны. Границы профессіональной свободы врача могутъ быть съ удобствомъ опредѣлены уже на основаніи существующихъ узаконеній. Новыя, казуистически написанныя правила не только затруднили бы судебную практику, но и стѣснили бы свободное развитіе врачебной науки и техники. Не въ тяжелой колымагѣ уголовнаго законодателя можно было бы угнаться за нимъ. Въ послѣдующемъ изложеніи мы постараемся доказать, что во просъ объ основаніи и границахъ свободы врачебнаго пользованія есть не болѣе, какъ юридическій к а з у с ъ или, точнѣе, сложный комплексъ казусовъ, рѣшать которые должно и можно на основаніи общихъ правилъ объ уголовной отвѣтственности и выясненія точнаго состава тѣхъ или иныхъ преступленій. Неудачи, которыя на этой почвѣ преслѣдуютъ криминалистовъ, объясняются не чѣмъ инымъ, какъ недостаточностью разработки цѣлаго ряда основныхъ проблемъ уголовнаго права. Передача рѣшенія вопроса законодателю представляется соблазнительной только на первый взглядъ. Она облегчитъ работу суда въ отдѣльныхъ случаяхъ, но неизбѣжно создастъ новыя и уже едва-ли преодолимыя, безъ ущерба для интересовъ жизни, трудности въ другихъ. Казуистичность въ правѣ или, говоря иначе, созданіе мелкихъ спеціальныхъ правовыхъ нормъ для урегулированія тѣхъ или другихъ частныхъ отношеній, не вызываемое необходимостью, производимое взамѣнъ углубленія нормъ болѣе общаго характера, есть величайшее зло,—своего рода общественное бѣдствіе.

Во всякой работѣ первый залогъ успѣха—отчетливая постановка вопроса и точное опредѣленіе границъ разрабатываемой темы. Неизбѣжно краткое оглавленіе работы—„Медицина въ ея конфликтахъ съ уголовнымъ правомъ“ нуждается въ нѣкоторомъ развитіи и поясненіи.

Медицина—наука прикладная. Ея предметъ—народное здравіе. Мѣропріятія, обнимаемыя понятіемъ медидины, распадаются: 1) на *медицинскую практику* и 2) на *медицинскій научный экспериментъ*. Задача практики—использовать, въ интересахъ народнаго здравія, н а к о п л е н н ы я науч-

ныя знанія: задача эксперимента—само пріобрѣтеніе этихъ знаній.

Мѣропріятія медицинской практики могутъ быть, въ свою очередь, подраздѣлены на мѣры *врачебнаго пользованія* (короче—врачеваніе) и на *медицинскую полицію*. Тѣ и другія преслѣдуютъ интересъ народнаго здравія, но первыя достигаютъ его посредственно, чрезъ оказаніе врачебной помощи индивиду, объекту врачебнаго дѣйствія, тогда какъ вторыя—непосредственно: предпринимаемыя въ интересахъ общества въ цѣломъ, мѣры медицинской полиціи не представляютъ для объектовъ своего воздѣйствія, частныхъ лицъ,—ничего, кромѣ стѣсненія, а иногда и прямого ущерба.

Наша задача—отвѣтить на вопросъ, могутъ ли дѣйствія врачеванія, медицинской полиціи и научнаго эксперимента вступать въ конфликтъ съ уголовнымъ правомъ и, если могутъ, то какъ этотъ конфликтъ разрѣшается.

А. Дѣйствія врачеванія (или врачебныя) въ ихъ конфликтахъ съ уголовнымъ правомъ.

I. Понятіе врачебнаго дѣйствія.

Прежде чѣмъ говорить о *конфликтахъ* врачебнаго дѣйствія, необходимо выяснить *составъ* врачебнаго дѣйствія, назвать признаки, наличіе которыхъ сообщаетъ дѣйствію свойство врачебнаго пользованія.

Медицина, какъ наука прикладная, используя выводы цѣлаго ряда наукъ чистыхъ и тоже прикладныхъ, которыя едвали даже могутъ быть исчислены, преслѣдуетъ опредѣленныя практическія цѣли. Мѣропріятія, не отвѣчающія этимъ цѣлямъ, уже по одному этому выпадаютъ изъ круга дѣйствій, обнимаемыхъ нашей темой. Не отвѣчающими цѣли слѣдуетъ считать не тѣ дѣйствія, которыя не достигли ея въ отдѣльно взятомъ случаѣ, но тѣ, которыя, съ точки зрѣнія современнаго научнаго знанія и современныхъ техническихъ требованій, по обстоятельствамъ дѣла, уже въ самый моментъ выполненія, не обѣщали ея достиженія или обѣщали менѣе, чѣмъ другія. Дѣйствіе—нецѣлесообразно, если въ основѣ его

лежало не оправдываемое современнымъ состояніемъ знаній заблужденіе субъекта или въ исполненіи сказалась техническая неумѣлость. При этомъ безразлично, въ чемъ заключалась ошибка: въ наблюденіи ли фактовъ дѣйствительности, въ пониманіи ли научно установленныхъ законовъ или, наконецъ, въ самомъ процессѣ сужденія, въ подведеніи фактовъ подъ законы. Не важно, обладалъ, или нѣтъ, субъектъ установленнымъ врачебнымъ дипломомъ,—субъектомъ врачебнаго дѣйствія можетъ быть всякое лицо, стоящее на уровнѣ современныхъ медицинскихъ знаній, обладающее должнымъ практическимъ опытомъ, прилагающее къ дѣлу требуемую мѣру умственныхъ, нравственныхъ и физическихъ силъ. Отсюда слѣдуетъ, что подъ врачебными дѣйствіями мы понимаемъ исключительно дѣйствія, т е х н и ч е с к и с о в е р ш е н н ы я. Если субъектъ, по небрежности или по невѣжеству, ошибается въ діагнозѣ или назначаетъ не тѣ средства, которыя онъ долженъ былъ назначить въ виду преслѣдуемой имъ цѣли,—его дѣйствія, какъ не опирающіяся на положенія науки, не могутъ быть названы врачебными; соотвѣтственно, и юридическая оцѣнка ихъ будетъ лежать внѣ нашей темы. Мы изслѣдуемъ вопросъ не объ уголовной отвѣтственности ошибающихся врачей, но о конфликтахъ самой медицины съ уголовнымъ правомъ. Ошибочныя дѣйствія врачей, какъ бы они ни были окрашены субъективно и каковы бы ни были ихъ послѣдствія, одинаково не могутъ быть поставлены ни въ заслугу, ни въ осужденіе медицинѣ. За ошибку отвѣчаетъ тотъ, кто ошибается: жрецы, а не богъ, которому они служатъ.

Исключивъ изъ круга нашей темы дѣйствія технически несовершенныя, мы опредѣлили понятіе врачебнаго дѣйствія со стороны отрицательной. Чтобы опредѣлить его также и со стороны положительной, необходимо установить ближе цѣли, которыя преслѣдуетъ современная медицина, какъ наука прикладная.

Техническія науки по своей *логической* природѣ аморальны. Онѣ могутъ служить какимъ угодно цѣлямъ: добра или зла, созиданія или разрушенія. Если бы пришло кому

нибудь на мысль написать изслѣдованіе о наиболѣе раціональныхъ способахъ выполненія смертной казни или о наименѣе болѣзненныхъ пріемахъ членовредительства, какъ средства къ уклоненію отъ воинской повинности, при чемъ авторъ изслѣдованія опирался бы въ своихъ выводахъ на положенія точныхъ наукъ и матеріалъ былъ обработанъ имъ методологически правильно,—работѣ нельзя было бы отказать въ научномъ характерѣ. Но, разумѣется, написанная книга не была бы сочиненіемъ по медицинѣ, ибо она служила бы иной цѣли, не той, которую преслѣдуетъ медицина,—не цѣли врачеванія.

Цѣль врачеванія—психофизическое приспособленіе индивида къ естественнымъ и соціальнымъ условіямъ его существованія. Основное, регулятивное значеніе для дѣятельности медика имѣетъ интересъ цѣлаго. Ибо только въ границахъ послѣдняго медицина обслуживаетъ интересы индивида. Служеніе врача есть служеніе общественное. Не частный, но публичный интересъ,—не благо паціента, какъ полагаетъ *Штоссъ* [1]), но благо народнаго здравія призвано быть нормой врачебной дѣятельности. Интересы частный и публичный совпадаютъ по общему правилу: здоровое общество только и можетъ состоять что изъ здоровыхъ, соціально приспособленныхъ людей, но, когда эти интересы вступаютъ въ коллизію, служеніе первому допустимо лишь постольку, поскольку оно согласимо со вторымъ.

Именно здѣсь,—въ свойствѣ отношенія къ интересамъ народнаго здравія,—лежитъ отличіе дѣйствія врачебнаго отъ мнимо-врачебнаго [2]). Послѣднее такъ же, какъ и врачебное,

[1]) Stoss, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Berlin, 1898, стр. 49.

[2]) Примѣры мнимо врачебныхъ дѣйствій: оперированіе горла оперному пѣвцу, производимое ради устраненія хрипоты, если операція сопряжена съ опасностью для жизни; при тѣхъ же условіяхъ, оперативное удаленіе чрезмѣрныхъ жировыхъ отложеній, несовмѣстимыхъ съ репертуаромъ артиста; разрѣзъ перемычекъ, соединяющихъ сухожилія разгибателей, по требованію профессіональнаго піаниста; курсъ чрезмѣрнаго, опаснаго для жизни или здоровья, похуданія, примѣняемый жокею передъ скаковымъ сезономъ, и пр. То же самое должно быть сказано о разнаго рода вредныхъ или мучительныхъ воздѣйствіяхъ на организмъ, производимыхъ въ узко индиви-

преслѣдуетъ цѣль, путемъ непосредственныхъ измѣненій въ организмѣ человѣка, приспособить послѣдняго къ естественнымъ и соціальнымъ условіямъ его существованія и выполняется въ соотвѣтствіе съ современнымъ состояніемъ научныхъ знаній, но отличается отъ врачебнаго тѣмъ, что, игнорируя интересы народнаго здравія, желаетъ служить интересамъ,—правильно или нѣтъ понимаемымъ,—исключительно пользуемаго индивида.

Дѣйствія мнимо-врачебныя наказуемы по общему правилу. Ненаказуемость субъекта мнимо-врачебнаго дѣйствія можетъ быть обоснована только согласіемъ пострадавшаго,—въ тѣхъ предѣлахъ, конечно, въ которыхъ согласіе пострадавшаго вообще исключаетъ противоправность содѣяннаго.

Въ просторѣчіи понятіе врачеванія совпадаетъ съ лѣченіемъ болѣзней, отвѣчая растущимъ запросамъ жизни, медицина значительно расширила теперь свои задачи. Не только вылѣчить заболѣвшаго, но и застраховать здороваго отъ заболѣванія въ будущемъ, поднять физическія и духовныя силы индивида для возможно болѣе полной и продуктивной жизни, приспособить субъекта къ тѣмъ спеціальнымъ требованіямъ, которыя предъявляетъ къ нему профессія (если она пользуется юридическимъ признаніемъ),—таковы разнообразныя задачи современной медицины. Съ однимъ ограниченіемъ, однако: желаемыя измѣненія въ физической и психической (по связи ея съ физической) природѣ человѣка должны составлять *непосредственную* цѣль дѣйствія субъекта. Обученіе музыкѣ, танцамъ, спорту, массажу, самой медицинѣ, хотя бы оно и было связано съ упражненіемъ и развитіемъ мускула-

---

дуалистическихъ цѣляхъ, праздно суетныхъ, извращенно косметическихъ, ради удовлетворенія чужимъ, морально не заслуживающимъ уваженія инстинктамъ и пр. Примѣрами могутъ служить: кастрація здоровой женщины, тяготящейся дѣторожденіемъ; наложеніе на лицо шрамовъ, имитирующихъ полученные на дуэли; оперированіе, въ видахъ уничтоженія, паспортныхъ примѣтъ; татуированіе кожи; прободеніе ушей; соединенное съ невѣроятной болью (вслѣдствіе недопустимости почему либо наркоза) извлеченіе здороваго, но некрасиваго по цвѣту зуба, по требованію занимающейся собой особы, и т. п. Справедливо было замѣчено по этому поводу, что зубной врачъ, не брезгающій подобной операціей, имѣлъ бы основаніе приписать у себя на вывѣскѣ: „здѣсь также, по желанію, тѣлесно повреждаютъ“.

туры и изощреніемъ нервной системы и преслѣдовало цѣли приспособленія индивида къ условіямъ его существованія, все-же не будетъ дѣйствіемъ врачебнымъ. Всякое обученіе направлено, прежде всего, къ сообщенію обучаемому новыхъ идей, вкусовъ, чувствъ, навыковъ, представленій. Только посредственно, попутно или рефлективно, обученіе можетъ приводить къ измѣненіямъ въ организмѣ обучаемаго, въ физической или психической структурѣ послѣдняго. Что для другихъ является рефлексомъ ихъ дѣятельности, то для врача составляетъ непосредственную цѣль. Врачъ ничему не обучаетъ,—въ крайнемъ случаѣ, онъ подготовляетъ почву, создаетъ анатомо-физіологическую основу для послѣдующаго обученія.

При врачеваніи конфликты съ уголовнымъ правомъ возможны двоякаго рода: во-первыхъ, врачъ можетъ нарушить одно изъ охраняемыхъ уголовнымъ законодателемъ благъ самого паціента; во-вторыхъ, врачебное мѣропріятіе можетъ послужить ко вреду для третьихъ лицъ или для правоохраняемыхъ публичныхъ интересовъ.

Въ правоохраненную частно-правовую сферу паціента входятъ блага: жизни, здоровья, чести (общей и половой), свободы, имущества. Преимущественный интересъ имѣютъ вопросы о конфликтахъ врачеванія съ благами жизни и здоровья паціента, съ одной стороны, съ благомъ его свободы—съ другой.

II. Врачебное дѣйствіе въ его конфликтахъ съ уголовными законами, охраняющими блага жизни и здоровья паціента.

Мысль о возможности подобнаго рода конфликтовъ, о томъ, что дѣйствіе врачеванія можетъ заключать въ себѣ вредъ или опасность для жизни и здоровья паціента, какъ для объектовъ, охраняемыхъ уголовнымъ правомъ, съ точки зрѣнія формальной логики, имѣетъ за себя многое. Врачебное дѣйствіе можетъ повлечь за собой нарушеніе анатомической цѣлостности тѣла или ослабленіе, временное или пожизненное, отдѣльныхъ функцій организма. Часто, устраняя одни дефекты, пользующій врачъ рискуетъ образованіемъ

новыхъ, не менѣе тяжкихъ. Случается, что онъ ставитъ на карту самую жизнь пацiента. Такъ обстоитъ дѣло со стороны внѣшней, объективной. Но и субъективная сторона врачебнаго дѣйствiя, съ точки зрѣнiя господствующей доктрины,—можетъ отвѣчать требованiямъ состава преступленiя: врачъ дѣйствуетъ сознательно и произвольно, онъ сознаетъ, что производимыя имъ тѣлодвиженiя причиняютъ въ однихъ случаяхъ, могутъ имѣть своимъ послѣдствiемъ въ другихъ—измѣненiя въ тѣлѣ больного, умышленное причиненiе, сознательный рискъ которыми заключаютъ въ себѣ составы преступленiй противъ жизни и здоровья. И, такимъ образомъ, получается впечатлѣнiе, что практикующiй врачъ совершаетъ на каждомъ шагу самыя разнообразныя преступленiя: нанесенiе ранъ, увѣчiй, побоевъ (при нѣкоторыхъ видахъ массажа, при выпрямленiи горба по способу Калло и проч.), истязанiй (въ смыслѣ причиненiя рѣзкихъ болевыхъ ощущенiй, напр., при выскабливанiи зубовъ, электрическихъ разряженiяхъ, болѣзненныхъ предохранительныхъ прививкахъ и пр.) [3]). Если же исходъ заболѣванiя неблагопрiятенъ, въ частности смертеленъ, пользующiй врачъ, по тѣмъ же соображенiямъ, долженъ бы былъ отвѣчать, въ порядкѣ уголовномъ и гражданскомъ, еще и за ущербъ здоровью и даже за самую смерть, какъ за результатъ умышленнаго или неосторожнаго нанесенiя ранъ, увѣчiй или побоевъ [4]). Въ подобномъ положенiи могъ бы оказаться не только хирургъ, но и терапевтъ: прописывая сильно дѣйствующiя средства, терапевтъ не можетъ не сознавать, что подвергаетъ больного риску умереть (хотя бы и не на много) раньше, чѣмъ это случилось бы при условiи предоставленiя болѣзни ея естественному ходу. Спорнымъ являлось бы только въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, слѣдуетъ ли отнести убiйство къ эвентуальному умыслу или къ сознательной неосторожности.

Однако, уже простой здравый смыслъ подсказываетъ, что врачъ, стоящiй на высотѣ призванiя, не долженъ отвѣчать

---

[3]) Ст. 1477—1482, 1489, 1491, 1540 улож. о нак., 467—469, 475, 498 угол. улож.

[4]) Ст. 1484, 1490, 1468 улож. о нак., 129 уст. о нак.

ни за умышленное причиненіе ранъ, увѣчій, побоевъ или истязаній, ни за неосторожное убійство или поврежденіе здоровья. Такъ что же? здравый ли смыслъ оправдываетъ то, что осуждаетъ законъ, или самый законъ долженъ быть понимаемъ болѣе совершенно, чѣмъ требуетъ господствующая доктрина [5])?

Вопросъ объ основаніи непротивоправности врачебнаго дѣйствія имѣетъ интересъ не только теоретическій, но и важный практическій: съ его рѣшеніемъ непосредственно связанъ другой—о границахъ свободы врачебнаго дѣйствія, о линіи праворазд'ѣла свободы врачебнаго дѣйствія со сферою благъ частныхъ и публичныхъ, о томъ, какъ далеко дозволено врачу вторгаться въ эту область,—вопросъ одинаково тревожный какъ для врача, такъ и для больного. „Отысканіе границы, которую никому не слѣдуетъ переходить въ своей дѣятельности при совмѣстной жизни съ другими, говоритъ Регельсбергеръ, не можетъ быть предоставлено усмотрѣнію и доброй волѣ отдѣльныхъ лицъ“. Разграничить сталкивающіяся притязанія составляетъ прямую задачу права. Медицина, какъ прикладная наука, снабжаетъ человѣка опредѣленною силой, и отъ человѣка уже зависитъ, на что употребить ее. Эксплоатируя эту силу, произвольно направляя ее на служеніе тѣмъ или другимъ цѣлямъ, человѣкъ можетъ явиться нарушителемъ цѣлаго ряда правоохраненныхъ благъ, стать ослушникомъ цѣлой серіи правовыхъ нормъ. И только юристъ въ состояніи разобраться въ этихъ столкновеніяхъ, различить мнимыя отъ настоящихъ, опредѣлить законныя

---

[5]) Hälschner (System des Preussischen Strafrechts, 1858, ч. 1, стр. 237; Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, т. 1, стр. 471) основаніе правомѣрности врачебныхъ дѣйствій усматриваетъ въ нравственной обязанности больного, въ цѣляхъ сохраненія жизни, подвергать себя врачебному пользованію. Какъ всегда, Гельшнеръ упускаетъ изъ вида, что нравственное оправданіе дѣйствія ничего общаго не имѣетъ съ его юридическимъ обоснованіемъ. Какъ замѣчаетъ Кесслеръ, Гельшнеру, на основаніи его теоріи, пришлось бы признать наказуемымъ цѣлый рядъ врачебныхъ дѣйствій, какъ, напр., снятіе бородавки съ лица молодой дѣвушки или выпрямленіе у ней же кривo растущаго зуба, такъ какъ нельзя же вмѣнить женщинѣ въ нравственную обязанность заниматься своею внѣшностью.

границы свободы врачебнаго дѣйствія, установить уголовно-правовыя послѣдствія перехода этихъ границъ.

Наблюдаемое почти повсемѣстно отсутствіе по данному вопросу прямыхъ, спеціальныхъ указаній въ законѣ вынуждаетъ криминалиста искать обоснованія дозволенности (въ смыслѣ непротивоправности, а слѣдовательно, и непреступности) врачебныхъ дѣйствій въ общихъ положеніяхъ дѣйствующаго права. Вопросъ о свободѣ врачебнаго дѣйствія теоретически допускаетъ двоякую постановку: можно разсматривать врачебное дѣйствіе, какъ содержащее въ себѣ *всѣ* признаки состава того или другого преступленія, но вмѣстѣ утверждать, что къ этимъ признакамъ привходятъ обстоятельства, юридически исключающія уголовную отвѣтственность. Или можно ставить вопросъ иначе: считать, что врачебное дѣйствіе *само* не отвѣчаетъ составу того или другого преступленія. Если признать, что составъ какого либо преступленія обнимаетъ признаки: *а*, *б* и *в*, то въ первомъ случаѣ утверждаютъ, что врачебное дѣйствіе заключаетъ въ себѣ всѣ три указанные признака: *а*, *б*, *в*, но, кромѣ нихъ, еще и празнакъ *г*, исключающій уголовную отвѣтственность, тогда какъ во второмъ случаѣ стараются доказать, что во врачебномъ дѣйствіи имѣются первые два признака состава преступленія: *а* и *б*, но отсутствуетъ третій признакъ—*в* [6]).

Первое направленіе является господствующимъ въ литературѣ и первенствуетъ хронологически. Представители этого направленія намѣчаютъ три юридическіе момента въ составѣ врачебнаго дѣйствія, исключающіе, по ихъ мнѣнію, уголовную отвѣтственность врача: одни—согласіе пострадавшаго,

---

[6]) Zu-Dohna (Die Rechtswidrigkeit, стр. 104) находитъ терминологическимъ споръ о томъ, „скажу ли я: вторженія, предпринятыя съ цѣлью излѣченія, не суть поврежденія, или: поврежденія, предпринятыя съ цѣлью излѣченія,—не противоправны". Дона ошибается: споръ—не о названіяхъ, но о подведеніи факта подъ ту или другую юридическую категорію,—не о терминахъ, но о положеніи въ системѣ права, о юридической систематикѣ, со всѣми вытекающими отсюда юридическими послѣдствіями. Первая часть формулы относится ко второй совершенно такъ же, какъ отсутствіе состава преступленія въ дѣяніи относится къ обстоятельствамъ, исключающимъ противоправность содѣяннаго, какъ, напр., не-убійство относится къ убійству, учиненному въ состояніи необходимой обороны.

другіе—признанное государствомъ призваніе врача, третьи—самую цѣль врачеванія, независимо отъ факта юридическаго признанія, при чемъ одни полагаютъ, что источникомъ права, устанавливающимъ юридическое значеніе этихъ моментовъ, слѣдуетъ считать законъ, тогда какъ другіе усматриваютъ его въ обычаѣ.

а) *Теорія согласія пострадавшаго.*

Обосновываетъ непреступность врачебнаго дѣйствія согласіемъ пострадавшаго имперскій судъ Германіи. По мнѣнію Reichsgericht'a, ненаказуемость врача покоится на предварительномъ согласіи больного подвергнуть себя врачебному пользованію. Предполагается, конечно, согласіе серьезное, основательно взвѣшенное, покоящееся на ясномъ представленіи о существѣ дѣйствія, данное спокойно, при отсутствіи какихъ либо существенныхъ отклоненій отъ нормы въ области интеллекта, чувствъ и воли. При этомъ, для дѣйствительности согласія, требуется не столько пониманіе анатомо-физіологическихъ процессовъ, къ которымъ сводится врачеваніе, сколько точное представленіе о практическихъ послѣдствіяхъ врачебнаго дѣйствія (потеря ноги, пальца, утрата органомъ способности опредѣленнымъ образомъ дѣйствовать) и о степени ихъ вѣроятія.

Согласіе паціента по этой теоріи не только обосновываетъ непротивоправность врачебнаго дѣйствія, но и устанавливаетъ границу его свободы. Переступая черту, опредѣляемую согласіемъ оперируемаго, хирургъ совершаетъ тѣлесное поврежденіе, за которое и подлежитъ наказанію по общимъ для всѣхъ уголовнымъ законамъ.

Утверждая, что, при отсутствіи согласія, врачеваніе заключало бы въ себѣ полный составъ преступленій—умышленнаго нанесенія ранъ, истязаній и проч., всю совокупность ихъ признаковъ, внѣшнихъ и внутреннихъ; что только мудрая предусмотрительность врачей, не забывающихъ заручиться заранѣе согласіемъ паціента, освобождаетъ ихъ отъ наказанія, теорія имперскаго суда, прежде всего, унижаетъ врача, ибо ставитъ его на одну доску съ любымъ членовредите-

лемъ-хулиганомъ, ускользающимъ отъ наказанія только потому, что сумѣлъ получить напередъ согласіе истязуемаго (не исключая случая покупки этого согласія за деньги).

Но теорія не только компрометируетъ врача нравственно, но и юридически не всегда выручаетъ его. Вопросъ о значеніи согласія пострадавшаго въ уголовномъ правѣ представляется спорнымъ.

Уложеніе о наказаніяхъ различаетъ два вида тѣлесныхъ поврежденій: тяжкихъ и менѣе тяжкихъ. По мнѣнію многихъ [7]), согласіе пострадавшаго не исключаетъ уголовной отвѣтственности при поврежденіяхъ тяжкихъ. Если же стать на эту точку зрѣнія и считать операцію тѣлеснымъ поврежденіемъ, то согласіе паціента, даже при благопріятномъ исходѣ операціи, не всегда было бы въ состояніи оградить хирурга отъ тяжкой уголовной кары. Отнятіе ноги или руки, кастрація, обезображеніе лица, нанесеніе тяжелой раны, выполненныя „съ заранѣе обдуманнымъ намѣреніемъ", тѣмъ болѣе „сопровождаемыя мученіями", согласно ст. ст. 1477 и 1481 улож. о наказ., влекутъ за собой арестантскія отдѣленія отъ 1 года до 5 лѣтъ и каторжныя работы отъ 4 до 8 лѣтъ. При смертельномъ исходѣ операціи, хирургу грозила бы опасность даже десятилѣтней каторги, и на этотъ разъ уже безъ вниманія къ тому, въ чемъ операція заключалась (ст. 1484 улож. о наказ.).

Юридическое значеніе момента согласія пострадавшаго при тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ по уложенію о наказаніяхъ выясняется изъ слѣдующихъ соображеній. Въ главѣ 3-й раздѣла 10-го „о нанесеніи увѣчья, ранъ и другихъ поврежденій здоровью" мы не встрѣчаемъ спеціальныхъ указаній о вліяніи согласія пострадавшаго на уголовную отвѣтственность. Это умолчаніе можетъ быть толкуемо разно: какъ отрицаніе и какъ признаніе юридической силы согласія въ этихъ случаяхъ.

---

[7]) Отрицаютъ значеніе согласія пострадавшаго при тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ Сергѣевскій (Пособіе, 1900, стр. 244) и Кистяковскій (Учебникъ, 1882, стр. 335). Contra Таганцевъ (Русское уголовное право, 1902, стр. 495—496) и Тауберъ (Жалоба потерпѣвшаго, 1909, стр. 25, пр. 3).

Въ пользу широкаго положительнаго значенія согласія пострадавшаго такъ же и тамъ, гдѣ законодатель вопросъ о немъ проходитъ молчаніемъ, высказались составители уголовнаго уложенія: „хотя общая часть настоящаго проекта, говорятъ они [8]), и не упоминаетъ о согласіи пострадавшаго, какъ о причинѣ, уничтожающей преступность извѣстныхъ дѣяній, тѣмъ не менѣе таковая безнаказанность должна быть признаваема, какъ общее правило, при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, направленныхъ противъ правъ частныхъ лицъ, какъ имущественныхъ, такъ и личныхъ". По мнѣнію составителей,—„при преступныхъ дѣяніяхъ послѣдняго типа законъ охраняетъ не интересы или блага, сами по себѣ взятые, а право даннаго субъекта владѣть, распоряжаться или пользоваться этими охраняемыми интересами". Комиссія, повидимому, держится того мнѣнія, что, при всѣхъ посягательствахъ на частную сферу, задача уголовной репрессіи заключается не въ чемъ иномъ, какъ въ формальной гарантіи выбора, предоставляемаго закономъ носителямъ правовыхъ благъ: жить или не жить; имѣть органы слуха или зрѣнія, или не имѣть; быть благообразнымъ, или, по желанію, самому, или съ посторонней помощью, обезобразить себя, и т. п. Несомнѣнно, что современный правовой порядокъ не возбраняетъ каждому (по крайней мѣрѣ, какъ общее правило: поскольку субъектъ косвенно не нарушаетъ какіе либо правоохраненные интересы третьихъ лицъ или цѣлаго общества), дѣлать надъ собою все, что ему только заблагоразсудится. Посягающій на свою жизнь не можетъ быть наказанъ, какъ за покушеніе на убійство, такъ какъ запретительную норму, содержащуюся въ статьѣ 1454 улож. о наказ. („виновный въ убійствѣ подвергается...."), слѣдуетъ читать: „не посягай на чужую жизнь", а не на жизнь, какъ таковую. Равнымъ образомъ, никто не можетъ быть наказанъ за обращеніе къ другому лицу за помощью въ цѣляхъ самоубійства или самоповрежденія, но ни откуда не слѣдуетъ, чтобы *оказаніе* подобнаго рода услугъ, тѣмъ болѣе самостоятельное лишеніе

[8]) Объясненія къ проекту редакціонной комиссіи, т. VI, 1893, стр. 96.

жизни или тѣлесное поврежденіе кого либо, по его просьбѣ или съ согласія, могло быть признано непротивоправнымъ.

Основная, ближайшая цѣль уголовной репрессіи—огражденіе тѣхъ или иныхъ, частныхъ или общественныхъ благъ отъ сторонняго посягательства. Это цѣль, которая повелительно вынуждается интересами публичнаго характера, цѣль, пренебреженіе которой было бы крайне опасно для самаго существованія общества. Ограждая частную сферу, общество ограждаетъ само себя. Интересъ общества въ сохраненіи личности, въ ея благосостояніи и совершенствованіи опредѣляетъ содержаніе частнаго правового блага и условія его правоохраны. Извѣстныя фактическія отношенія охраняются не ради нихъ самихъ, въ самомъ понятіи блага содержится указаніе на способность того, что мы называемъ благомъ, удовлетворять чьимъ либо потребностямъ. Ближайшимъ образомъ, это потребности индивида, но во второй и послѣдней линіи—это потребность самого общества. Оно, какъ цѣлое, заинтересовано въ томъ, чтобы опредѣленная потребность индивида была удовлетворена. Индивидъ, естественно, хочетъ не только *сохранности* своихъ благъ, но и *свободы* въ распоряженіи ими. Поскольку это стремленіе личности отвѣчаетъ или, по крайней мѣрѣ, не противорѣчитъ интересамъ цѣлаго, общество идетъ ему на встрѣчу. Индивидъ желаетъ не только владѣть и пользоваться вещами, но и распоряжаться ими, общество находитъ, что надѣленіе индивида этимъ правомъ есть вмѣстѣ интересъ общественный, возникаетъ институтъ права частной собственности. Индивидъ посягаетъ на свою жизнь, рискуетъ своимъ здоровьемъ, если черезъ это общество не чувствуетъ себя задѣтымъ въ своихъ интересахъ (хотя бы вслѣдствіе отказа отъ популяціонистической политики) или сознаетъ негодность уголовной репрессіи, какъ средства борьбы съ названнымъ явленіемъ, въ уголовный кодексъ не включается статей о наказуемости самоповрежденія и покушеній на самоубійство. Заинтересовано ли современное общество въ томъ, чтобы индивиду была предоставлена возможность распоряженія его личными благами, идущаго за предѣлы самоповрежденія? Какъ общее правило, конечно, нѣтъ.

Сами составители уголовнаго уложенія оказались не въ состояніи провести послѣдовательно усвоенную ими теорію свободы распоряженія, какъ объекта правоохраны. Они признали согласіе пострадавшаго обстоятельствомъ, исключающимъ уголовную отвѣтственность при посягательствахъ на физическую цѣлость и здоровье индивида и не исключающимъ при посягательствахъ на жизнь его. Почему же, спрашивается, нельзя безнаказанно у б и т ь человѣка съ его согласія, но можно лишить зрѣнія или слуха?

Есть цѣлый рядъ соображеній, почему согласію пострадавшаго не можетъ быть придано значеніе обстоятельства, исключающаго противоправность вторженія въ *личную сферу*, какъ общее правило: 1) допущеніе посягательствъ на личную сферу, хотя бы и съ согласія потерпѣвшаго, подрываетъ престижъ идеи, въ насажденіи которой современное общество заинтересовано по преимуществу. Высокое моральное и политическое значеніе идеи неприкосновенности личности, ея безусловной цѣнности, какъ лежащей въ основѣ современной гражданственности, не подлежитъ сомнѣнію. 2) Вторженіе въ чужую личную сферу, хотя бы и съ согласія пострадавшаго, не можетъ быть разсматриваемо, какъ актъ соціальнаго поведенія, который бы заслуживалъ вниманія и поощренія со стороны уголовнаго законодателя. Такое вторженіе свидѣтельствуетъ, какъ общее правило, о недостаточномъ развитіи соціальныхъ инстинктовъ индивида. Часто оно деморализуетъ обоихъ: какъ нарушителя, такъ и страдающаго отъ нарушенія: первый легко можетъ перейти къ опытамъ безъ согласія, у второго слабѣетъ чувство уваженія къ собственному человѣческому достоинству. 3) Личныя блага не принадлежатъ къ числу отчуждаемыхъ. По самой природѣ своей, они не допускаютъ перемѣщенія въ чужую правоохраненную сферу, какъ позволяютъ блага имущественныя. За рѣдкими исключеніями (см. ниже о такъ называемыхъ „пересадкахъ“), вторженіе въ сферу чужихъ личныхъ благъ нарушаетъ интересы пострадавшаго и не обогащаетъ ничѣмъ нарушителя. Въ результатѣ вторженія, извѣстное благо теряется какъ для индивида, такъ и въ общей экономіи со-

ціальныхъ цѣнностей. Больше того: вредъ, причиняемый индивиду, посредственно является вредомъ и для общества въ цѣломъ. Общество не можетъ относиться равнодушно къ увеличенію числа входящихъ въ составъ его слѣпыхъ, нервно-разстроенныхъ, неработоспособныхъ. 4) Нельзя не видѣть, что, сообщая согласію пострадавшаго универсальное значеніе обстоятельства, исключающаго противоправность содѣяннаго, мы широко открываемъ двери возможнымъ злоупотребленіямъ. Злонамѣренныя лица, лукаво обходя законъ, могли бы удовлетворять своимъ извращеннымъ инстинктамъ, пріобрѣтая согласіе жертвъ путемъ подкупа, пользованія ихъ стѣсненнымъ матеріальнымъ или нравственнымъ положеніемъ, ненаказуемой угрозы, лести, возбужденія религіознаго фанатизма, предварительнаго нравственнаго развращенія, спаиванія и проч. Слѣдуетъ помнить, что юридическое понятіе согласія является крайне условнымъ и относительнымъ. По закону, для дѣйствительности волеизъявленія отнюдь не требуется той истинной свободы духа, которой ожидаютъ отъ homo sapiens моралистъ и философъ.

Еще проще вопросъ о значеніи согласія пострадавшаго рѣшается съ формально логической точки зрѣнія. Есть преступленія, въ составъ которыхъ входитъ, какъ признакъ, наличность согласія (примѣръ—поединокъ); есть другія преступленія, составъ которыхъ предполагаетъ отсутствіе согласія (примѣры: насиліе, изнасилованіе, лишеніе свободы, имущественныя преступленія). И есть третій видъ преступленій, въ составѣ которыхъ мы одинаково не находимъ ни согласія, ни отсутствія согласія пострадавшаго. Спрашивается, какое вліяніе на эти составы долженъ оказывать присоединяющійся къ инкриминируемому событію фактическій моментъ согласія? Ясно, что согласіе, какъ фактъ, лежащій внѣ состава, здѣсь не должно вліять на отвѣтственность ни въ положительную, ни въ отрицательную сторону, оно должно быть разсматриваемо, какъ фактъ, юридически безразличный. Пока не доказано противное, предполагается по отношенію ко всякому закону, что законодатель выразилъ въ текстѣ его все, что сказать находилъ нужнымъ. Въ извѣстныхъ поста-

новленіяхъ уложенія о наказаніяхъ не говорится ни слова о значеніи согласія; отсюда прямой выводъ, что согласіе здѣсь не имѣетъ значенія.

Могутъ возразить на это, что уложеніе о наказаніяхъ проходитъ молчаніемъ вопросъ о значеніи согласія не только при тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ, но и при всѣхъ нетяжкихъ, что, равнымъ образомъ, это явленіе наблюдается въ очертаніи законодателемъ составовъ преступленій противъ чести; однако, не подлежитъ сомнѣнію, что во всѣхъ этихъ случаяхъ согласіе пострадавшаго исключаетъ отвѣтственность.

Возраженіе не достигаетъ цѣли. При преступленіяхъ противъ чести и при нетяжкихъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ согласіе, дѣйствительно, исключаетъ уголовную отвѣтственность, но исключеніе отвѣтственности находитъ тамъ свое особое основаніе, отсутствующее при поврежденіяхъ тѣлесныхъ тяжкихъ. Вслѣдствіе примѣчанія 1 къ ст. 1496 улож. о наказ. и примѣчанія къ ст. 1534 и 1539, дѣла о клеветѣ, обидахъ и нанесеніи легкихъ ранъ и увѣчья начинаются не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго (или его законныхъ представителей; при клеветѣ и обидахъ—также и по жалобамъ супруговъ), производятся въ порядкѣ частнаго обвиненія и заканчиваются примиреніемъ сторонъ. Тогда какъ тяжкія тѣлесныя поврежденія преслѣдуются ex officio, независимо отъ воли потерпѣвшихъ. Устанавливаемый законодателемъ порядокъ уголовнаго преслѣдованія, частный или публичный, предопредѣляетъ значеніе, которое мы должны придавать согласію пострадавшаго. Если законодатель въ такой мѣрѣ считается съ волею потерпѣвшаго, что въ зависимость отъ усмотрѣнія послѣдняго ставитъ судьбу уголовнаго иска, едва-ли можно придавать значеніе тому обстоятельству, **когда** была заявлена эта воля: послѣ или до событія. Что значитъ: субъектъ согласился что либо претерпѣть? Смыслъ этихъ словъ можетъ быть одинъ: субъектъ примирился съ непріятнымъ для него событіемъ, отказался реагировать на событіе, противодѣйствовать ему физически, искать убытки, требовать наказанія. Согласіе предварительное есть вмѣстѣ

отказъ отъ права жалобы. Если законъ, какъ наша 157 ст. улож. о наказ., допускаетъ отказъ отъ принесенной жалобы, и повторная жалоба, приносимая послѣ отказа, уже не принимается во вниманіе, то не можетъ быть принимаема во вниманіе и та жалоба, которую приноситъ субъектъ, заранѣе согласившійся претерпѣть что либо, въ частности, заранѣе отказавшійся отъ пользованія принадлежащимъ ему по закону правомъ жаловаться. Признать юридическое значеніе послѣдующаго отказа, связать себя въ осуществленіи карательнаго права условіемъ предъявленія частной жалобы и въ то же время игнорировать значеніе предварительнаго согласія, даннаго потерпѣвшимъ, законодатель не можетъ, логически не вступая съ самимъ собой въ противорѣчіе, практически не сѣя сѣмянъ ябеды, провокаціи и шантажа. Поэтому, если законъ прямо не установилъ противнаго, всюду, гдѣ условіемъ уголовнаго преслѣдованія признается жалоба потерпѣвшаго, согласіе пострадавшаго слѣдуетъ разсматривать, какъ условіе, лишающее принесеніе частной жалобы всякаго юридическаго значенія и тѣмъ самымъ гарантирующее субъекта отъ примѣненія уголовнаго наказанія [9]).

Итакъ, ненаказуемость нетяжкихъ тѣлесныхъ поврежденій и преступленій противъ чести, при согласіи пострадавшаго, не можетъ служить доводомъ противъ защищаемаго нами тезиса о юридическомъ безразличіи согласія для тѣлесныхъ поврежденій тяжкихъ. Остается провѣрить, насколько этотъ тезисъ гармонируетъ съ постановленіями о наказуемости спеціальныхъ видовъ тѣлесныхъ поврежденій, извѣстныхъ нашему праву: 1) съ законами о ересяхъ и расколахъ (нынѣ отмѣненныя ст. 200 и 201 улож. о нак.), 2) съ закономъ о наказуемости уклоненія отъ воинской повинности (ст. 514 улож. о нак.) и 3) съ законами о наказуемости поединковъ (ст. 1503 и 1505 улож. о нак.). Ст. ст. 200 и 201 улож. о нак. предусматривали оскопленіе, карая оскопителя катор-

[9]) Ср. Binding, Handbuch des Strafrechts, I B. S. 725: „Kann die Verzeihung des Beleidigten bei der Vergleichsverhandlung das schon entstandene Strafrecht des Staates vernichten, so darf um so sicherer die Einwilligung in die Verletzung dessen Entstehung hindern".

гой отъ 4 до 6 лѣтъ, если онъ дѣйствовалъ съ согласія оскопленнаго, и каторгой отъ 12 до 15 лѣтъ, если согласія не было. (Замѣнившая ихъ ст. 85 угол. улож. 1903 г. назначаетъ въ первомъ случаѣ каторгу до 6 лѣтъ, во второмъ— каторгу до 8 лѣтъ). Обѣ статьи уложенія о наказаніяхъ ни мало не противорѣчатъ защищаемому нами тезису. Оскопленіе есть поврежденіе тяжкое. Нормально оно отвѣчало бы составу ст. 1477 улож. о нак. Здѣсь оно наказывается строже, въ виду спеціальной цѣли, преслѣдуемой операторомъ. Наказаніе по уложенію о наказаніяхъ повышается на 4 степени, при отсутствіи согласія. Ничто не мѣшаетъ суду учитывать этотъ моментъ—согласія или несогласія въ той же, если не въ большей мѣрѣ, и подвигаясь въ рамкахъ ст. 1477. Гармонія этихъ статей съ защищаемымъ тезисомъ получается полная. Ея на первый взглядъ нѣтъ, если мы обратимся къ анализу ст. 514 улож. о нак. объ оперативныхъ способахъ уклоненія отъ воинской повинности [10]). Если предположить, что ст. 514, по мысли законодателя, должна реагировать на всякое умышленное изувѣченіе, произведенное съ указанною цѣлью, то при изувѣченіи тяжкомъ рѣзкость перехода отъ 6 лѣтъ каторги, какъ высшей мѣры наказанія по ст. 1477, къ 1 году и 4 мѣсяцамъ по 1 части 514 ст., въ зависимости отъ факта согласія или несогласія изувѣченнаго, невольно наводитъ на мысль, что, при наличности согласія, наказаніе по ст. 514 налагается только въ виду особой преслѣдуемой виновнымъ цѣли; что, не будь этой цѣли, дѣяніе было бы вовсе оставлено безъ наказанія. Отсюда какъ бы самъ собой напрашивается выводъ, что всякое тѣлесное поврежденіе, менѣе тяжкое или тяжкое, ненаказуемо, если потерпѣвшій предварительно изъявилъ на то свое согласіе.

Но архаическое наше уложеніе не терпитъ столь прямо-

[10]) Ст. 514 улож. о нак.: „Виновные въ умышленномъ изувѣченіи другого по желанію его, или съ его согласія, для воспрепятствованія пріему его въ военную службу... подвергаются заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 8 мѣс. до 1 г. и 4 мѣс. Изувѣчившіе другого съ тѣмъ же намѣреніемъ, но безъ его желанія или согласія, подвергаются: наказаніямъ, опредѣленнымъ въ законахъ уголовныхъ за нанесеніе съ обдуманнымъ намѣреніемъ увѣчій, ранъ или тѣлесныхъ поврежденій".

линейнаго использованія формально-логическаго метода. Рѣчь и мысль законодателя здѣсь не настолько покрываютъ одна другую, чтобы на основаніи одного только формальнаго логическаго анализа первой, простого разложенія и синтеза понятій можно было разсчитывать раскрыть вторую. Задача, которую рѣшаетъ законодатель, носитъ характеръ практическій. Ему важно отвѣтить на запросы жизни, стать въ опредѣленное отношеніе къ тѣмъ фактическимъ комбинаціямъ, которыя дѣйствительно возникаютъ въ жизни; ему слишкомъ мало дѣла до тѣхъ отдаленныхъ логическихъ выводовъ, которые могъ бы сдѣлать изъ его словъ искусившійся въ формальной юриспруденціи теоретикъ. Никто, если онъ психически нормаленъ, не пожелаетъ и не изъявитъ согласія на то, чтобы, ради избавленія отъ воинской повинности, ему причинили тяжкое увѣчье: чтобы у него отняли ногу или руку, лишили его способности зрѣнія, языка или слуха. Этихъ случаевъ не имѣетъ въ виду и ст. 514 улож. о нак. Она разсчитана исключительно на репрессію тѣлесныхъ поврежденій менѣе тяжкихъ, причиняющихъ минимальный вредъ здоровью индивида, но все-же достаточныхъ, чтобы помѣшать пріему его въ военную службу. Ст. 514 улож. о нак. не допускаетъ истолкованія ея въ томъ смыслѣ, что согласіе исключаетъ преступность содѣяннаго при всѣхъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ, безъ вниманія къ тяжести ихъ. Пониженіе наказанія, несмотря на квалифицирующее обстоятельство цѣли, объясняется здѣсь не однимъ согласіемъ потерпѣвшаго, но и легкостью тѣхъ поврежденій, на которыя потерпѣвшій можетъ при этихъ условіяхъ дать согласіе.

Косвенное подтвержденіе той же мысли о наказуемости тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденій и при наличности согласія пострадавшаго мы найдемъ, сопоставляя ст. 514 съ 201. (Ст. 201, по продолженію 1902 г.: „За оскопленіе другихъ по заблужденію фанатизма, хотя и безъ употребленія насилія, виновные въ томъ раскольники приговариваются: къ лишенію всѣхъ правъ состоянія и къ ссылкѣ въ каторжную работу на время отъ 4 до 6 лѣтъ“). Ст. 514 и 201 аналогичны въ томъ отношеніи, что тамъ и здѣсь рѣчь идетъ о

причиненіи увѣчья; тамъ и здѣсь имѣется согласіе пострадавшаго, какъ обстоятельство, смягчающее отвѣтственность; тамъ и здѣсь имѣются обстоятельства, ее же отягчающія: антирелигіозная цѣль въ первомъ случаѣ, антигосударственная—во второмъ. Нормальное наказаніе за предумышленное тяжкое изувѣченіе (1477 ст.)—каторжныя работы отъ 4 до 6 лѣтъ или поселеніе (по изд. 1885 г.). Насильственное оскопленіе по ст. 200 улож. о нак. было наказуемо каторгой на срокъ отъ 12 до 15 лѣтъ. Ст. 201, учитывая моментъ согласія, за то же оскопленіе назначало каторжныя работы на срокъ отъ 4 до 6 лѣтъ. Чѣмъ оправдать въ аналогичномъ случаѣ тѣлеснаго поврежденія, въ цѣляхъ воспрепятствованія пріему на военную службу, рѣзкій переходъ отъ каторги на срокъ отъ 4 до 6 лѣтъ по 1477 ст. къ тюрьмѣ отъ 8 мѣсяцевъ до 1 года 4 мѣсяцевъ по 514 ст., въ зависимости отъ согласія или несогласія потерпѣвшаго? Характеръ, присущій цѣли,—антигосударственность, въ первомъ случаѣ, едва-ли могъ быть, въ глазахъ законодателя, менѣе одіозенъ, чѣмъ свойство ея во второмъ—антирелигіозность (заблужденіе фанатизма). Несоотвѣтствіе въ санкціяхъ объясняется именно тѣмъ, что въ ст. 201 рѣчь идетъ объ увѣчьѣ тяжкомъ (лишеніе дѣторадныхъ частей), тогда какъ 514 ст. имѣетъ въ виду исключительно поврежденія менѣе тяжкія. Переходъ отъ санкцій ст. 1478, предусматривающей нетяжкія увѣчья (арестантскія отдѣленія отъ 1 года до 3 съ половиною лѣтъ), и статьи 1482, предусматривающей нанесеніе легкихъ ранъ (арестантскія отдѣленія отъ 1 до полутора года, или тюрьма отъ 8 мѣсяцевъ до 1 года 4 мѣс.), къ санкціи ст. 514 (тюрьма отъ 8 мѣс. до 1 года 4 мѣс.), учитывающей значеніе согласія, едва-ли можетъ казаться рѣзкимъ. Итакъ, только при томъ толкованіи, которое мы даемъ ст. 514 (т. е., что она предусматриваетъ одни легкія тѣлесныя поврежденія), становится объяснимымъ соотношеніе санкцій статей 514, 201, 1477, 1478 и 1482. Положеніе, высказанное нами, о наказуемости тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденій и при наличности согласія пострадавшаго, остается, такимъ образомъ, непоколебленнымъ.

Разсмотримъ, въ заключеніе, постановленія о поединкахъ.

Ст. 1505 предусматриваетъ поединокъ, „окончившійся . . нанесеніемъ легкихъ ранъ, не подвергающихъ жизнь получившаго ихъ опасности и не грозящихъ ему ни увѣчьемъ, ни важнымъ въ здоровьѣ разстройствомъ“, ст. 1503—поединокъ, „коего послѣдствіемъ будетъ . . нанесеніе увѣчья или тяжкой раны“. Въ первомъ случаѣ „за поединокъ наказываются оба дуэлянта („виновные“), во второмъ только одинъ—„виновный въ томъ“, т. е. виновный въ нанесеніи увѣчья или тяжкой раны. Высшая мѣра наказанія въ первомъ случаѣ—тюрьма или крѣпость до 1 года 4 мѣсяцевъ, во второмъ—заключеніе въ крѣпости до 4 лѣтъ. Эти постановленія являются какъ нельзя болѣе понятными съ точки зрѣнія защищаемаго нами тезиса. Тѣлесныя поврежденія, наносимыя при поединкѣ, слѣдуетъ разсматривать какъ поврежденія, причиняемыя съ согласія пострадавшаго. Поэтому, будучи легкими, они не наказуемы вовсе. Уголовная отвѣтственность наступаетъ здѣсь лишь какъ за актъ воспрещеннаго самоуправства. Естественно, что и подлежатъ отвѣтственности за этотъ актъ оба дуэлянта: какъ нанесшій тѣлесное поврежденіе, такъ и пострадавшій отъ него. Наказаніе, если и назначается имъ разное, то въ зависимости не отъ факта причиненія или нанесенія поврежденія, но отъ того, кто нанесъ обиду, давшую поводъ къ дуэли, или кто сдѣлалъ вызовъ. Иначе обстоитъ дѣло съ нанесеніемъ на дуэли тяжкаго тѣлеснаго поврежденія. Здѣсь согласіе пострадавшаго можетъ служить основаніемъ къ смягченію наказанія, но отнюдь не къ безнаказанности вредителя. Естественно, что наказаніе должно быть здѣсь, сравнительно со статьей 1505, возвышено и притомъ только для дуэлянта, виновнаго въ нанесеніи поврежденія. Если бы согласіе пострадавшаго исключало отвѣтственность также и за тяжкія поврежденія, не было бы основанія ни нанесшаго тяжкое поврежденіе наказывать строже, по сравненію съ нанесшимъ легкое, ни, въ особенности, назначать это болѣе тяжкое наказаніе не обоимъ дуэлянтамъ въ равной мѣрѣ, а только одному изъ нихъ—виновному въ нанесеніи.

Нѣкоторые германскіе писатели (какъ, напр., *Биндингъ*),

доказывая, что согласіе пострадавшаго исключаетъ уголовную отвѣтственность также и при тяжкихъ поврежденіяхъ, ссылаются на § 216 герм. угол. улож., понижающій наказаніе за умышленное убійство съ цухтгауза до тюрьмы, если оно было выполнено по ясно выраженному и серьезному требованію убитаго. Если, говорятъ они, таково значеніе согласія при убійствѣ, тѣмъ большимъ должно оно быть при преступленіи меньшей тяжести—тѣлесномъ поврежденіи. Умолчаніе закона о мѣрѣ смягченія наказанія за тяжкія тѣлесныя поврежденія, при наличности согласія постарадавшаго,—по мнѣнію Биндинга,—слѣдуетъ истолковать въ томъ смыслѣ, что въ этихъ случаяхъ отвѣтственность должна отпадать вовсе.

Уложеніе о наказаніяхъ не содержитъ постановленія о смягченіи отвѣтственности за убійство въ виду согласія пострадавшаго, но, если бы таковое и было (какъ оно есть въ уголовномъ уложеніи 1903 года, ст. 460), то отсюда еще нельзя было бы вывести то, что заключаетъ Биндингъ. Смягченіе наказанія за убійство находитъ оправданіе въ особыхъ предполагаемыхъ законодателемъ мотивахъ къ убійству—желаніи добра убиваемому, „состраданіи къ нему". Этого мотива нельзя предположить при тяжкомъ тѣлесномъ поврежденіи.

б) *Теорія врачебнаго призванія.*

Перехожу ко второй теоріи—признаннаго государствомъ врачебнаго призванія [11]). Ее защищаетъ рядъ писателей весьма разнообразныхъ литературныхъ оттѣнковъ: *Гуго Мейеръ* [12]), *Листъ* [13]), *Гейеръ* [14]), *Бернеръ* [15]), *А. Меркель* [16]). Пусть врачебное пользованіе заключается въ нару-

[11]) По опредѣленію *Биндинга* (Handbuch, S. 791), „призваніе человѣка есть кругъ длящихся задачъ, преслѣдованію и разрѣшенію которыхъ онъ посвящаетъ всецѣло или частично свою жизнь".

[12]) Lehrbuch, 5 Aufl., S. 271.

[13]) Lehrbuch, 14—15 изд., 1905, стр. 153.

[14]) Grundriss, I, S. 79.

[15]) Lehrbuch, 18 изд., стр. 101.

[16]) Lehrbuch, 1889, S. 158. Того же мнѣнія Таганцевъ (Право, 1902, № 12) и Щегловитовъ (Право. 1902 г. №№ 51 и 52).

шеніи нормы, ограждающей личное благо,—признанное государствомъ призваніе врача предполагаетъ вмѣстѣ правомочіе къ осуществленію призванія. Вторая норма—спеціальная—снимаетъ съ врачебнаго дѣйствія противоправный характеръ, налагаемый первою нормой—общей.

Присмотримся къ этой теоріи ближе. Право врачеванія можетъ покоиться, прежде всего, на обладаніи врачебнымъ дипломомъ (или на такъ называемой государственной апробаціи врача). Но подобное обоснованіе не было бы пригодно ни для Германіи, ни для Россіи. Въ Германіи „врачебная практика есть свободный промыселъ, открытый каждому, безъ вниманія къ его познаніямъ, предварительному образованію, опыту, искусству и т. д. Призваніемъ къ врачебной дѣятельности владѣетъ каждый, кто себѣ самъ такое призваніе приписываетъ“ (рѣш. III уголовнаго сената отъ 31 мая 1894 г.). Въ Россіи наказывается, какъ полицейскій проступокъ, по ст. 104 мир. уст., „употребленіе лицами, не имѣющими права заниматься врачебною практикою, при врачеваніи, ядовитыхъ или сильнодѣйствующихъ веществъ“, но и это правило „не примѣняется къ лицамъ, которыя, по человѣколюбію, безмездно помогаютъ больнымъ своими совѣтами и извѣстными имъ средствами лѣченія“. Въ литературѣ указывалось и на то, что, если дипломъ считать за основаніе врачебнаго правомочія, то знаменитаго иностранца—хирурга, согласившагося произвести операцію за предѣлами своего отечества, пришлось бы наказать, какъ за тѣлесное поврежденіе. Какъ говорятъ, не избѣгла бы уголовной отвѣтственности и та хозяйка дома, которая, ничѣмъ не погрѣшивъ противъ медицины, разрѣзала бы нарывъ у своей кухарки [17]).

Болѣе вѣскимъ, на первый взглядъ, представляется обоснованіе непротивозаконности врачебнаго дѣйствія простою ссылкою на очевидный фактъ содѣйствія со стороны государства осуществленію задачъ врачеванія. Если существуетъ врачебное управленіе, функціонируютъ учрежденные государ-

[17]) Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, Basel, 1892, S. 15.

ственною властью медицинскіе факультеты, экспериментальные институты, больницы и пр., то и врачеваніе, говорятъ, должно быть признано юридически санкціонированнымъ. Чтобы убѣдиться въ шаткости аргументаціи, достаточно примѣнить методъ исключенія. Представимъ себѣ, государство перестанетъ почему либо устраивать клиники и больницы, и врачебное дѣло будетъ сполна предоставлено частной иниціативѣ,—слѣдуя теоріи, пришлось бы тогда признать врачеваніе преступленіемъ.

Безсильная оправдать врачеваніе юридически, теорія врачебнаго призванія имѣетъ еще и тотъ недостатокъ, что она практически не продуктивна. Если стать на точку зрѣнія государства, какъ устроителя клиникъ и пр., мы должны были бы признать юридически дозволеннымъ примѣненіе только такихъ средствъ, которыя имѣлъ или могъ имѣть въ виду устроитель. Но, при такой постановкѣ вопроса, врачебная цѣль оправдала бы исключительно *типическія* средства, пригодныя для ея достиженія, ибо устроитель только *ихъ* не могъ бы не имѣть въ виду. Внѣ всякаго сомнѣнія, учреждая клиники, больницы, курсы и пр., онъ думалъ лишь о наиболѣе простыхъ, элементарныхъ способахъ врачеванія: пусть лучше человѣкъ лишится ноги, но будетъ жить; пусть переживетъ нѣкоторыя болезныя ощущенія, но сохранитъ обладаніе извѣстнымъ органомъ. Напротивъ, всякое дерзновеніе врачебной мысли и техники, самое малое отклоненіе отъ стараго шаблона—временъ изданія соотвѣтствующаго закона—должны были бы выдавать головой пользующаго врача суду и наказанію. Практически важенъ отвѣтъ не на вопросъ о томъ, позволено ли врачамъ лѣчить и, въ частности, оперировать,—никто и никогда не сомнѣвался въ этомъ,—важно знать, насколько далеко позволено имъ заходить въ осуществленіи своихъ заданій, въ томъ самомъ, что они, используя свои техническія знанія, пожелали бы осуществить. Что, напр., сказать о производствѣ операцій, опасныхъ для жизни оперируемаго? Можно ли производить опасныя для жизни операціи единственно для облегченія страданій больного? При какихъ условіяхъ врачъ въ правѣ прибѣгать къ нарко-

тикамъ? Уполномоченъ ли хирургъ, и при какихъ условіяхъ, производить операціи въ діагностическихъ цѣляхъ? Можно ли оправдать производство опасныхъ для здоровья опытовъ надъ людьми въ цѣляхъ не врачеванія, а прогресса самой медицины, какъ науки? При какихъ условіяхъ допустимо умерщвленіе плода? Можетъ ли врачъ оказывать помощь, въ частности, оперировать противъ или помимо воли паціента, и, если можетъ, то когда и почему?

Оказываніе медицинской помощи населенію составляетъ юридически призваніе врача, цѣль его профессіи, но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы врачъ былъ въ правѣ искупать достиженіе этой цѣли *всякою* цѣною, вторженіемъ—какимъ бы то ни было—въ сферу правоохраненныхъ благъ личности больного. Теорія ломится въ открытую дверь, доказываетъ то, что неоспоримо, и не даетъ отвѣта на вопросъ, который одинъ имѣетъ практическую цѣнность.

в) *Теоріи цѣли врачебнаго дѣйствія.*

Тѣ же самыя замѣчанія, въ общемъ, должны быть сдѣланы и по адресу той, несомнѣнно, родственной теоріи,—по счету, третьей,—которая пытается обосновать ненаказуемость врача цѣлью врачебнаго дѣйствія, но, въ отличіе отъ предыдущей теоріи, игнорируетъ, какъ безразличный, фактъ признанія этой цѣли со стороны государства. По заявленію *Оппенгейма*,—„врачебная цѣль оправдываетъ врачебное дѣйствіе“ [18]). Какъ утверждаетъ *Лиліенталь* [19]),—цѣль дѣйствія, т. е. послѣдній матеріальный моментъ, котораго дѣйствіе должно достичь, исключаетъ противоправность средствъ, необходимыхъ для достиженія“. Необходимыми Лиліенталь называетъ средства, „помимо которыхъ даннаго рода цѣли, какъ свидѣтельствуетъ опытъ, вообще недостижимы, средства, которыя поэтому могутъ быть названы абстрактно необходимыми,—къ нимъ примѣнимо извѣстное искусственное выраженіе, что они состоятъ къ намѣченной цѣли въ отно-

[18]) Oppenheim, ук. соч., стр. 19.

[19]) Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht (Festgabe d. Heidelberger jurist. Facultät für E. I. Bekker).

шеніи адэкватной причинной связи“ [20]). По словамъ *Дона* [21]), „добросовѣстное убѣжденіе разсудительнаго и свѣдущаго врача о необходимости оперативнаго вмѣшательства управомочиваетъ, а не только извиняетъ врача. Объективная противоправность и здѣсь обусловливается субъективнымъ свойствомъ быть нарушеніемъ обязанности. Поскольку предпринятыя поврежденія являются правильнымъ средствомъ къ правильной цѣли, они не подпадаютъ дѣйствію уголовнаго закона. Таковы ли они, объ этомъ рѣшаетъ согласующееся съ долгомъ убѣжденіе разсудительнаго врача. Для установленія въ отдѣльномъ случаѣ слѣдуетъ выслушать заключеніе экспертовъ... Операціи суть правомѣрныя и потому ненаказуемыя тѣлесныя поврежденія“.

Цѣль одинаково не оправдываетъ средства ни въ мірѣ нравственныхъ цѣнностей, ни въ сферѣ цѣнностей юридическихъ. Ни законная санкція цѣли, ни ея нравственная добропорядочность еще ни мало не исключаютъ возможной противозаконности средства, избираемаго для достиженія цѣли. Напрасно было бы ссылаться въ оправданіе на тѣсную, естественную или даже необходимую связь цѣли съ избраннымъ средствомъ: аргументъ негоденъ потому, что въ правѣ нѣтъ, и быть не можетъ, цѣлей безусловныхъ, достиженіе которыхъ считалось бы обязательнымъ или допустимымъ при всѣхъ мыслимыхъ условіяхъ. На ряду съ какой либо одной опредѣленной цѣлью, законодатель всегда преслѣдуетъ и мно-

---

[20]) Врачебная цѣль опредѣляетъ у Лиліенталя свободу врачебнаго дѣйствія со стороны положительной, но Лиліенталь знаетъ еще и другое ея ограниченіе: извнѣ, со стороны отрицательной. Такою внѣшнею границей свободы врачебнаго дѣйствія (но отнюдь не основаніемъ ея, какъ принимаетъ имперскій судъ), Лиліенталь считаетъ согласіе паціента. Отрицательный или внѣшній критерій должнаго ограниченія свободы врачебнаго дѣйствія Лиліенталю не удалось, однако, провести съ достаточной послѣдовательностью: согласію презумптивному онъ вынужденъ былъ сообщить такое же значеніе, какъ и фактически данному, а черезъ это граница утратила свою опредѣлительность, ибо тотчасъ же всплылъ на поверхность спорный вопросъ о томъ, когда врачъ въ правѣ и когда не въ правѣ ссылаться на презумпцію согласія. Къ Лиліенталю вполнѣ примыкаетъ Frank Das Strafgesetzbuch, 2 Aufl., 1901, § 223, II, 3.

[21]) Zu-Dohna, Die Rechtswidrigkeit, стр. 105 и сл.

гія другія, отнюдь или не всегда совпадающія съ первой. Одна изъ наиболѣе важныхъ и вмѣстѣ тяжелыхъ заботъ законодательной политики въ томъ и заключается, чтобы внести извѣстную гармонію въ мыслимое отношеніе взаимно перекрещивающихся цѣлей. Недостаточно санкціи цѣли, чтобы установить правомѣрность или дозволенность дѣйствія,—требуется еще найти законную норму свободы дѣйствій, предоставляемой лицу для достиженія этой цѣли, законный предѣлъ вмѣняемаго въ обязанность или дозволеннаго нарушенія другихъ,—иначе, правоохраняемыхъ,—благъ, если они стоятъ на пути и не могутъ быть обойдены субъектомъ. Какимъ, казалось бы, авторитетомъ, въ глазахъ законодателя, должна была пользоваться цѣль охраны и осуществленія имъ же самимъ установленныхъ правъ,—мы видимъ, однако, что самооборона и самоуправство, по закону, допустимы далеко не всегда и не постольку, поскольку они были бы нужны для постояннаго и обезпеченнаго достиженія этой цѣли. Хотя бы у кредитора и не было иного средства вернуть свои деньги, какъ самому насильственно задержать и обыскать недобросовѣстнаго должника на улицѣ,—подобный видъ самоуправства еще никоимъ образомъ не могъ бы быть признанъ правомѣрнымъ.

Послѣдователи теоріи цѣли, правда, питаютъ надежду, что искомыя границы въ состояніи указать врачу сама его наука, „leges artis“. Но ссылаться въ юридическомъ вопросѣ на правила врачебной науки—значило бы возводить медицину на степень самостоятельнаго источника права. Это было бы не только юридически нелѣпо, но и фактически не выполнимо. Врачебная наука не можетъ претендовать на роль источника права уже вслѣдствіе того техническаго характера, который присущъ ея нормамъ. Эти послѣднія указываютъ лишь пути, ведущіе къ достиженію того или другого желательнаго измѣненія въ организмѣ, и предупреждаютъ о тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя сопровождаютъ выборъ каждаго изъ нихъ. Но, по самой природѣ своихъ задачъ, медицина не можетъ рѣшать ни о томъ, какія измѣненія въ организмѣ человѣка должны быть признаны юридически допустимыми, ни о томъ, какія

изъ средствъ, ведущихъ къ этимъ измѣненіямъ, юридически дозволены. Leges artis представляютъ собою нормы практически осуществимаго, но не юридически должнаго [22]). Въ самомъ выраженіи „leges artis“ содержится не малая логическая передержка. Рецепты—не законы. Они лишены всякаго императивнаго значенія даже и въ отношеніи техники. Leges artis—синонимъ шаблона. Талантливый врачъ, съ задатками иниціативы, можетъ пожелать стать выше этихъ „leges“, стремиться къ проложенію новыхъ путей въ медицинѣ, которые, на первыхъ порахъ, должны неминуемо производить впечатлѣніе „незаконныхъ“. Для юриста значеніе „leges artis“—чисто отрицательное. Они опредѣляютъ содержаніе и высоту минимальныхъ требованій, которыя могутъ и должны быть предъявлены къ дѣйствію субъекта для признанія его врачебнымъ, объемъ и уровень знаній и опыта, которыми врачъ юридически обязанъ обладать.

Иллюстрируя сказанное, приведу два примѣра изъ германской практики. Врачъ, привлеченный къ отвѣтственности за недозволенныя сношенія съ невмѣняемой паціенткой, сослался въ оправданіе на истерически возбужденное состояніе больной, которое требовало этихъ сношеній. Допустимъ, что врачъ дѣйствовалъ lege artis, цѣлесообразно,—отсюда еще не слѣдуетъ, что онъ дѣйствовалъ и законно, что онъ не нарушилъ § 176 п. 2 германскаго уголовнаго уложенія, грозящій Zuchthaus'омъ до 10 лѣтъ за внѣбрачное сношеніе съ душевнобольной женщиной.

Другой подобный же случай имѣлъ мѣсто въ 1891 году въ Касселѣ. Психіатръ, владѣлецъ лѣчебницы для истерич-

---

[22]) Насколько рискованно для юриста при юридической оцѣнкѣ дѣйствія полагаться на его значеніе, какъ средства, ведущаго къ опредѣленной цѣли, примѣромъ можетъ служить характерное разсужденіе Лиліенталя объ отвѣтственности учителей за тѣлесныя поврежденія, причиняемыя ими ученикамъ. Лиліенталь думаетъ, что,—„пока господствуетъ мнѣніе, педагогически, быть можетъ, и спорное, что воспитаніе не мыслимо безъ примѣненія тѣлесныхъ наказаній, нельзя наказывать, какъ за тѣлесное поврежденіе, воспитателя, который примѣнитъ это средство для своей цѣли“, (Zeitschrift fur die ges. Strw., 20 томъ, 446 стр.). Добавимъ отъ себя: „и, можетъ быть, тоже сошлется на „leges artis“.

ныхъ больныхъ, пользовалъ паціентовъ систематически суровымъ обращеніемъ. Въ этомъ году къ нему поступила одна пожилая дама, весьма избалованная, изъ привилегированнаго класса общества. Вскорѣ выяснилось, что она страдала припадками крика отъ воображаемой боли. Врачъ послѣдовательно примѣнилъ къ больной: строгій выговоръ, сопровождаемый площадною бранью, наказаніе тростью чрезъ рубашку и сѣченіе плетью. Послѣ этого припадки крика, не уступавшіе раньше никакимъ мѣрамъ врачебнаго воздѣйствія, прекратились на цѣлый мѣсяцъ, впредь до выхода больной изъ заведенія. Какъ и слѣдовало ожидать, судъ не придалъ юридическаго значенія врачебной цѣли и присудилъ психіатра къ 3 мѣсяцамъ тюремнаго заключенія [23]).

Поборникомъ той же теоріи, но въ нѣсколько иной редакціи (съ замѣной понятія цѣли идеею преобладающаго интереса), противъ всякаго ожиданія, выступилъ въ 1902 году и юристъ строго формальнаго направленія—проф. Карлъ *Биндингъ* [24]),—раньше послѣдователь теоріи врачебнаго призванія. По мнѣнію Биндинга,—есть множество невоспрещенныхъ дѣйствій, которыя вступаютъ въ коллизію съ правовыми благами, но законодателемъ въ качествѣ ненаказуемыхъ не отмѣчаются. Это—дѣйствія завѣдомо рискованныя, но настолько важнаго значенія для правооборота, что отказаться отъ нихъ немыслимо, какъ бы они ни были опасны. Дѣйствія, юридически безполезныя, недопустимы, какъ общее правило, уже при малѣйшей опасности,—напротивъ, дѣйствія, безъ которыхъ не обойтись въ общественной жизни, не перестаютъ быть дозволенными и тогда, когда они, несомнѣнно, должны вести къ ущербу для правовыхъ благъ. Navigare necesse est, vivere non necesse est! Это значитъ, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо взвѣсить и сравнить: съ одной стороны, юридическій интересъ выполненія дѣйствія, съ другой,—мѣру навлекаемаго риска. Поскольку перевѣшиваетъ первый,—дѣйствіе не можетъ быть разсматри-

[23]) Oppenheim, ук. соч., приложеніе II.

[24]) Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1902, S. 158.

ваемо, какъ преступное, хотя бы исходъ его и не былъ благополученъ. Здѣсь Биндингъ приводитъ примѣры: весьма опасныхъ военныхъ операцій; промысловъ, стоящихъ ежегодно извѣстнаго количества человѣческихъ жизней; поврежденія чужихъ построекъ при тушеніи пожара (по германскому уложенію, ссылка на крайнюю необходимость здѣсь не примѣнима) и пр. Сюда же онъ относитъ и цѣлесообразное врачебное воздѣйствіе на человѣка и животное. Воздѣйствіе на организмъ, предназначаемое для спасенія жизни и здоровья, цѣлесообразное съ точки зрѣнія современности, всегда внушало къ себѣ уваженіе,—безъ вниманія къ тому, кто выполнилъ дѣйствіе, а также, достигло оно, или нѣтъ, намѣченнаго результата: разумная борьба съ болѣзнью сокращаетъ сферу распространенія ея, принося тѣмъ самымъ обществу пользу. Жертвы, безъ которыхъ нельзя обойтись, должны быть принесены. Это въ особенности должно быть сказано о необходимой in concreto перфораціи.

Теорія Биндинга представляетъ яркое и наглядное testimonium paupertatis формально логическаго направленія въ догматической разработкѣ права. Формально логическій методъ, какъ исключительно допускаемый пріемъ разработки правовой догмы, не въ силахъ ни освѣтить, ни систематизировать законодательнаго матеріала. Это безсиліе своего метода позналъ на опытѣ и главный представитель школы,—однако, и его юридическая Каносса, отклоненіе въ сторону политическаго метода, не послужила ему на пользу.

Нельзя допустить, чтобы судъ, въ своемъ рѣшеніи о воспрещенности или дозволенности дѣйствія, руководствовался не смысломъ закона, но ускользающими отъ объективной повѣрки, расплывчатыми, грубо утилитарными соображеніями соціальной политики:—не является ли закономъ воспрещенное дѣйствіе почему либо настолько полезнымъ для общества, что было бы не худо пренебречь закономъ, а также и частнымъ вредомъ и опасностью этого дѣйствія и признать послѣднее правомѣрнымъ. Дѣйствіе—полезно, ergo—оно правомѣрно. Теорія анархическая, приводящая въ послѣдовательномъ развитіи къ совершенному отрицанію права, воз-

можности вообще нормативнаго урегулированія жизненныхъ отношеній. Общественные интересы, съ которыми такъ или иначе сталкивается то или другое дѣйствіе, настолько разнообразны, сложны и противорѣчивы, что принципъ перевѣшивающаго интереса не даетъ ни субъекту дѣйствія, ни судьѣ, призванному къ оцѣнкѣ этого дѣйствія, никакой сколько-нибудь прочной базы для сужденія [25])

г) *Теоріи обычнаго права.*

Фатальный неуспѣхъ попытокъ найти границы свободы врачебнаго дѣйствія въ дѣйствующемъ законодательствѣ понудилъ нѣкоторыхъ германскихъ юристовъ, какъ *Оппенгейма* и *Рихарда Шмидта* [26]), искать требуемыхъ ограниченій внѣ закона,—въ обычномъ правѣ, вырабатываемомъ практикой разсудительныхъ врачей. Принимая врачебную цѣль за основной принципъ права врачебнаго пользованія, Оппенгеймъ пробуетъ даже кодифицировать это право въ длинномъ рядѣ весьма детально проредактированныхъ параграфовъ; проще рѣшаетъ вопросъ Шмидтъ: онъ устанавливаетъ, какъ принципъ, что обычное право сообщаетъ санкцію всѣмъ вообще врачебнымъ дѣйствіямъ, являющимся необходимыми съ точки зрѣнія публичнаго интереса народнаго здравія [27]). Оригинальное этихъ

---

[25]) Еще ранѣе Биндинга Dietrich (Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, 1896, S. 59) пытался доказать, что юридическое оправданіе операціи кроется въ томъ, что она „необходима и представляетъ собою меньшее зло въ сравненіи съ удаляемымъ“. Но теорія эта вызвала въ свое время всеобщее осужденіе.

[26]) R. Schmidt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für die verletzende Eingriffe, 1900.

[27]) Къ этой же группѣ слѣдуетъ отнести Листа (ук. с., стр. 31—36), отказывающагося теперь отъ своего прежняго взгляда,—что оправданіе врача слѣдуетъ видѣть въ осуществленіи имъ профессіональнаго права. Примыкая къ воззрѣніямъ Оппенгейма и Рихарда Шмидта на юридическое значеніе факта признанія государствомъ врачебной цѣли, разсматривая врачебное дѣйствіе, предпринятое согласно правиламъ врачебной науки и искусства, какъ выполняемое по праву и обязанности, подъ какіе бы параграфы уголовнаго уложенія оно ни подходило, Листъ въ то же время дѣлаетъ отклоненіе въ сторону извѣстной теоріи Лилиенталя: „воля паціента,—говоритъ онъ,—не есть юридическое основаніе для врачебнаго выступленія, но противостоящая воля паціента образуетъ границу для вы-

теорій заключается, такимъ образомъ, не въ изысканіи новыхъ теоретическихъ основъ для юридическаго оправданія свободы врачебныхъ дѣйствій и опредѣленія ея границъ (въ этомъ направленіи мы не узнаемъ ничего новаго), но въ указаніи на источникъ соотвѣтствующихъ правоположеній: прежде видѣли его въ законѣ, теперь желаютъ видѣть его въ обычаѣ.

Несостоятельность этой новой попытки рѣшенія вопроса не подлежитъ сомнѣнію. Формально юридическая сила обычая покоится на фактѣ всеобщаго признанія и долговременной практики. Но именно врачебная практика, обнаруживающая склонность немедленно примѣнять къ дѣлу всѣ новыя завоеванія необычайно быстро прогрессирующей въ наши дни врачебной науки, менѣе всего находитъ времени для выработки сколько-нибудь устойчивыхъ правилъ. Въ литературѣ вопроса встрѣчаемъ слѣдующій интересный примѣръ: въ свое время Нуссбаумъ рекомендовалъ антисептику вмѣнить хирургу въ законную обязанность; четверть вѣка спустя, ставятъ хирургу въ упрекъ, если онъ все еще держится антисептики, а не асептики. Но врачебныя правила отличаетъ не только частая измѣнчивость во времени, но и разнорѣчивость для каждаго даннаго момента времени. Какъ и во всякой профессіональной группѣ, такъ же и среди врачей, наблюдаются люди различнаго склада ума и характера: одни обнаруживаютъ склонность къ старымъ, испытаннымъ методамъ врачеванія, другіе тяготѣютъ къ новизнѣ. Если принять во вниманіе, что только пріемы первыхъ могутъ отвѣчать требованію долговременнаго примѣненія въ практикѣ и что врачи, пользующіеся ими, имѣютъ наиболѣе шансовъ быть сопричисленными

ступленія врача“ (ук. с., стр. 31—33). По частному вопросу объ эвтаназіи, дѣло, по мнѣнію Листа, сводилось бы къ выясненію, какъ поступилъ бы въ данномъ случаѣ врачъ, выступающій не иначе, какъ на основаніи своего богатаго опыта и тщательнаго изслѣдованія каждаго отдѣльнаго случая: посмѣлъ ли бы онъ, или нѣтъ, сократить страданія безвозвратно потерянаго человѣка, причинивъ ему безболѣзненную смерть? Вообще, Листъ—того мнѣнія, что выработка соотвѣтствующихъ юридическихъ правилъ есть дѣло самихъ врачей, что ихъ воззрѣнія должны лечь въ основу, прежде всего, теоретическихъ построеній, затѣмъ судебныхъ приговоровъ, и, наконецъ, законодательства.

къ разсудительнымъ, то не сведется ли теорія, въ концѣ концовъ, къ санкціи научнаго застоя, не убьетъ ли она у многихъ охоту къ изысканію и примѣненію новыхъ или усовершенствованныхъ методовъ врачеванія?

Кромѣ того, до сихъ поръ вопросъ объ обычномъ правѣ, какъ основаніи правомѣрности или дозволенности врачебныхъ дѣйствій, разсматривался нами исключительно съ точки зрѣнія самихъ врачей. Но вѣдь есть еще и другая заинтересованная въ дѣлѣ сторона, страждущая публика. Какъ бы ни были устойчивы обыкновенія, соблюдаемыя большинствомъ разсудительныхъ врачей, они могутъ быть признаны, какъ правила профессіи, обязательными для врача, но ни откуда не слѣдуетъ, чтобы была обязана подчиняться имъ публика.

Паціентъ, обращающійся къ врачу за помощью, не перестаетъ быть полноправнымъ членомъ общества, его права продолжаютъ быть ограждены общими законами страны и не могутъ терпѣть ущерба отъ чьихъ либо профессіональныхъ обыкновеній. Это соображеніе не ускользаетъ, повидимому, и отъ вниманія самого Оппенгейма, который все время говоритъ о врачебной практикѣ, „прикрываемой правовыми воззрѣніями народа“. Такимъ образомъ, для признанія извѣстнаго врачебнаго пріема дозволеннымъ, требуется, чтобы онъ давно и одинаково былъ въ чести какъ у врачей, такъ и у публики. Но вѣдь и публика, въ свою очередь, можетъ дѣлиться на два или болѣе лагеря, и, если авторитетъ сужденія опредѣлять числомъ его раздѣляющихъ, то, при низкомъ уровнѣ культуры, пришлось бы отказать въ правомѣрности и такимъ пріемамъ врачеванія, на счетъ которыхъ ни у врачей, ни у болѣе сознательнаго меньшинства публики не возникаетъ и тѣни сомнѣнія. Достаточно вспомнить недавнія холерныя эпидеміи въ Россіи, когда толпа убивала врачей и громила холерные бараки. Во мнѣніи этой толпы врачъ, пользующій холернаго больного, являлся, если не прямо его отравителемъ, то истязателемъ и мучителемъ. Если же судъ, при оцѣнкѣ врачебнаго дѣйствія, пожелаетъ примкнуть къ сужденіямъ болѣе интеллигентной части общества, то и здѣсь онъ

найдетъ лишь рядъ колеблющихся и разнорѣчивыхъ мнѣній случайнаго происхожденія.

д) *Теоріи, усматривающія оправданіе врачебнаго дѣйствія въ немъ самомъ.*

Всѣ криминалисты, прошедшіе передъ нами: и тѣ, кто пытались найти опору и границу свободы врачебнаго дѣйствія въ законѣ, и тѣ, кто искали ихъ въ обычаѣ, одинаково исходили изъ предположенія, что врачъ, подвергая больного страданію, оперируя его, массируя, обливая холодной водой, связывая и пр., тѣмъ самымъ нарушаетъ нормы, ограждающія благо тѣлесной неприкосновенности или свободы; что, если онъ, тѣмъ не менѣе, не наказуемъ, то единственно потому, что въ писанномъ или неписанномъ правѣ существуютъ нѣкоторыя спеціальныя нормы, пріостанавливающія для врача дѣйствіе первыхъ, общихъ. Съ діаметрально противоположной точки зрѣнія дѣлаетъ попытку подойти къ рѣшенію вопроса вѣнскій проф. *Штоссъ*.

„Для врачей это будетъ новостью, говоритъ онъ: узнать, что ихъ главнѣйшая дѣятельность состоитъ въ тѣлесныхъ поврежденіяхъ и что криминалисты еще донынѣ спорятъ о томъ, на какомъ юридическомъ основаніи покоится право на выполненіе такихъ тѣлесныхъ поврежденій“.

Врачебное пользованіе, по словамъ Штосса, носитъ оправданіе въ себѣ самомъ: оно вообще не составляетъ правонарушенія. Правомѣрность врачебнаго дѣйствія заключена въ тѣ же предѣлы, что и правомѣрность всякаго вообще человѣческаго дѣйствія. Дѣйствіе врача перестаетъ быть правомѣрнымъ только съ того момента, когда оно вступаетъ въ конфликтъ съ какою-либо юридическою нормой.

Еще ранѣе Штосса *Гессъ*, развивая впервые эту идею о непротиворѣчіи врачебнаго дѣйствія правовымъ нормамъ, ограждающимъ личныя блага, доказывалъ, что нарушеніе этихъ нормъ исключается *волею* врача не вредить больному [28—29]). Аргументація Гесса заключала въ себѣ смѣше-

[28—29]) Hess, Die Ehre und die Beleidigung des § 185 StGB. Ein psychologisch juristischer Versuch. Hamburg. 1891. Стр. 54, прим. 4: „nicht der Beruf

ніе понятій умысла и цѣли [30]). Кто сознательно преслѣдуетъ дозволенную цѣль (напр., выздоровленіе больного) законопротивными средствами (нарушая какую либо норму, ограждающую свободу или тѣлесную неприкосновенность), дѣйствуетъ все-же, съ юридической точки зрѣнія, вопреки праву, совершаетъ умышленное правонарушеніе [31]). Примыкавшій

---

ist es, der den Arzt straflos macht, sondern sein Wille, mich überhaupt nicht zu schädigen".

[30]) Того-же мнѣнія Лиліенталь (ук. соч.). Иначе Фингеръ („Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung", Zeitschrift für die ges. Strwiss., XX Bd., 1900, S. 18), Листъ, Ламмашъ и Гуго Мейеръ, которые думаютъ, что Гессъ смѣшиваетъ понятія умысла и мотива.

[31]) Къ теоріи Гесса примыкаетъ Розинъ (Право, 1903, №№ 24—25). По его мнѣнію, „направляя въ каждый отдѣльный моментъ свою волю, свое дѣйствіе на частныя поврежденія, онъ (хирургъ) имѣетъ въ виду ихъ связь и послѣдовательность (?) достигнуть основной цѣли, на которую направлена вся его воля, весь его общій, говоря юридически (?), умыселъ, цѣли излѣченія больного. Этотъ умыселъ хирурга слѣдуетъ представлять себѣ также въ движеніи, а не въ покоѣ, не въ промежуточныхъ стадіяхъ операціи". Въ дѣйствующемъ правѣ нѣтъ закона, который бы исключалъ наказуемость содѣяннаго, коль скоро дѣйствіе выполнено съ хорошимъ „общимъ умысломъ", или, какъ принято называть отношеніе воли къ конечной цѣли дѣйствія, съ хорошимъ „намѣреніемъ". Преступное остается преступнымъ, какъ бы ни былъ субъектъ благонамѣренъ. Если хирургъ, какъ утверждаетъ цитируемый авторъ, „въ каждый отдѣльный моментъ направляетъ свою волю и свое дѣйствіе на частныя поврежденія", нельзя не признать въ его дѣйствіи полный составъ преступленія нанесенія раны или иного тѣлеснаго поврежденія. Указаніе автора на особыя свойства субъективнаго состава операціи, такимъ образомъ, не достигаетъ цѣли. Впрочемъ, не довольствуясь субъективными доводами, Розинъ приводитъ и доводы объективные, которыхъ у Гесса нѣтъ. Каждая операція, говоритъ онъ, со стороны внѣшней даетъ полную картину тѣлеснаго поврежденія. „Однако, такое заключеніе неправильно: хирургическую операцію слѣдуетъ представлять... въ ея движеніи... въ послѣдовательной связи между собою ея отдѣльныхъ моментовъ, проникнутыхъ общимъ направленіемъ къ благопріятному результату". Дѣйствіе врача, разсматриваемое со стороны внѣшней, т. е. какъ рядъ тѣлодвиженій, безъ отношенія къ волѣ и представленіямъ лица дѣйствующаго, не можетъ имѣть какого либо „направленія", оно можетъ имѣть только результатъ, который въ однихъ случаяхъ можетъ оказаться благопріятнымъ, въ другихъ—неблагопріятнымъ для здоровья паціента. Когда говорятъ о направленіи *дѣйствія*, всегда имѣютъ въ виду направленіе *воли*, намѣренія лица дѣйствующаго. Ясно, что подъ видомъ новаго объективнаго довода авторъ повторяетъ только свой ошибочный субъективный доводъ. Изъ дальнѣйшаго мы узнаемъ, однако, что врачебное дѣйствіе должно быть юридически оправдано безъ отношенія къ тому, заключается въ немъ, или нѣтъ,

ранѣе къ субъективной аргументаціи Гесса Штоссъ, въ разсматриваемой здѣсь болѣе поздней работѣ, пробуетъ подойти къ рѣшенію вопроса съ другой стороны: старается обосновать правомѣрность врачебнаго дѣйствія не субъективными, а объективными свойствами послѣдняго. Не отсутствіе преступнаго умысла юридически обѣляетъ дѣйствіе, но объективныя свойства дѣйствія исключаютъ возможность преступнаго умысла.

Истинное врачеваніе не есть дѣйствіе, повреждающее тѣло. Хирургическая операція, какъ чистый видъ врачебнаго пользованія, есть оперативное *пользованіе* больного. Уже самое понятіе пользованія исключаетъ мѣры, которыя вредили бы здоровью больного или болѣе приносили вреда, чѣмъ пользы. Дозволительны всякія врачебныя дѣйствія, которыя отвѣчаютъ здоровью паціента. Благо больного есть норма врачебнаго дѣйствія [32]).

Не трудно, однако, понять, что и эта новая аргументація Штосса состоитъ не болѣе какъ изъ игры словъ: пользовать не значитъ вредить. Штоссъ какъ бы игнорируетъ фактъ, что на дѣлѣ врачебное пользованіе нерѣдко приноситъ не пользу, а именно вредъ; что операція, единогласно рекомендованная цѣлымъ синклитомъ научныхъ силъ и выполненная съ соблюденіемъ всѣхъ правилъ врачебной науки, можетъ составить несчастіе оперированнаго. Въ виду этихъ, хотя бы и частыхъ случаевъ, какъ можно утверждать, что

законный составъ тѣлеснаго поврежденія. „Врачебное дѣйствіе, выполняемое lege artis, заявляетъ авторъ, *не даетъ состава преступленія* (курсивъ въ подлинникѣ) и не требуетъ никакого другого титула для своей правомѣрности“. Какимъ образомъ правила медицины могутъ стать наравнѣ съ закономъ источникомъ права, Розинъ не поясняетъ. Установивъ двойственное основаніе для ненаказуемости врачебныхъ дѣйствій: отсутствіе состава тѣлеснаго поврежденія, во-первыхъ, и соотвѣтствіе правиламъ медицины, во-вторыхъ, изъ которыхъ *каждое* достаточно для признанія врачебнаго дѣйствія ненаказуемымъ, въ своей заключительной формулѣ авторъ почему-то требуетъ отъ врачебнаго дѣйствія, чтобы оно удовлетворяло обоимъ условіямъ, и только тогда согласенъ отвергнуть его преступность: „выполненіе legis artis *въ соединеніи* съ основной идеей врачеванія, стремленіемъ къ излѣченію больного, поглощаетъ... мысль о какомъ либо составѣ преступленія“.

[32]) Stooss, ук. соч., стр. 4, 48, 49.

уже само понятіе пользованія исключаетъ принятіе мѣръ, вредящихъ здоровью пользуемаго [33])? или для этихъ съ неблагопріятнымъ исходомъ случаевъ надо отвергнуть понятіе пользованія? Но вѣдь это значило бы признать врача, которому почему либо не удалась операція, виновнымъ, самое меньшее, въ неосторожномъ тѣлесномъ поврежденіи, или даже въ убійствѣ, хотя бы и съ надеждою на снисхожденіе, во вниманіе къ благопріятному мотиву дѣйствія.

За отпаденіемъ основного аргумента: „врачебное пользованіе есть благодѣяніе“, теряютъ значеніе и всѣ другіе доводы, которыми Штоссъ защищаетъ свое положеніе: хирургическая операція не есть тѣлесное поврежденіе“. Таково, напр., указаніе на особенности субъективной стороны дѣйствія: „воля пользовать исключаетъ умыселъ повреждать тѣло [34]). Исключаетъ, оказывается, потому, что „пользованіе не есть тѣлесное поврежденіе“. Какъ на готовое доказательство, Штоссъ ссылается на то, что̀ именно и должно быть доказано. Другой аргументъ Штосса въ защиту его основного тезиса заключается въ указаніи на моментъ состоянія больного, которое требуетъ вмѣшательства хирурга. Но эта формула, при всей ея кажущейся нормативности, *юристу* ничего не говоритъ и юридически ничего собою не оправдываетъ. Смыслъ ея тотъ, что операція можетъ служить для вполнѣ правомѣрной цѣли. Но мы уже знаемъ, что правомѣрность цѣли не исключаетъ логически противозаконности средствъ, примѣняемыхъ ради ея достиженія. Быть можетъ, самъ того не замѣчая, Штоссъ здѣсь примыкаетъ къ теоріи,

---

[33]) Какъ замѣчаетъ Фингеръ (ук. соч., стр. 17): нарушая тѣлесную неприкосновенность паціента, напр., рѣшаясь отнять одну изъ нижнихъ его конечностей, врачъ (часто) дѣйствуетъ съ сознаніемъ, что операція можетъ причинить больному вмѣсто исцѣленія увѣчье и даже смерть; бываютъ операціи, гдѣ шансы жить и умереть равны; можетъ быть у врача и такое сознаніе, что немочь, исцѣлить которую составляетъ цѣль операціи, могла бы пройти и сама собой... Тезисъ „операція не есть тѣлесное поврежденіе“ неправиленъ. Вѣрно здѣсь только то, что врачъ выполняетъ предпринятое имъ „повреждающее дѣйствіе (какимъ оно оказалось впослѣдствіи и, какъ возможное, быть можетъ, врачомъ предусматривалось), ради дальнѣйшей желательной и небезнадежной цѣли“

[34]) Stooss, ук. соч., стр. 10.

приписывающей юридическій характеръ правиламъ технической науки.

Къ теоріи Штосса примкнули *Геймбергеръ*, *Франкъ* (въ 1-мъ изданіи Комментарія), *Белингъ*, *Баръ* [35]).

Обзоръ литературы мы довели до конца. Ни одна изъ попытокъ опредѣлить основаніе и объемъ свободы врачебнаго дѣйствія не даетъ, какъ мы видѣли, годныхъ, устойчивыхъ результатовъ. Напрасно, въ поискахъ отвѣта, рылись въ источникахъ писаннаго права или пробовали кодифицировать неписанное, тщетно ссылались на признанное государствомъ призваніе врача, на перевѣсъ юридическаго интереса, на врачебную цѣль дѣйствія и на соотвѣтствіе послѣдняго правиламъ науки, отмѣчали моментъ согласія паціента, указывали на отсутствіе у пользующаго врача преступнаго умысла и на особыя объективныя свойства дѣйствія. Интересы врача, отдающаго свой трудъ на пользу общества и, несомнѣнно, нуждающагося въ защитѣ отъ несправедливыхъ и придирчивыхъ нареканій недовольнаго или капризнаго паціента, съ одной стороны, и съ другой—не менѣе важные интересы страждущаго человѣчества, которое

[35]) Къ послѣдователямъ Штосса слѣдуетъ также отнести Ширяева (Уголовная отвѣтственность врачей". 1904, стр. 36), по словамъ котораго нельзя говорить о разстройствѣ здоровья „въ виду редакціи ст. 1486, опредѣленно указывающей на свойство умысла дѣятеля: разстроить здоровье; тѣмъ менѣе врачебная дѣятельность можетъ быть подведена подъ понятіе „побоевъ", „истязаній и мученій"... Подъ увѣчьемъ подразумѣвается лишеніе человѣка какого либо органа тѣла... (но ампутація) обыкновенно вызывается такимъ состояніемъ этого органа, что онъ не можетъ уже функціонировать правильно... Нарушеніе цѣлости тканей (нельзя разсматривать, какъ „рану", такъ какъ оно) является переходящимъ состояніемъ... и составляетъ лишь условіе для спасенія больного". Однако, развѣ врачамъ не приходится прописывать больному средства, въ извѣстномъ отношеніи разстраивающія его здоровье (наркотики, средства „героическія", анестезирующія, средства, прописываемыя умирающимъ для утоленія ихъ мукъ)? Ампутировать приходится иногда и такіе органы, которые еще не утратили способности правильно функціонировать. Невѣрно также, что органъ, функціонирующій неправильно, выходитъ изъ подъ защиты права. Рана излѣчимая не перестаетъ быть раной. Благія послѣдствія преступленія не мѣшаютъ послѣднему быть все-же преступленіемъ.

ищетъ охраны наиболѣе дорогихъ своихъ благъ отъ властныхъ притязаній врача диктатора или экспериментатора за чужой рискъ: эти сталкивающіеся интересы еще и понынѣ ждутъ отъ юриста необходимаго разграниченія.

Изъ двухъ путей къ возможному рѣшенію вопроса: повѣрки признаковъ состава преступленія и изысканія обстоятельствъ, исключающихъ уголовную отвѣтственность, правила логики обязываютъ начать съ перваго. Только въ томъ случаѣ, если во врачебномъ дѣйствіи мы признаемъ всѣ признаки убійства или тѣлеснаго поврежденія, какъ составъ особенной части, мы будемъ имѣть основаніе и, вмѣстѣ, окажемся въ состояніи предпринять повѣрку наличности признаковъ общаго состава; между ними послѣднее мѣсто мы отведемъ признакамъ противоправности содѣяннаго.

Итакъ, очереднымъ является для насъ вопросъ, можетъ ли врачебное пользованіе быть разсматриваемо, какъ убійство или тѣлесное поврежденіе, отвѣчаетъ ли оно признакамъ того или другого преступленія, внѣ отношенія къ проблемѣ о противоправности содѣяннаго.

Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, намъ необходимо сдѣлать предварительный экскурсъ въ область ученія объ общемъ составѣ уголовнаго деликта.

Во всякомъ деликтѣ мы различаемъ стороны внѣшнюю и внутреннюю. Внѣшняя сторона слагается въ простѣйшемъ видѣ изъ ряда внѣшнихъ измѣненій, связанныхъ по началу необходимости. Первымъ изъ нихъ является тѣлодвиженіе субъекта, послѣднимъ изъ числа описанныхъ въ законѣ—такъ называемый „законный“ результатъ. Внутреннюю сторону, или виновность, мы опредѣляемъ, какъ отношеніе воли субъекта къ инкриминируемымъ внѣшнимъ измѣненіямъ. Въ нашу задачу не входитъ выясненіе проблемы о виновности во всей полнотѣ ея. Мы постараемся къ ней подойти лишь съ одной опредѣленной стороны, выясненіе которой является безусловно необходимымъ для планомѣрной разработки нашей темы: намъ важно опредѣлить составъ фактовъ, отношеніе къ которымъ заставляетъ характеризовать волю, какъ виновную.

Если всмотрѣться ближе въ составы различныхъ преступленій, то можно было бы, по признаку свойствъ преступнаго результата, разбить ихъ на двѣ группы: въ составѣ однихъ преступленій результатъ является частнымъ случаемъ искореняемаго, посредствомъ даннаго закона, противообщественнаго явленія. Преступный результатъ—здѣсь, вмѣстѣ съ тѣмъ, и вредный результатъ, дѣйствительное нарушеніе правоохраняемаго блага. Такимъ является преступный результатъ, напр., въ составахъ преступленій убійства, лишенія свободы. Другую группу преступленій образуютъ тѣ, въ составѣ которыхъ предусматривается, какъ результатъ, не гибель, не уничтоженіе правового блага, но лишь сформированіе фактической комбинаціи, опасной для него. Виновный наказывается не за то, что онъ причинилъ вредъ, но за то, что онъ обусловилъ своимъ дѣйствіемъ такое сложеніе фактическихъ моментовъ, которое законодатель разсматриваетъ, какъ опасное, влекущее, если не въ каждомъ случаѣ, то не въ безразличномъ процентѣ случаевъ, вредный результатъ. Примѣрами могутъ служить деликты неумѣренно скорой ѣзды по городскимъ улицамъ (123 ст. мир. уст.), оставленіе безъ надлежащаго призора дикихъ звѣрей (тамъ же, ст. 120), куреніе табаку въ мѣстахъ, гдѣ сложены огнеопасные матеріалы (тамъ же, ст. 92), и пр.

Послѣдняя система формированія деликтовъ, при всѣхъ ея достоинствахъ, имѣетъ два существенные недостатка, лишающіе ее универсальнаго значенія. Во-первыхъ, здѣсь приходится наказывать и за такія дѣйствія, которыя субъектъ предпринимаетъ, какъ завѣдомо безопасныя (напр., быстро ѣдетъ по улицѣ, видя, что улица пуста, зная, что лошадь прекрасно выѣзжена, и будучи самъ вполнѣ увѣренъ въ своемъ умѣньѣ править). За одно ослушаніе воли законодателя, если не вступать въ конфликтъ съ современнымъ общественнымъ правовоззрѣніемъ, нельзя наказывать строже, чѣмъ денежнымъ штрафомъ или арестомъ,—мѣрами, очевидно, недостаточными тамъ, гдѣ субъектъ имѣетъ особый интересъ къ выполненію воспрещеннаго дѣйствія. Второй недостатокъ системы—явная невозможность исчислить въ законахъ всѣ,

или хотя бы большую часть внѣшнихъ измѣненій, которыя бы заключали въ себѣ опасность предупреждаемаго общественнаго явленія.

Деликты перваго типа я позволилъ себѣ назвать въ свое время уголовными, деликты второго типа—полицейскими [36]). Ни тѣ, ни другіе деликты, въ ихъ чистомъ видѣ, не представляютъ никакой трудности въ установленіи интересующаго насъ момента ихъ субъективной стороны. Въ обоихъ случаяхъ виновность опредѣляется отношеніемъ воли къ результату, входящему въ составъ преступленія: ко вредному при уголовномъ деликтѣ; къ заключающему въ себѣ, по мнѣнію законодателя, опасность вреда—при полицейскомъ. Мы имѣемъ умышленный полицейскій деликтъ, хотя

---

[36]) Дѣленіе деликтовъ на полицейскіе и уголовные въ тѣсномъ смыслѣ, приводимое мною, носитъ характеръ чисто теоретическій Оно не имѣетъ ничего общаго ни съ дѣленіемъ преступленій по тяжести наказаній, столь обычнымъ для современныхъ уголовныхъ кодексовъ, которые нерѣдко называютъ полицейскими проступками преступныя дѣянія, наименѣе наказуемыя, ни съ одноименнымъ дѣленіемъ преступленій, извѣстнымъ историкамъ права, гдѣ значеніе придавалось не только тяжести наказанія, но и моменту подсудности. Но, и разсматриваемое какъ чисто теоретическое дѣленіе, оно не должно быть смѣшиваемо ни съ попытками разграниченія одноименныхъ понятій по основной юридической природѣ тѣхъ и другихъ деликтовъ, или, какъ принято говорить, съ разграниченіемъ неправдъ уголовной и полицейской, ни, наконецъ, съ попытками догматиковъ найти нѣкоторыя сходственныя черты въ самихъ составахъ тѣхъ преступленій, которыя законодатель относитъ къ рубрикѣ проступковъ полицейскихъ. Мы пользуемся терминами уголовнаго и полицейскаго деликтовъ только потому, что не находимъ въ своемъ распоряженіи другихъ, и, если кто придумаетъ для установленныхъ нами понятій иныя лучшія названія, то мы ничего не будемъ имѣть противъ такой замѣны. Мы устанавливаемъ новыя понятія, единственно имѣя цѣлью дать въ руки юриста-практика средства къ выясненію одного изъ существеннѣйшихъ моментовъ въ составѣ преступленія, невниманіе къ которому составляетъ одинъ изъ наиболѣе тяжкихъ грѣховъ не только современнаго судьи, но въ значительной мѣрѣ и самого законодателя. Въ виду чрезвычайной важности этого момента, мы однако ничего не имѣли бы противъ, если бы законодатель положилъ его въ основу классификаціи преступленій въ своемъ будущемъ уголовномъ кодексѣ. Мы тѣмъ болѣе въ правѣ на это разсчитывать, что безсознательно онъ уже и теперь полагаетъ его въ основу этого дѣленія, выдѣляя въ особую рубрику „нарушеній“ (29 отд. герм. уг. ул.) почти исключительно тѣ составы преступленій, которые отьѣчаютъ установленному нами понятію полицейскаго деликта.

бы субъектъ отчетливо сознавалъ, что вреда не наступитъ, и прилагалъ всѣ усилія къ тому, чтобы этотъ вредъ не наступилъ. Отношеніе воли къ какимъ либо дальнѣйшимъ послѣдствіямъ дѣйствія, лежащимъ внѣ состава полицейскаго деликта, для отвѣтственности за послѣдній лишено всякаго юридическаго значенія. Если ѣдущій быстро по улицѣ кого либо давитъ и дѣлаетъ это виновнымъ образомъ (умышленно или неосторожно), то онъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности по статьямъ закона объ умышленномъ или неосторожномъ убійствѣ; напротивъ, для состава полицейскаго деликта, неумѣренно скорой ѣзды по городскимъ улицамъ, это обстоятельство не имѣло бы значенія.

Затрудненія съ конструированіемъ субъективной стороны возникаютъ по отношенію къ спеціальной категоріи уголовныхъ деликтовъ, которую я назвалъ бы категоріею уголовныхъ деликтовъ *усѣченнаго* типа. Это преступленія, нормальные составы которыхъ, т. е. составы, которые бы обнимали и вредный результатъ, намѣренно урѣзаны законодателемъ въ развитіи ихъ объективной стороны: вредный результатъ, дѣйствительное поврежденіе правоохраненнаго блага, для полноты состава этихъ преступленій не требуется. Мотивы такого искусственнаго усѣченія могутъ быть разные: въ однихъ случаяхъ для законодателя пріобрѣтаетъ рѣшающее значеніе то обстоятельство, что уже и нѣкоторыя промежуточныя измѣненія заключаютъ въ себѣ причиненіе вреда, если и не полнаго, то все-же достаточно ощутимаго. Напр., для полноты состава изнасилованія не важно emissio seminis, достаточно intrusio mebri; для похищенія вещи не требуется дѣйствительной утраты ея собственникомъ, достаточно временнаго нарушенія владѣнія.

Вторымъ мотивомъ для усѣченія объективной стороны деликта могутъ служить затрудненія съ эвентуальнымъ умысломъ, который не наказуемъ при отсутствіи результата. Безрезультатное дѣйствіе, выполненное съ эвентуальнымъ умысломъ, не можетъ быть наказуемо, какъ покушеніе; поэтому для законодателя, не желающаго почему либо допустить безнаказанность безрезультатнаго дѣйствія, ничего не остается

болѣе, какъ урѣзать развитіе объективной стороны состава преступленія, признать преступнымъ результатомъ наступленіе не дѣйствительнаго вреда для правоохраненнаго блага, а нѣкотораго промежуточнаго измѣненія. Такой пріемъ сформированія состава является совершенно неизбѣжнымъ тамъ, гдѣ реализація предупреждаемаго вреда фактически исключала бы самую возможность уголовной репрессіи въ указанномъ направленіи. Примѣромъ можетъ служить второй пунктъ ст. 129 угол. улож., предусматривающій различнаго рода выступленія, возбуждающія къ ниспроверженію существующаго въ государствѣ общественнаго строя. Тотъ же пріемъ является весьма удобнымъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда охраняемое благо носитъ характеръ абстрактный, затрудняющій констатированіе нарушенія его in concreto. Примѣромъ можетъ служить 6-й пунктъ ст. 129 угол. улож. о выступленіяхъ, возбуждающихъ вражду между отдѣльными частями или классами населенія.

Третьимъ мотивомъ къ усѣченію объективнаго состава преступленія можетъ оказаться множественность охраняемыхъ благъ и разнообразіе способовъ ихъ нарушенія. Въ техническомъ отношеніи тогда становится выгоднымъ сосредоточить фокусъ уголовной репрессіи на такомъ промежуточномъ измѣненіи, которое, съ одной стороны, является достаточно характернымъ для данной группы дѣяній, съ другой является необходимымъ для каждаго изъ нихъ. Примѣромъ можетъ служить преступленіе подлога документовъ. Какъ ни разнообразны блага, охраняемыя путемъ запрета этого дѣянія, какъ ни различны способы нарушенія этихъ благъ съ помощью подложнаго документа, всѣ дѣянія этого типа требуютъ въ порядкѣ ихъ внѣшняго развитія одного общаго для всѣхъ промежуточнаго измѣненія—изготовленія подложнаго документа. Тотъ же фактическій моментъ опредѣляетъ и наиболѣе характерныя, юридически показательныя особенности этихъ дѣяній.

Какъ во всѣхъ этихъ случаяхъ опредѣляется субъективная сторона деликта? Можно ли думать, что послѣдствіемъ искусственнаго усѣченія объективной стороны состава можетъ

стать обращеніе деликта уголовнаго въ деликтъ полицейскій, что вина субъекта (умыселъ или неосторожность) станетъ опредѣляться теперь отношеніемъ воли не къ нарушенію правоохраненнаго блага, а къ тому промежуточному измѣненію, по линіи котораго деликтъ подвергся усѣченію? Во многихъ случаяхъ законодатель самъ принимаетъ мѣры, чтобы избѣжать указаннаго толкованія: такъ, въ субъективный составъ похищенія онъ вводитъ признакъ „цѣли присвоенія“, въ составъ подлога—намѣреніе употребить подложный документъ, какъ настоящій (гл. 21 угол. улож.), но въ большинствѣ случаевъ законодатель упускаетъ это обстоятельство изъ вида, чѣмъ и вводитъ въ немалый соблазнъ судебную практику. Тамъ, гдѣ, игнорируя отношеніе воли къ нарушенію правоохраненнаго блага, она пришла бы къ очевидному абсурду, соблазнъ не оказываетъ дѣйствія. Едвали найдется судъ, который призналъ бы наличность состава ст. 571 улож. о нак., предусматривающей поддѣлку государственныхъ кредитныхъ билетовъ, въ поддѣлкѣ ихъ въ видѣ шутки или съ цѣлью доказать тѣмъ, кому сіе вѣдать надлежитъ, самую возможность подобнаго рода поддѣлки для частныхъ лицъ. Соблазнъ неправильнаго толкованія растетъ по отношенію къ составамъ болѣе сложнаго характера. Примѣромъ можетъ служить составъ той же 129 ст. уголовнаго уложенія. Если этотъ деликтъ разсматривать, какъ полицейскій, если умыселъ субъекта опредѣлять здѣсь. какъ отношеніе воли къ преступному результату, т. е. къ самому факту публичнаго произнесенія рѣчи или распространенія опредѣленнаго характера сочиненія, то, какъ я указывалъ уже, можно было бы привлечь по этой статьѣ и того государственнаго сановника, который, получивъ по почтѣ прокламацію, пожелалъ бы у себя на квартирѣ прочитать ее двоимъ—троимъ политическимъ единомышленникамъ въ качествѣ матеріала при обсужденіи мѣръ борьбы съ революціей. Нѣтъ никакого сомнѣнія въ томъ, что произнесеніе рѣчи или распространеніе сочиненія могутъ быть наказаны по ст. 129 только въ томъ случаѣ, если умыселъ субъекта, прямой или эвентуальный, обнималъ, кромѣ самаго факта

произнесенія или распространенія, также и тѣ послѣдующія измѣненія, которыя предусмотрѣны въ 6 спеціальныхъ пунктахъ этой статьи: субъектъ долженъ, если не прямо хотѣть, то допускать, что своимъ дѣйствіемъ онъ повышаетъ шансы реализаціи такихъ явленій или событій, какъ учиненіе бунтовщическаго или измѣннническаго дѣянія, неиспроверженія существующаго въ государствѣ общественнаго строя, неповиновенія закону и пр.

Такъ какъ нормально развитіе субъективной стороны деликта (внутренняго отношенія къ послѣдствіямъ) опредѣляется мѣрою развитія его объективной стороны, то сообщеніе первой бо̀льшаго противъ этой мѣры развитія законодатель обязанъ оговорить въ законѣ. Такъ онъ обычно и дѣлаетъ. Типичнымъ примѣромъ въ этомъ отношеніи для современныхъ уголовныхъ кодексовъ могутъ служить примѣчанія къ отдѣльнымъ статьямъ о наказуемости по нимъ не только оконченныхъ преступленій, но и покушеній, гдѣ „законный“ результатъ отсутствуетъ, но гдѣ виновность тѣмъ не менѣе опредѣляется отношеніемъ воли къ нему, а не къ реализованнымъ внѣшнимъ измѣненіямъ. Но это нужное для полноты состава отношеніе воли не только къ *законному* результату (который только опасенъ для блага), но еще и къ лежащему внѣ законнаго состава *вредному* результату, представляется настолько самоочевиднымъ, виновное отношеніе воли къ опасному результату настолько часто совпадаетъ съ такимъ же точно отношеніемъ ко вредному, обратное явленіе оказывается настолько исключительнымъ, рѣдкимъ, и потому ускользающимъ изъ поля зрѣнія законодателя, что послѣдній забываетъ оговорить это обстоятельство, и текстъ закона получаетъ редакцію, не отвѣчающую вполнѣ мысли законодателя. Установить дѣйствительный смыслъ закона, сообщивъ послѣднему должное ограничительное толкованіе, составляетъ задачу догматика. Примѣромъ такихъ недосказанностей могутъ служить какъ-разъ тѣ законы, о которыхъ идетъ рѣчь въ настоящемъ случаѣ.

Отношеніемъ къ какимъ внѣшнимъ измѣненіямъ опредѣляется субъективная сторона преступленій, несомнѣнно,

уголовныхъ, убійства и тѣлеснаго поврежденія? Что для обоихъ составовъ является законнымъ результатомъ, и что— поврежденіемъ ограждаемаго правового блага?

Результатомъ, общимъ для обоихъ преступленій, являются анатомо-физіологическія измѣненія въ чужомъ человѣческомъ тѣлѣ. Эти измѣненія получаютъ юридическое значеніе, однако, лишь тогда, когда они повреждаютъ или компрометируютъ покоящееся на анатомо-физіологическихъ основахъ правоохраненное благо жизни. Это и есть то предѣльное благо, въ которомъ оба состава преступленій логически объединяются. Но здѣсь же лежитъ для нихъ и исходный пунктъ расхожденія. Подобно тому, какъ всякую площадь можно измѣрить въ длину и въ ширину, и самое пространство площади опредѣляется не иначе, какъ помноженіемъ обоихъ чиселъ, такъ точно и жизнь, какъ психофизическое благо, допускаетъ два измѣренія: во-первыхъ, въ направленіи ея продолжительности, и, во-вторыхъ, въ смыслѣ богатства ея содержанія. Объемъ жизни, какъ психо-физическаго блага, опредѣляется математически произведеніемъ двухъ величинъ: богатства содержанія и мѣры долготы. Продолжительность жизни составляетъ объектъ правоохраны для нормы: „не убій“; богатство содержанія жизни для нормы: „тѣлесно не повреждай“.

Смерть, какъ сокращеніе жизни, входитъ въ составъ преступленія убійства. Результаты законный (какъ послѣднее изъ измѣненій, входящихъ въ законный составъ преступленія) и вредный (въ смыслѣ дѣйствительнаго поврежденія правоохраненнаго блага) здѣсь совпадаютъ. Соотвѣтственно, и въ рѣшеніи вопроса о виновности здѣсь не возникаетъ какихъ либо сомнѣній. Убійство—деликтъ уголовный нормальнаго типа. Иначе обстоитъ дѣло съ составомъ деликта тѣлеснаго поврежденія. Это—деликтъ усѣченнаго типа. Увѣчья, раны, побои, истязанія, даже самое „поврежденіе здоровья“, въ смыслѣ мѣстнаго и частичнаго его ухудшенія, удовлетворяютъ требованіямъ законнаго результата, но не результата, въ смыслѣ поврежденія правового блага. Такимъ результатомъ является здѣсь лишь послѣдствіе описанныхъ въ законѣ

анатомо-физіологическихъ измѣненій,—соотвѣтственное обнищаніе жизни. Оттого и виновность опредѣляется здѣсь отношеніемъ воли къ увѣчью, ранамъ и т. д., какъ къ средствамъ, съ помощью которыхъ это обнищаніе можетъ быть достигнуто.

Но понятіе обнищанія жизни, какъ слѣдствія закономъ предусмотрѣнныхъ анатомо-физіологическихъ измѣненій, является опять-таки понятіемъ довольно сложнымъ. Понятіе богатства жизни слагается изъ признаковъ ея полноты, интенсивности и гармоніи, опредѣляемыхъ составомъ, строеніемъ, состояніемъ, способностью функціонированія и соотношеніемъ соотвѣтствующихъ органовъ физическихъ и духовныхъ отправленій человѣка. Къ минусамъ для блага богатства жизни слѣдуетъ отнести и причиненіе болевыхъ ощущеній, такъ какъ боль есть страданіе нерва и, какъ слѣдствіе въ немъ совершающихся измѣненій, ухудшеніе общаго или мѣстнаго самочувствія [37]).

Въ вопросѣ о конфликтахъ врачебнаго дѣйствія съ благами жизни и здоровья особый интересъ представляютъ тѣ случаи, когда пользующій врачъ спекулируетъ въ организмѣ больного однимъ частнымъ благомъ за счетъ другого блага, общаго или тоже частнаго; напр., ампутируетъ ногу, чтобы остановить развитіе гангрены и спасти жизнь; даетъ внутрь наркотическое средство, чтобы ослабить нервное страданіе, физическое облегченіе наступаетъ въ ущербъ дѣятельности сердца; оперируетъ въ діагностическихъ цѣляхъ или желая

---

[37]) Ср. Binding, Lehrbuch, Besonderer Teil, 1902, стр. 42: „тѣлесное поврежденіе или поврежденіе здоровья есть противоправное, умышленно, однако, безъ умысла на убійство, или неосторожно выполненное поврежденіе чужого здоровья. Предметъ его не тѣло, еще того менѣе поверхность тѣла, но здоровье другого человѣка“,—опредѣляемое, какъ „индивидуальная мѣра свободы отъ страданія и ненарушеннаго согласованнаго дѣйствія человѣческихъ органовъ“. „Дѣйствіе поврежденія чужого здоровья,—продолжаетъ Биндингъ (стр. 43),—распадается, согласно § 223 импер. улож., на Misshandlung и поврежденіе здоровья въ тѣсномъ смыслѣ. Misshandlung означаетъ... вредное для здоровья механическое обращеніе съ тѣломъ, которое у нормальнаго человѣка вызываетъ ощущеніе страданія. Ибо страданіе, боль есть болѣзненное нервное возбужденіе; поэтому дѣйствіе, возбуждающее его, вредно“.

проложить путь или приготовить мѣсто для послѣдующей операціи; вырѣзаетъ червеобразный отростокъ слѣпой кишки у здороваго въ цѣляхъ предупрежденія признаваемаго возможнымъ воспалительнаго процесса въ будущемъ; примѣняетъ крайне болѣзненныя предохранительныя прививки; лишаетъ женщину временно или навсегда способности зачатія, гарантируя ей жизнь отъ чрезмѣрной опасности, съ которой сопряжены для нея роды.

Напрасно было бы думать, что отдѣльные органы человѣческаго тѣла—рука, нога, ребро, яичники и т. д. пользуются, каждый, самостоятельною юридической защитой, что поврежденіе каждаго изъ нихъ уже само по себѣ является преступленіемъ. Измѣненія, въ нихъ производимыя, суть измѣненія промежуточныя; сами по себѣ, взятыя изолированно, они лишены всякаго юридическаго значенія. Таковое они получаютъ лишь какъ средства къ поврежденію правоохраненнаго блага, психофизическаго бытія личности въ обоихъ присущихъ ему направленіяхъ длительности и богатства содержанія, „жизни“ и „здоровья“, по выраженію закона [38]). Производный характеръ значенія отдѣльныхъ органовъ тѣла налагаетъ свою печать и на характеръ защиты ихъ: послѣдняя требуетъ учета и сбалансированія частныхъ поврежденій въ общей экономіи даннаго организма. И если, въ общемъ итогѣ, тѣ или другія, производимыя въ организмѣ, частныя измѣненія служатъ къ увеличенію блага жизни (въ широкомъ смыслѣ этого слова) или къ предупрежденію грозившаго иначе сокращенія этого блага, то и самыя дѣйствія, производящія эти измѣненія, не могутъ быть названы юридически нежелательными [39]).

---

[38]) Поэтому правъ Штоссъ, когда онъ говоритъ, что нельзя дѣйствіе хирурга оправдывать состояніемъ крайней необходимости. Нельзя сказать: хирургъ повреждаетъ кость, чтобы исцѣлить болѣе важный органъ; слѣдуетъ помнить, что организмъ человѣка и его здоровье образуютъ единое благо и что на отдѣльныя части организма нельзя смотрѣть, какъ на особыя блага. Stooss, указ. сочин., стр. 8.

[39]) Интересна полемика Листа, убѣжденнаго противника рѣшенія вопроса о врачебномъ дѣйствіи, какъ о не заключающемъ въ себѣ состава преступленія тѣлеснаго поврежденія, съ послѣдователемъ Штосса—Баромъ, сторонникомъ противоположнаго взгляда. „Баръ оперируетъ главнымъ обра-

При этомъ необходимо отмѣтить, что одной сравнительной расцѣнки потерь организма отъ самаго процесса врачеванія (операціи, прививки и т. п.) и выгоды для организма, ожидаемой въ конечномъ результатѣ дѣйствія, еще недостаточно, чтобы рѣшить вопросъ о вмѣненіи. Необходимо также принять въ расчетъ самые шансы потерь и выгодъ. Врачъ не въ правѣ прибѣгнуть къ операціи только потому, что цѣнность ожидаемыхъ пріобрѣтеній превышаетъ стоимость возможныхъ утратъ, онъ долженъ, кромѣ того, сравнить, насколько велико вѣроятіе тѣхъ и другихъ. Пріобрѣтеніе, цѣнное in abstracto, перестаетъ быть выгоднымъ, если оно, по обстоятельствамъ дѣла, является проблематичнымъ, тогда какъ потери, хотя бы и менѣе цѣнныя, неизбѣжны или весьма вѣроятны. Врачъ въ этомъ случаѣ долженъ разсуждать такъ же, какъ разсуждаетъ игрокъ на счастье; рѣшая вопросъ, выгодно или нѣтъ поставить на карту извѣстную сумму денегъ, игрокъ принимаетъ въ соображеніе не только размѣръ предполагаемаго выигрыша,

---

зомъ слѣдующимъ соображеніемъ,—говоритъ Листъ (указ. сочин., стр. 25): мы должны принимать во вниманіе конечный результатъ. Если я даю портному въ руки кусокъ сукна, чтобы онъ приготовилъ мнѣ новый костюмъ, и портной рѣжетъ сукно на куски, онъ совершаетъ поврежденіе имущества. Потомъ онъ беретъ отдѣльные куски и прокалываетъ ихъ иглою,—опять поврежденіе имущества. Это была бы превратная точка зрѣнія, если бы мы брали во вниманіе названные частичные результаты,—мы должны принимать во вниманіе конечный результатъ. Согласенъ (отвѣчаетъ Листъ), но я не вѣрю, чтобы эта точка зрѣнія приводила къ цѣли даже въ формулировкѣ Бара. Допустимъ, что жизнь человѣка можетъ быть спасена только отнятіемъ ноги. Конечнымъ результатомъ будетъ тогда, что нога удалена, что ея больше нѣтъ, и отъ этого мы никуда не уйдемъ. Это—не то, что въ примѣрѣ съ портнымъ: портной сукно рѣжетъ и опять сшиваетъ,—тамъ вмѣсто сукна я получаю готовый неповрежденный костюмъ,—здѣсь нога потеряна окончательно, хотя жизнь и спасена. Если я, чтобы спасти имущество, жертвую частью, то эта часть все-же принесена въ жертву; ясно, само собой, что поврежденіе имущества на лицо, имущество стало меньшимъ, чѣмъ было прежде. Если я наказываю тѣлесно злонравнаго ученика въ школѣ, желая нравственно исправить его, то я не могу сказать: это не тѣлесное поврежденіе, на томъ основаніи, что школьникъ нравственно сталъ лучше. Тѣлесное поврежденіе было, удары на немъ". Имущество стало меньшимъ, чѣмъ прежде,—безспорно, но все-же оно больше, чѣмъ если бы вмѣшательство не послѣдовало. Совсѣмъ не къ мѣсту примѣръ съ ученикомъ: благонравіе и здоровье—блага несоизмѣримыя, зачету взаимно не подлежащія.

но и самое вѣроятіе послѣдняго. Рискъ—благородное дѣло, однако, въ предѣлахъ разумнаго: надо, чтобы было, изъ за чего рисковать, и чтобы самая игра не переходила въ азартъ, покоилась не на вѣрѣ въ слѣпое счастье, а на стремящемся къ математической точности учетѣ возможностей. Если отступленія отъ этого правила еще простительны игроку, то они всего менѣе позволительны врачу. Если врачеваніе и можно сравнить съ игрой, то слѣдуетъ твердо помнить, что это игра за чужой счетъ.

По изложеннымъ соображеніямъ, врачъ можетъ оказаться въ правѣ предпочесть средства болѣе сильныя и рискованныя, но дѣйствующія быстро и тѣмъ сберегающія силы организма, средствамъ менѣе рискованнымъ, но и медленнѣе дѣйствующимъ; при чрезвычайной опасности для жизни, примѣнить средства, называемыя героическими, когда же потеряна всякая надежда спасти жизнь или органъ тѣла, употребить средства, никогда и никѣмъ не испробованныя (научный экспериментъ), но имѣющія за себя теоретическіе доводы. При неизбѣжности смертнаго исхода, нельзя отрицать права врача примѣнять средства, направленныя исключительно къ утоленію мукъ умирающаго, хотя бы и съ рискомъ, въ извѣстной мѣрѣ, ускорить его кончину.

Конечно, сбалансированіе пользъ и вреда отъ тѣхъ или другихъ пріемовъ воздѣйствія на организмъ представляетъ собою дѣло не легкое. Правосознаніе современника признаетъ самоцѣльнымъ только одно благо продолжительности жизни. Въ предупрежденіе грозящаго сокращенія жизни, въ предѣлахъ необходимости, допустимо причиненіе всякаго увѣчья, всякой раны, всякаго мученія и истязанія. Напротивъ, сравнительная оцѣнка благъ, обнимаемыхъ понятіемъ содержанія жизни, сопряжена нерѣдко съ величайшими затрудненіями. То, что мы назвали богатствомъ содержанія жизни, не есть абсолютная, самодовлѣющая цѣнность. Частныя блага, обнимаемыя этимъ понятіемъ, носятъ характеръ служебный. Ихъ цѣнность опредѣляется тѣмъ значеніемъ, которое мы склонны придавать обслуживаемымъ ими цѣлямъ. Вопросъ о сравнительной цѣнности благъ сводится, такимъ образомъ, къ

сложной проблемѣ о сравнительной цѣнности жизненныхъ цѣлей. Нѣкоторыя указанія къ рѣшенію этой проблемы мы находимъ уже въ самомъ законѣ, въ установленномъ имъ дѣленіи тѣлесныхъ поврежденій на болѣе и менѣе тяжкія. Способности ума, зрѣнія, слуха, рѣчи, владѣнія конечностями, производительная способность и благообразіе лица поставлены законодателемъ подъ усиленную охрану уголовнаго закона. Въ остальномъ слѣдуетъ руководствоваться при оцѣнкѣ данными общественнаго правосознанія. Физическія и психическія свойства индивида расцѣниваются тѣмъ выше, чѣмъ болѣе субъектъ, ими располагающій, является приспособленнымъ къ условіямъ общественной среды, чѣмъ болѣе онъ пригоденъ служить юридически и нравственно признаннымъ соціальнымъ цѣлямъ.

Такъ, нельзя отказать въ свойствѣ врачебнаго пользованія манипуляціямъ, разсчитаннымъ на приспособленіе человѣческаго организма къ выполненію тѣхъ естественныхъ его функцій, которыя находятъ защиту въ правѣ. Примѣромъ можетъ служить операція, направленная къ устраненію причинъ, препятствующихъ забеременѣнію.

Спеціальное упоминаніе законодателемъ въ числѣ объектовъ правоохраны также и физическаго благообразія не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что юридически вполнѣ допустимы и такіе виды врачебнаго пользованія, которые преслѣдуютъ цѣли косметическія. Примѣромъ можетъ служить оперативное удаленіе съ лица безобразящей его бородавки, удлиненіе глазныхъ щелей и пр. Если подобнаго рода операціи сопутствуютъ нѣкоторыя болевыя ощущенія, послѣднія еще отнюдь не служатъ доказательствомъ ея непремѣнной противоправности.

Наконецъ, врачебное пользованіе можетъ преслѣдовать цѣли профессіональныя, удовлетворять требованіямъ, предъявляемымъ къ человѣческому тѣлу той или другой профессіей. Поскольку профессія пользуется юридическимъ признаніемъ и удовлетвореніе предъявляемымъ ею спеціальнымъ физическимъ запросамъ не грозитъ разстройствомъ какихъ либо общихъ или спеціальныхъ функцій организма, состоя-

щихъ подъ охраною права,—врачебное пользованіе, какъ актъ соціальнаго приспособленія организма, не можетъ быть признано дѣйствіемъ противоправнымъ. Для примѣра здѣсь могутъ быть названы атлетическій массажъ и различные типы физической тренировки, рекомендуемые людямъ спорта, морякамъ, военнымъ. Но болевыя ощущенія, требуемое напряженіе силъ и физическія лишенія не должны быть чрезмѣрными, не должны переходить въ истязанія или мученія.

III. Врачебное дѣйствіе въ его конфликтахъ съ уголовными законами, охраняющими благо личной свободы паціента.

Мы прослѣдили вопросъ о конфликтахъ свободы врачебнаго дѣйствія съ уголовными законами, охраняющими блага жизни и здоровья паціента, и пришли къ заключенію, что юридически конфликты подобнаго рода не мыслимы. Коль скоро дѣйствіе субъекта, берущаго на себя роль врача, отвѣчаетъ понятію дѣйствія врачебнаго, тѣмъ самымъ логически устраняется возможность говорить о немъ, какъ о повреждающемъ или подвергающемъ опасности блага жизни и здоровья пользуемаго. Иначе складывается отношеніе врачебнаго дѣйствія къ благу личной свободы паціента. Здѣсь конфликты вполнѣ возможны. Не заключая въ себѣ преступленія противъ жизни и здоровья индивида, врачебное дѣйствіе можетъ явиться преступнымъ, какъ актъ принужденія или насилія. Выигрывающій отъ такого дѣйствія интересъ цѣлостности и полноты психофизическаго бытія личности и интересъ, отъ него проигрывающій,—свободы самоопредѣленія личности—являются интересами разнородными, не допускающими сведенія ихъ къ одному общему знаменателю для юридическаго зачета.

Освѣщая вопросъ о свободѣ врачебнаго дѣйствія въ случаяхъ этого рода съ моральной и политической точекъ зрѣнія, мы найдемъ, что допущеніе самоуправнаго врачеванія было бы, пожалуй, болѣе тяжкимъ общественнымъ бѣдствіемъ, чѣмъ самыя болѣзни человѣчества. Изо всѣхъ видовъ государственной опеки опека врачей, быть можетъ, была бы

наименѣе выносимая. Она посягала бы на самое дорогое, самое цѣнное благо личности,—на естественную свободу распоряжаться собственнымъ тѣломъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ и самая польза, приносимая врачеваніемъ, была бы низведена до minimum'а. Въ числѣ врачующихъ факторовъ, довѣріе паціента къ врачу играетъ роль далеко не третьестепенную. Но довѣріе возможно единственно при томъ условіи, что паціентъ добровольно приходитъ къ врачу и подчиняется его предписаніямъ.

Не менѣе тягостно было бы положеніе и самого врача. Послѣдній тѣмъ меньше имѣетъ основаній навязывать кому-либо свои услуги, что безусловная гарантія успѣха врачеванія возможна лишь въ рѣдкихъ случаяхъ. Врачъ хорошо знаетъ, что всякое мало-мальски серьезное врачебное дѣйствіе, оперированіе въ особенности, сопряжено съ извѣстнымъ рискомъ; что одна профессіональная выучка еще не создаетъ врача и оператора; что врачеваніе—не ремесло, а творчество, искусство; что поэтому рискъ неудачи—величина колеблющаяся, процентъ случаевъ неблагопріятнаго исхода—выше у однихъ, и ниже у другихъ хирурговъ; что отказъ больного отъ врачебной помощи можетъ имѣть мотивомъ недовѣріе къ данному врачу, намѣреніе обратиться къ другому, болѣе опытному или почему либо внушающему бо̀льшее довѣріе; что, наконецъ, у больного можетъ быть рядъ глубокихъ личныхъ, семейственныхъ, хозяйственныхъ, профессіональныхъ и иныхъ заслуживающихъ вниманія соображеній, понуждающихъ его уклоняться отъ врачебной помощи вообще или отъ предложенной, въ частности.

Признаетъ въ общемъ, но вводитъ въ слишкомъ узкія границы это право паціента располагать собой *Ширяевъ:* „намъ думается,—говоритъ онъ—что больной, приглашая врача, тѣмъ самымъ какъ бы отдаетъ себя въ его распоряженіе, и врачъ не только уполномоченъ, но и обязанъ принять всѣ мѣры, которыя предписываетъ ему въ данномъ случаѣ наука,... до тѣхъ поръ, пока это согласіе не будетъ взято обратно; примѣненіе отдѣльныхъ врачебныхъ мѣръ безъ согласія представляется нарушеніемъ врачебной этики,

но посягательствомъ на свободу можетъ быть признано лишь примѣненіе этихъ мѣръ вопреки ясно выраженной волѣ больного". Частный случай нельзя возводить въ общее правило: больнымъ приходится часто обращаться къ врачамъ, которыхъ они видятъ первый разъ въ жизни,—обращаться только потому, что помощь нужна неотложная, а другихъ врачей по близости нѣтъ. Здѣсь, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, о довѣріи къ врачу, въ смыслѣ индивидуально опредѣленной личности, не можетъ быть и рѣчи. Личное довѣріе должно быть завоевано: его нельзя требовать въ кредитъ. Во-вторыхъ, довѣріе, даже и сложившееся, еще не исключаетъ права паціента контролировать врача. Контроль въ особенности умѣстенъ въ тѣхъ случаяхъ, когда болѣзнь—застарѣлая, больной раньше лѣчился у другихъ врачей, испробовалъ разныя средства и методы и имѣлъ возможность изучить, какъ тѣ или другіе на него дѣйствуютъ. Часто хорошіе результаты даютъ именно опытъ паціента и знанія врача, въ ихъ совокупности. Въ-третьихъ, если больной имѣетъ право отказать врачу вовсе, то нельзя отрицать за нимъ права не подчиняться врачу и въ отдѣльныхъ случаяхъ. Первоначальное обращеніе къ врачу означаетъ лишь согласіе паціента на то, чтобы врачъ *приступилъ* къ лѣченію. Въ каждый изъ послѣдующихъ моментовъ, не отказывая врачу, паціентъ тѣмъ самымъ выражаетъ свое согласіе на то, чтобы врачъ *продолжалъ* лѣченіе, но согласіе больного X на то, чтобы его лѣчилъ врачъ У, еще не заключаетъ въ себѣ implicite согласія и на тѣ средства, которыя заблагоразсудитъ примѣнять У.

Мы формулировали опредѣленный принципъ врачебной этики. Но жизнь не настолько проста, чтобы ее можно было уложить безостаточно на прокрустово ложе теоріи. In concreto, на рѣшеніе вопроса не могутъ не вліять многообразіе условій быта, мотивы отказа отъ врачебной помощи, свойство заболѣванія, послѣдствія, которыми оно грозило самому заболѣвшему и окружающимъ его. Здѣсь, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, для того, чтобы этически правильно опредѣлить границы своей профессіональной свободы, врачу не-

достаточно обладать требуемыми научными знаніями и техническими навыками, — ему надо быть еще и человѣкомъ, носителемъ общественной морали, нравственно развитою личностью.

Отъ освѣщенія вопроса съ точки зрѣнія профессіональной врачебной этики, являющейся, впрочемъ, не болѣе, какъ отвѣтвленіемъ обще-соціальной, слѣдуетъ, конечно, строго отличать юридическую сторону проблемы, спеціально насъ интересующую. Рѣчь идетъ о юридическихъ послѣдствіяхъ, которыя по закону должны сопровождать то или другое отношеніе врача къ правоохраненному интересу личной свободы паціента. При этомъ можетъ случиться, что поведеніе врача, осуждаемое правомъ, будетъ оправдано съ точки зрѣнія этики, и наоборотъ.

По мнѣнію Сената и нѣкоторыхъ нашихъ юристовъ, врачъ, игнорирующій волю больного, подлежитъ уголовной отвѣтственности въ зависимости отъ исхода врачеванія.

„Какъ намъ кажется,—говоритъ *И. Г. Щегловитовъ* [40]),—послѣдствія неправомѣрнаго врачеванія,—а таковымъ является врачеваніе вопреки волѣ больного или его представителей,—должны подходить подъ понятіе уголовно наказуемыхъ поврежденій или лишенія жизни“.

По мнѣнію *С. Н. Трегубова* [41]), врачъ,—„приступая къ врачеванію не принудительно, а лишь не выяснивъ направленія воли больного, самонадѣянно предполагаетъ избѣжать нежелательныхъ для паціента результатовъ и, удачно избѣжавъ ихъ, не можетъ подвергнуться наказанію“, въ противномъ случаѣ онъ подлежитъ отвѣтственности, какъ за „преступную самонадѣянность“, т. е. или по 129 ст. уст. о нак., или же по 1468 ст. улож. о нак., въ зависимости отъ того, было ли послѣдствіемъ врачеванія поврежденіе здоровья или же самая смерть. По уголовному уложенію 1903 года соотвѣтствующими статьями будутъ 474 и 464.

Подобныя же соображенія высказалъ Сенатъ по дѣлу доктора Модлинскаго (1902 г. № 33): „неиспрошеніе Мод-

[40]) Право, 1902, №№ 51 и 52.

[41]) Журн. Мин. Юст., 1904, № 3, стр. 27 и сл.

линскимъ согласія Черновой несомнѣнно является признакомъ явной небрежности, обнаруженной имъ въ отношеніи такого условія его врачебной дѣятельности, которое было для него обязательно и несоблюденіе коего, въ виду послѣдовавшей смерти Черновой, придаетъ его дѣйствіямъ характеръ уголовно-наказуемой неосторожности... А такъ какъ затѣмъ палатой установлена... причинная связь между дѣйствіями Модлинскаго и смертью Черновой, то и примѣненіе къ нему 1468 ст. улож. о наказ. представляется вполнѣ правильнымъ".

Если мѣропріятіе отвѣчало признакамъ врачебнаго пользованія, если оно увеличивало шансы выздоровленія и, вообще, по состоянію медицинскихъ знаній, должно было служить на пользу паціента,—то, каковъ бы ни былъ фактическій исходъ, оно не можетъ быть разсматриваемо юридически какъ убійство или поврежденіе здоровья, ни какъ умышленное, ни какъ неосторожное. Дѣйствіе, не только не опасное для здоровья, а, напротивъ, способствующее его возстановленію, а, слѣдовательно, и сохраненію жизни, ни при какихъ условіяхъ не можетъ служить основаніемъ для привлеченія къ отвѣтственности, какъ за преступленіе противъ здоровья и жизни. Предпринятое противъ воли паціента, оно опасно только для его свободы. Только какъ посягательство на послѣднюю оно и можетъ служить объектомъ юридической оцѣнки.

Палата совершенно правильно признала наличность причинной связи между произведенной Модлинскимъ операціей и смертью Черновой. Какъ бы ни была опасно больна Чернова, какъ бы настоятельно ни была нужна операція, Чернова могла бы еще жить... мѣсяцъ, годъ, а можетъ быть, и больше. 10 марта 1891 года Чернова умерла вслѣдствіе операціи. Она не умерла бы въ этотъ день, если бы операціи произведено не было. И, тѣмъ не менѣе, смерть Черновой не можетъ быть вмѣнена доктору Модлинскому, если онъ, приступая къ операціи, не увеличивалъ, а уменьшалъ шансы смерти оперируемой въ ближайшемъ будущемъ; если, по учету рисковъ для жизни и здоровья, предпринятіе опе-

раціи представлялось болѣе выгоднымъ, чѣмъ воздержаніе отъ нея, и если экспертизой признано, что, при назначеніи и выполненіи операціи, оперирующій врачъ стоялъ на уровнѣ требованій, которыя должны быть къ нему предъявлены. Дѣйствіе операціи не было преступленіемъ противъ жизни, потому что оно не было опасно для жизни. А то, что оно оказалось вредно,—юридически безразлично. Моментъ вреда получаетъ значеніе въ уголовномъ правѣ, становится предположеніемъ наказанія только въ сочетаніи съ моментомъ *опасности* причинившаго вредъ дѣйствія.

Приступая къ рѣшенію проблемы о юридическихъ конфликтахъ свободы врачебнаго дѣйствія съ правоохраненнымъ благомъ личной свободы паціента, мы должны опредѣлить, возможно точнѣе, составъ насилія какъ преступленія.

Насиліе есть элементарное посягательство на физическую свободу лица,—элементарное, въ смыслѣ отсутствія признаковъ, которые бы осложняли объектъ посягательства, присоединяя къ нарушенію физической свободы нарушеніе какихъ либо еще благъ: женской половой чести (составъ изнасилованія), вещныхъ правъ (разбой), и т. п. По признаку избираемыхъ средствъ, можно различать насиліе физическое и психическое. Особенность нашего дѣйствующаго уголовнаго законодательства заключается въ томъ, что подъ насиліемъ въ тѣсномъ смыслѣ, предусматриваемымъ ст. 142 уст. о нак., оно понимаетъ насиліе исключительно физическое. Насиліе психическое, какъ таковое, не предусматривается имъ вовсе: законодатель ограничивается воспрещеніемъ подъ страхомъ наказанія *угрозъ* опредѣленнаго содержанія (насильственными дѣйствіями, лишеніемъ жизни и поджогомъ, статьи 139—140 уст. о нак.), составляющихъ безспорно типическое средство учиненія психическаго насилія, но наказуемыхъ безъ отношенія къ умыслу субъекта использовать ихъ въ этомъ смыслѣ,—предусматриваемыхъ законодателемъ въ качествѣ деликтовъ sui generis. Ради удобства, въ послѣдующемъ изложеніи мы употребляемъ понятіе насилія въ болѣе широкомъ значеніи, обнимая имъ оба вида насилія, какъ физическое, такъ и психическое.

Итакъ, насиліе есть посягательство на физическую свободу. Но свобода—понятіе отрицательное. Быть свободнымъ вообще нельзя. Быть свободнымъ, въ частности, физически свободнымъ, можно только отъ чего нибудь. Гарантируя индивиду физическую свободу, уголовный законъ ограждаетъ тѣло индивида отъ воздѣйствія третьихъ лицъ *противъ или помимо воли индивида*. Что это значитъ? какъ назвать то благо, которое въ данномъ случаѣ законъ беретъ подъ свою защиту?

По мнѣнію *Листа*, законъ о наказуемости *принужденія*, заступающаго мѣсто нашихъ насилія и угрозъ въ германскомъ уголовномъ правѣ, ограждаетъ интересъ индивида, заключающійся въ безпрепятственномъ приведеніи въ дѣйствіе его воли. Нѣсколько полнѣе опредѣляетъ содержаніе понятія правоохраненнаго блага при томъ же преступленіи *Биндингъ*. Кромѣ свободы осуществленія воли, Биндингъ отмѣчаетъ въ составѣ понятія принужденія еще свободу принятія рѣшенія по собственнымъ мотивамъ. Нарушить первое благо (свободу осуществленія воли) можно посредствомъ физическаго насилія, средствомъ нарушенія второго (свободы самоопредѣленія) можетъ служить вызовъ у субъекта чувства страха. Обѣ теоріи усматриваютъ, такимъ образомъ, сущность разсматриваемаго преступленія въ одномъ и томъ же—въ помѣшательствѣ волевому процессу, и разнорѣчатъ по вопросу о стадіяхъ послѣдняго: въ то время, какъ одна теорія интересуется исключительно моментомъ реализаціи воли, другая, кромѣ того,—моментомъ ея сформированія. Опредѣленія согласованы съ текстомъ § 240 герм. угол. улож., предусматривающаго преступленіе принужденія. Названный параграфъ заключаетъ въ себѣ три запрета: 1) никто не долженъ препятствовать субъекту производить тѣлодвиженія, которыя онъ хочетъ произвести, 2) никто не долженъ принуждать субъекта къ тѣлодвиженіямъ, производить которыя онъ не хочетъ, которыхъ бы онъ не произвелъ, если бы давленіе на его волю въ извѣстной, закономъ опредѣляемой формѣ оказано не было, и 3) никто не долженъ оказывать давленіе на волю субъекта, вынуждая его терпѣть воздѣйствіе, производимое на его тѣло. Во всѣхъ трехъ случаяхъ мы, дѣйствительно, видимъ борьбу,

столкновеніе двухъ воль, порабощеніе одной воли другою, при чемъ, какъ средство одолѣнія, въ однихъ случаяхъ насильникъ используетъ исключительно свои физическія силы, въ другихъ—психическія, въ третьихъ—тѣ и другія комбинируетъ. Но германское „принужденіе“ и усвоенное нашимъ правомъ понятіе „насилія“ не тождественны по составу. Всякое принужденіе есть, вмѣстѣ съ тѣмъ, и насиліе, но не всякое насиліе—принужденіе. Понятіе насилія шире понятія принужденія, потому что здѣсь, говоря о дѣйствіи, выполненномъ противъ воли потерпѣвшаго, законодатель понимаетъ волю не психологически, въ смыслѣ развитія волевого процесса, а логически, въ смыслѣ данныхъ субъективнаго сознанія въ ихъ отношеніи въ дѣйствительности: императивнаго сужденія о томъ, чему слѣдуетъ быть [42]). Предусматривая „принужденіе“, законодатель стремится обезпечить индивиду нормальное, не встрѣчающее на своемъ пути препятствій, *движеніе* волевого процесса; карая за „насиліе“, онъ гарантируетъ индивиду *соотвѣтствіе* между *состояніемъ* его тѣла, поскольку оно опредѣляется воздѣйствіемъ третьихъ лицъ, и его рѣшеніемъ относительно помянутаго состоянія. Правоохраненнымъ благомъ при насиліи является, такимъ образомъ, предоставляемая каждому дѣеспособному субъекту в л а с т ь надъ его тѣломъ. Индивидъ разсматривается какъ х о з я и н ъ своего тѣла. Насиліе есть преступленіе противъ автономіи личности въ ея физической жизни. Никто не въ правѣ вторгаться въ эту сферу, вопреки волѣ субъекта, т. е. идя въ разрѣзъ съ его рѣшеніемъ. Дѣйствія третьихъ лицъ наказуемы здѣсь не потому, что они опасны или вредны для здоровья индивида или иныхъ какихъ либо его матеріальныхъ или духовныхъ благъ, но единственно потому, что представляютъ собой вторженіе въ сферу его власти. Предоставленіе каждому этой власти составляетъ необходимое условіе разумно организованной общественной жизни. Единственно при гарантіи личности ея физической автономіи становятся возможны ея нравственное развитіе и дѣятельное проявленіе во-внѣ.

---

[42]) Въ этомъ смыслѣ говорятъ о завѣщаніяхъ, какъ о послѣдней в о л ѣ умершаго.

Сравнивая составы „насилія“ и „принужденія“, мы найдемъ что составъ „насилія“, оставляющій безъ вниманія моментъ борьбы, активнаго подавленія чужой воли, въ состояніи обнять собою и такія фактическія комбинаціи, гдѣ названной борьбы нѣтъ вовсе,—такія, гдѣ субъектъ, вторгаясь въ чужую физическую сферу, не борется съ чужой волей, но просто игнорируетъ ее. Составъ насилія на лицо, когда содержаніе этой воли не соотвѣтствуетъ тому, что было выполнено кѣмъ либо въ физической сферѣ того же лица.

На почвѣ проявленій безучастнаго отношенія къ чужой волѣ, допускаемыхъ составомъ насилія, могутъ быть различаемы слѣдующія фактическія комбинаціи:

1) Потерпѣвшій, волю котораго игнорируютъ, сознаетъ вторженіе въ свою фактическую сферу и оказываетъ сопротивленіе. Дѣятельность субъекта, направленная на одолѣніе оказываемаго сопротивленія, перестаетъ быть просто насильственной: съ этого момента она характеризуется, сверхъ того, спеціальными признаками принужденія.

2) Потерпѣвшій, волю котораго игнорируютъ, сознаетъ вторженіе въ свою физическую сферу, но не оказываетъ сопротивленія, подчиняясь добровольно или недобровольно (вслѣдствіе страха опредѣленныхъ въ законѣ указанныхъ, послѣдствій или же вслѣдствіе сознанія физическаго безсилія). Въ первомъ случаѣ (добровольнаго подчиненія) о насиліи не можетъ быть рѣчи по отсутствію одного изъ объективныхъ признаковъ состава (контрастной по содержанію воли на сторонѣ потерпѣвшаго). Во второмъ случаѣ необходимо различать, было ли, или нѣтъ, отсутствіе сопротивленія понято субъектомъ дѣйствія надлежащимъ образомъ. Если субъектъ видѣлъ въ отсутствіи сопротивленія соотвѣтствіе того, что онъ дѣлаетъ, волѣ индивида, насилія не будетъ, такъ какъ отсутствуетъ одинъ изъ субъективныхъ признаковъ состава—вина (субъектъ добросовѣстно заблуждается относительно фактическаго значенія дѣйствія). Въ противномъ случаѣ, т. е. если субъектъ правильно понялъ, почему нѣтъ сопротивленія, сознаетъ несоотвѣтствіе учиняемаго имъ волѣ потерпѣвшаго,—воздѣйствіе на тѣло, имъ производимое, ко-

нечно, нельзя не признать посягательствомъ на чужую физическую свободу, но оно не можетъ быть разсматриваемо какъ принужденіе: одолѣніе чужой воли здѣсь не избирается субъектомъ, какъ средство достиженія преслѣдуемаго эффекта. Специфическихъ признаковъ принужденія нѣтъ,—на лицо лишь признаки преступленія рода,—насилія.

3) Насиліемъ дѣйствіе субъекта можетъ оказаться и тогда, когда потерпѣвшій не сознаетъ того, что дѣлаютъ съ его тѣломъ (захлороформированъ, спитъ, пьянъ, находится въ состояніи экстаза, не можетъ прійти въ себя отъ неожиданности, страха и т. п.), когда сознаніе пережитаго и возможность нормальной оцѣнки явились у него только по окончаніи выполненнаго надъ нимъ физическаго акта. По свойству нашей темы, эта комбинація представляется наиболѣе интересною.

Большая ошибка считать насиліемъ только такое воздѣйствіе на чужое тѣло, которое выполняется вопреки ясно выраженной волѣ субъекта, „несмотря на его протестъ“, въ частности, обращаясь спеціально къ нашей темѣ, утверждать, что врачъ „не совершилъ бы никакого нарушенія“,—„если бы онъ взялъ на себя рискъ помочь страждущему и безъ прямого его согласія, а пользуясь только отсутствіемъ протеста съ его стороны“ [42а]). Это значило бы признать, что каждый сохраняетъ юридическую власть надъ своимъ тѣломъ лишь до тѣхъ поръ, пока онъ бодрствуетъ. Стоитъ человѣку временно потерять сознаніе или хотя бы просто отвлечься вниманіемъ, какъ онъ становится существомъ безправнымъ. Если считать насиліемъ только такое дѣйствіе, которое предпринято „вопреки ясно выраженной волѣ субъекта, несмотря на его протестъ“, нельзя было бы наказать, какъ за насиліе, того, кто, пользуясь сномъ священника, самовольно остригъ ему волосы; или вымазалъ сажей лицо безчувственно пьяному; или внезапно, прежде чѣмъ незнакомая женщина успѣла опомниться, поцѣловалъ ее на улицѣ, и пр. И зачѣмъ непремѣнно надобенъ протестъ? почему недоста-

---

42а) Какъ утверждаетъ Розинъ въ указанной статьѣ.

точно *отсутствія согласія?* Развѣ протестъ не есть только одна изъ формъ заявленія о несогласіи? Наше дореформенное уголовное законодательство отказывалось въ содѣянномъ видѣть изнасилованіе, если потерпѣвшая не кричала, не царапалась и т. п. Составители уголовнаго уложенія 1903 г. сочли нужнымъ предусмотрѣть спеціально любодѣяніе съ невмѣняемою и съ „лишенною возможности оказать виновному сопротивленіе, безъ ея на любодѣяніе согласія“ (ст. 520). Теорія, требующая наличности протеста для состава насилія, и только что приведенные факты изъ исторіи законодательства принадлежатъ къ одной и той же категоріи юридическихъ явленій,—засоренія матеріальнаго уголовнаго права процессуальной контрабандой, въ образѣ ожившей теоріи формальныхъ доказательствъ. Само собой разумѣется, одинаково не пріемлемы въ составъ насилія ни признакъ протеста, ни признакъ отсутствія согласія. Воспрещая насиліе, законодатель стремится предупредить не такое обращеніе съ тѣломъ, на которое субъектъ не соизволилъ (не заявилъ о согласіи или заявилъ о несогласіи, протестовалъ), но такое, котораго онъ не хотѣлъ. Протестъ и выраженіе согласія суть только формы волеизъявленія. Ихъ значеніе—чисто симптоматическое. Если бы было доказано, что субъектъ симулировалъ недовольство, что протестъ его былъ не искренненъ, что въ душѣ онъ хотѣлъ того, что было надъ нимъ выполнено, о насиліи не можетъ быть рѣчи. Также не можетъ служить доказательствомъ насилія и отсутствіе заявленія о согласіи. Заключать отсюда о томъ или иномъ направленіи воли было бы опять-таки преждевременно. Спросить о согласіи—самый простой и большею частью самый вѣрный способъ узнать, чего человѣкъ хочетъ, но не единственный и не безусловно вѣрный способъ. Если мнѣ извѣстенъ характеръ человѣка, его склонности и привычки, наличное настроеніе, условія его общественнаго положенія и профессіи (дѣвушка не легко рѣшается на операцію, которая должна ее обезобразить; піанисту или скрипачу въ особенности дороги его пальцы и пр.), вообще, если я выяснилъ себѣ всѣ внѣшнія и внутреннія условія, подъ вліяніемъ которыхъ, по

подсчету мыслимыхъ вѣроятностей, должно слагаться сужденіе даннаго лица при данныхъ обстоятельствахъ о должномъ отношеніи къ его тѣлу, то я могу, и не спрашивая, безошибочно, или съ крайне малымъ рискомъ ошибиться, сказать, чего человѣкъ хочетъ въ этомъ отношеніи. Спрашивать, или нѣтъ, о согласіи,—дѣло благоразумія врача. Терапевты почти никогда не спрашиваютъ больного о согласіи, не объясняютъ дѣйствія прописываемыхъ лѣкарствъ, не предупреждаютъ о послѣдствіяхъ. И, поступая такимъ образомъ, они, по общему правилу, не учиняютъ надъ больнымъ насилія, такъ какъ не дѣлаютъ ничего, что было бы противъ его воли. Что, въ видѣ общаго правила, можетъ имѣть больной противъ послабленія желудка, пониженія температуры, поддержанія дѣятельности сердца и т. п.?

Существуетъ уголовно-правовая норма: „не чини насилія“, но нѣтъ нормы въ положительномъ правѣ, которая бы гласила: „не оказывай физическаго воздѣйствія на кого либо, не испросивъ предварительно его согласія“. Вопреки цитированному выше рѣшенію Сената, такой обязанности къ испрошенію согласія юридически не существуетъ,—законъ нигдѣ ея не устанавливаетъ. Нетрудно видѣть, къ какимъ послѣдствіямъ повело бы на практикѣ такое чисто формальное истолкованіе понятія насилія. Нѣкто ударилъ пріятеля по плечу, крѣпко жметъ протянутую руку, цѣлуетъ безъ спроса женщину, съ которою, какъ съ женою, живетъ уже много лѣтъ. Въ моментъ внезапнаго удара по плечу, пріятель ощущаетъ одно грубое физическое прикосновеніе, которое едва-ли можетъ ему нравиться, но, оборачиваясь, онъ узнаетъ стараго, испытаннаго друга и радуется фамильярному обращенію, какъ проявленію дружескихъ чувствъ. Поздно! Сколько бы ни увѣрялъ „потерпѣвшій“, что ударъ по плечу въ концѣ концовъ не доставилъ ему ничего, кромѣ удовольствія,—неосторожный пріятель, не испросившій предварительно согласія, могъ бы, слѣдуя этой теоріи, избѣжать наказанія, какъ за насиліе, развѣ лишь по отсутствію частной жалобы.

Итакъ, чинить насиліе не значитъ физически воздѣйствовать на субъекта, игнорируя его протесты или не спрашивая

предварительно о согласіи. Чинить насиліе значитъ физически воздѣйствовать на субъекта противъ его воли. Воздѣйствіе противъ воли мы имѣемъ прежде всего тамъ, гдѣ субъектъ сознаетъ воздѣйствіе. Но можно говорить о немъ и тамъ, гдѣ нѣтъ сознанія. Въ самомъ дѣлѣ: что́ значитъ требовать отъ людей, чтобы они въ своемъ поведеніи согласовались съ нашею волей? Конечно, не только то, чтобы они повиновались нашимъ приказаніямъ, дѣлали то, что мы непосредственно имъ указываемъ,—мы претендуемъ на бо́льшее: устанавливаемъ опредѣленныя директивы и требуемъ отъ подвластныхъ, чтобы они сообразовались съ ними въ надлежащихъ случаяхъ, не ожидая непосредственныхъ распоряженій. Мало того: мы требуемъ, чтобы подвластные въ тѣхъ случаяхъ, когда директивы оказались бы недостаточны, сообразовались со всей совокупностью данныхъ, которыя, по закону вѣроятія, опредѣлили бы сформированіе нашей воли при данныхъ обстоятельствахъ. Здѣсь полная аналогія съ тѣмъ, что мы имѣемъ въ дѣлѣ толкованія и примѣненія законовъ. Когда нѣтъ закона, регулирующаго то или другое отношеніе, судья, который не въ правѣ отказывать въ правосудіи, вникаетъ въ общій смыслъ и разумъ законовъ, стараясь уяснить себѣ, что сказалъ бы самъ законодатель, если бы онъ пожелалъ нормировать данное отношеніе. Мы не станемъ, однако, оспаривать, что судья и въ этомъ случаѣ, постановляя рѣшеніе, творитъ волю закона.

Итакъ, не волеизъявленія паціента должны полагать границы свободѣ врачебнаго дѣйствія, но *воля* паціента. Въ большинствѣ случаевъ, обычно, воля и волеизъявленія совпадаютъ между собой, но они могутъ и не совпасть. Съ другой стороны, не всегда и не всякій паціентъ оказывается способенъ къ волеизъявленіямъ, вслѣдствіе ли безсознательнаго состоянія или по недостаточности знаній. Въ обращеніи съ нервными, боязливыми паціентами, врачамъ нерѣдко приходится прибѣгать, выражаясь не юридически, къ разнаго рода обманамъ и даже насилію, увѣрять больного, что „не будетъ больно“, сокращать муки ожиданія, застигая паціента врасплохъ, но было бы напрасно всѣ подобнаго рода ухищренія

огульно относить къ насилію въ смыслѣ 142 ст. уст. о нак. Врачъ долженъ быть настолько психологомъ, чтобы умѣть отличить отказъ, какъ рѣшеніе дѣйствительно не допускать воздѣйствія, отъ отказа, какъ формы заявленія о существующихъ мотивахъ къ недопущенію, какъ своеобразной сдѣлкѣ съ собственною совѣстью, нежеланія принять врачебную мѣру на свою нравственную отвѣтственность, приглашенія оказать помощь, не испрашивая на то формальнаго согласія. При оцѣнкѣ волеизъявленія, врачъ долженъ соображаться съ психическимъ состояніемъ больного. Оперируемый не выноситъ боли и требуетъ отъ врача пріостановки операціи, на которую въ свое время далъ согласіе. Едва-ли онъ скажетъ спасибо врачу, если тотъ послушается, пріостановитъ операцію и тѣмъ самымъ подвергнетъ опасности жизнь оперируемаго или хотя бы только заставитъ послѣдняго вторично перенесть тѣ же страданія. Волевой процессъ получаетъ юридическое значеніе только при условіи, если онъ протекаетъ нормально. Если субъектъ юридически не дѣеспособенъ, его свобода заключается не въ томъ, чтобы исполнялись его желанія, но въ томъ, чтобы обращеніе съ нимъ другихъ людей, ихъ физическое воздѣйствіе на него отвѣчало имѣющимся даннымъ, внѣшнимъ и внутреннимъ, въ пользу того или другого рѣшенія вопроса самимъ субъектомъ.

Послѣ всего сказаннаго не представитъ затрудненія отвѣтить, какъ долженъ поступить врачъ, если человѣкъ, нуждающійся въ его помощи, находится въ безсознательномъ состояніи, или, вообще, не можетъ разумно и вполнѣ сознательно выразить свое согласіе или несогласіе на принятіе врачебной помощи. Здѣсь слѣдуетъ различать двѣ комбинаціи. Нѣкоторое промедленіе въ подачѣ помощи не грозитъ субъекту ни малѣйшею опасностью. Юридически врачъ поступитъ болѣе правильно, если отложитъ пользованіе больного (въ особенности, оперативное пользованіе) до того времени, когда больной вернется къ своей психической нормѣ. Ибо при этомъ условіи рискъ нарушить благо личной свободы индивида будетъ низведенъ почти до нуля. Иначе рѣшается вопросъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ промедленіе сопряжено съ

опасностью болѣе или менѣе тяжелыхъ послѣдствій. Нѣкто купался и затонулъ; волна выбросила его на берегъ. Принимать ли мѣры къ приведенію его въ сознаніе или дать ему умереть, изъ опасенія принятіемъ соотвѣтствующихъ мѣръ стѣснить благо личной свободы?

Какъ ни баналенъ вопросъ и ни очевиденъ отвѣтъ,— мотивировать послѣдній съ точки зрѣнія права оказывается для криминалистовъ дѣломъ не малой трудности. Для юридическаго обоснованія отвѣта криминалисты не останавливаются даже передъ привлеченіемъ къ дѣлу столь сложнаго и громоздкаго института, какъ крайняя необходимость. Но, не говоря уже о томъ, что большинство современныхъ уголовныхъ кодексовъ (рѣдкимъ исключеніемъ служитъ въ этомъ отношеніи наше уголовное уложеніе 1903 года) отнюдь не исключаетъ въ подобнаго рода случаяхъ отвѣтственности, какъ за насиліе,—не является ли уже самое обращеніе къ крайней необходимости здѣсь чѣмъ-то не совсѣмъ тактичнымъ?

Вѣдь согласно господствующему мнѣнію, крайняя необходимость только *извиняетъ* содѣянное, дѣяніе остается противоправнымъ, допуская оборону не только со стороны лица, подвергающагося нападенію, но и со стороны третьихъ лицъ. Можно ли, однако, допустить, чтобы третье лицо, присутствующее при цѣлесообразныхъ попыткахъ возвращенія человѣка къ жизни, могло на законномъ основаніи вмѣшаться и воспрепятствовать попыткамъ оживленія [43])?

---

[43]) Помимо обращенія къ институту крайней необходимости, рѣшаетъ вопросъ Ширяевъ (ук. соч., стр. 42): „если врачъ имѣетъ дѣло съ лицомъ, временно лишившимся возможности выражать свою волю, то тутъ, несмотря на отсутствіе согласія, не можетъ быть рѣчи о посягательствѣ на свободу, такъ какъ больной уже ранѣе лишился свободы распоряжаться своей личностью, а врачъ, оказывая ему помощь, исполняетъ лишь свой долгъ, возложенный на него его званіемъ". Одно и то же понятіе свободы употребляется здѣсь въ значеніи то свободы, какъ правоохраненнаго блага, то свободы, какъ фактической возможности пользованія этимъ благомъ. Если больной физически лишенъ возможности распорядиться своимъ тѣломъ, то отсюда еще не слѣдуетъ, что онъ теряетъ *право* распоряженія тѣломъ или, другими словами, что запретъ, обращенный ко всѣмъ и каждому, распоряжаться его тѣломъ по личному ихъ произволу, утрачиваетъ свою силу. Юридически не оправдываетъ врача и ссылка на „долгъ, воз-

Другіе юристы предпочитаютъ искать рѣшенія вопроса на почвѣ презумпцій. „Несомнѣнно могутъ встрѣтиться случаи,— читаемъ въ рѣшеніи Сената по дѣлу Модлинскаго,—гдѣ полученію согласія стоитъ на пути препятствіе, въ видѣ потери сознанія больнымъ, отсутствія близкихъ лицъ, имѣющихъ о немъ попеченіе; въ такихъ случаяхъ врачъ можетъ, конечно, исходить изъ предположенія о наличности согласія. Возможны также случаи, когда такое согласіе должно быть подразумѣваемо, если, напр., при совершеніи операціи, на которую было испрошено согласіе больного, врачъ убѣдится въ необходимости производства другой, дополнительной операціи, надъ другимъ органомъ или въ другомъ объемѣ". Проще и короче та же по существу мысль выражена *Лиліенталемъ*: „согласіе, разумнымъ образомъ предполагаемое, такъ же защищаетъ лицо дѣйствующее, какъ и дѣйствительно полученное". Приходится въ отвѣтъ напомнить о существованіи юридической аксіомы: презумціи недопустимы въ матеріальномъ уголовномъ правѣ. „Какое дѣло мнѣ до того, какъ на моемъ мѣстѣ заблагоразсудилъ бы поступить разумный человѣкъ, могъ возразить непрошенно облагодѣтельствованный: я хочу, и законъ даетъ право мнѣ этого требовать, чтобы моимъ тѣломъ не распоряжались помимо моей воли". Если, по вскрытіи внутренностей, врачъ убѣждается, что предстоитъ операція иного рода и гораздо болѣе опасная, чѣмъ та, на которую больной далъ согласіе, и сознаетъ, что больной никогда бы не согласился на операцію, если бы зналъ объ истинномъ состояніи своихъ органовъ, то, какъ бы операція ни была, по мнѣнію врача, полезна, выполненіе ея было бы со стороны его актомъ насилія.

Вообще, при разрѣшеніи даннаго вопроса, слѣдуетъ исходить изъ того основного положенія, что наказуемо можетъ быть только такое дѣйствіе, которое измѣняетъ соотношеніе условій благопріятствующихъ, противодѣйствующихъ вредному результату (въ данномъ случаѣ, ущербу для личной свободы паціента),

---

лагаемый званіемъ". Изъ того, что врачъ обязанъ приходить на помощь, вытекаетъ право больного требовать помощи, но не обязанность его подчиняться распоряженіямъ врача.

къ невыгодѣ правопорядка. Рѣшая вопросъ о вмѣненіи, слѣдуетъ считаться не только съ безотносительной опасностью дѣйствія для правоохраненнаго блага, но и съ опасностью сравнительной; сопоставить шансы вреднаго результата при условіи выполненія дѣйствія съ шансами того же результата при воздержаніи отъ дѣйствія. При невозможности узнать волю паціента, при неизбѣжности риска нарушить эту волю, приходится спрашивать уже не о томъ, отвѣчаетъ, или нѣтъ, врачебное мѣропріятіе волѣ больного, и поступать соотвѣтственно этой волѣ, но изъ двухъ рисковъ выбирать меньшій, искать отвѣта на вопросъ, гдѣ менѣе рискъ конфликта съ волею субъекта: при оказаніи помощи или при воздержаніи отъ нея. При чемъ въ основу сужденія слѣдуетъ полагать совокупность данныхъ, которыя вошли или должны были войти въ сознаніе субъекта дѣйствія. То дѣйствіе должно быть признано болѣе опаснымъ для правоохраненнаго блага, которое больше ему грозило или должно было грозить, съ точки зрѣнія субъекта дѣйствія. Ошибочно было бы думать, что врачъ долженъ обращать вниманіе только на внѣшнія данныя: на свойство и размѣръ вреда, грозящаго здоровью, на рискъ реализаціи вреда, на цѣнность и шансы достигаемаго пріобрѣтенія для здоровья паціента. Благомъ, которое охраняетъ ст, 142 уст. о нак., служитъ не здоровье индивида, а его свобода въ распоряженіи своимъ тѣломъ. Поэтому и для врача рѣшающее значеніе должна имѣть не польза врачеванія, но отношеніе къ послѣднему самого больного, не то отношеніе, которое слѣдуетъ предполагать разумнымъ образомъ, но то, которое дѣйствительно имѣло мѣсто и могло быть узнано изъ разспроса окружающихъ или инымъ путемъ.

Въ тѣсной связи съ вопросомъ общаго характера о врачеваніи лицъ, временно лишенныхъ способности какого бы то ни было или нормальнаго волеизъявленія, рѣшается частный вопросъ о юридической квалификаціи случаевъ поданія врачебной помощи лицамъ, покусившимся на самоубійство, помимо ихъ согласія, и даже вопреки заявленному ими протесту.

Принужденіе жить вопреки ясно выраженной волѣ не жить—такое же насиліе, какъ и принужденіе жить иначе, чѣмъ заинтересованное лицо хотѣло бы жить. Представимъ себѣ, нѣкто рѣшилъ покончить съ собой посредствомъ необычайно длиннаго ряда пріемовъ вреднаго вещества, которые медленно, днемъ за днемъ, должны подточить его силы и привести къ желанному концу. Въ правѣ ли было бы третье лицо помѣшать посредствомъ насилія осуществленію этого плана, напр., установивъ надзоръ за частною жизнью субъекта, самовольно вторгаясь въ его жизнь, выхватывая изъ его рукъ напитки, запирая его на замокъ, и т. п.? Гдѣ самоубійство выполняется холодно, методично, обдуманно, тамъ благожелательному физическому принужденію нѣтъ и не можетъ быть мѣста, по крайней мѣрѣ, съ точки зрѣнія права. Субъектъ въ здравомъ умѣ и твердой памяти. Его воля умереть, дѣйствительно, воля. Можетъ быть, она неразумна, но для субъекта она нормальна и, слѣдовательно, есть та самая воля, которая пользуется юридической охраной. Непрошенный спасатель былъ бы наказанъ, какъ за посягательство на личную свободу. Конечно, каждый можетъ, не рискуя уголовной отвѣтственностью, удержать силой человѣка, бросающагося въ рѣку въ намѣреніи утопиться, вынуть изъ петли повѣсившагося, но и здѣсь примѣненіе силы юридически не будетъ насиліемъ лишь до тѣхъ поръ, пока не устранена непосредственная опасность и покушавшійся не пришелъ въ себя. Уголовная отвѣтственность постольку теряетъ мѣсто въ случаяхъ этого рода, поскольку оправдывается на дѣлѣ то общее соображеніе, что люди посягаютъ на свою жизнь обычно въ состояніи или крайняго возбужденія, или, напротивъ, чрезвычайной подавленности духа, т. е. при отсутствіи воли, которая могла бы претендовать на юридическое признаніе. По однороднымъ соображеніямъ, должна быть отвергнута и отвѣтственность врача, непосредственно вслѣдъ за актомъ покушенія, безъ приглашенія со стороны покусившагося или даже вопреки его заявленіямъ, принимающаго мѣры къ спасенію его жизни. Если даже признать, что покушеніе на самоубійство было результатомъ

твердаго и зрѣлаго рѣшенія и что это обстоятельство было врачу извѣстно, то всегда остаются невыясненными данныя нормальнаго волеобразованія, относящіяся къ послѣдующему за покушеніемъ моменту. Извѣстно, что покусившіеся на самоубійство часто прилагаютъ всѣ усилія къ сохраненію своей жизни и рѣдко обнаруживаютъ склонность къ рецидиву [44]).

---

[44]) Въ тѣхъ случаяхъ, когда опасности подвергается самая жизнь больного, Розинъ (ук. ст.), ссылаясь на ст. 1521 и 1522 улож. о нак., вмѣняетъ врачу въ обязанность оказывать врачебную помощь больному, *хотя бы и противъ его воли*. Текстъ статей не оправдываетъ сдѣланной на нихъ ссылки. Выраженіе ст. 1522-й: „врачи,... которые *по приглашенію* не явятся... къ больнымъ,... требующимъ ихъ помощи,...“ обязываетъ врача *не отказывать* во врачебной помощи, но отнюдь не *навязывать* свою помощь, да еще посредствомъ насилія. По ст. 1522 врачъ отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, если онъ не послѣдуетъ *приглашенію*. О приглашеніи не можетъ быть рѣчи, если больной дѣеспособный человѣкъ прямо не хотѣлъ принимать услугъ отъ врача. И почему, спрашивается, эту обязанность принудительнаго врачеванія авторъ возлагаетъ на врача въ случаяхъ опасности для жизни паціента и не возлагаетъ въ другихъ случаяхъ? Ст. 1522, на которую онъ ссылается, не говоритъ ни слова объ опасности для жизни: она говоритъ объ обязанности врачей лѣчить *всѣхъ*, кто нуждается въ ихъ помощи. Не болѣе доказательна и другая ссылка, которую дѣлаетъ авторъ, на ст. 1521, предусматривающую неоказаніе помощи погибающему: „кто видя человѣка погибающаго и имѣя возможность подать ему помощь безъ явной для себя опасности,... не приметъ никакихъ для спасенія его мѣръ, тотъ за сіе, если онъ христіанинъ и отъ сей нечуствительности и небреженія его оставленному безъ помощи послѣдуетъ смерть, предается церковному покаянію по распоряженію своего духовнаго начальства“. Ст. 1521 не устанавливаетъ обязанности *юридическаго* характера. Это доказывается чисто религіознымъ характеромъ санкціи (церковное покаяніе). Признавая обязанность, налагаемую ст. 1521, юридической, авторъ долженъ бы былъ допустить и гражданскій искъ со стороны жены и дѣтей погибшаго ко всѣмъ, кто могъ прійти къ нему на помощь. Во-вторыхъ, уже самыя выраженія, въ которыхъ составлена ст. 1521, исключаетъ мысль объ оказаціи помощи противъ воли. Едва-ли можно отвергшаго предложенную помощь назвать „оставленнымъ безъ помощи“, а человѣка, не рѣшившагося прибѣгнуть къ насилію надъ дѣеспособнымъ, считать „нечувствительнымъ и небрежнымъ“. Въ-третьихъ, нельзя не признать рискованными тѣхъ выводовъ, которые пришлось бы сдѣлать изъ ст. 1521 въ случаѣ признанія обязанности, ею налагаемой, юридической: пришлось бы признать: 1) что только врачи-христіане обязаны въ извѣстныхъ случаяхъ оказывать врачебную помощь и 2) что, въ отступленіе отъ общаго правила, врачи не обязаны въ этихъ случаяхъ приходить на помощь, коль скоро подача помощи сопряжена съ явною для нихъ опасностью (напр., зараженія).

Въ числѣ врачебныхъ мѣропріятій отмѣчается въ наши дни и такъ называемое внушеніе. Профессіональная этика обставляетъ практику внушенія цѣлымъ рядомъ ограничительныхъ условій: врачъ не долженъ примѣнять эту мѣру, не испросивъ согласія паціента, если онъ лицо дѣеспособное, его законныхъ представителей, если онъ не дѣеспособенъ. При этомъ разрѣшеніе должно быть испрошено не только на обращеніе къ этому способу врачеванія, но и на самое свойство идей, внушить которыя врачъ предполагаетъ. Болѣе того: если внушеніе этихъ идей косвенно задѣваетъ законные интересы третьихъ лицъ (напр., супруга больной, въ случаѣ необходимости внушить послѣдней отвращеніе къ половымъ отношеніямъ), профессіональная этика требуетъ, чтобъ врачъ испросилъ согласія также и этихъ косвенно заинтересованныхъ лицъ. Наша задача состоитъ въ томъ, чтобы освѣтить этотъ вопросъ юридически. Наказуемо ли внушеніе, выполненное противъ воли паціента, внушеніе вообще, или въ частности, какой либо опредѣленной идеи? Мы не касаемся здѣсь вопроса объ отвѣтственности субъекта, избирающаго внушеніе средствомъ выполненія какого либо задуманнаго имъ преступленія, мы имѣемъ въ виду исключительно внушеніе, какъ мѣру, примѣняемую во врачебныхъ цѣляхъ. Спрашивается, можетъ ли, по нашимъ уголовнымъ законамъ, внушеніе явиться средствомъ наказуемаго нарушенія правоохраненнаго блага личной свободы.

Приходится, хотя и съ сожалѣніемъ, на этотъ вопросъ отвѣтить отрицательно. Ст. 142 уст. о нак. караетъ за *физическое* насиліе. Поэтому внушеніе только тогда могло бы быть подведено подъ эту статью, когда гипнотизеръ прибѣгъ, въ цѣляхъ внушенія, къ физическому насилію (напр., предварительно связавъ свою жертву). Само же по себѣ, самовольное внушеніе есть не физическое, а психическое насиліе, грубое хозяйничаніе въ чужой человѣческой душѣ. По нашему праву психическое насиліе наказуемо только тогда, когда выполняется при посредствѣ угрозъ опредѣленнаго содержанія (насильственными дѣйствіями, лишеніемъ жизни, поджогомъ).

Врачеваніе лицъ недѣеспособныхъ. Если больной—лицо юридически недѣеспособное, врачъ по закону обязанъ считаться не съ волею паціента, а съ волею лицъ, которымъ принадлежитъ право физическаго воспитанія больного: отца, матери, опекуна,—словомъ, его законныхъ представителей. Этически и политически, обязанность врача сообразоваться съ волей этихъ лицъ мотивируется, въ общемъ, тѣми же доводами, что и обязанность врачебной дѣятельности—волею паціента (лица дѣеспособнаго). Врачебное мѣропріятіе представляетъ собою въ большинствѣ случаевъ не болѣе, какъ одинъ изъ многихъ возможныхъ методовъ врачеванія, изъ которыхъ каждый имѣетъ свои положительныя и отрицательныя стороны. Выборъ того или другого метода опредѣляется, естественно, кромѣ медико-техническихъ, цѣлымъ рядомъ еще и другихъ житейско практическихъ соображеній: предполагаемой профессіей больного, условіями жизни семьи, отношеніями въ семьѣ, ея видами на ближайшее будущее, матеріальными средствами и многими другими обстоятельствами, такъ часто и легко ускользающими отъ сторонняго наблюденія. Всѣ эти данныя не могутъ быть поняты и взвѣшены врачомъ такъ хорошо, какъ лицами, которымъ спеціально принадлежитъ право физическаго и духовнаго воспитанія ребенка или попеченія о душевнобольномъ. Присвоеніе врачу права, во всѣхъ случаяхъ, безконтрольно и самостоятельно рѣшать вопросъ о примѣненіи той или иной врачебной мѣры было бы рѣшительно ничѣмъ не оправдываемымъ узаконеніемъ вмѣшательства сторонняго лица въ жизнь семьи, прямымъ отрицаніемъ того права воспитывать своихъ дѣтей, которое принадлежитъ родителямъ, а по отношенію къ состоящимъ подъ опекой—ихъ опекунамъ.

Пользуя, въ частности—оперируя ребенка завѣдомо противъ воли родителей, или подопечнаго вопреки волѣ опекуна, врачъ выходитъ за предѣлы ему дозволеннаго и подлежитъ уголовной отвѣтственности, какъ за насиліе. Объектомъ преступленія является благо личной свободы ребенка или подопечнаго. Это свобода отъ физическихъ воздѣйствій, не отвѣчающихъ условіямъ нормальнаго волеопредѣленія, но только

субъектомъ послѣдняго является не самъ потерпѣвшій, а третье лицо, спеціально на то управомоченное. Свобода дѣеспособнаго заключается въ соотвѣтствіи претерпѣваемаго имъ личной *его* волѣ, свобода ребенка или умалишеннаго—въ соотвѣтствіи волѣ лица, призваннаго ограждать тѣ или иные интересы подопечнаго и, ради этой цѣли, надѣленнаго властью опредѣлять въ существенныхъ моментахъ физическія и духовныя условія его жизни. Признаніе блага свободы подопечнаго нарушеннымъ поэтому нисколько не зависитъ ни отъ свойствъ мотивовъ, руководящихъ нарушителемъ, ни отъ послѣдствій нарушенія, которыя могутъ быть для подопечнаго даже благодѣтельны.

Воля опекуновъ и родителей отнюдь, однако, не должна пользоваться охраною закона въ томъ объемѣ, въ какомъ охраняется имъ воля лица юридически дѣеспособнаго. Воля послѣдняго есть сама по себѣ благо, личная свобода лица дѣеспособнаго оберегается независимо отъ того, разумна его воля, или нѣтъ, хочетъ ли человѣкъ добра себѣ или зла. Нельзя того же сказать относительно воли родителей или опекуновъ. Несомнѣнно, что эта воля охраняется отнюдь не въ интересахъ ея носителей. Законодатель ее охраняетъ, исходя изъ презумпціи, что опекуны и родители всегда хотятъ для своихъ дѣтей и подопечныхъ того, что наиболѣе отвѣчаетъ интересамъ послѣднихъ [45]). И если эта презумпція фактически не оправдывается, если законный представитель позволяетъ себѣ руководствоваться соображеніями, не имѣющими ничего общаго съ интересами подопечнаго, ясно, что законъ, несмотря ни на что, продолжающій охранять эту волю, дѣйствовалъ бы въ ущербъ преслѣдуемой имъ цѣли. Поскольку рѣчь идетъ объ огражденіи власти законныхъ представителей,

[45]) Т. X ч. 1, ст. 256: Выборъ въ опекуны долженъ быть обращаемъ на такихъ людей, коп нравственными качествами даютъ надежду къ призрѣнію малолѣтняго въ здравіи, добронравномъ воспитаніи и достаточномъ, по его состоянію, содержаніи и отъ которыхъ ожидать можно отеческаго къ малолѣтнему попеченія.

263: Опекунъ долженъ пещись объ особѣ и здравіи малолѣтняго. Вообще, опекунъ обязанъ приготовить малолѣтняго къ жизни, сообразной его состоянію, но всегда трудолюбивой, умѣренной и безмятежной.

претендовать на защиту со стороны закона можетъ не ихъ личный произволъ, не проведеніе въ жизнь принципа „ндраву не препятствуй“, но только разумная ихъ воля, направленная къ поставленію ребенка или подопечнаго въ такія условія, которыя бы гарантировали ему достиженіе нравственныхъ и культурныхъ цѣлей, общественныхъ и индивидуальныхъ.

Тѣ, кто полагаютъ, что законъ исчерпывающимъ образомъ формулируетъ устанавливаемыя законодателемъ правоотношенія, далеки отъ пониманія дѣйствительности. Законодатель не Богъ, который творитъ все изъ ничего, превращая въ гармонію первобытный хаосъ. По общему правилу, онъ застаетъ всегда и всюду уже успѣвшія сложиться представленія о должномъ. Законъ безсиленъ и непонятенъ, если его оторвать отъ почвы правовыхъ воззрѣній исторически даннаго общества. Каждый законъ имѣетъ свои культурно-нормативныя предпосылки, только на фонѣ которыхъ онъ и можетъ быть правильно понятъ. Въ основѣ всякаго законодательства лежитъ общенародное представленіе о двухъ контрастныхъ типахъ поведенія разумнаго, гармонично согласованнаго съ высшими конечными цѣлями правопорядка, и неразумнаго, глупаго или злого, противорѣчащаго этимъ цѣлямъ, или идущаго къ нимъ путями, которыхъ не можетъ одобрить разумъ. Формально поведеніе *обоихъ* типовъ можетъ быть объявлено законодателемъ противоправнымъ, преступнымъ, но, если онъ преступнымъ назоветъ поведеніе перваго типа, мы поступимъ правильно, давъ словамъ закона толкованіе ограничительное. Мы признаемъ поведеніе преступнымъ, поскольку признать его непреступнымъ было бы равносильно прямому нарушенію закона. Едва-ли мы погрѣшимъ противъ истины, если, ссылаясь на помянутыя выше культурно-нормативныя предположенія, будемъ настаивать на ограничительномъ толкованіи законовъ о предѣлахъ родительской и опекунской власти. Не слѣдуетъ при этомъ забывать, что служеніе врача есть служеніе общественное; едва-ли представляется возможнымъ вмѣнять врачу въ обязанность слѣпое подчиненіе волѣ законныхъ представителей личности больного, не предоста-

вить ему права контролировать не только формальную компетенцію ихъ къ соотвѣтствующимъ волеизъявленіямъ, но также, въ извѣстныхъ предѣлахъ, и цѣлесообразность послѣднихъ. Мы тѣмъ болѣе склонны къ такому ограничительному толкованію, что оно, какъ мы сейчасъ увидимъ, находитъ нѣкоторую для себя поддержку и въ положительномъ правѣ. Германскій имперскій судъ призналъ наказуемымъ врача, вопреки волѣ отца, ампутировавшаго въ больницѣ ногу у семилѣтней дѣвочки. Отецъ этой дѣвочки заявилъ врачу, что ему легче видѣть ребенка въ гробу, чѣмъ калѣкой. Врачъ былъ осужденъ, несмотря на заявленіе экспертовъ, что операція была необходима для спасенія жизни ребенка. Позволительно думать, что изъ русскаго суда этотъ врачъ вышелъ бы оправданнымъ. Для признанія его образа дѣйствій закономѣрнымъ, не было бы даже надобности выжидать вступленія въ силу уголовнаго уложенія 1903 г. съ его 46 статьей, трактующей вопросъ о крайней необходимости. Для оправданія достаточно было бы ссылки на ст. 170 т. X, ч. I, которая прямо устанавливаетъ, что родители не имѣютъ права на жизнь своихъ дѣтей, а слѣдовательно, и на здоровье, такъ какъ жизнь и здоровье—блага, неразрывно между собою связанныя. Отводя отъ ребенка врачующую руку хирурга, отказываясь отъ единственнаго средства спасти жизнь ребенка, отецъ устранялъ одно изъ условій выздоровленія послѣдняго и такимъ образомъ становился виновникомъ его смерти. Воля отца, какъ субъекта, переступающаго границы принадлежащей ему по закону власти, юридически такъ же ничтожна, какъ воля самого ребенка; она не должна связывать волю врача-оператора. Въ данномъ случаѣ, который нельзя не признать исключительнымъ, врачъ, оказывающій помощь ребенку противъ воли его отца, не можетъ быть признанъ виновнымъ въ преступномъ насиліи. Не слѣдуетъ, однако, впадать и въ обратную крайность, признавать врача уголовно отвѣтственнымъ, какъ за отказъ во врачебной помощи, въ случаѣ, если бы онъ подчинился родительской волѣ и не совершилъ операціи. По закону (872 и 1522 ст. улож. о наказ.) за неоказаніе помощи врачъ отвѣчаетъ только при условіи приглашенія.

Категорическій отказъ отъ врачебной мѣры, единственной, которая могла быть предположена врачомъ, равносиленъ взятію обратно его приглашенія. Итакъ, какъ бы врачъ ни поступилъ: произвелъ ли бы онъ операцію, вопреки волѣ родителей или, подчиняясь ей, отказался бы отъ операціи, одинаково, онъ отвѣчалъ бы только передъ своей совѣстью, уголовной отвѣтственности не подлежалъ бы ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ.

Нѣкоторое сомнѣніе возбуждаетъ вопросъ о возрастѣ, достиженіе котораго даетъ паціенту правo рѣшать самостоятельно вопросъ о допустимости врачеванія въ той или другой формѣ. Такъ какъ послѣднее есть разновидность физическаго воспитанія, то казалось бы наиболѣе правильнымъ пріурочить пріобрѣтеніе пассивной врачебной дѣеспособности къ 17-лѣтнему возрасту, какъ къ сроку выхода изъ подопечнаго состоянія [46]) [47]).

Ошибочно было бы думать, что всякое врачеваніе, безъ предварительнаго испрошенія согласія родителей или опекуновъ, должно быть разсматриваемо, какъ наказуемое насиліе. Терапевты не затрудняются оказывать врачебную помощь являющейся къ нимъ на пріемъ молодежи, не справляясь о возрастѣ и не требуя письменнаго или словеснаго разрѣшенія отъ родителей. Здѣсь получаютъ силу тѣ соображенія, которыя были приведены выше, въ связи съ вопросомъ о правѣ врача оказывать помощь лицамъ, временно утрати-

---

[46]) Св. зак. т. X, ч. I, ст. 213, 225, 256, 263, 375, 379. Для глухонѣмыхъ и нѣмыхъ законъ дѣлаетъ исключеніе (ст. 381): они во всякомъ случаѣ состоятъ подъ опекою до 21 года: „По достиженіи полнаго совершеннолѣтія, производится имъ законное освидѣтельствованіе на основаніи статей 368—372 сего свода. Надъ нѣмыми и глухонѣмыми, не обученными грамотѣ и лишенными всякаго средства пріобрѣтать понятія и выражать свою волю, Правительствующій Сенатъ, вслѣдствіе представленія лицъ, производившихъ освидѣтельствованіе, предписываетъ учредить опеку. Къ порядку дѣйствій (опекъ) примѣняются тѣ самыя правила, которыя постановлены для порядка дѣйствій опекъ надъ малолѣтними".

[47]) Ср. Binding. Handbuch. S. 797: Erziehungsrecht... endet mit der Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt, mit deren Verheiratung oder Begründung des eigenen Hausstandes, prinzipiell endlich dann, wenn das Erziehungswerk vollendet ist, auch wenn das Kind noch im Hause bleibt.

вшимъ сознаніе или способность нормальнаго волеопредѣленія. Физическое воздѣйствіе допустимо, не можетъ быть разсматриваемо, какъ насиліе, если оно не навлекало опасности конфликта съ волею индивида. Не трудно видѣть, что здѣсь эта опасность еще того менѣе: установить условія нормальнаго волеопредѣленія родителей или опекуновъ тѣмъ легче, что заранѣе извѣстенъ принципъ сложенія ихъ воли, это—начало пользы опекаемаго. Здѣсь немыслимы тѣ капризныя, своеобразныя отклоненія въ процессѣ образованія воли, которыя всегда допустимы на сторонѣ лицъ непосредственно заинтересованныхъ и юридически дѣеспособныхъ. Врачебная мѣра, не затрогивающая по своему характеру какихъ либо иныхъ сторонихъ интересовъ малолѣтняго, кромѣ интересовъ жизни и здоровья, которымъ только благопріятствуетъ, рискуетъ лишь въ крайне слабой мѣрѣ оказаться въ конфликтѣ съ условіями нормальнаго волеопредѣленія законныхъ представителей малолѣтняго и потому, какъ неопасная для его свободы, не можетъ составить преступленія противъ его свободы. Но и въ тѣхъ, гораздо болѣе интересныхъ, случаяхъ, когда врачебная мѣра захватываетъ эти сторонніе интересы (это, въ особенности, должно быть сказано о случаяхъ оперативной помощи), отнюдь нельзя утверждать, что оказаніе помощи безъ испрошенія согласія опекуновъ или родителей непремѣнно должно быть разсматриваемо, какъ насиліе. Если помощь больному нужна неотложная, а родители отсутствуютъ, или опекунъ не можетъ быть своевременно назначенъ, врачъ долженъ обсудить вопросъ, когда онъ болѣе рискуетъ стать въ конфликтъ съ условіями нормальнаго волеопредѣленія родителей или, пока неизвѣстнаго даже, опекуна,—тогда ли, когда онъ выполнитъ операцію, или когда отъ нея воздержится. Если рискъ выше въ послѣднемъ случаѣ и, тѣмъ не менѣе, врачъ воздержится отъ операціи, онъ долженъ отвѣчать какъ за отказъ во врачебной помощи. Медицинскій департаментъ требуетъ въ этихъ случаяхъ созыва общаго собранія врачей данной больницы и допускаетъ производство операціи только въ случаѣ, если за нее выскажется большинство собранія. Но здѣсь мы имѣемъ не болѣе какъ административное распоряженіе, ко-

торое не можетъ колебать силу уголовнаго закона. Врачи больницы, подавшіе въ большинствѣ свой голосъ противъ операціи, подлежатъ уголовной отвѣтственности какъ за отказъ во врачебной помощи, если впослѣдствіи будетъ доказано, что операція была необходима и что опасаться конфликта съ волею законныхъ представителей не было основанія. Тѣ же врачи должны быть наказаны какъ за насиліе, если конфликтъ представлялся достаточно вѣроятнымъ, а отказъ отъ операціи не былъ равносиленъ осужденію на смерть, не велъ къ потерѣ какого либо органа или къ неисправимому поврежденію его функцій.

Можетъ, наконецъ, случиться, что недѣеспособный самъ протестуетъ противъ врачебной мѣры, на которую получено согласіе его законныхъ представителей. Если врачебная мѣра, по своему характеру, такова, что достигаетъ цѣли только при условіи добровольнаго ей подчиненія, отсутствіе послѣдняго тѣмъ самымъ лишаетъ ее свойства мѣры врачебнаго пользованія. Въ противномъ случаѣ, отказъ врача отъ принятія этой мѣры, съ юридической точки зрѣнія, являлся бы отказомъ въ подачѣ врачебной помощи, дѣяніемъ уголовно наказуемымъ. Въ случаяхъ этого рода врачъ долженъ сообразаться съ волею не больного, а родителей или опекуновъ его. Нарушеніе ихъ, а не его воли могло бы дать составъ насилія [48]). Но, кромѣ простой и несложной юридической стороны, вопросъ имѣетъ еще этическую сторону. Они примиримы, пока больнымъ является ребенокъ или сумасшедшій; иначе обстоитъ дѣло, когда паціентъ, недѣеспособный по закону, оказывается духовно зрѣлымъ фактически. 16-лѣтній

[48]) Послѣ того, какъ Листъ прочелъ свой докладъ объ отвѣтственности при врачебныхъ дѣйствіяхъ (ук. соч., стр. 36—37), присутствующими было предложено ему отвѣтить на вопросъ: подлежитъ ли наказанію врачъ, если онъ ударитъ по щекѣ сопротивляющагося осмотру ребенка и тѣмъ заставитъ послѣдняго раскрыть ротъ и показать горло (у ребенка предполагается дифтеритъ). Листъ отвѣтилъ: „если употребленное средство для достиженія желаемой цѣли необходимо, оно должно быть оправдано. Какъ дѣло обстояло бы со взрослымъ, вопросъ трудный. По отношенію ко взрослому я считалъ бы себя неуправомоченнымъ вынуждать его согласіе пощечинами, но по отношенію къ ребенку у меня не было бы нравственнаго колебанія“.

юноша можетъ вполнѣ сознательно противиться операціи, въ которой онъ, не безъ основанія, видитъ крушеніе своихъ жизненныхъ плановъ, не раздѣляемыхъ его родителями. Черезъ годъ, быть можетъ, черезъ мѣсяцъ, волеизъявленія юноши пріобрѣтутъ юридическую силу, станутъ критеріемъ правомѣрности врачебнаго дѣйствія,—сейчасъ они юридически ничто. Тяжелое положеніе для врача, изъ котораго нѣтъ иного выхода, кромѣ какъ нарушенія или этической нормы, или юридической!

Пользующій врачъ можетъ оказаться и въ обратномъ положеніи: больной, моложе 17 лѣтъ, сознательно выражаетъ согласіе на предложенную операцію, тогда какъ родители не согласны. Конфликты подобнаго рода рѣшаются по тѣмъ же правиламъ, какъ и случаи врачеванія ребенка или умалишеннаго вопреки волѣ ихъ родителей или опекуновъ.

Не мотивированнымъ юридически намъ представляется обычай, укоренившійся во врачебной практикѣ,—обращаться за разрѣшеніемъ операцій къ родственникамъ или даже друзьямъ больного, утратившаго временно нормальную способность самоопредѣленія. Нѣтъ закона, который бы присвоивалъ волеизъявленіямъ этихъ лицъ какую либо юридическую силу. Съ точки зрѣнія права (нравственной стороны вопроса мы здѣсь не касаемся), значеніе опроса этихъ лицъ должно быть иное: путемъ такого опроса является возможнымъ опредѣлить отношеніе самого больного къ намѣчаемой операціи. Окружающіе всего легче могутъ дать врачу требуемыя свѣдѣнія объ образѣ жизни больного, его привычкахъ, профессіи, вкусахъ и проч.

Насиліе (142 ст. уст. о нак.) наказуемо только при условіи, если оно было умышленнымъ. Неосторожнаго насилія законъ не предусматриваетъ. Поэтому, если врачъ не выяснилъ содержанія воли больного по разсѣянности или потому, что не достаточно вникъ въ смыслъ рѣчей его, или легкомысленно приписалъ его волѣ то, чего въ ней не было, актъ врачебнаго пользованія нельзя разсматривать какъ „насиліе“. Тѣмъ болѣе онъ не будетъ „насиліемъ“, когда факты, которые врачъ учитывалъ, позволяли считать вредный резуль-

татъ,—несоотвѣтствіе врачебной мѣры волѣ больного,—практически исключеннымъ,—такимъ, возможность котораго, съ точки зрѣнія соціальной этики, позволительно игнорировать: случайное насиліе не наказуемо и подавно. Врачеваніе противъ воли паціента наказывается, какъ насиліе, только въ томъ случаѣ, если врачъ, пользуя, сознавалъ, что больной не хочетъ (или не можетъ хотѣть) примѣненія къ нему данной врачебной мѣры. Мотивами, побуждающими врача игнорировать волю больного, могутъ быть: состраданіе къ больному, сознаніе безразсудности его отказа отъ врачебнаго пользованія (напр., вслѣдствіе предразсудка, невѣжества, суевѣрія, стыдливости, страха физической боли, напрасныхъ опасеній за исходъ операціи), профессіональное увлеченіе и пр. [49]). Свойство мотива можетъ вліять на мѣру наказанія, но не на рѣшеніе вопроса о наказуемости содѣяннаго.

---

[49]) Характерный случай имѣлъ мѣсто въ практикѣ нѣмецкихъ врачей. Къ одному практикующему медику рано утромъ позвонила чета молодыхъ супруговъ. Подъ впечатлѣніемъ легкой размолвки, молодая женщина только что выпила пузырекъ морфія. Врачъ предложилъ извлечь содержимое желудка посредствомъ желудочной помпы. Узнавъ, въ чемъ дѣло, молодая женщина отказалась наотрѣзъ раскрыть ротъ и позволить ввести трубку. Никакія убѣжденія и просьбы на нее не дѣйствовали. Тогда нѣмецъ врачъ принялъ рѣшеніе героическое. Онъ снялъ сюртукъ, съ рѣшительнымъ видомъ засучилъ рукава и сурово пригрозилъ паціенткѣ, что надаетъ ей пощечинъ, если она не будетъ слушаться. Угроза подѣйствовала, больная послушно раскрыла ротъ и была счастливо возвращена къ жизни. Другой случай имѣлъ мѣсто въ Дрезденѣ. Врачъ Dr. Ihle взялся произвести одной дамѣ небольшую операцію въ области живота. Оперируемую наркотизировали. Повторное изслѣдованіе, произведенное врачомъ на операціонномъ столѣ, показало, что въ полости таза съ обѣихъ сторонъ развились трубные наросты (Tubengewächse) съ объемистыми сращеніями (Verwachsungen) и съ кистоматознымъ вырожденіемъ яичниковъ. Такъ какъ состояніе больной грозило опасностью ея жизни и здоровью, врачъ произвелъ необходимую операцію: вскрылъ полость живота и удалилъ яичники и яйцеводы. Операція удалась; освѣдомленная о происшедшемъ паціентка благодарила врача и впослѣдствіи вышла замужъ, но отказалась уплатить по счету и даже съ своей стороны предъявила встрѣчный искъ. Апелляціонная инстанція отвергла оба иска и передала дѣло прокуратурѣ. По мнѣнію названной инстанціи, эта операція, какъ произведенная врачомъ безъ согласія больной, заключала въ себѣ признаки преступленія тѣлеснаго поврежденія. Въ дѣйствительности, о тѣлесномъ поврежденіи здѣсь не можетъ быть рѣчи. Можно говорить только о насиліи. Но, такъ какъ на сторонѣ врача въ

Психическое насиліе наказуемо только, если оно учинено въ формѣ умышленной угрозы (хотя бы и безъ намѣренія осуществить ее) лишить жизни или произвести поджогъ (140 ст. уст. о нак.), или же причинить насильственныя дѣйствія (139 ст. уст. о нак.).

По дѣйствующимъ уложенію о наказаніяхъ и уставу о наказаніяхъ, врачъ, употребившій насиліе или наказуемыя угрозы по отношенію къ паціенту, отказавшемуся отъ врачебной помощи, не можетъ въ свое оправданіе сослаться на то обстоятельство, что жизнь или здоровье паціента находились въ состояніи крайней необходимости: по тому и другому кодексамъ, ненаказуемы лишь дѣянія, выполняемыя для спасенія собственной жизни.

Наказываются: насиліе—арестомъ до 3 мѣсяцевъ, угрозы—денежнымъ взысканіемъ до 50 или 100 руб., или арестомъ до 15 дней или до 1 мѣсяца [50]).

данномъ случаѣ, самое бо́льшее, можно предположить самонадѣянность,—дѣяніе, по нашимъ законамъ, слѣдовало бы признать ненаказуемымъ.

[50]) По уголовному уложенію 1903 г., согласно 507 ст. (не вошедшей въ силу), врачъ долженъ быть наказанъ заключеніемъ въ тюрьмѣ отъ двухъ недѣль до одного года, если онъ употребитъ, какъ средство принужденія, насиліе надъ личностью больного или угрозу, *наказуемую по закону*, или же злоупотребитъ принадлежащею ему (напр., какъ директору больницы) властью. Наказуемы по закону умышленныя угрозы: „лишить жизни или свободы угрожаемое лицо или члена его семьи, или учинить насильственное на ихъ личность посягательство, или произвести поджогъ, взрывъ или потопленіе ихъ имущества, если такая угроза могла вызвать у угрожаемаго опасеніе ея осуществимости“ (ст. 510 угол. улож.). Принужденіе со стороны врача посредствомъ какой либо иной угрозы (ненаказуемой), напр., отказомъ продолжать лѣченіе, или сообщеніемъ о болѣзни родителямъ, начальникамъ или хозяевамъ больного,—ненаказуемо. Нормальное наказаніе—тюрьмою (отъ 2-хъ недѣль до 1 года) понижается до ареста (отъ 1 дня до 6 мѣсяцевъ), если врачъ „имѣлъ достаточное основаніе предполагать, что принужденіемъ онъ осуществляетъ свое право“. Покушеніе наказуемо. Что касается постановленій о крайней необходимости, то по уголовному уложенію они представляются болѣе благопріятными для врачей, чѣмъ по уложенію о наказаніяхъ. Согласно 46 ст. угол. улож. (для преступныхъ посягательствъ на жизнь и здоровье не вступившей въ силу), „не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное для спасенія... жизни другого лица отъ опасности,... которая была не отвратима въ то самое время другимъ средствомъ. Не почитается также преступнымъ дѣяніе, учиненное для спасенія здоровья... или иного блага... другого лица отъ опасности,... если учи-

IV. Врачеваніе въ его конфликтахъ съ правоохраненными благами третьихъ лицъ и общества въ цѣломъ.

Врачеваніе можетъ вступать въ конфликтъ не только съ правоохраненными благами самого паціента, но также третьихъ лицъ и цѣлаго общества. Врачу иногда приходится, для оказанія врачебной помощи одному, причинять вредъ другому. Случается также, что *рефлективно* врачебное дѣйствіе неблагопріятно отражается на интересахъ третьихъ лицъ и цѣлаго общества. Коллизіи этого рода представляются довольно сложными. Разсмотримъ каждую изъ нихъ въ отдѣльности.

а) *Умерщвленіе плода.*

Какъ общее правило, уголовныя законодательства не содержатъ постановленій, которыя бы дозволяли уничтожать эмбріонъ или сформировавшійся плодъ ради спасенія жизни или здоровья матери [51]).

Геймбергеръ [52]) различаетъ шесть теорій, заключающихъ

нившій дѣяніе имѣлъ достаточное основаніе считать причиняемый имъ вредъ маловажнымъ сравнительно съ охраняемымъ благомъ".

Ст. 46 угол. улож. различаетъ, такимъ образомъ, два случая, когда, по соображенію крайней необходимости, дѣяніе, предусмотрѣнное уголовнымъ закономъ, не ставится въ вину: а) дѣяніе, учиненное ради спасенія чьей либо жизни, и б) дѣяніе, учиненное ради спасенія какого-либо другого блага, въ частности, здоровья. При этомъ ограничительное условіе невмѣненія признакъ сравнительной цѣнности конкурирующихъ благъ съ точки зрѣнія субъекта дѣйствія, существенное во второмъ случаѣ, отпадаетъ въ первомъ.

Постановленія закона о крайней необходимости разсчитаны, конечно, прежде всего, на тѣ случаи, когда субъектъ, ради спасенія какого либо блага, своего или другого лица, причиняетъ вредъ благамъ лица посторонняго; редакція ст. 46 не исключаетъ, однако, возможности ея распространенія и на тѣ случаи, когда субъектъ спасаетъ какое либо чужое благо, жертвуя благомъ того же лица.

[51]) Какъ рѣдкое исключеніе, можно привести постановленія уголовныхъ кодексовъ нѣкоторыхъ кантоновъ Швейцаріи, а именно: Waadt (art. 228). Freiburg (art. 138), Tessin (art. 326, § 2), Genf (art. 272) и Neuenburg (проектъ Cornaz'a, art. 312), оговаривающія ненаказуемость лицъ врачебнаго персонала за уничтоженіе эмбріона ради спасенія жизни матери. См. Stooss, ук. соч., стр. 68—69.

[52]) Heimberger, Ueber die Straflosigkeit der Perforation, 1889.

въ себѣ попытки обосновать юридически ненаказуемость перфораціи:

1) теоріи, которыя опираются на состояніе крайней необходимости (*Миттермайеръ*, *Кестлинъ*, *Штаммлеръ*, *Биндингъ* и др.),

2)—на состояніе необходимой обороны (*Беккеръ*, *Герцъ* и др.),

3)—на профессіональное врачебное право (*Шютце*, *Листъ*, *Бернеръ*, *Г. Мейеръ* и др.),

4)—на ученіе *Ульпіана* о томъ, что плодъ есть не болѣе, какъ partio mulieris vel viscerum (*Вехтеръ* и *Вильде*),

5)—на ученіе *Енулли* о договорномъ отношеніи между государствомъ и женщиной. По словамъ Ienulli [53]), въ моментъ зачатія женщина предлагаетъ государству заключить съ ней договоръ, которымъ она обязуется поставлять государству гражданъ, хотя бы и съ нѣкоторой опасностью для своей жизни, но все-же лишь постольку, поскольку эта опасность неотвратима средствами родовспомогательной науки. Государство, въ сознаніи своего назначенія и выгодъ, принимаетъ сдѣланное предложеніе, и такимъ образомъ договоръ получаетъ для обоихъ контрагентовъ связующую силу. Коль скоро случилось то, о чемъ идетъ рѣчь, и женщина не пожелала допустить чревосѣченія,—она тѣмъ самымъ ссылается на свое договорное право, и государство не можетъ поэтому принудить ее къ чревосѣченію.

6)—на ученіе о непреодолимомъ принужденіи, будто бы испытываемомъ женщиной *(Hye Glunek)*.

Самъ Геймбергеръ держится того мнѣнія (стр. 33), что „государство даетъ юридическую защиту плоду, но подъ условіемъ, что плодъ можетъ быть рожденъ естественнымъ путемъ... При невозможности рожденія, государство лишаетъ его своей защиты; плодъ юридически не принимается болѣе во вниманіе; его уничтоженіе становится юридически безразличнымъ дѣйствіемъ и можетъ быть предпринято безъ помѣхи въ видахъ спасенія жизни матери“.

---

[53]) Wagner's Zeitschrift fur österreichisch. Rechtsgelehr. 1826, Bd. 1.

Также по мнѣнію *Гольцендорфа* [54]), правоспособность плода фактически обусловлена возможностью его позднѣйшаго рожденія.

Позже *Оппенгеймъ* [55]) пытался обосновать ненаказуемость перфораціи нормами обычнаго права.

Также по мнѣнію *Штосса* [56]), „источникъ безнаказанности гинеколога, производящаго абортъ или перфорацію для спасенія жизни матери, лежитъ въ обычномъ правѣ".

Лиліенталь [57]) примѣнилъ къ перфораціи свое общее положеніе, что „врачебныя дѣйствія защищены отъ наказанія своею цѣлью, но не могутъ быть предприняты противъ воли лица пользуемаго".

И, наконецъ, *Баръ* [58]) относительно ненаказуемости перфораціи замѣчаетъ: „правильное и простѣйшее обоснованіе должно заключаться въ томъ, что жизнь, только возникающая, еще не самостоятельная, разумнымъ образомъ, должна быть разсматриваема, какъ менѣе цѣнная, по сравненію со вполнѣ развитою жизнью матери, и что въ неразрѣшимомъ иначе случаѣ коллизіи пожертвованіе жизнью неразвитой въ пользу вполнѣ развитой должно быть дозволено. Эта сравнительная малоцѣнность вытекаетъ и изъ различія угрозъ, защищающихъ зародышъ, по сравненію съ угрозами, защищающими жизнь уже существующаго человѣка. Не лишнее припомнить, что въ нашемъ гражданскомъ правѣ имѣется право нужды: поскольку оно тамъ вообще нормируется, оно также покоится на извѣстной іерархіи правовыхъ благъ".

По адресу теоріи, сближающей перфорацію съ необходимой обороной, нельзя не возразить, что современный законодатель допускаетъ оборону только противъ „нападенія" и „посягательства", агрессивныхъ сознательныхъ и произвольныхъ дѣйствій человѣка (ст. 101 улож. о нак., 45 угол. улож.). Но плодъ—не человѣкъ, а ростъ и передвиженія его

---

[54]) Handbuch, Bd. 3, 1874, стр. 461.
[55]) Указ соч.
[56]) Указ. соч., стр. 70—72.
[57]) Указ. соч.
[58]) Gerichtssaal, 1901, Bd. 60, стр. 111—112.

(источникъ опасности для беременной)—процессы непроизвольные, носящіе характеръ частью физіологическій, частью механическій. Не оказывается возможнымъ обосновать ненаказуемость врача-абортиста и постановленіями о крайней необходимости. Какъ справедливо замѣчаетъ Штоссъ, большинство европейскихъ уголовныхъ законодательствъ опредѣляетъ крайнюю необходимость настолько узко, что врачъ, уничтожающій плодъ ради спасенія жизни матери, не могъ бы въ свое оправданіе сослаться на эти постановленія. Австрійстрійское (§ 2), французское (art. 64), бельгійское (art. 71) и нидерландское (art. 40) уложенія—въ своихъ постановленіяхъ о крайней необходимости—требуютъ отъ субъекта, чтобы онъ дѣйствовалъ въ силу *непреодолимаго принужденія*, итальянское (art. 49),—чтобы онъ дѣйствовалъ, вынуждаемый необходимостью, германское (§ 54) и венгерское (§ 80),—чтобы онъ былъ ближайшимъ родственникомъ (Angehorige) выручаемаго изъ опасности.

Еще тѣснѣе опредѣляетъ границы крайней необходимости наше уложеніе о наказаніяхъ: оно требуетъ опасности для собственной жизни правонарушителя (ст., 99 улож. о наказ.).

Уголовное уложеніе 1903 г., правда, гарантируетъ врачу безнаказанность для большинства случаевъ этого рода, но вѣдь фактически врачи не привлекаются къ уголовной отвѣтственности за перфорацію и нынѣ, при дѣйствіи уложенія о наказаніяхъ, да и нельзя сказать, чтобы, на основаніи ст. 46 угол. улож., вопросъ разрѣшался успѣшно: согласно господствующей доктринѣ, крайняя необходимость не исключаетъ юридически необходимой обороны со стороны третьихъ лицъ; каждый имѣлъ бы право силою воспрепятствовать врачу, пожелавшему прибѣгнуть къ аборту или перфораціи.

Наконецъ, и ссылка на обычное право, какъ на послѣднюю инстанцію, по вопросу, спорному и въ доктринѣ, и въ судебной практикѣ, едва-ли можетъ быть признана доказательной.

Болѣе значительнымъ слѣдуетъ признать ученіе Гейнбергера. Но и послѣднее нельзя не упрекнуть въ неполнотѣ

и односторонности. Если плодъ исключаетъ возможность рожденія потому, что онъ носитъ зародышъ гибели въ себѣ самомъ,—лишеніе плода правовой охраны понятно. Фактическое отношеніе элементовъ, изъ которыхъ слагается плодъ, составляетъ объектъ юридической охраны, правовое благо, но не надо смѣшивать понятія блага и субъекта блага, носителя соотвѣтствующаго интереса. Фактическое отношеніе, оцѣниваемое какъ благо, пользуется правоохраной не само по себѣ, но лишь по связи своей съ субъектомъ. И если требуемая связь съ субъектомъ невозможна по самой природѣ даннаго фактическаго отношенія, послѣднее не можетъ быть разсматриваемо какъ правовое благо, претендовать на правоохрану. Лишеніе жизни человѣка, которому осталось жить всего лишь нѣсколько сутокъ или даже нѣсколько часовъ, есть все-же убійство. По общему правилу, всякое сокращеніе жизни человѣка есть преступленіе. Нельзя того же сказать о принятіи мѣръ къ сокращенію жизни плода. Какъ таковая, взятая сама по себѣ, жизнь плода не имѣетъ никакой юридической цѣнности. Она получаетъ цѣнность только какъ необходимое предположеніе послѣдующей человѣческой жизни и теряетъ ее съ признаніемъ неосуществимости послѣдней.

Итакъ, повторяю, если плодъ непсправимо физически пороченъ, оставленіе его безъ правовой защиты логично. Мы хорошо знаемъ, однако, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ абортъ и, тѣмъ болѣе, перфорація выполняются врачомъ не вслѣдствіе дефектности плода, но исключительно вслѣдствіе дефектности организма матери: развитіе плода, физически осуществимое, и его выходъ изъ материнской утробы, всегда или почти всегда возможный при содѣйствіи хирурга, оказываются сопряжены съ опасностью для здоровья и жизни женщины. Чѣмъ оправдать дѣйствіе врача въ этомъ случаѣ? Напрасно думаетъ Геймбергеръ, что плодъ пользуется юридической защитой только при условіи, что онъ можетъ быть рожденъ естественнымъ путемъ. Люди такъ далеко отошли отъ природы, что безъ участія стороннихъ лицъ, на подобіе тому, какъ этотъ процессъ совершается въ животномъ царствѣ, они рождаются уже рѣдко, и, чѣмъ далѣе, тѣмъ помощь со сто-

роны оказывается нужнѣе и становится все болѣе интензивною. Вопросъ о допустимости аборта и перфораціи, главнымъ образомъ, къ тому и сводится, чтобы установить предѣлъ ущерба для интересовъ матери, риска для жизни ея и здоровья, съ которымъ юридически могутъ быть связаны оперативныя мѣры, гарантирующія ребенку его рожденіе.

Геймбергеръ сосредоточилъ свое вниманіе на правовомъ положеніи *плода*, между тѣмъ какъ центръ тяжести проблемы лежитъ въ юридическомъ положеніи матери: обязана ли она, и, если обязана, то въ какой мѣрѣ, подвергать свою жизнь и здоровье опасности, связанной съ вынашиваніемъ плода и дѣторожденіемъ? На этомъ вопросѣ мы и остановимся.

Беременность и роды могутъ служить источникомъ вреда или опасности для цѣлаго ряда правоохраненныхъ иначе благъ женщины. Плодъ женщины живетъ и развивается на счетъ ея тѣла, стѣсняя ея свободу, понуждая ее къ выполненію однихъ дѣйствій, къ воздержанію отъ другихъ. Кромѣ того, беременность, какъ и роды, сопряжена съ весьма значительными болевыми ощущеніями и цѣлымъ рядомъ физическихъ осложненій, опасныхъ для здоровья и жизни женщины. Ограждая спеціальнымъ уголовнымъ закономъ жизнь плода отъ посягательствъ на него со стороны матери и третьихъ лицъ, государство тѣмъ самымъ, съ одной стороны, возлагаетъ на беременную женщину обязанность перенесенія всѣхъ этихъ тягостей, съ другой—обязываетъ какъ ее, такъ и всѣхъ третьихъ лицъ, воздерживаться отъ всякаго рода дѣйствій, которыя бы могли помѣшать созрѣванію плода и рожденію человѣка. Если бы этой обязанности не существовало, абортъ и перфорація не заключали бы въ себѣ ничего противоправнаго. Абортъ и перфорація противоправны лишь постольку, поскольку они нарушаютъ эту обязанность. Отсюда слѣдуетъ, что весь вопросъ о юридической допустимости обѣихъ операцій сводится къ вопросу о *границахъ* соотвѣтствующей обязанности. Какъ всякая обязанность, послѣдняя не безпредѣльна. Она ограничена, во-первыхъ, какъ было уже сказано, моментомъ цѣли. Обязанность, а съ нею и уголовная отвѣтственность, отпадаютъ, если цѣль природы, завѣ-

домо для субъекта, оказывается недостижимой. Въ плодѣ законъ охраняетъ возможнаго будущаго человѣка. Если развитіе и рожденіе послѣдняго оказываются невозможными, отпадаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и обязанность воздержанія отъ абортивныхъ дѣйствій. Она отпадаетъ какъ для самой женщины, такъ и для третьихъ лицъ, что̀, разумѣется, не исключаетъ обязанности послѣднихъ, если они желаютъ предпринять абортъ, считаться съ волею женщины, съ ея рѣшеніемъ допустить, или нѣтъ, извѣстныя манипуляціи надъ своимъ тѣломъ.

Обязанность оберегать плодъ, воздерживаться отъ причиненія ему вреда отсутствуетъ, однако, не только тамъ, гдѣ плодъ, силою вещей, обреченъ на гибель, гдѣ нѣтъ средствъ, которыя бы могли спасти его. Обязанности нѣтъ и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ средства спасенія существуютъ, но они таковы, что обращеніе къ нимъ сопряжено съ опасностью для жизни и здоровья женщины, и эта опасность настолько значительна, что законодатель не находитъ возможнымъ обращеніе къ нимъ вмѣнять женщинѣ въ обязанность. Нельзя ожидать, чтобы интересы современнаго поколѣнія онъ оцѣнивалъ ниже интересовъ поколѣнія, идущаго ему на смѣну; жизнь матери ниже, чѣмъ жизнь плода; живущее—чѣмъ рождающееся; реальное—чѣмъ возможное. Самопожертвованіе, требуемое современнымъ законодателемъ отъ женщины, не идетъ дальше библейской заповѣди—„въ болѣзняхъ рождать чада свои“. Женщина обязана подвергать себя опасности со стороны ея плода, но эта обязанность, какъ и всякая другая, имѣетъ свой предѣлъ, намѣчаемый здравымъ смысломъ и нормами соціальной этики.

Не должно при этомъ впадать и въ обратную крайность,—думать, что женщина въ правѣ требовать аборта или перфораціи во всѣхъ случаяхъ, когда естественные роды невозможны. Она, во всякомъ случаѣ, не въ правѣ отказываться отъ операціи, хотя бы и болѣе для нея тягостной или опасной, чѣмъ абортъ или перфорація, если тягостность или опасность этой операціи не выше той, которую представляютъ нормально-опасные роды. Юридическая допустимость перфо-

раціи и аборта стоитъ, такимъ образомъ, въ прямой связи съ прогрессомъ врачебной науки и техники: чѣмъ болѣе вторыя прогрессируютъ, тѣмъ менѣе надобности оказывается въ обращеніи къ первымъ.

Юридическое значеніе техническаго прогресса ослабляется, однако, въ этомъ направленіи непрестанно возвышающейся въ общественномъ сознаніи цѣнностью человѣческой личности. Въ настоящее время уже не дерзаютъ подвергать забеременѣвшую женщину тому риску послѣдствій вынашиванія и родового процесса, которому считалось вполнѣ нормальнымъ подвергать ее раньше. Интересно отмѣтить, что эволюцію, совершающуюся въ области оцѣнокъ, въ значительной мѣрѣ подкрѣпляютъ успѣхи той самой медицинской техники, которую мы только что характеризовали, какъ юридическій тормозъ къ допущенію аборта. Дѣло въ томъ, что, параллельно пониженію опасности родовъ (хотя бы и при неблагопріятныхъ показаніяхъ для нихъ),—благодаря успѣхамъ техники, понижается и опасность аборта для жизни женщины, а это обстоятельство для врачей, непосредственно заинтересованныхъ лицъ и общества въ цѣломъ является новымъ стимуломъ къ оправданію дѣйствій, направленныхъ противъ грозящаго бѣдой нормальнаго развитія зародыша. Ранѣе рискъ неблагополучныхъ родовъ уравновѣшивался въ глазахъ врача огромною опасностью аборта. Теперь, повидимому, это равновѣсіе безповоротно утрачено.

Такъ какъ обязанность женщины подвергать себя опасности, связанной съ процессомъ беременности и родовъ, носитъ характеръ публичный, то заявленія женщины о желаніи произвести абортъ или, напротивъ, подъ вліяніемъ обостреннаго материнскаго инстинкта, о желаніи подвергнуться какой угодно опасной операціи (напр., чревосѣченію, хотя бы оно, по условіямъ состоянія организма или окружающей обстановки, являлось почти смертельнымъ), лишь бы спасти ребенка,—сами по себѣ взятыя, лишены юридическаго значенія. Убійство не перестаетъ быть убійствомъ отъ того, что оно учинено съ согласія и по настоянію убитаго, хотѣвшаго, цѣною своей жизни, спасти кого-либо. Согласіе или несо-

гласіе женщины получаетъ значеніе не въ вопросѣ объ отвѣтственности врача за преступленіе противъ жизни и здоровья, но лишь въ вопросѣ объ отвѣтственности его за преступленіе противъ свободы. Профессіональное положеніе врача, обязывающее его, съ одной стороны, не навязывать своихъ услугъ больному, оказывать ему такую лишь помощь, которая не идетъ въ разрѣзъ съ его волей, а, съ другой стороны,— не оставлять его безъ возможной, пріемлемой для него помощи, приводитъ, однако, къ тому, что, если роженица не соглашается на перфорацію и опасная операція, на которой она настаиваетъ, будетъ признана врачомъ все-же лучшимъ для нея исходомъ, чѣмъ предоставленіе событій естественному ходу, врачъ долженъ подчиниться волѣ роженицы, обязанъ произвести требуемую операцію, но оправданіе его будетъ заключаться не въ томъ, что операція была предпринята по настоянію роженицы, а въ томъ, что эта операція была единственнымъ видомъ врачебной помощи, которую онъ могъ оказать, не погрѣшая ни противъ требованій профессіональнаго долга, ни противъ законовъ, ограждающихъ свободу каждаго въ распоряженіи своимъ тѣломъ.

Иначе, конечно, и притомъ не рискуя отвѣтственностью за учиненіе насилія, поступитъ врачъ въ томъ случаѣ, когда имѣется основаніе смотрѣть на заявленія больной, какъ на изъявленія воли лица недѣеспособнаго.

б) *Трансплантаціи и трансфузіи.*

Второй случай врачебнаго пользованія однихъ посредствомъ причиненія вреда здоровью другихъ представляетъ практика такъ называемыхъ пересадокъ. Пересаживаемы изъ одного организма въ другой могутъ быть отдѣльные органы тѣла, или части ихъ, или поверхностные покровы кожи. Въ прежнее время производились опыты подобнаго же перепускания крови отъ одного человѣка къ другому. Оцѣнка этого типа врачебныхъ дѣйствій, съ точки зрѣнія интереса народнаго здравія, не оставляетъ какихъ либо сомнѣній, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда пересадка не представляетъ существенной опасности для жизни и здоровья стра-

дающаго отъ нея лица. Что общество можетъ имѣть противъ, если здоровякъ, облегчая страданія ближняго, пожелаетъ удѣлить послѣднему нѣсколько поверхностныхъ участковъ кожи, безъ особаго вреда для своего здоровья? Правда, не всегда въ основѣ подобной уступчивости лежитъ чувство состраданія, жажда самопожертвованія,—нерѣдко операція является плодомъ своего рода коммерческой сдѣлки,—нельзя, однако, не видѣть, что интересъ народнаго здравія выигрываетъ отъ того не меньше, что масса общаго физическаго благосостоянія все-же возрастаетъ. Осудить сдѣлки на кровь и мясо можно было бы съ моральной точки зрѣнія, хотя ... едвали они хуже торговли материнскимъ молокомъ, которую терпятъ и законъ, и нравы, къ несомнѣнному ущербу для народнаго здравія.

Формальное обоснованіе уголовной безотвѣтственности врача за неизбѣжныя при пересадкахъ раненія лицъ, отъ которыхъ пересадочный матеріалъ берется, напрасно было бы искать въ постановленіяхъ о крайней необходимости. Даже ст. 46 угол. улож. была бы недостаточна для этой цѣли. Пересадки примѣняются не только тамъ, гдѣ онѣ являются необходимыми, представляютъ собой единственное средство оказанія врачебной помощи, но всюду, гдѣ онѣ могутъ быть полезны. Вмѣстѣ съ тѣмъ, ст. 46 угол. улож. обязывала бы врача, претендующаго на безнаказанность, нужные ему органы тѣла или частицы кожи прежде всего искать у самого себя, и только, при невозможности получить ихъ изъ этого источника, онъ могъ бы заимствовать ихъ отъ третьихъ лицъ. (Ст. 46 требуетъ отъ опасности, чтобы она „была неотвратима въ то самое время другимъ средствомъ“). Какъ общее правило, непреступность операціи пересадки можетъ быть обоснована только согласіемъ лица, которое отъ пересадки страдаетъ, и лишь постольку, поскольку, вообще, согласіе исключаетъ уголовную отвѣственность, т. е. когда операція не подвергаетъ существенной опасности жизнь и здоровье даннаго лица. Если пересаживаемыя части организма заимствуются у лица моложе 17 лѣтъ, требуется согласіе какъ самого оперируемаго, такъ и его законныхъ представителей.

Врачъ, позволившій себѣ взять нужныя ему частицы кожи у лица моложе 17 лѣтъ, съ согласія послѣдняго, но безъ согласія родителей или опекуна, подлежитъ отвѣтственности, какъ за умышленное причиненіе ранъ. Той же отвѣтственности онъ подлежитъ и въ томъ случаѣ, если произведетъ операцію съ согласія родителей или опекуна, но противъ воли оперируемаго: родителямъ и опекунамъ не дано власти подвергать дѣтей и опекаемыхъ истязаніямъ.

Юридически ничѣмъ не обоснованнымъ является требованіе *Оппенгейма* [59]), чтобы зло, устраняемое посредствомъ трансплантаціи, было значительнѣе зла, ею причиняемаго. Если мать, не подвергая опасности ни жизнь свою, ни здоровье, предпочтетъ лучше страдать сама, чѣмъ переживать страданія ребенка, хотя бы и меньшія, чѣмъ тѣ, которыя она беретъ на себя,—врачъ, согласившійся произвести пересадку участка кожи отъ матери къ ребенку, не учинитъ никакого преступленія и врядъ-ли погрѣшитъ даже противъ требованій общей или профессіональной этики.

в) *Прочіе виды вторженія въ правоохраненныя сферы благъ третьихъ лицъ или цѣлаго общества.*

Врачебныя дѣйствія могутъ нарушать не одни только правоохраненные интересы жизни и здоровья третьихъ лицъ. При подачѣ помощи больному, врачъ можетъ быть вынужденъ самовольно употребить на перевязку чужое бѣлье (поврежденіе чужого движимаго имущества); распорядиться внести раненаго въ первый попавшійся домъ, вопреки волѣ хозяина помѣщенія (нарушеніе домоваго права); спѣша на помощь роженицѣ, вопреки волѣ владѣльца, проѣхать для сокращенія пути по чужому лугу (самовольное пользованіе чужимъ имуществомъ, 147 ст. уст. о нак.) и пр. Во всѣхъ этихъ случаяхъ уголовная отвѣтственность врача по соотвѣтствующимъ статьямъ уложенія о наказаніяхъ и устава о наказаніяхъ не подлежитъ сомнѣнію. Гарантировать ему безнаказанность могла бы въ извѣстныхъ предѣлахъ ст. 46 угол. улож. 1903 г. о крайней необходимости. Но политически

[59]) Указ. соч., стр 27.

безупречное рѣшеніе вопроса, заключающееся въ предоставленіи врачу *права* на принятіе необходимыхъ мѣръ и въ постановленіи третьимъ лицамъ въ *обязанность* подчиненія этимъ мѣрамъ, могла бы дать только реформа уголовнаго законодательства, въ смыслѣ признанія за каждымъ изъ гражданъ, при наличности опредѣленныхъ условій, *права нужды*.

То основное исходное положеніе, что правопорядокъ отнюдь не снабжаетъ врача какимъ либо спеціальнымъ правомочіемъ, которое давало бы ему возможность пренебрегать нормами, непререкаемыми для другихъ членовъ общества, приводитъ насъ также къ отрицанію за врачомъ права избирать средства врачеванія, связанныя съ нарушеніемъ нормъ, ограждающихъ общія основы соціальнаго порядка (блага надъ-индивидуальныя). Такъ, напр., въ виду существованія ст. 935 улож. о нак., должно быть признано наказуемымъ примѣненіе средствъ, разсчитанныхъ на использованіе во врачебныхъ цѣляхъ народныхъ или другихъ суевѣрій,—заговоровъ, нашептываній, спиритическихъ сеансовъ.

Но отъ конфликтовъ свободы врачебнаго дѣйствія съ уголовно правовыми запретами слѣдуетъ отличать ея же конфликты съ требованіями общественной морали. Врачъ совѣтуетъ замужней женщинѣ, страдающей отъ физической неудовлетворенности въ бракѣ, взять болѣе здороваго любовника, или юношѣ, для нервнаго успокоенія, отправиться въ публичный домъ. Какъ ни предосудительно такое врачебное дѣйствіе съ точки зрѣнія общей и профессіональной этики, отвѣтственности уголовной врачъ все-же не подлежитъ: въ дѣяніи отсутствуетъ составъ сводничества (524, 525 угол. улож.), а подстрекательство къ прелюбодѣянію, тѣмъ болѣе, къ простому блуду—ненаказуемо.

Б. Дѣйствія медицинской полиціи въ ихъ конфликтахъ съ уголовнымъ правомъ.

Задача медицины заключается не только въ томъ, чтобы вылѣчить больного,—не менѣе важно предупредить заболѣваніе здороваго. Врачебная наука рекомендуетъ самыя разнообразныя предупредительныя мѣры. Послѣднія могутъ носить

или общій характеръ, заключаясь въ требованіяхъ широкихъ общественныхъ мѣропріятій, касающихся оздоровленія мѣстъ населенія, упорядоченія условій труда, усовершенствованія самой врачебной части и пр., или же носить характеръ преходящій, заключаясь въ мѣрахъ предупрежденія непосредственной опасности зараженія для опредѣленной и неопредѣленной группы лицъ отъ *даннаго* носителя заразы. Въ особо широкомъ объемѣ мѣры непосредственно предупредительнаго характера примѣняются въ борьбѣ съ эпидеміями или, вообще, съ болѣзнями, принимающими размѣры и значеніе народнаго бѣдствія. Права и обязанности врача по участію въ выполненіи мѣропріятій этого типа подробно регламентируются спеціальными уставами. Законъ служитъ въ этомъ случаѣ основаніемъ къ признанію дѣйствія врача правомѣрнымъ, какъ бы глубоко оно ни вторгалось въ область личныхъ или имущественныхъ благъ обывателя. Карантины, поголовные осмотры населенія или отдѣльныхъ общественныхъ группъ, обязательныя прививки и пр., производимые на точномъ основаніи закона или обязательныхъ постановленій, не нуждаются въ согласіи частныхъ лицъ для того, чтобы быть правомѣрными. Законъ опредѣляетъ и границы должнаго вторженія. Здѣсь, въ этихъ границахъ, нѣтъ, и быть не можетъ, конфликта съ уголовнымъ правомъ. Опасность конфликта впервые возникаетъ тамъ, гдѣ нѣтъ закона или обязательнаго постановленія, которые бы управомочивали или обязывали врача къ принятію соотвѣтствующихъ мѣръ. Какъ бы ни было мѣропріятіе, съ точки зрѣнія интересовъ народнаго здравія, цѣлесообразно,—разъ субъектъ не былъ по закону управомоченъ на выполненное имъ дѣйствіе, послѣднее не можетъ быть разсматриваемо, какъ правомѣрное, какъ налагающее на третьихъ лицъ, страдающихъ отъ этого дѣйствія, обязанность подчиненія; врачъ,—носитель полицейской власти,—позволившій себѣ выйти за границы своего спеціальнаго правомочія, рискуетъ быть привлеченнымъ къ уголовной отвѣтственности не только за поврежденіе тѣхъ или иныхъ частныхъ благъ, но и за посягательство на публичную сферу: за присвоеніе или превышеніе власти.

Изъ ряда случаевъ, гдѣ врачъ не находитъ закона, на который онъ могъ бы опереться, принимая мѣры огражденія здоровыхъ, наиболѣе интереса представляютъ тѣ, гдѣ источникомъ опасности является не кто иной, какъ самъ же паціентъ.

Въ огражденіе здоровья окружающихъ, врачъ можетъ найти необходимымъ задержать больного въ занимаемомъ имъ помѣщеніи или, напротивъ, выселить его изъ дома въ больницу или баракъ; надѣть на больного горячечную рубашку; распорядиться уничтожить зараженное имущество заболѣвшаго; принудительно дезинфецировать его помѣщеніе и пр. Въ другихъ случаяхъ наиболѣе цѣлесообразнымъ средствомъ оградить здороваго человѣка отъ грозящей ему опасности зараженія можетъ служить предупрежденіе его объ этой опасности: врачъ можетъ предупредить невѣсту или ея семью о томъ, что женихъ, его паціентъ,—сифилитикъ; родителей ребенка,—что кормилица, его паціентка,—чахоточная.

Совершенно такъ же, какъ тамъ, гдѣ врачъ, въ интересахъ больного, посягаетъ на правоохраненныя блага здоровыхъ, такъ же и здѣсь, гдѣ онъ, обратно, въ интересахъ здоровыхъ, посягаетъ на правоохраненныя блага больного,—по дѣйствующему праву, онъ подлежитъ уголовной отвѣтственности. Таково общее правило. Оно, естественно, знаетъ исключенія:

Первый случай—состояніе больного таково, что оно сообщаетъ окружающимъ право необходимой обороны (ст. 101 улож. о нак.). Это—тотъ случай, когда кому либо грозила опасность „нападенія“ со стороны больного (сумасшедшаго, горячечнаго и т. п.).

Второй случай — тотъ, когда поведеніе больного, разсматриваемое, какъ источникъ опасности для здоровыхъ, не отвѣчая признакамъ „нападенія“, заключаетъ въ себѣ, тѣмъ не менѣе, признаки какого либо преступленія, и врачъ, посягая на правоохраненныя блага больного, въ состояніи предупредить это преступленіе. Примѣры приведены выше: врачъ сообщаетъ невѣстѣ о состояніи жениха, родителямъ ребенка—о состояніи кормилицы. Дѣйствія больныхъ отвѣчаютъ здѣсь

составу ст. 854 и 855 улож. о нак. и 103 мир. уст. [60]). Врачъ, принявшій предупредительныя мѣры противъ распространенія болѣзни, уже потому не подлежитъ уголовной отвѣтственности, что, поступая такимъ образомъ, онъ выполняетъ лежащую на немъ обще-гражданскую обязанность предупрежденія преступленій, пренебреженіе которой влекло бы для него въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже уголовную отвѣтственность, какъ за попустительство тѣхъ же преступленій (ст. 14 и 125 улож. о нак.).

Конечно, приводимые нами доводы не смогутъ убѣдить тѣхъ, кто обязанности храненія врачебныхъ тайнъ придаетъ значеніе абсолютное. Для тѣхъ, кто держится этого мнѣнія, должны быть приведены иныя доказательства, почерпаемыя изъ анализа не общаго, а спеціальныхъ составовъ преступленій, предположить которыя можно было бы въ данномъ случаѣ.

Ст. 137 уст. о нак., карающая за нарушеніе тайнъ, составлена въ слѣдующихъ выраженіяхъ: „за разглашеніе, *съ намѣреніемъ оскорбить чью либо честь*, свѣдѣній, сообщенныхъ втайнѣ или же узнанныхъ вскрытіемъ чужого письма или другимъ противозаконнымъ образомъ, виновные подвергаются: аресту не свыше 15 дней или денежному взысканію не свыше 50 рублей“. Статья отнесена къ отдѣленію I-му главы 11-й, снабженному заголовкомъ: „объ оскорбленіяхъ чести“. Ясно, что нарушеніе врачебной тайны, коль скоро оно предпринято съ намѣреніемъ не оскорбить, а предупредить возможное заболѣваніе, уже по одному этому не можетъ быть подведено подъ 137 ст. уст. о нак.

Шире объемъ ст. 541 угол. улож. (не вошедшей въ силу). Эта статья караетъ арестомъ и денежной пеней до 500 р.

---

[60]) Ст. 854 улож. о нак.: кто, зная, что онъ одержимъ заразительною или иною прилипчивою болѣзнью, съ умысломъ учинитъ что либо, долженствующее неминуемо сообщить сію болѣзнь другому, тотъ приговаривается...

Ст. 855 улож. о нак.: если женщина, зная, что имѣетъ заразительную или иную вредную болѣзнь, скрывъ ее или умолчавъ о ней, поступитъ въ кормилицы или няньки, то она, по излѣченіи, подвергается...

Уставъ о наказаніяхъ, ст. 103: за сообщеніе другимъ происходящей отъ непотребства заразительной болѣзни, виновные подвергаются...

всякое лицо, обязанное по своему званію хранить въ тайнѣ довѣренное ему свѣдѣніе, виновное въ умышленномъ оглашеніи онаго, безъ достойныхъ уваженія причинъ, если притомъ оглашенное свѣдѣніе могло причинить имущественный ущербъ или опозорить лицо, къ коему оно относилось. Намѣренія опозорить разглашеніемъ чью либо честь ст. 541 не требуетъ, почему она обнимаетъ также и дѣйствія, преслѣдующія цѣль врачебную. За то въ статью введено одно важное ограничительное условіе отрицательнаго характера: отсутствіе достойныхъ уваженія причинъ оглашенія. Эта спеціальная оговорка исключаетъ наказуемость врачей за раскрытіе довѣренныхъ имъ тайнъ въ обоихъ помянутыхъ выше случаяхъ. Оговорка о достойныхъ уваженія причинахъ должна гарантировать врачу безнаказанность и въ тѣхъ случаяхъ, когда, въ интересахъ самого больного,—лица недѣеспособнаго,—требовалось сообщить о болѣзни его законному представителю (напр., родителямъ о порочныхъ наклонностяхъ ихъ дѣтей).

В. Дѣйствія научно-экспериментальныя въ ихъ конфликтахъ съ уголовнымъ правомъ [61]).

Прогрессъ научнаго знанія всецѣло покоится на опытѣ, и, если находятся самоотверженные люди, готовые, въ большей или меньшей мѣрѣ, рисковать здоровьемъ или жертвовать физическимъ покоемъ на пользу врачебной науки,—не въ интересахъ народнаго здравія отвергать приносимую жертву. Общество начинаетъ испытывать потребность въ установленіи границъ научнаго изслѣдованія лишь съ момента, когда экспериментаторъ пожелаетъ подвергнуть опасности ч у ж о е право—охраненное благо. Но и здѣсь уголовное право должно не тормозить успѣхи медицины, а только понуждать врача-экспериментатора быть осторожнымъ и методичнымъ въ своихъ изысканіяхъ. Врачъ всего менѣе долженъ уподобляться игроку, пытающему у операціоннаго стола свое слѣпое игрецкое счастье. Тщательное предварительное изученіе метода, провѣрка его на трупахъ и на животныхъ, привлеченіе къ

[61]) Bar, Medizinische Fortschritt und Strafrecht (Festgabe f. Regelsberger, 1901), стр. 245 и сл.

сравнительной оцѣнкѣ метода накопленныхъ номологическихъ знаній, первоначальное примѣненіе новаго метода къ случаямъ безнадежнаго состоянія больного, гдѣ обращеніе къ старымъ способамъ врачеванія было бы завѣдомо безцѣльно, или же при стеченіи обстоятельствъ, а priori исключительно благопріятствующихъ успѣшности новаго пріема,—достаточно гарантировали бы медицину отъ застоя, отъ вѣчнаго обращенія къ однимъ и тѣмъ же шаблоннымъ пріемамъ врачеванія, а самихъ экспериментаторовъ—отъ опасности привлеченія къ уголовной отвѣтственности. Изслѣдователь не отвѣчаетъ за неблагопріятный исходъ предпринятаго опыта, если рискъ вреда не превышалъ разумно допустимаго. Вопросъ о предѣлахъ допустимаго риска рѣшается съ точки зрѣнія соціальной этики. Эти предѣлы тѣмъ шире, чѣмъ выше цѣнность, научная или практическая, рѣшаемой проблемы. При этомъ, какъ было уже отмѣчено въ литературѣ, нѣтъ основанія различать опыты, посвященные разрѣшенію вопросовъ чистаго знанія, отъ опытовъ практическаго врачеванія. Что вчера еще было проблемою чистаго знанія, сегодня становится средствомъ служенія житейскимъ нуждамъ. Никто не оскорбитъ памяти великаго изобрѣтателя оспопрививанія за то, что онъ когда-то пробною прививкою подвергъ здороваго ребенка опасности заболѣванія. Но нѣтъ предѣла негодованію, когда врачъ, съ цѣлью провѣрить гипотезу о сифилитическомъ заболѣваніи, какъ о первопричинѣ позднѣйшаго параличнаго состоянія, нарочно прививаетъ сифилисъ паралитику. Часто экспериментъ соприкасается съ врачебною цѣлью,—это обстоятельство также не можетъ не расширять границъ этически допустимаго риска.

Но, если рискъ выходитъ за предѣлы допустимаго, безнаказанность врача экспериментатора можетъ быть юридически обоснована только согласіемъ лица, подвергаемаго испытанію.

Здѣсь, какъ и вездѣ, согласіе пострадавшаго устраняетъ уголовную отвѣтственность, поскольку дѣйствіе субъекта не повело къ лишенію жизни или къ тяжкому поврежденію здоровья лица согласившагося. Вслѣдствіе отсутствія прямого

умысла, отвѣтственность наступаетъ только въ томъ случаѣ, если вредъ дѣйствительно послѣдовалъ.

Но, если законъ ограждаетъ въ указанныхъ границахъ жизнь и здоровье третьихъ лицъ отъ поврежденій, наносимыхъ рукою самого экспериментатора, хотя бы и съ согласія этихъ лицъ, то онъ не грозитъ изслѣдователю никакимъ наказаніемъ, если, по настоянію послѣдняго, третье лицо само нанесетъ себѣ нужное для производства опыта тѣлесное поврежденіе или само подвергнетъ свою жизнь или здоровье опасности. Средствомъ побужденія могутъ служить просьбы экспериментатора, его убѣжденія, соблазнъ денежнымъ вознагражденіемъ, воздѣйствіе на самолюбіе, обѣщаніе славы и проч. Какъ уложеніе о наказаніяхъ (ст. 1475), такъ и уголовное уложеніе (ст. 463) предусматриваютъ склоненіе къ самоубійству, наказуемое какъ delictum sui generis, но не говорятъ ни слова о подговорѣ къ самоповрежденію. Не приложимы здѣсь и общія постановленія о наказуемомъ подстрекательствѣ. Согласно ст. 51 угол. улож., подстрекатель—тотъ, кто „подстрекаетъ другого къ соучастію въ преступномъ дѣяніи“. Также и ст. 13 улож. о нак. ставитъ условіемъ наказуемости подстрекательства совершеніе преступленія другимъ лицомъ, непосредственнымъ исполнителемъ. Но, за исключеніемъ случаевъ, точно описанныхъ въ законѣ, какъ-то: самооскопленія по религіозно фанатическимъ побужденіямъ (201 ст. улож. о нак., 96 ст. угол. улож.) и самоповрежденія съ цѣлью уклоненія отъ военной службы (512 ст. улож. о нак., 188 ст. угол. улож.), къ научному эксперименту не имѣющихъ отношенія, причиненіе вреда собственному здоровью, по нашимъ законамъ, не есть преступленіе.

Такъ же точно экспериментаторъ не можетъ быть наказанъ и въ качествѣ пособника, если рѣшимость подвергнуть себя опасному испытанію возникла у третьяго лица самостоятельно и участіе экспериментатора выразилось въ доставленіи средствъ или въ устраненіи препятствій къ производству опыта. Непреступность главнаго дѣйствія—самоповрежденія исключаетъ возможность разсматривать оказаніе помощи этому дѣйствію, какъ наказуемое пособничество.

Дѣло обстоитъ иначе, если третье лицо, подвергающее себя испытанію по подговору или при содѣйствіи экспериментатора, было имъ обмануто (напр., увѣреніями экспериментатора, что опытъ не опасенъ), или по малолѣтству или по инымъ причинамъ было „завѣдомо неспособно понимать свойства и значеніе имъ совершаемаго или руководить своими поступками". Самовредитель разсматривается тогда, какъ слѣпое орудіе въ рукахъ экспериментатора, и этотъ послѣдній, въ предѣлахъ своей виновности, отвѣчаетъ такъ же, какъ если бы онъ самъ выполнилъ эти дѣйствія надъ испытуемымъ.

По мнѣнію *Штосса*, слѣдовало бы предоставить благоусмотрѣнію центральной власти и медицинскихъ факультетовъ разрѣшать выдающимся изслѣдователямъ тѣ или другіе опыты надъ лицами, изъявившими на то согласіе. Не заключается ли, однако, въ этомъ предложеніи извѣстный circulus vitiosus? Нельзя сдѣлаться выдающимся изслѣдователемъ, если не производить опытовъ, но нельзя производить опытовъ, если не быть выдающимся. Бюрократическій контроль и духъ свободнаго научнаго изслѣдованія—вещи, во всякомъ случаѣ, несовмѣстимыя.

Заключеніе.

На основаніи всего сказаннаго, еще разъ подтверждая взглядъ, высказанный во введеніи, находя совершенно излишнимъ созданіе новыхъ правовыхъ нормъ, направленныхъ къ опредѣленію границъ свободы врачебнаго пользованія и дѣйствій научно-экспериментальныхъ, мы ничего не можемъ возразить противъ дальнѣйшаго роста врачебно-полицейскаго законодательства. Дѣйствующее право уже и теперь заключаетъ въ себѣ цѣлый рядъ такихъ вполнѣ разумныхъ ограниченій свободы врачебной дѣятельности. Извѣстныя врачебныя средства могутъ быть полезны при умѣломъ употребленіи, но ихъ вольная продажа можетъ быть признана *опасной* для народнаго здравія, по соображенію бытовыхъ и культурныхъ условій. Какъ общее правило, предоставленіе врачу неограниченнаго права пользоваться гипнозомъ, какъ врачебнымъ средствомъ, не могло бы имѣть какихъ либо дурныхъ послѣд-

ствій, но достаточно уже одной возможности злоупотребленій, чтобы признать гипнотизированіе опаснымъ безъ привлеченія къ дѣлу второго врача, и проч.

Конечно, и при судебномъ истолкованіи границъ свободы врачебнаго пользованія и научнаго эксперимента возникаетъ не мало спорныхъ вопросовъ, и не всегда дѣйствующее право даетъ твердую опору для ихъ разрѣшенія, но единственно допустимый выходъ отсюда слѣдуетъ видѣть не въ созданіи для этой цѣли спеціальнаго врачебнаго законодательства, а въ болѣе точномъ урегулированіи общихъ, принципіальныхъ вопросовъ права, какъ-то: вопроса о значеніи согласія пострадавшаго, объ условіяхъ состоянія крайней необходимости и „права крайней нужды“, о соотношеніи возраста дѣтей и права родителей на ихъ физическое воспитаніе и проч. Но правильное законодательное рѣшеніе этихъ вопросовъ мыслимо только на основѣ гораздо болѣе широкихъ этическихъ и политическихъ обобщеній, чѣмъ тѣ, матеріалъ для которыхъ въ состояніи дать практика врачебнаго пользованія и врачебно-научнаго эксперимента.

БИБЛИОТЕКА
Лечны[illegible]деления
Коммунис[illegible]Академии
[illegible] СССР

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР