

К

Анисимов, Георгий Евграфович

Уголовное право
Общая часть
Курс составлен по новым прогр. Комиссаров
для слушателей заочников
Омск
1905.

П 1946

Кс.
1

АН СССР
БИБЛИОТЕКА
КОММУНИСТИЧЕСКОЙ
АКАДЕМИИ

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР

668
68

В В Е Д Е Н І Е

1. ПОНЯТІЕ УГОЛОВНАГО ПРАВА.

Приступая къ изученію какой бы то ни было науки необходимо прежде всего выяснить, надъ какимъ именно предметомъ она оперируетъ и, затѣмъ, въ чемъ состоятъ ея конечныя цѣли. Поэтому, я и начну съ опредѣленія предмета и задачъ преподаваемой мною науки.

Общественная жизнь является безспорно одной изъ коренныхъ потребностей человѣческой природы: только въ обществѣ возможно раскрытіе внутреннихъ силъ человѣка, всестороннее развитіе личности. Но общество является немыслимымъ безъ извѣстныхъ нормъ, регулирующихъ взаимныя отношенія его членовъ; такія нормы существуютъ еще на первыхъ ступеняхъ цивилизаціи, образуя собою обычное право. Когда же является государственная власть, онѣ санкціонируются ею, при чемъ она охраняетъ правовой порядокъ отъ посягательствъ со стороны отдѣльныхъ лицъ. Необходимость охранительныхъ мѣръ такъ очевидна, что не требуетъ никакихъ доказательствъ. "Государство - говоритъ Платонъ - не было бы государствомъ, если бы не охраняло правового порядка!" Къ отраслямъ правоохранительной дѣятельности относится, между прочимъ, и карательная функція государства: нарушенія правового порядка, которыя на первыхъ порахъ общественной жизни встрѣчали особую реакцію въ видѣ мести

Уголовное Право *Листъ 1-й Литографія Простакова.*
Состав. по лек. прос. Хохлова.

П 1946

со стороны пострадавшаго или его родственниковъ, позже влекутъ наказаніе со стороны верховной власти, ПРИНАДЛЕЖАЩЕЕ ГОСУДАРСТВУ ПРАВО - НАКАЗЫВАТЬ НАРУШИТЕЛЕЙ ПРАВОВОГО ПОРЯДКА - СОСТАВЛЯЕТЪ УГОЛОВНОЕ ПРАВО ВЪ СУБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ. Реализуя свою карательную власть, государство дѣйствуетъ непроизвольно, а по извѣстнымъ юридическимъ формуламъ, совокупность которыхъ образуетъ собою УГОЛОВНОЕ ПРАВО ВЪ СУБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ.

Эти формулы, опредѣляющія карательную дѣятельноеть государства, распадаются на двѣ обширныя группы: одне изъ нихъ опредѣляютъ, какія именно дѣйствія подлежатъ уголовной карѣ и въ чемъ послѣдняя должна состоять; сумма такихъ формулъ называется МАТЕРІАЛЬНЫМЪ УГОЛОВНЫМЪ ПРАВОМЪ ИЛИ УГОЛОВНЫМЪ ПРАВОМЪ ВЪ ТѢСНОМЪ СМЫСЛѢ, другая группа правовыхъ формъ опредѣляетъ ТѢ ПРІЕМЫ и способы, которые необходимы для правильнаго примѣненія матеріальныхъ уголовныхъ формъ и составляетъ ФОРМАЛЬНОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО - УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО ВЪ ОБШИРНОМЪ СМЫСЛѢ.

Предметомъ настоящаго курса будутъ исключительно матеріальныя уголовно-правовыя нормы, которыя для краткости обыкновенно называютъ уголовнымъ правомъ.

Все разнообразіе отношеній, опредѣляемыхъ уголовнымъ правомъ, сводится къ двумъ категоріямъ: 1) къ тѣмъ явленіямъ общественной жизни, которыя называются преступленіями и 2) къ карательнымъ мѣрамъ, поражающимъ нарушителей правового порядка. Въ виду этого многіе ученые

нашу дисциплину опредѣляютъ, какъ науку о преступленіяхъ и наказаніяхъ. Но такое опредѣленіе не вполнѣ точно. Дѣло въ томъ, что преступленія и наказанія могутъ быть разсматриваемы не только какъ феномены юридическіе, но и съ другихъ точекъ зрѣнія, которыя уводятъ насъ далеко за предѣлы юриспруденціи. Такъ, преступленія могутъ разсматриваться, какъ результатъ неблагопріятныхъ условій соціальной жизни; наказанія можно разсматривать съ финансовой стороны. Но, очевидно, что подобное изслѣдованіе преступленій и наказаній, хотя и представляетъ для юриста большой интересъ, но не имѣетъ юридическаго характера, а потому и не можетъ быть предметомъ юридической науки. Такимъ образомъ, опредѣленіе уголовнаго права, какъ науки о преступленіяхъ и наказаніяхъ является слишкомъ широкимъ и потому необходимо его сузить, дополнивъ его слѣдующимъ образомъ :

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ НАУКА ЕСТЬ ИЗСЛѢДОВАНІЕ ПРЕСТУПЛЕНІЙ И НАКАЗАНІЙ, КАКЪ ЮРИДИЧЕСКИХЪ ФАКТОВЪ, ОПРЕДѢЛЯЕМЫХЪ УГОЛОВНЫМЪ ПРАВОМЪ ВЪ ОБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ.

2. ЗАДАЧИ И МЕТОДЫ НАУЧНЫХЪ ИЗСЛѢДОВАНІЙ ПО УГОЛОВНОМУ ПРАВУ.

Перехожу къ вопросу о задачахъ научныхъ работъ въ области уголовнаго права. Для вѣрнаго рѣшенія этого вопроса необходимо исходить изъ основныхъ началъ, выработанныхъ положительной философіей относительно соціальныхъ

наукъ вообще.

По ученію мыслителей опытной школы, между науками соціальными, какъ и естественными, строго различаются два ихъ разряда: науки ЧИСТЫЯ и ПРИКЛАДНЫЯ.

ЧИСТЫЯ НАУКИ, имѣя своимъ предметомъ дѣйствительныя явленія общественной жизни, стремятся раскрыть законы этихъ явленій, т.е. установить тѣ общія формы, которыя опредѣляютъ взаимную связь соціальныхъ феноменовъ, какъ при одновременномъ ихъ сосуществованіи, такъ и въ историческомъ ихъ ростѣ. Законы сосуществованія образуютъ собою, такъ называемую соціальную статику, законы же послѣдовательности - соціальную динамику. При такой постановкѣ задачъ чистыхъ наукъ опытная философія исходитъ изъ того положенія, что въ соціальной жизни все совершается съ такою же закономѣрностью, какъ и въ области природы физической; нравственная статистика убѣждаетъ насъ въ этомъ. Таковы, напримѣръ, явленія общественной жизни, называемыя преступленіями. Разсматривая статистическія таблицы, касающіяся этого рода явленій, мы легко можемъ замѣтить правильное постоянство не только относительно общаго количества преступленій, но и относительно частныхъ ихъ подраздѣленій по полу, возрасту и роду орудій, при помощи которыхъ они совершены. По словамъ Кетле, "есть подать, которую человѣкъ платитъ съ большею аккуратностью, чѣмъ дань природѣ или государственной казнѣ, - это подать, платимая имъ преступленію". (sur l'homme p. 89). Не могу не замѣтить

при этомъ, что приведенная цитата Кетле толкуется нѣкоторыми превратно. Многіе ученые (Моль, Дробишъ и др.) въ этихъ словахъ его видятъ, какъ бы выраженіе того, что условія общественной жизни не допускаютъ прогресса; но, насколько Кетле былъ далекъ отъ этой мысли, видно уже изъ того, что во многихъ мѣстахъ своихъ трудовъ онъ указываетъ на то, что соціальныя явленія съ теченіемъ времени подвергаются измѣненіямъ вмѣстѣ съ тѣми условіями, отъ которыхъ они зависятъ.

Итакъ, вѣрная постановка задачи чистыхъ соціальныхъ наукъ покоится на той истинѣ, что въ области явленій соціальной жизни господствуетъ причинная связь. Чтобы устранить возможность недоразумѣній, я считаю необходимымъ выяснить самое понятіе причинной связи въ томъ видѣ, въ какомъ оно установлено новѣйшими философами.

Давно укоренился и долго господствовалъ въ литературѣ взглядъ, согласно которому понятіе причинности сводилось къ понятію силы, какъ особаго дѣятельнаго начала. Но такое представленіе о причинности не имѣетъ подъ собою опытной основы, и мы должны сознаться, что ни въ одномъ изъ фактовъ послѣдовательности мы не можемъ уловить этого таинственнаго принципа. Философы опытной школы давно уже отвергли такое опредѣленіе причинности и установили другое, согласно которому причинность сводится къ простой послѣдовательности явленій.

Таковъ взглядъ позитивизма на задачу чистыхъ соціальныхъ наукъ. Что касается до метода изслѣдованія необхо-

димаго для достиженія означенной цѣли, то позитивисты отводятъ здѣсь главную роль, такъ назыв, ИНДУКЦІИ или наведенію. Дѣйствительно, для того, чтобы придти къ поставленной цѣли, необходимо дѣлать тщательныя наблюденія надъ общественной жизнью у разныхъ народовъ и въ различныя времена, выдѣлить обычаи и учрежденія, одинаково присущіе всѣмъ народамъ на соотвѣтствующихъ ступеняхъ ихъ развитія и установить общій ходъ прогрессивнаго развитія человѣческихъ обществъ. НО ДОБЫТЫЕ ТАКИМЪ ОБРАЗОМЪ ЗАКОНЫ ИМѢЮТЪ ЭМПИРИЧЕСКІЙ ХАРАКТЕРЪ И ПОЭТОМУ ТРЕБУЮТЪ ПРОВѢРКИ. Но вопросъ въ томъ, какъ провѣрять ?

Всѣ явленія общественной жизни вытекаютъ изъ одного общаго источника -, изъ свойствъ психической природы человѣка. Нельзя не признать, что и законы соціальные являются производными отъ другихъ простѣйшихъ законовъ, раскрываемыхъ той наукой, въ которой человѣкъ является не какъ членъ общественнаго союза, не какъ атомъ, но какъ индивидуумъ, личность, короче говоря, -отъ законовъ психологіи, и вотъ здѣсь-то ПРИ ЭТОЙ ПОВѢРКѢ НАХОДИТЪ ПРИМѢНЕНІЕ МЕТОДЪ ДЕДУКТИВНЫЙ.

Перейдемъ теперь къ соціальнымъ наукамъ, назыв, ПРИКЛАДНЫМИ или ИСКУССТВАМИ. Задача ихъ лежитъ въ начертаніи идеаловъ, которые соотвѣтствовали бы даннымъ условіямъ соціальной жизни. Исходной точкой служатъ здѣсь потребности и стремленія, существующія въ извѣстномъ обществѣ или въ цѣлой группѣ такихъ обществъ въ данный моментъ ихъ исторической жизни. Изыскивая цѣлесообразные

пути, ведущіе къ удовлетворенію общественныхъ нуждъ, прикладныя науки должны, очевидно, опираться на законы, установленные въ наукахъ чистыхъ.

Таковы основныя начала позитивной философіи, прилагаемыя ею къ области соціальныхъ наукъ.

Эти принципы и должны послужить намъ руководящимъ началомъ при изученіи задачъ научной дѣятельности въ сферѣ уголовнаго права. Опираясь на нихъ, мы должны прежде всего строго различать двѣ особыя науки уголовнаго права: чистую и прикладную.

1) ЧИСТАЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ НАУКА, какъ и всѣ другія чистыя науки, можетъ изслѣдовать только существующее въ дѣйствительности. Она, слѣдовательно, имѣетъ своимъ предметомъ изученіе положительныхъ законодательствъ. ЦѢЛЬ ЕЯ СОСТОИТЪ ВЪ КОНСТАТИРОВАНІИ ЗАКОНОВЪ, УПРАВЛЯЮЩИХЪ ИСТОРИЧЕСКИМЪ РАЗВИТІЕМЪ УГОЛОВНАГО ПРАВА ВЪ ЕГО СВЯЗИ СЪ ОБЩИМЪ РОСТОМЪ НАРОДНОЙ ЖИЗНИ. Указанная постановка задачъ чистой уголовно-правовой наукм опредѣляетъ уже и самый методъ изслѣдованія уголовно-правовыхъ нормъ; необходимо сличить соотвѣтствующія эпохи въ исторіи права у различныхъ народовъ, подмѣтить существующія здѣсь единообразія и, наконецъ, выяснить тѣ разнообразные факторы, которые опредѣляютъ собою общій ходъ развитія уголовнаго права. Такимъ образомъ, ЗАДАЧА ЧИСТОЙ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ НАУКИ МОЖЕТЪ БЫТЬ ВЫПОЛНЕНА ЛИШЬ ПРИ ПОМОЩИ ТѢХЪ ПРІЕМОВЪ, КОТОРЫЕ ИЗВѢСТНЫ ПОДЪ ИМЕНЕМЪ ИСТОРИКО-СРАВНИТЕЛЬНАГО МЕТОДА. Если результаты изслѣдованій общественной

жизни, добытые путемъ индукціи, вѣрны, то они должны согласоваться съ законами психологіи. Такимъ образомъ, для провѣрки законовъ развитія уголовнаго права, ихъ слѣдуетъ сопоставить съ законами индивидуальной психической жизни.

2) Скажемъ теперь нѣсколько словъ о прикладной наукѣ уголовнаго права, которая въ связи съ критическимъ изученіемъ современнаго русскаго законодательства и составитъ предметъ изученія нашего курса.

ПРИКЛАДНАЯ НАУКА ИМѢЕТЪ СВОЕЙ ЗАДАЧЕЙ ПОСТРОЕНІЕ ИДЕАЛЬНОЙ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ, НО САМО СОБОЙ РАЗУМѢЕТСЯ, что такая система не можетъ быть признана, для всѣхъ народовъ и, слѣдовательно, прикладная наука уголовнаго права, создавая такую идеальную систему уголовно-правовыхъ нормъ, должна имѣть въ виду исключительно цивилизованныя общества современной эпохи. Что у всѣхъ культурныхъ народовъ настоящаго времени могутъ быть приняты одни и тѣ же основныя начала уголовнаго права, это вытекаетъ изъ того, что у всѣхъ этихъ народовъ существуютъ одни и тѣ же основные взгляды на преступленія и карательныя мѣры. Въ чемъ именно они состоятъ, на это будетъ указано въ одной изъ слѣдующихъ лекцій.

Стремясь проявиться въ дѣйствительной жизни, современныя воззрѣнія являются источникомъ совершенно новыхъ потребностей, которымъ дѣйствующее право удовлетворить не въ состояніи. Отсюда происходитъ общее недо-

вольство послѣднимъ и настоятельныя требованія его радикальнаго преобразованія. Но построеніе уголовно-правовой системы, которая удовлетворяла бы современнаго человѣка, представляется дѣломъ далеко не легкимъ. Задача эта можетъ быть выполнена съ успѣхомъ только при содѣйствіи прикладной науки; только идеалы, ею создаваемые, могутъ служить законодателю надежнымъ свѣточемъ въ предстоящихъ реформахъ уголовнаго права. Правовыя нормы никогда не истекаютъ непосредственно изъ тѣхъ потребностей жизни, которымъ онѣ должны служить; даже на первыхъ ступеняхъ культуры, какъ показываютъ новѣйшія изслѣдованія, онѣ всегда являются продуктомъ напряженнаго умственнаго труда; въ настоящее же время, при большомъ разнообразіи соціальныхъ потребностей, для выработки цѣлесообразныхъ юридическихъ нормъ требуется чрезвычайно сложная лабораторія, каковою владѣетъ только наука. Съ помощью результатовъ, добытыхъ чистыми науками, прикладная наука уголовнаго права должна выработать основныя начала, могущія служить вѣрнымъ указателемъ для реформы уголовнаго права. Къ сожалѣнію, эти начала еще и до сихъ поръ игнорируются криминалистами.

Но этимъ далеко еще не исчерпывается значеніе прикладной науки уголовнаго права: она служитъ важнымъ источникомъ и для юриста - практика, призваннаго примѣнять существующія правовыя нормы, а особенно въ русскихъ существуютъ извѣстные пробѣлы, неточности и неясности, которыя могутъ быть исправлены на практикѣ лишь при помощи

толкованія, основаннаго на теоретическихъ данныхъ, добытыхъ прикладной наукой. Да критическое отношеніе къ законамъ и невозможно помимо прикладной науки. Юристъ практикъ, который не въ состояніи возвыситься до критики закона, впадаетъ въ рутину - , въ рабское преклоненіе передъ буквой закона.

Въ уголовно-правовой литературѣ по взгляду на задачи нашей науки существуютъ въ настоящее время двѣ школы : КЛАССИЧЕСКАЯ И АНТРОПОЛОГИЧЕСКАЯ, называемая также ПОЗИТИВНОЙ. Наиболѣе рѣзкое различіе между той и другой состоитъ въ слѣдующемъ : Представители первой школы смотрятъ на преступленіе, главнымъ образомъ, какъ на продуктъ нравственной порчи, обусловленной вреднымъ вліяніемъ среды. Школа же антропологическая видитъ корень преступности въ прирожденныхъ аномаліяхъ нервной системы. Но ни та, ни другая школа не даетъ правильнаго опредѣленія задачи уголовнаго права. Въ школѣ классической преобладаетъ направленіе историко-философское, сложившееся подъ вліяніемъ двухъ школъ : философской и исторической; поэтому прежде чѣмъ говорить о направленіи, господствующемъ нынѣ, необходимо указать основныя черты направленія ЧИСТО ФИЛОСОФСКАГО и ЧИСТО- ИСТОРИЧЕСКАГО.

ЧИСТО - ФИЛОСОФСКОЕ НАПРАВЛЕНІЕ запечатлѣло собою первые систематическіе труды въ уголовно-правовой литературѣ, появившейся въ концѣ прошлаго вѣка. Вѣря въ существованіе абсолютной справедливости и относясь съ пренебреженіемъ къ изслѣдованію права положительнаго, криминали-

сты - метафизики пытались построить на этихъ началахъ такую систему уголовнаго права, которая была бы годна для всѣхъ народовъ и во всѣ времена. Въ построеніи такой системы, именуемой философскимъ уголовнымъ правомъ, они видѣли назначеніе уголовно-правовой литературы.

Несостоятельность этого ученія очевидна. Нормы уголовнаго права должны соотвѣтствовать разнообразнымъ условіямъ соціальной жизни. Условія же эти неодинаковы у всѣхъ народовъ въ различныя времена: отсюда очевидна невозможность установить такую уголовно-правовую систему, которая могла бы примѣняться у всѣхъ народовъ во всякое время ихъ историческаго существованія. Не признавая основныхъ принциповъ философской школы, нельзя не указать на тѣ заслуги, которыя были оказаны ея представителями человѣчеству. Я говорю о могучемъ гуманизирующемъ вліяніи, какое имѣли ихъ труды какъ на законодательства, такъ и на судебную практику. Но разгадка такого вліянія кроется въ томъ, что, думая исходить изъ апріорныхъ началъ, представители философской школы руководствовались на самомъ дѣлѣ потребностями своего вѣка и тѣмъ способствовали въ своихъ трудахъ выясненію тѣхъ идей, которыя раньше, хотя и смутно, бродили въ европейскомъ обществѣ.

Съ 30-хъ годовъ настоящаго столѣтія начинается реакція противъ философской школы: возникаетъ историческая школа, которая признаетъ одно только положительное право. Эта школа развилась подъ вліяніемъ идей, которыя были выдвинуты Фридрихомъ Карломъ Савиньи. Въ основаніе этой доктрины

легло то,признаваемое нынѣ за вѣрное,положеніе,которое гласило,что право не создается волею отдѣльныхъ лицъ,а составляетъ такой же необходимый продуктъ народной жизни,какъ его языкъ и его нравственныя понятія.Но, установивъ такое безспорно вѣрное положеніе,Савиньи не указалъ опредѣленно отдѣльныхъ факторовъ образованія правовыхъ нормъ,что при нѣкоторой нелогичности его выраженій подало поводъ его послѣдователямъ выработать теорію,совершенно несогласную съ дѣйствительнымъ образованіемъ правовыхъ идей,именно,что послѣднія рождаются въ обществѣ лицъ и вытекаютъ изъ глубины такъ наз."народнаго духа" или народнаго правосознанія.

Несостоятельность этой доктрины была указана Іерингомъ.По мнѣнію послѣдняго истинные факторы образованія права заключаются,съ одной стороны,въ тѣхъ или другихъ потребностяхъ жизни общественной,съ другой,въ сознательной интеллектуальной дѣятельности отдѣльныхъ членовъ общества,направленной на изысканіе средствъ.которыя удовлетворяли бы этимъ потребностямъ.Къ сожалѣнію,это положеніе Іеринга и до сихъ поръ еще не признается криминалистами исторической школы,упорно стоящими за безсознательное образованіе правовыхъ идей.Изученіе исторіи отдѣльныхъ уголовныхъ законодательствъ съ цѣлью раскрытія проявляющагося въ нихъ"народнаго духа" -вотъ что должно составлять задачу уголовно-правовой науки, по мнѣнію представителей историческаго направленія.Такимъ образомъ,по мнѣнію писателей исторической школы,

призваніе нашей науки состоитъ не въ изслѣдованіи дѣйствительныхъ факторовъ уголовнаго права, а въ изслѣдованіи какой-то мистической области, именуемой народнымъ духомъ. При такой постановкѣ вопроса историческая разработка уголовнаго права, конечно, не могла привести къ удовлетворительнымъ результатамъ.

Указавъ основныя черты направленія философскаго и историческаго въ отдѣльности, перейдемъ теперь къ школѣ, господствующей нынѣ и извѣстной въ литературѣ подъ именемъ ИСТОРИКО-ФИЛОСОФСКОЙ. Она, какъ показываетъ и самое названіе, стремится соединить воедино направленіе историческое съ философскимъ. Признавая наравнѣ съ положительнымъ правомъ абсолютныя нормы криминалистовъ-философовъ, эта школа въ совмѣстномъ изученіи права идеальнаго и нормъ дѣйствительныхъ видитъ истинную задачу уголовно-правовой науки. По ея мнѣнію, принципы философіи должны быть провѣряемы на данныхъ, добытыхъ исторіей, послѣднія же должны находить свое высшее объясненіе въ началахъ, раскрываемыхъ философіей уголовнаго права.

Въ этомъ смыслѣ высказывался еще германскій криминалистъ 40-хъ годовъ Люденъ. Конечная цѣль уголовнаго права, по его словамъ, состоитъ въ томъ, чтобы общее и необходимое, познанное разумомъ въ области отвлеченнаго мышленія, было снова найдено въ частномъ и особенномъ, какъ оно выясняется въ исторіи.

Но спрашивается, возможно ли подобное амальгамированіе

философіи права съ изученіемъ историческимъ?По моему мнѣнію,вопросъ этотъ долженъ быть рѣшенъ отрицательно.Въ самомъ дѣлѣ,предметомъ философіи права являются нормы идеальныя,предметомъ-же изысканій историческихъ является право существующее или существовавшее въ дѣйствительности.Указанное сліяніе философскаго изученія права съ историческимъ возможно только при томъ предположеніи,что идеально правовыя нормы совпадаютъ съ правомъ дѣйствительнымъ.Но такого убѣжденія могутъ держаться лишь послѣдователи Гегельянской школы,признающіе дѣйствительное разумнымъ и обратно. Не можетъ быть сомнѣній,что эта-то именно доктрина и породила основной взглядъ господствующей нынѣ школы. Не раздѣляя этой вѣры въ тождественность идеальнаго и дѣйствительнаго,мы должны признать несовмѣстнымъ то соединеніе философіи права съ изученіемъ историческимъ,о которомъ говорятъ представители соединительной школы.

Главными представителями антропологической школы являются итальянскіе ученые:Ломброзо,Ферри и Гарофало.Эта школа ставитъ уголовному праву двѣ задачи:1) антропологическое изслѣдованіе преступниковъ,т.е.изученіе существующихъ у нихъ органическихъ аномалій и 2) построеніе идеальной карательной системы на основаніи антропологическихъ данныхъ.Противъ такой доктрины надо замѣтить прежде всего, что она игнорируетъ изученіе положительныхъ законодательствъ, а вмѣстѣ и чистую науку уголовнаго права.Далѣе нельзя не обратить вниманія и на то, что эта школа смѣшиваетъ антропологію и юриспруденцію. Какъ - бы ни было важно из-

ученіе аномалій преступниковъ,но оно не можетъ относиться къ задачамъ угловнаго права,Анатомо-патологическое изслѣдованіе преступника - дѣло врачей, а не юристовъ,Наконецъ, направленіе этой школы вызываетъ и еще одно возраженіе, Аномаліи,на которыя она указываетъ,присущи далеко не всѣмъ преступникамъ, а встрѣчаются лишь у преступниковъ прирожденныхъ,которые составляютъ 25 % общаго числа, Слѣдовательно,относительно 75 преступниковъ изъ 100, изученіе этихъ аномалій не даетъ ровно никакихъ указаній. Если же это такъ,то въ этихъ данныхъ,добытыхъ изъ антропологическаго изслѣдованія преступниковъ, нельзя положить единственный базисъ для построенія идеальной уголовно-правовой системы,

Повторимъ вкратцѣ наиболѣе существенные изъ сдѣланныхъ выводовъ.

Основываясь на новыхъ началахъ позитивной философіи,выдвинутыхъ Огюстомъ Контомъ относительно соціальныхъ наукъ, я пришелъ къ необходимости строго разграничить двѣ науки уголовнаго права:чистую и прикладную.Задачей чистой науки я ставлю изслѣдованіе тѣхъ законовъ,при которыхъ совершается историческій ростъ уголовнаго права въ его связи съ общимъ ходомъ развитія народной жизни,съ общимъ ходомъ культуры.Признаніемъ же прикладной уголовно-правовой науки я считаю построеніе идеальной уголовно-правовой системы,которая соотвѣтствовала бы современнымъ воззрѣніямъ и вытекающимъ изъ нихъ новымъ потребностямъ и которая могла бы служить истиннымъ свѣточемъ для будущихъ реформъ уголовныхъ законодательствъ.Таковы задачи научныхъ работъ

ло уголовному праву на основаніи общихъ началъ позитивизма. Къ сожалѣнію, начала эти, какъ мы видѣли, еще и понынѣ игнорируются криминалистами. Но нельзя не признать, что не смотря на это, въ уголовно-правовой литературѣ сдѣлано много въ томъ направленіи, которое указывается положительной философіей. Вполнѣ справедливо замѣтилъ Сергѣевичъ: "писатель, установившій правильныя начала метода, можетъ, подобно Огюсту Конту, въ своихъ собственныхъ трудахъ далеко отклониться отъ вѣрной дороги, которую самъ указалъ и, наоборотъ, высказавшійся въ пользу ложныхъ ученыхъ пріемовъ, можетъ быть также вѣренъ имъ на дѣлѣ и слѣдовать, если не совершенно вѣрнымъ путемъ, то тропинкой болѣе или менѣе къ нему приближающейся". Это замѣчаніе Сергѣевскаго, какъ нелъзя болѣе, подтверждается уголовно-правовою литературою.

Такъ, если мы обратимся къ трудамъ исторической школы, преслѣдующей мистическую цѣль изслѣдованія народнаго духа, то найдемъ въ нихъ массу драгоцѣнныхъ фактовъ, множество указаній на жизненныя условія развитія уголовнаго права и, наконецъ, массу обобщеній, констатирующихъ общія черты въ постепенномъ ростѣ уголовно-правовыхъ понятій у разныхъ народовъ. Ясно, что такіе труды исторической школы несмотря на неудовлетворительность ихъ въ общемъ, предста-
вляютъ прочный фундаментъ для построенія чистой науки уголовнаго права, какъ она опредѣлена выше. Нельзя не указать при этомъ на труды нѣмецкихъ ученыхъ Биндинга и Вильда.

Акад. Наук

Равнымъ образомъ, изслѣдованіе догматическое имѣвше своею цѣлью свести дѣйствующее право къ высшимъ раціональнымъ началамъ и построить на этихъ началахъ систему уголовнаго права, годную для всѣхъ временъ и народовъ выдвигаетъ множество положеній, которыя могутъ послужить вѣрнымъ базисомъ для построенія прикладной науки уголовнаго права. Такими догматическими трудами особенно богата литература германская (Берлихъ, Карнцовъ, Бемеръ).

Изъ новѣйшихъ нѣмецкихъ учебниковъ по уголовному праву особенно выдаются :

1. Shütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
2. Hugo Mecher Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
3. Liszt Das deutsche Reichsstrafrecht.
4. Halschner Das preussische Strafrecht.

Что касается до французской литературы по уголовному праву, здѣсь можно указать на слѣдующія пособія:

1. Rosse, Traitè de droit penal.
2. Pissot, Introduction philosophique dans l'etude de droit et de la reforme penitentàre
3. Ortolan, Elements de droit pènal.

I. ТАГАНЦЕВЪ."Лекціи по русскому уголовному праву",

2. ФОЙНИЦКІЙ."Ученіе о наказаніи въ связи съ тюрьмовѣдѣніемъ".

3. Кистяковскій."Курсъ уголовнаго права",Со стороны

обработки курсъ этотъ представляется далеко неудовлетворительнымъ.Въ области отвлеченнаго мышленія Кистяковскій былъ вообще слабъ, но за то въ его курсѣ есть масса интересныхъ историческихъ данныхъ, особенно въ отдѣлѣ о наказаніи.

4. ТОХВИЦКІЙ."Курсъ русскаго уголовнаго права",

5. ВСПОМОГАТЕЛЬНЫЯ НАУКИ, ИМѢЮЩІЯ ДЛЯ КРИМИНАЛИСТА НАИБОЛЬШЕЕ ЗНАЧЕНІЕ. Для ЧИСТОй уголовно-правовой науки наибольшее значеніе имѣетъ исторія культуры въ обширномъ смыслѣ слова, только здѣсь мы находимъ ключъ къ объясненію многихъ уголовно-правовыхъ институтовъ.Но особенно важное значеніе въ этомъ отношеніи имѣетъ развитіе этическихъ или моральныхъ понятій, такъ какъ они являются могучими факторами развитія уголовнаго права. Что касается науки прикладной,то наибольшую важность имѣетъ для нея психологія.Идеальныя построенія криминалистовъ могутъ быть удовлетворительны только въ томъ случаѣ,если они будутъ соотвѣтствовать психической природѣ человѣка, которая раскрывается психологіей, Въ современныхъ европейскихъ обществахъ глубоко пустила корни та доктрина, по которой въ преступленіи первенствующую роль играетъ не внѣшній фактъ, а преступная воля.Ясно, поэтому, что психологія должна была пріобрѣсти громадную важность для теоретическихъ построеній по уголовному праву. Изъ другихъ наукъ, къ которымъ нужно обращаться при разборѣ прикладной науки уголовнаго права, первое мѣсто послѣ психологіи занимаетъ судебная медицина. Въ прикладной

наукѣ уголовнаго права есть много такихъ вопросовъ, которые могутъ быть рѣшены только при помощи указанной науки. Такъ, юридическая оцѣнка душевныхъ болѣзней можетъ быть сдѣлана только при помощи психо-патологіи, составляющей одинъ изъ важнѣйшихъ отдѣловъ судебной медицины. Далѣе есть много преступленій, объективный составъ которыхъ можетъ быть правильно оцѣненъ криминалистами лишь съ помощью медицинскихъ данныхъ, напримѣръ, растлѣніе нанесеніе ранъ, увѣчье, разстройство здоровья и прочее.

Наконецъ, большое значеніе при изученіи прикладной науки уголовнаго права имѣетъ уголовная соціологія, которая на основаніи статистическихъ данныхъ изслѣдуетъ условія преступности, массу разнообразныхъ явленій, оказывающихъ на преступность болѣе или менѣе важное вліяніе.

4. ОБЩЕЕ ЗНАЧЕНІЕ УГОЛОВНЫХЪ КАРЪ.

Уголовные законы въ ихъ настоящемъ видѣ представляютъ результатъ многовѣкового историческаго процесса, тѣсно связаннаго съ общимъ развитіемъ народной жизни. Процессъ этотъ совершается у всѣхъ европейскихъ народовъ по однимъ и тѣмъ же непреложнымъ законамъ : повсюду мы встрѣчаемъ однѣ и тѣ же формаціи, слѣдующія одна за другой въ одномъ неизмѣнномъ порядкѣ. Въ этомъ органическомъ развитіи уголовнаго права разлічаются четыре главныя эпохи: 1) эпоха частной мести, 2) эпоха композицій или выкуповъ, 3) эпоха публичной мести и устрашенія и 4) эпоха психологическаго принужденія и исправле-

нія. Періодъ частной мести и композицій относится, главнымъ образомъ ко времени догосударственнаго быта.

1) Первичной формой общественной жизни, какъ извѣстно, является повсюду патріархальный союзъ, именуемый родомъ; затѣмъ, освободившись мало по малу изъ подъ гнета этой нравственной и юридической единицы, люди вступаютъ въ союзы болѣе широкіе, общины, основанныя на началахъ взаимной помощи и круговой поруки. Но ни въ родовомъ, ни въ общинномъ быту мы не встрѣчаемъ еще понятія о преступленіи, какъ о посягательствѣ на общественный порядокъ. Какъ бы ни было драгоцѣнно благо, разрушенное человѣческимъ дѣйствіемъ, послѣднее разсматривалось тогда исключительно, какъ вредъ, нанесенный частному лицу. Нельзя поэтому не согласиться съ мнѣніемъ Мэна, что древнее право не знало преступленій въ современномъ смыслѣ слова. Всякое вредное дѣйствіе вызывало тогда со стороны пострадавшаго месть - самоуправство. Такъ какъ по новѣйшимъ этнологическимъ изслѣдованіямъ, первобытные люди разсматривали свои субъективныя побужденія, какъ требованія представителей высшихъ силъ, то неудивительно, что и месть является у нихъ святой обязанностью, возлагаемою богами. Не отмстить за убійство родственника, значило по понятіямъ того времени, нанести величайшее оскорбленіе тѣни умершаго вызвать его загробный гнѣвъ и навлечь на себя кару боговъ и глубокое презрѣніе со стороны всего общества. Одна изъ древнихъ германскихъ

саръ разсказываетъ,что когда нѣкто Бердръ, не отмстившій за убійство брата, сѣлъ за столъ на мѣсто убитаго, мать его дала ему пощечину,Обязанность кровавой мести переходила по наслѣдству изъ поколѣнія въ поколѣніе.Наслѣдникъ не могъ вступить въ наслѣдство убитаго, пока не выполнитъ этого священнаго долга, Остатки кровавой мести за убійство мы еще и теперь встрѣчаемъ въ нѣкоторыхъ странахъ Европы (въ Корсикѣ, Албаніи, Черногоріи), Нѣмецкій ученый Вильдъ справедливо замѣчаетъ, что первобытный человѣкъ, по своему психическому состоянію походитъ на ребенка,серьезно наносящаго удары столу, о который онъ ушибся.Ясно поэтому, что у первобытныхъ народовъ не могло существовать яснаго представленія о различіи между преступленіями умышленными, неосторожными,случайными. Вопреки мнѣнію Вернера, по которому такое различіе существовало только у народовъ восточныхъ, историческія изслѣдованія убѣждаютъ насъ, что въ періодъ частной мести и выкуповъ европейскіе народы не имѣли понятія о такъ называемомъ субъективномъ вмѣненіи, по которому дѣйствіе становится въ вину лишь тогда, когда оно совершенно умышленно или, по крайней мѣрѣ, неосторожно.Вредъ, нанесенный случайно, вызывалъ тогда месть точно такъ же, какъ и дѣйствіе умышленное.Въ Греціи даже во времена государственной жизни мы встрѣчаемъ наказанія за преступленія чисто случайныя. Такъ, въ Аѳинахъ нѣкто Атарбъ, нечаянно убившій воробья, посвященнаго Эскулапу, былъ осужденъ на смертную казнь. Геркулесъ за случайное убійство былъ

проданъ въ рабство на три года. Итакъ, во времена господства мести, самоуправства, обиженный мстилъ своему обидчику, не справляясь о томъ, намѣренно-ли или случайно тотъ нанесъ ему вредъ или обиду. Но этого мало: месть поражала не только не готоваго къ воспріятію ея человѣка, причинившаго вредъ, но и другихъ членовъ его семьи и рода. Арабы, Турки и Черкесы и до сихъ поръ мстятъ за убійство всѣмъ родственникамъ убійцы. По закону Зеландскому, въ случаѣ убійства, мститель убивалъ кромѣ преступника, еще шестерыхъ его родственниковъ (трехъ съ отцовской стороны и трехъ съ материнской). Въ Скандинавіи до XIII в. господствовалъ обычай: убивать лучшаго изъ рода убійцы, пока это, наконецъ, не было строго запрещено королемъ Гокансочомъ. Остатки такого варварства можно видѣть въ законахъ недавняго времени, назначавшихъ наказаніе ни въ чемъ неповинныхъ дѣтямъ государственныхъ преступниковъ. Во Франціи такой законъ существовалъ до 1790 г, въ Англіи до 1827 г, въ Пруссіи до 1851 г., дѣти государственныхъ преступниковъ могли быть осуждаемы на вѣчное изгнаніе,

При изслѣдованіи разсматриваемаго періода нельзя не обратить вниманія на господствовавшее тогда безразличіе между неправдой гражданской и уголовной. Въ примитивномъ состояніи общества гражданское правонарушеніе преслѣдовалось совершенно наравнѣ съ уголовнымъ, такъ въ Римѣ несостоятельнаго должника кредиторы разрубали на части,

2) Постоянное истребленіе цѣлыхъ родовъ и семействъ,

бывшее неизбѣжнымъ слѣдствіемъ послѣдовательнаго примѣ-
ненія кровавой мести, вызываетъ, наконецъ, въ обществѣ
сознаніе необходимости замѣнить месть другимъ средс-
ствомъ удовлетворенія за обиду. И вотъ мы видимъ, что
въ случаѣ нанесенія вреда, требующаго мщенія, обиженный
уже отказывается отъ мести, вступая съ обидчикомъ въ ми-
ровыя сдѣлки, по которымъ послѣдній долженъ былъ упла-
тить за обиду извѣстную денежную пеню. Такія сдѣлки
(compositiones) входятъ постепенно во всеобщее употре-
бленіе, и месть - самоуправство замѣняется, такимъ обра-
зомъ, системой выкуповъ или композицій. Господство этой
системы продолжается долгое время и послѣ появленія об-
щественной власти, которая выступаетъ сначала простымъ
посредникомъ между обиженнымъ и обидчикомъ, уплачивав-
шимъ кромѣ выкупа пострадавшему, еще особую плату судьѣ
(fredum). Существованіе этой платы признается нѣкоторы-
ми за признакъ того, что понятіе преступленія успѣло за
это время принять характеръ нарушенія общественнаго
порядка. Мэнъ полагаетъ, что это мнѣніе несправедливо и
что плата судьѣ была лишь вознагражденіемъ за труды и
потерю времени. Мэнъ ссылается при этомъ какъ на драма-
тизацію древняго суда, на римское legis actio sacra
mento, процедуру, бывшую въ древности неизбѣжнымъ нача-
ломъ каждаго римскаго иска. Изъ нея, дѣйствительно, яс-
но видно, что образъ дѣйствій магистрата ничѣмъ не от
личается отъ поведенія частнаго посредника, случайно
призваннаго для рѣшенія спора и получающаго за свой

трудъ извѣстную плату съ неправой стороны,

Система композицій имѣла еще то преимущество передъ местью -самоуправствомъ, что мѣра возмездія здѣсь опредѣлялась уже не произволомъ обиженнаго, а извѣстными нормами, освященными обычаемъ или закономъ. Всѣ первобытныя законодательства устанавливали опредѣленную таксу за преступленіе, соразмѣряя сумму выкупа, главнымъ образомъ, со званіемъ обиженнаго и обидчика и съ размѣрами нанесеннаго вреда. Вотъ, напримѣръ, съ какою точностью устанавливали таксу древніе франкскіе законы для взысканія за словесное оскорбленіе чести кто обругаетъ человѣка лисицей, читаемъ мы въ этихъ законахъ, тотъ платитъ три солида; кто обругаетъ зайцемъ- шесть солидовъ, кто назоветъ доносчикомъ - 15 солидовъ, за обвиненіе кого-либо въ томъ, что онъ несъ кастрюлю на шабашъ вѣдьмѣ- 62 солида и т.д.

Имѣя несомнѣнныя преимущества передъ местью - самоуправствомъ, система выкуповъ была однако- же далеко недостаточной для охраненія права . человѣкъ богатый откупался отъ мести, не опутивши на себѣ никакой кары и оставался среди общества такимъ же опаснымъ, какъ и прежде, по отношенію - же къ людямъ неимущимъ наказаніе оказывалось вовсе непримѣнимымъ. Очевидно, поэтому, что съ дальнѣйшимъ развитіемъ народной жизни, съ уясненіемъ понятія о преступленіи, какъ дѣйствіи, нарушающемъ общій земскій миръ, общество и верховная власть не могли не сознавать необхо-

димости установить вмѣсто выкуповъ такія карательныя мѣ-
ры, которыя были бы примѣнимы ко всѣмъ и заключали- бы
въ себѣ для каждаго чувствительное зло. Вслѣдствіе этого
композиціи и должны были уступить свое мѣсто системѣ пу-
бличныхъ наказаній, падающихъ на самую личность преступ-
ника.

3) Такимъ образомъ, наступаетъ третья формація уголов-
наго права: преступленіе разсматривается уже здѣсь, какъ на
рушеніе общественнаго порядка, наказаніе-же, отправляемое
государствомъ является съ одной стороны публичной местью,
а съ другой, и по преимуществу орудіемъ устрашенія. "Дабы
другимъ неповадно было такъ дѣлать", "дабы лихихъ извести"
гласитъ Уложеніе 1649 года.

Уже въ началѣ третьяго періода мы видимъ слабые про-
б лески субъективнаго взгляда на преступленіе, такъ какъ уже
въ первыхъ законахъ, относящихся къ этой эпохѣ, устанавли-
вается различіе между преступленіями умышленными и случай-
ными, при чемъ послѣднія разсматриваются, какъ проявленія
Божьей воли или судьбы и не ставятся въ вину ихъ совершите-
лю. Несомнѣнно, что дальнѣйшему уясненію внутренней приро-
ды преступленія немало содѣйствовала у новыхъ народовъ
доктрина христіанской церкви, выдвинувшая на первый планъ
грѣховную злую волю, какъ истинную причину наказанія. Не-
смотря на это, этотъ процессъ подвигался чрезвычайно мед-
ленно, яснаго сознанія основныхъ началъ вмѣненія мы не ви-
димъ даже въ концѣ среднихъ вѣковъ, въ этомъ убѣждаютъ
насъ, между прочимъ, многочисленные случаи суда и смерт-

ныхъ казней надъ животными,которыя подлежали тогда такой-же отвѣтственности, какъ и люди.Такъ, свинью съѣвшую ребенка, судъ приговорилъ лишить за это ногъ и головы въ XIУ вѣкѣ.Базельскій магистратъ постановилъ сжечь пѣтуха за его сношенія съ дьяволомъ. Тоже доказываютъ намъ и процессы надъ сумашедшими,которые оканчивались смертными приговорами, хотя безуміе преступника не подлежало ни малѣйшему сомнѣнію.Напр., во Франціи, въ половинѣ XУII в, былъ сожженъ Симонъ Моренъ,сумашествіе котораго было доказано реестрами парламента. Въ Россіи въ 1716 г. приговорили къ повѣшенію самозванца Ивашку, несмотря на то, что свидѣтели попъ Кузьма и 18 человѣкъ дворянъ дали о немъ такое показаніе :"Ивашка умоверженъ и умовержество ему учинилось тому назадъ 6 лѣтъ: самъ ножемъ рѣзался, въ огонь бросался и платье на себѣ дралъ".

Построенное,главнымъ образомъ на началѣ устращенія,уголовное право среднихъ вѣковъ поражаетъ насъ неимовѣрной жестокостью карательныхъ мѣръ. Мы не можемъ безъ ужаса представить себѣ тѣ изысканныя формы смертной казни и тѣлесныхъ истязаній, которыя были тогда въ такомъ ходу,Исполненіе этихъ мучительныхъ и позорныхъ каръ совершалось всегда публично: по господствовавшей теоріи устращенія только зрѣлища жестокихъ казней и могутъ достаточно сдерживать животные инстинкты массы, Наиболѣе суровыя наказанія примѣнялись по преимуществу къ людямъ низшихъ сословій, тогда какъ духовенство и дворянство наряду съ другими привиллегіями пользовались изъятіемъ во многихъ слу-

чаяхъ отъ смертной казни, изуродованій и истязаній. Во Франціи, въ періодъ наибольшаго развитія феодализма, сеньеры, какъ извѣстно, вовсе не знали надъ собою верховной власти и совершали безнаказанно всевозможныя преступленія. Впослѣдствіи съ укрѣпленіемъ королевской власти, время кулачнаго права миновало, но карательныя мѣры, установленныя для дворянъ были тѣмъ не менѣе несравнено легче наказаній, примѣняющихся къ людямъ низшихъ классовъ. "Въ этихъ случаяхъ, говоритъ французскій юристъ Луазель, когда крестьянинъ подлежитъ смертной казни или изуродованію, дворянинъ подлежитъ только лишенію свободы и чести"; въ этихъ словахъ выражено общее правило старинной французской юриспруденціи. По законамъ Филиппа Августа одно и тоже преступленіе, - изнасилованіе влекло за собою для крестьянина утопленіе, а для дворянина -штрафъ.

Неравенство наказаній для высшихъ и низшихъ сословій существовало въ большей или меньшей мѣрѣ и въ другихъ государствахъ средневѣковой Европы.

Съ особенной жестокостью преслѣдовались въ средніе вѣка преступленія государственныя, противъ религіи и нравственности.

Объемъ государственныхъ преступленій былъ тогда очень обширенъ. По англійскимъ законамъ всякое слово, которое можно было истолковать въ оскорбительномъ для короля смыслѣ, разсматривалось, какъ оскорбленіе величества; вслѣдствіе этого, при Эдуардѣ былъ казненъ одинъ лондонскій буржуа, который сказалъ, что хочетъ сдѣлать своего сына

наслѣдникомъ престола, разумѣя, какъ было доказано, подъ престоломъ свой собственный домъ. Во Франціи къ государственнымъ преступленіямъ, подлежащимъ смертной казни относились такіе проступки, какъ ношеніе не на службѣ оружія и т.п.

Изъ преступленій религіозныхъ съ особенной ревностью преслѣдовалось волшебство. Для людей, которые подозрѣвались въ сношеніяхъ съ дьяволомъ, существовала спеціальная юриспруденція, законы подводили ихъ подъ строгую классификацію и опредѣляли до малѣйшихъ подробностей способы открытія и доказательствъ. Число казненныхъ во всей Европѣ волшебниковъ- громадно ;по счету Вольтера, оно простирается до 100 тысячъ человѣкъ, другіе же утверждаютъ, что въ одной Германіи, которая въ истребленіи волшебства далеко превзошла Францію и Италію, было казнено не менѣе числа, приведеннаго Вольтеромъ. Въ Брауншвейгѣ, какъ извѣстно изъ источниковъ вполнѣ достовѣрныхъ , въ теченіе нѣсколькихъ десятковъ лѣтъ сжигали ежедневно отъ 10 до 12 вѣдьмъ,

Затѣмъ длинный списокъ преступленій противъ нравственности, подлежащихъ также чрезвычайно жестокимъ карамъ, указываетъ намъ на господствовавшее въ средніе вѣка полное смѣшеніе области права и морали.

Такова картина уголовной репрессіи въ періодъ публичной мести и устрашенія. Въ XVII в. уголовные законы привлекаютъ къ себѣ вниманіе философовъ школы естественнаго права: Гуго Гроція, Гоббса и Пуффендорфа, которые откры-

то протестуютъ противъ жестокости карательныхъ мѣръ того времени.Но ученіе ихъ было гласомъ вопіющаго въ пустынѣ: законы, изданные въ концѣ XVII в, и даже въ первой половинѣ XVIII в. отличаются такимъ же драконовскимъ характеромъ.Такъ, прусскій эдиктъ 1720 г, полагаетъ за дѣтоубійство лишеніе жизни посредствомъ зашитія въ мѣшокъ (poena culei);эдиктъ 1723 г, опредѣляетъ смертную казнь за мнимую несостоятельность.Въ 1723 г, былъ изданъ эдиктъ, повелѣвавшій удавить всѣхъ находящихся въ Пруссіи цыганъ; эдиктъ 1739 г. гласитъ слѣдующее:"если кто осмѣлится подать его королевскому величеству докладную записку по поводу уже рѣшеннаго дѣла,то такое лицо подвергается смертной казни черезъ повѣшеніе безъ всякой пощады,и рядомъ съ нимъ должна быть повѣшена собака".

Воззрѣнія указанныхъ философовъ не имѣли замѣтнаго вліянія и на практику XVII вѣка. Замѣчательнѣйшій изъ криминалистовъ того времени Карпцовъ въ теченіе своей дѣятельности подписалъ 20 000 смертныхъ приговоровъ которые были приведены въ исполненіе, Только въ XVIII в, вслѣдствіе общаго смягченія нравовъ, юристы начинаютъ прибѣгать къ искусственному толкованію жестокихъ законовъ съ цѣлью устранить приложеніе ихъ на практикѣ. "Судья постоянно долженъ -говоритъ Филанджіери,-противодѣйствовать тираническому закону, который хочетъ имъ управлять:приходится прятать истину, вносить въ приговоръ измѣну, потому что законы нарушаютъ справедли-

вость",

4) Съ половины XVIII в, общество все глубже проникается новыми началами; протестъ противъ соціальныхъ порядковъ становится все сильнѣ и сильнѣе, гуманная философія прошлаго столѣтія, являясь рефлексомъ общаго настроенія, уясняетъ бродившія въ обществѣ идеи, соціальный переворотъ становится неизбѣжнымъ. Пропаганда Монтескье, Беккаріа, Филанджіерри, которые уже во имя принципа равенства требовали уничтоженія жестокихъ каратель ныхъ мѣръ, падавшихъ, какъ мы видѣли, преимущественно на низшіе классы и доказывали необходимость изъятія многихъ дѣйствій изъ области уголовнаго права, - пропаганда указанныхъ писателей -реформистовъ не только отразилась на судебной практикѣ, но имѣла могущественное вліяніе и на реформы уголовныхъ законовъ. Фридрихъ II начинаетъ свое царствованіе уничтоженіемъ пытки, Великій герцогъ Тосканскій Леопольдъ I отмѣняетъ смертную казнь въ 1786 г. Пріостановивши исполненіе смертныхъ казней еще съ 1765 г., Леопольдъ многолѣтнимъ опытомъ убѣдился въ той великой истинѣ, что устрашительныя дѣйствія уголовнаго закона обусловливаются не жестокостью, а неизбѣжностью наказанія". Обнародованіе закона 1786 г., - замѣчаетъ Карминьяни , - не было новостью ни для Тосканы, ни для цѣлой Европы. Тосканскій законодатель сдѣлалъ этимъ лишь то же самое, что дѣлаютъ художники, которые выставляютъ свои произведенія для публики только тогда,

когда долгой работой и посредствомъ всесторонней оцѣнки обезпеченъ для нихъ благопріятный пріемъ". Наконецъ, во Франціи декретомъ учредительнаго собранія 1790 г. было провозглашено равенство наказаній для всѣхъ гражданъ, а въ слѣдующемъ году отъ имени Комитета Конституціи и уголовнаго законодательства внесенъ былъ въ собраніе докладъ, по которому пожизненныя кары отмѣняются смертная - же казнь удерживается за преступленія политическія.

Въ этомъ докладѣ сказалось вообще уже довольно ясно вѣяніе взглядовъ, характеризующихъ четвертую эпоху уголовнаго права. Наступленіе ея повсюду ознаменовалось СМЯГЧЕНІЕМЪ уголовныхъ законовъ. Удовлетворяя такой реформой настоятельнымъ требованіямъ общества, правительства опасались увеличенія числа преступленій, но на дѣлѣ вышло какъ разъ наоборотъ: число преступленій по статистическимъ даннымъ не только не увеличилось, но даже значительно уменьшилось. Такой фактъ былъ признанъ у насъ еще Комитетомъ, учрежденнымъ въ Москвѣ въ 1817 г. для разсмотрѣнія вопроса о замѣнѣ кнута наказаніемъ менѣе жестокимъ; въ числѣ соображеній, на основаніи которыхъ Комитетъ полагалъ замѣнить кнутъ плетьми, онъ прямо указывалъ на то, "что постепенное ослабленіе жестокихъ наказаній имѣло результатомъ не увеличеніе, а уменьшеніе числа преступленій".

Не трудно объяснить, почему смягченіе наказаній сопровождалось такимъ послѣдствіемъ: суровыя карательныя мѣры

прежнихъ вѣковъ. окончательно деморализуя и ожесточая преступника, вселяя въ него непримиримую ненависть къ обществу, очевидно, могли только способствовать умноженію случаевъ рецидива,

Опытъ подтверждаетъ повсюду положеніе, высказанное Леопольдомъ, что сдерживающая сила уголовнаго права зависитъ не отъ жестокости, но отъ неизбѣжности наказанія; старинная теорія устрашенія должна была уступить мѣсто системѣ, такъ назыв. ПСИХОЛОГИЧЕСКАГО ПРИНУЖДЕНІЯ, По этой системѣ для внушенія страха не требуется дѣйствовать на толпу зрѣлищемъ страданій преступника, которое производитъ дурное вліяніе на нравственныя чувства зрителей, а достаточно самой уже угрозы, содержащейся въ уголовномъ законѣ, - угрозы не жестокимъ, но за - то неизбѣжнымъ наказаніемъ.

Рядомъ съ уменьшеніемъ жестокости наказаній мы видимъ повсюду стремленіе придать карательнымъ мѣрамъ ИСПРАВИТЕЛЬНЫЙ ХАРАКТЕРЪ, Стремленіе это вызвано было не только чувствомъ гуманности, но и общимъ сознаніемъ, что исправленіе преступниковъ необходимо для обезпеченія общества отъ рецидивовъ. Такъ какъ для исправленія требуется болѣе или менѣе продолжительное психическое воздѣйствіе на преступниковъ, возможное только при лишеніи свободы, то тюремное заключеніе и заняло первое мѣсто въ системѣ карательныхъ мѣръ: вопросъ тюремной реформы, поставленный знаменитымъ Говардомъ, для всего человѣче-

ст.. является съ этого времени однимъ изъ важнѣйшихъ соціальныхъ вопросовъ. Конечно. Европа еще не можетъ похвалиться вполнѣ цѣлесообразнымъ устройствомъ своихъ тюремъ, но нельзя не признать, что на Западѣ сдѣланы въ этомъ отношеніи уже значительные успѣхи благодаря которымъ тюрьма, бывшая прежде школой разврата и преступленій, можетъ въ настоящее время уже отчасти служить великой задачѣ, возложенной на нее ирландскимъ тюрьмовѣдомъ, сказавшимъ, что "цѣль тюрьмы давать обществу честныхъ гражданъ".

Итакъ, въ современныхъ законодательствахъ, несомнѣнно, отразились новыя начала, тѣмъ не менѣе мы находимъ въ нихъ множество элементовъ, унаслѣдованныхъ отъ эпохи устрашенія.

Несравненно осязательнѣе проявляется новый гуманный взглядъ на преступника въ судебной практикѣ нашего времени. Всматриваясь въ дѣятельность современныхъ уголовныхъ судовъ, мы видимъ, что преступникъ вызываетъ въ судьяхъ по большей части уже чувство сострадания, какъ жертва изуродовавшей его среды или гнетущей силы тѣхъ обстоятельствъ, которыя побуждали его къ совершенію преступнаго дѣйствія.

Чуждый прежняго формализма, современный народный судъ уже не ограничивается анализомъ единичнаго дѣйствія преступника, но разсматриваетъ разнообразныя усл

вія, вліявшія на преступную волю, которыя и вносятъ въ основу приговора, благодаря системѣ смягчающихъ обстоятельствъ. И такое направленіе судебной практики вполнѣ совпадаетъ съ указаніями новѣйшей доктрины. Наука нынѣ уже не признаетъ свободы человѣческихъ дѣйствій и разсматриваетъ преступленіе, какъ продуктъ извѣстныхъ причинъ, вытекающихъ, главнымъ образомъ, изъ неблагопріятныхъ условій соціальнаго быта. Ученіе о свободѣ воли могло оставаться непоколебимымъ лишь до того времени, пока наука еще не вышла изъ подъ опеки метафизическихъ теорій, пока къ изученію явленій нравственнаго міра не были приложены тѣ же самые методы, которые давно уже примѣнялись къ изслѣдованію явленій міра физическаго. Отрѣшившись отъ философскаго идеализма, доктрина не могла не признать, что уже простое наблюденіе надъ обыденной жизнью убѣждаетъ насъ въ обусловленности человѣческой воли опредѣленными мотивами зависящими съ одной стороны отъ внѣшнихъ обстоятельствъ и съ другой, отъ характера человѣка, который является продуктомъ природы и среды, его окружающей. Къ этому - же результату неизбѣжно приводитъ и анализъ человѣческихъ дѣйствій въ ихъ коллективности, которымъ занимается моральная статистика, прилагающая съ такимъ успѣхомъ цифровой методъ къ изученію явленій нравственнаго порядка. Мы никакъ не можемъ согласиться съ Вагнеромъ, что выводы статистики, гдѣ дѣло

идетъ о приложеніи закона большихъ чиселъ,не имѣютъ силы по отношенію къ индивидуальной дѣятельности."Открытіе законосообразности соціальныхъ явленій,по его словамъ,не устраняетъ возможности существованія индивидуальнаго произвола,такъ какъ статистическіе выводы относятся къ большому числу индивидуальныхъ дѣйствій въ ихъ совокупности".На это слѣдуетъ возразить, что если бы индивидуальныя человѣческія дѣйствія были произвольны,то и въ суммѣ мы не могли бы открыт подчиненія общему закону законосообразности:чего нѣтъ въ частяхъ,того не можетъ быть и въ цѣломъ.Если Кетле установивши строгую законосообразность соціальныхъ явленій, признавалъ тѣмъ не менѣе необусловленность человѣческой воли,то въ этомъ нельзя не видѣть крайней непослѣдовательности:переходя отъ статистическихъ изслѣдованій къ анализу отдѣльныхъ дѣйствій, говоритъ онъ въ своей моральной физикѣ,мы встрѣчаемся съ массой частныхъ причинъ, видоизмѣняющихъ дѣйствіе общихъ законовъ, а къ числу этихъ причинъ относится и свободная воля человѣка.Но спрашивается:воля,составляющая ближайшую причину нашихъ человѣческихъ дѣйствій; зависитъ -ли отъ другихъ частныхъ причинъ и общихъ законовъ ?Признаніе такой зависимости возможно лишь при томъ предположеніи, что эти другія частныя и общія причины оказываютъ опредѣляющее вліяніе на волю человѣка, слѣдовательно, лишь при отрицаніи свободы человѣческой воли.

Итакъ,ученію индетерминистовъ нанесенъ рѣшительный ударъ новѣйшей доктриной,ставшей на строго научную почву опыта,Къ сожалѣнію,послѣдователи этой доктрины заходятъ по большей части уже слишкомъ далеко въ своихъ выводахъ относительно карательной функціи,выполняемой государствомъ.Исходя изъ отрицанія свободы воли, они требуютъ обыкновенно отъ современнаго государства такой организаціи карательныхъ мѣръ,при которой онѣ утратили бы характеръ возмездія;но такой выводъ вызываетъ серьезныя возраженія.Правда, отвергая ученіе о человѣческомъ произволѣ,мы уже не можемъ говорить о высшей раціональности возмездія, о нравственной необходимости искупленія вины.Съ отвлеченной точки зрѣнія, детерминистъ пожалуй,имѣетъ полное право сказать,что возмездіе есть абсурдъ.Но дѣло въ томъ, что государство не можетъ руководиться въ своей дѣятельности исключительно отвлеченными идеями, а должно принимать также въ разсчетъ и требованія практической жизни, Пусть, возмездіе само по себѣ абсурдъ,но въ силахъ - ли государство устранить то субъективное чувство возмездія,которое возникаетъ въ частныхъ лицахъ, страдающихъ отъ преступленій ? А разъ это чувство при современномъ состояніи культуры неустранимо, государство должно удовлетворять ему въ извѣстной степени своими карательными мѣрами, потому что иначе чувство возмездія будетъ проявляться въ видѣ мести- самоуправства, т.е.

въ формахъ несравненно болѣе жестокихъ и совершенно произвольныхъ. Такимъ образомъ, пока въ обществѣ не воцарится духъ христіанскаго всепрощенія, мѣры, принимаемыя государствомъ противъ преступниковъ, отнюдь не должны вполнѣ утрачивать характера возмездія:. Государству лишь не слѣдуетъ забывать, что возмездіе не есть само по себѣ цѣль (Selbstzweck), какъ утверждаетъ Кантъ и многіе криминалисты, но лишь необходимое средство для устраненія мести -самоуправства, для такой же чисто утилитарной цѣли, какою является и предупрежденіе самыхъ преступныхъ дѣяній, достигаемое какъ посредствомъ угрозы, такъ и съ помощью исправленія порочныхъ субъектовъ.

Въ заключеніе замѣчу, что, выставляя на видъ общественно-физіологическое значеніе преступности, другими словами, зависимость преступности отъ неудовлетворительности соціальнаго строя, новѣйшая доктрина указываетъ тѣмъ самымъ на необходимость другихъ средствъ, кромѣ карательныхъ мѣръ, для успѣшной борьбы государства съ преступленіемъ. Дѣйствительно, если факторы, порождающіе преступную волю, имѣютъ глубокіе корни въ неблагопріятныхъ условіяхъ соціальной жизни, то, очевидно, для охраненія правового порядка недостаточно одной карательной функціи - является необходимой еще дѣятельность другого рода, направленная противъ тѣхъ общихъ соціальныхъ причинъ, которыя создаютъ преступниковъ; и большинство современныхъ государствъ, мы можемъ сказать, не остаются глухи къ этимъ требованіямъ науки.

КРАТКІЙ ОБЗОРЪ ПСИХОЛОГИЧЕСКИХЪ ДАННЫХЪ, ПРЕДСТАВЛЯЮЩИХЪ НАИБОЛЬШУЮ ВАЖНОСТЬ ДЛЯ ПРИКЛАДНОЙ НАУКИ УГОЛОВНАГО ПРАВА. Я указалъ уже, что для прикладной науки уголовнаго права чрезвычайно важную роль играетъ психологія. Но особенно важное значеніе представляетъ тотъ отдѣлъ ея, который имѣетъ своимъ предметомъ разсмотрѣніе феноменовъ воли. Намъ постоянно придется имѣть дѣло съ понятіями, ближайшій анализъ которыхъ можно найти только въ указанной области психологическихъ знаній. Поэтому, прежде, чѣмъ приступить къ изложенію курса, я считаю нужнымъ вкратцѣ познакомить васъ съ психологическими данными, представляющими наибольшую важность для прикладной науки уголовнаго права.

Въ этомъ очеркѣ мы разсмотримъ слѣдующіе четыре вопроса: А) О внутренней дѣятельности воли; В) О внѣшней дѣятельности воли или иначе о произвольныхъ движеніяхъ; С) О главнѣйшихъ стадіяхъ волевого процесса и наконецъ, Д) Вопросъ о свободѣ воли.

А. Прежде всего разсмотримъ ВОПРОСЪ О ТАКЪ НАЗ. ВНУТРЕННЕЙ ДѢЯТЕЛЬНОСТИ ВОЛИ, т.е. О ВОЗДѢЙСТВІИ ЕЯ НА ДРУГІЕ ФЕНОМЕНЫ ПСИХИЧЕСКОЙ ЖИЗНИ, именно, какъ на функцію сознанія, такъ и на чувствованія (черезъ посредство представленій).

Разсматривая вліяніе воли на процессъ сознанія, необходимо остановиться прежде всего на отношеніи ея къ такъ назыв. ОЩУЩЕНІЯМЪ, которыя составляютъ, по мѣткому замѣчанію Ушинскаго, "матеріалъ всѣхъ душевныхъ по-

строекъ".

Ощущеніе есть нечто иное, какъ сознанное нервное движеніе или СОЗНАННОЕ ВПЕЧАТЛѢНІЕ, Спрашивается, чѣмъ же именно обусловлено сознаніе впечатлѣнія, другими словами, превращеніе послѣдняго въ ощущеніе?

Для образованія ощущенія необходимо прежде всего, чтобы нервное движеніе(впечатлѣніе) достигло степени силы, чтобы оно перешло, по выраженію Вебера, за извѣстный физическій порогъ впечатлѣнія. (Благодаря трудамъ Гельмгольца и другихъ ученыхъ, физіологія даетъ намъ уже довольно точное опредѣленіе той степени силы, за которую должны переходить извѣстныя впечатлѣнія, чтобы мы могли сознавать ихъ).

Но одного указаннаго условія для образованія ощущеній далеко недостаточно. Впечатлѣніе можетъ достигнуть весьма достаточной силы и не перейти однако въ ощущеніе. Такъ, человѣкъ, всецѣло поглощенный извѣстной мыслью не видитъ находящихся предъ нимъ предметовъ, не слышитъ происходящаго подлѣ него шума. Видя подобныхъ фактовъ необходимо признать что для ощущенія, кромѣ извѣстной силы нервныхъ движеній, требуется еще другое условіе-извѣстная степень вниманія или иначе извѣстная степень сосредоточенности сознанія на данномъ впечатлѣніи. При этомъ несомнѣнно, что отъ напряженности вниманія мы ясно слышимъ и такіе звуки, которыхъ обыкновенно вовсе не замѣчаемъ.

Вниманіе можетъ быть двоякаго рода : ПАССИВНОЕ

и АКТИВНОЕ.

Первое имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ сознаніе сосредоточивается на извѣстномъ предметѣ совершенно помимо нашей воли. Къ условіямъ, которыя наиболѣе содѣйствуютъ сосредоточенію пассивнаго вниманія, относится прежде всего СИЛА впечатлѣнія. Такъ, чѣмъ сильнѣе доносящійся до насъ (нашего слуха) шумъ, тѣмъ скорѣе онъ можетъ привлечь наше невольное вниманіе. Сильныя впечатлѣнія перестаютъ привлекать наше вниманіе лишь тогда, когда, постоянно повторяясь долгое время, они, наконецъ, истощаютъ наши нервы (. Вотъ почему мельникъ, напр., не слышитъ шума колесъ на своей мельницѣ). Затѣмъ, наше вниманіе приковывается, помимо нашей воли, ко всему тому, что даетъ пищу волнующему насъ чувству. Такъ, трусливый человѣкъ, ночуя одинъ въ нежиломъ домѣ, обращаетъ вниманіе, вслѣдствіе страха на малѣйшій шорохъ, какого при другихъ условіяхъ онъ вовсе не замѣтилъ - бы; ревнивый мужъ, волнуемый подозрѣніемъ, замѣчаетъ каждый взглядъ жены, брошенный на предполагаемаго соперника.

Вниманіе АКТИВНОЕ въ противоположность пассивному является продуктомъ нашей воли. Что человѣкъ можетъ по своему произволу сосредоточивать сознаніе на томъ или другомъ пунктѣ, это каждому извѣстно по собственному опыту. "Не перемѣняя угла зрѣнія, говоритъ извѣстный физіологъ Мюллеръ, мы можемъ произвольно направлять наше вниманіе на извѣстную часть видимаго предмета, лежащую въ сторонѣ. При разсмотрѣніи сложной геометрической

фигуры мы можемъ безъ перемѣны оси зрѣнія послѣдовательно видѣть различныя части этой фигуры, не обращая вниманія на другія".

Вообще нельзя не согласиться съ замѣчаніемъ того - же ученаго, что воля можетъ воздѣйствовать на наше вниманіе съ такой - же силой, какъ и на нервы движенія. При этомъ несомнѣнно, что власть наша надъ вниманіемъ укрѣпляется упражненіемъ.

Послѣ изложеннаго не трудно выяснить, въ чемъ состоитъ воздѣйствіе воли на наши ощущенія.

Проф. Владиславлевъ высказывается на этотъ счетъ слѣдующимъ образомъ:"когда впечатлѣніе дѣйствуетъ на нервную систему, то отъ произвола субъекта не зависитъ получать или не получать ощущенія :въ силу закона природы на нервное возбужденіе онъ долженъ отрѣчать ощущеніемъ, хочетъ онъ того или не хочетъ, -это все равно.Но воля можетъ полагать препятствія къ тому, чтобы впечатлѣнія доходили довнѣшнихъ чувствъ : субъектъ закрываетъ глаза , когда не хочетъ видѣть чего-либо, уходитъ отъ звучащаго тѣла, чтобы не слышать тона, отводитъ руки отъ предмета, къ которому не желаетъ прикасаться и т.д.". Такимъ образомъ,г. Владиславлевъ утверждаетъ, что мы не можемъ по своему произволу устранять переходъ впечатлѣнія въ ощущеніе, что для предупрежденія нежелательныхъ для насъ ощущеній есть только одно средство - препятствованіе самимъ впечатлѣніямъ.

Не трудно однако же показать,что такая доктрина не

можетъ быть признана вѣрной. Въ самомъ дѣлѣ, мы видѣли, что переходъ впечатлѣнія въ ощущеніе можетъ совершаться только при извѣстной степени вниманія : мы убѣдились далѣе, что человѣкъ можетъ по своему произволу усиливать сосредоточенно сознаніе на опредѣленномъ предметѣ, отвлекая его, такимъ образомъ, отъ всѣхъ другихъ. Но если все это такъ, то ясно само собой, что сознаніе получаемаго впечатлѣнія зависитъ въ извѣстной степени отъ нашей воли. Чтобы устранить переходъ даннаго впечатлѣнія въ ощущеніе, намъ стоитъ только усиленно сосредоточить нашу психическую дѣятельность на какомъ-либо другомъ пунктѣ; если это намъ удастся, то получаемое нами впечатлѣніе вслѣдствіе полнаго къ нему отсутствія вниманія, сознаваться, очевидно, не будетъ. По словамъ Канта, умѣнье быть невнимательнымъ должно быть поставлено выше, чѣмъ умѣнье быть внимательнымъ. Но противъ этого нельзя не замѣтить, что первое всегда сводится ко второму: мы можемъ быть по нашему произволу невнимательными къ данному предмету лишь тогда, когда намъ удается усиленно сосредоточить сознаніе на какомъ либо другомъ пунктѣ.

Такимъ образомъ, не подлежитъ сомнѣнію, что мы можемъ по нашему произволу сознавать или не сознавать наши впечатлѣнія.

Но этого мало: отъ нашей воли зависитъ также въ значительной степени отчетливость и ясность нашихъ ощущеній. Чѣмъ сильнѣе мы сосредоточиваемъ сознаніе

на извѣстномъ предметѣ, тѣмъ рѣзче вызываемое имъ ощущеніе, хотя, какъ справедливо замѣтилъ еще Фехнеръ, самыя впечатлѣнія при этомъ отнюдь не усиливаются.

Переходя отъ ощущеній къ другимъ болѣе сложнымъ формамъ психической дѣятельности, мы видимъ, что воля наша оказываетъ на нихъ болѣе или менѣе значительное вліяніе.

Такъ, прежде всего несомнѣнно, что произволъ нашъ нерѣдко подчиняетъ себѣ процессъ воспоминанія и воображенія. При этихъ процессахъ мы часто НАМѢРЕННО вызываемъ тѣ или другіе образы, при этомъ послѣдніе являются тѣмъ болѣе яркими, чѣмъ сильнѣе мы сосредоточиваемъ на нихъ наше сознаніе. Есть люди, у которыхъ воображаемые образы при извѣстномъ усиліи ихъ воли пріобрѣтаютъ яркость галлюцинаціи.

Что касается, наконецъ, рефлексіи, то и въ этой сферѣ психической дѣятельности, воля играетъ весьма немаловажную роль.

Правда, мы не можемъ согласиться съ ученіемъ проф. Владиславлева, что инициатива въ области мышленія ВСЕГДА принадлежитъ волѣ. Такое положеніе опровергается уже обыденнымъ опытомъ который говоритъ намъ, что наши размышленія бываютъ весьма нерѣдко совершенно непроизвольны. Разсудочная дѣятельность направляется иногда въ ту или другую сторону не только помимо нашей воли, но даже наперекоръ ей. Такъ, мы нерѣдко видимъ, что когда человѣка охватываетъ какое-либо сильное чувство,

мысль его постоянно сосредоточивается на предметахъ, такъ или иначе затрогивающихъ это чувство, какъ бы онъ ни старался отвлечь свое вниманіе въ другую сторону.

Тѣмъ не менѣе не подлежитъ спору, что воля можетъ оказывать на разсудочную дѣятельность сильное вліяніе. Такъ ,1) мы можемъ намѣренно направлять наше мышленіе на опредѣленный предметъ;сообразно съ той или съ другой преслѣдуемой нами цѣлью.2) воля можетъ вліять въ значительной мѣрѣ и на отчетливость мышленія, такъ какъ послѣднее зависитъ,между прочимъ,отъ степени напряженности вниманія,направленнаго на логическій процессъ нашею волею.Нельзя поэтому не согласиться съ Бэномъ,что сила воли имѣетъ чрезвычайно важное значеніе для научныхъ работъ.

Теперь два слова о вліяніи воли на чувствованія.НЕПОСРЕДСТВЕННОЕ воздѣйствіе воли на эту сферу психической жизни является, конечно, совершенно немыслимымъ, но за то произволъ нашъ можетъ сильно вліять на чувствованія человѣка черезъ посредство дѣятельности интеллектуальной.

Такъ какъ чувствованія наши зависятъ по большей части отъ дѣятельности сознанія, которое опредѣляется въ значительной мѣрѣ нашей волей, то несомнѣнно, что человѣкъ можетъ произвольно измѣнять свое настроеніе,направляя свою мысль на тѣ или другіе предметы ,"мы можемъ произвольно,замѣчаетъ Бэнъ,довести до сильной степени существующее въ насъ чувство неголованія противъ из-

вѣстнаго лица, если будемъ постоянно думать о тѣхъ оскорбленіяхъ, которыя онъ нанесъ намъ. Равнымъ образомъ, и наоборотъ, мы можемъ подавить въ себѣ извѣстныя чувства, намѣренно направляя наше вниманіе въ совершенно противоположную сторону". Нельзя однако не признать, что, если овладѣвшее субъектомъ непріятное чувствованіе достигло весьма сильной степени, то подавленіе его съ помощью указаннаго средства является чрезвычайно труднымъ.

Дѣятельность интеллектуальная безспорно составляетъ единственное средство, съ помощью котораго человѣкъ способенъ произвольно подавлять свои чувствованія. Я никакъ не могу согласиться съ Бэномъ, что произвольное подавленіе чувствованія совершается также и при помощи непосредственнаго воздѣйствія на мускулы. (Бэнъ указываетъ при этомъ для примѣра на подавленіе смѣха). Мнѣ думается, что знаменитый психологъ смѣшиваетъ двѣ совершенно различныя вещи: уничтоженіе самаго чувства и подавленіе внѣшнихъ его проявленій. Непосредственное воздѣйствіе воли на мускулы безспорно можетъ устранить внѣшнее выраженіе чувства (наприм. смѣхъ, слезы); но это вовсе еще не значитъ подавить и самое чувство. Напротивъ, когда мы не позволяемъ волнующему насъ чувству проявляться во внѣ, то оно получаетъ по большей части чрезвычайно большую напряженность, чѣмъ какую оно имѣло-бы при своемъ обнаруженіи въ тѣхъ или другихъ движеніяхъ.

Въ разсмотрѣвъ внутреннюю дѣятельность воли, ПЕРЕХОЖУ

КЪ АНАЛИЗУ ТАКЪ НАЗ. ПРОИЗВОЛЬНЫХЪ ДВИЖЕНІЙ.

Воздѣйствіе воли на мускулы совершается, какъ извѣстно, чрезъ посредство особыхъ нервовъ, которые носятъ названіе "психомоторныхъ", но какимъ образомъ воля возбуждаетъ [illegible] именно нервъ, который способенъ вызывать желаемое движеніе, -это составляетъ для психологовъ неразрѣшимую задачу.

Относительно связи, существующей между произвольнымъ движеніемъ и волей, въ философіи долго господствовала совершенно несостоятельная доктрина. Я говорю именно о томъ ученіи, по которому между волей и зависящимъ отъ нея дѣйствіемъ существуетъ всегда особая динамическая связь, какой мы нигдѣ не наблюдаемъ въ мірѣ объективномъ Шаткость такого воззрѣнія, какъ нельзя лучше, выяснена Миллемъ, въ его знаменитой "Системѣ Логики". "Наша воля, справедливо замѣчаетъ здѣсь Милль, производитъ наши тѣлесныя движенія исключительно въ томъ же смыслѣ, въ какомъ холодъ производитъ ледъ, или искра производитъ взрывъ пороха. Хотѣніе, состояніе нашего ума есть предшествующее; сообразное же хотѣнію движеніе нашихъ членовъ есть послѣдующее".

Такимъ образомъ, между произвольнымъ движеніемъ и волей существуетъ такая - же точно связь, какую мы наблюдаемъ и между феноменами неодушевленной природы. При этомъ слѣдуетъ лишь замѣтить, что строго говоря, мы не имѣемъ права вслѣдъ за Миллемъ называть нашу волю причиной зависящаго отъ нея дѣйствія. Это значило бы про-

тиворѣчитъ вѣрному опредѣленію понятію причины,установленному тѣмъ же самымъ ученымъ, другими словами, той доктринѣ, что, если извѣстный фактъ обусловливается нѣсколькими предшествующими, то причиной его можно назвать только совокупность послѣднихъ. Что произвольныя движенія зависятъ не только отъ воли, но и отъ другихъ условій, имѣющихъ чисто физическій характеръ, это не можетъ подлежать ни малѣйшему сомнѣнію. Физическія условія произвольныхъ движеній достаточно выяснены еще Фехнеромъ въ его знаменитомъ трудѣ"Psichofisique ".По его изслѣдованію подобныя движенія, какъ и всякія другія,потребляютъ необходимо извѣстное количество живой (дѣйствующей)силы.Но такая сила не можетъ быть создаваема волей: она извлекается всегда изъ общаго запаса силъ ПОТЕНЦІАЛЬНЫХЪ,ВЫРАБАТЫВАЕМЫХЪ ОРГАНИЗМОМЪ ПОСРЕДСТВОМЪ ДЫХАНІЯ И ПИТАНІЯ. -

Ясно, такимъ образомъ, что воля является по отношенію къ дѣйствію только часть ю причины.

Выполняя по нашему произволу то и другое движеніе,мы всегда испытываемъ въ извѣстной степени чувство усилія въ родѣ того, какое ощущается нами и при внутренней дѣятельности воли,напр., при намѣренномъ сосредоточеніи сознанія на тѣхъ или другихъ представленіяхъ. Вотъ это-то чувство усилія, испытываемое нами при произвольныхъ движеніяхъ, является главнымъ признакомъ, отличающимъ ихъ отъ движеній непроизвольныхъ, при которыхъ мы ничего подобнаго не наблюдаемъ.

Напрасно стали - бы мы искать у психологовъ сколько нибудь удовлетворительнаго объясненія указаннаго чувства По мнѣнію однихъ, напр., Ушинскаго, чувство усилія есть ощущеніе особаго психическаго акта, посредствомъ котораго душа приводитъ въ дѣйствія тѣлесныя силы, но такая доктрина отличается, очевидно, чисто метафизическимъ характеромъ. Другіе ученые, какъ напр., Бэнъ, видятъ въ чувствѣ усилія не болѣе, какъ ощущеніе нервнаго тока, который идетъ по центробѣжному нервному пути къ мускуламъ и возбуждаетъ ихъ къ работѣ, однако и это ученіе не имѣетъ подъ собой твердой почвы.

Несомнѣнно, однако, что движенія произвольныя выработались изъ непроизвольныхъ. Существуетъ 4 вида непроизвольныхъ механическихъ движеній :

Во-1-хъ, движенія ПАССИВНЫЯ, т.е. такія, причиною которыхъ является извѣстная внѣшняя сила, воздѣйствующая непосредственно на мускулы, помимо двигательныхъ нервовъ.

Итакъ, движенія РЕФЛЕКТИВНЫЯ, которыя обусловливаются раздраженіемъ чувствительныхъ нервовъ, проведенныхъ къ нервному центру. При такихъ движеніяхъ мы наблюдаемъ переходъ возбужденія съ чувствительнаго нервнаго пути на двигательный.

Въ 3-хъ, движенія АВТОМАТИЧЕСКІЯ, которыя составляютъ результатъ внутренняго возбужденія центральныхъ двигательныхъ областей.[1)]

1) *подъ внутреннимъ возбужденіемъ нервныхъ элементовъ слѣдуетъ разумѣть такой процессъ въ нервныхъ волокнахъ, который имѣетъ непосредственной причиной не какое- либо*

Въ 4-хъ, движенія ВЫРАЗИТЕЛЬНЫЯ, являющіяся обычнымъ спутникомъ извѣстныхъ душевныхъ состояній, какъ ихъ невольное выраженіе.

Таковы тѣ разнообразные виды непроизвольныхъ движеній, изъ которыхъ выработались движенія произвольныя.

При первоначальномъ развитіи внѣшней дѣятельности воли главная роль принадлежитъ, несомнѣнно, движеніямъ рефлективнымъ и автоматическимъ. Въ существѣ, одаренномъ сознаніемъ, опыты подобныхъ движеній естественно вызываютъ стремленіе сдѣлать ихъ орудіемъ для тѣхъ или другихъ цѣлей. Но власть надъ тѣлесными движеніями пріобрѣтается лишь путемъ медленнаго постепеннаго процесса, какъ это показываютъ, напр., наблюденія надъ дѣтьми, которыя учатся ходить. При такомъ процессѣ воля должна подчинить себѣ прежде всего движенія, выполняемыя отдѣльными органами, изолировать эти движенія отъ тѣхъ, которыя соединены съ ними въ одинъ рефлексъ; когда же отдѣльныя движенія окажутся уже подчиненными волѣ, она начинаетъ мало по малу комбинировать ихъ и достигать, наконецъ, власти надъ движеніями чрезвычайно сложными.

Далѣе, несомнѣнно, что въ процессѣ внѣшней дѣятельности воли играютъ извѣстную роль и движенія выразитель-

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

зозбужденіе внѣшняго міра, но внутреннее состояніе самыхъ нервныхъ частицъ.

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

ныя, которыя также постепенно подчиняются нашей волѣ. Въ этомъ убѣждаетъ насъ, напр., исторія развитія „языка жестовъ", что такъ хорошо очерчено у Вундта. Знаменитый психологъ обстоятельно выясняетъ намъ, какимъ образомъ, жесты, являясь сначала чисто механическимъ выраженіемъ аффектовъ, становятся впослѣдствіи движеніями произвольными, служащими орудіемъ для обмѣна мыслей.

Развиваясь изъ движеній непроизвольныхъ, дѣйствія наши при частомъ повтореніи могутъ въ свою очередь переходить въ движенія безсознательныя, машинальныя. Въ привычныхъ и заученныхъ движеніяхъ, по словамъ Вундта, какъ - то: въ ходьбѣ, плаваніи, умѣньи говорить и писать, въ различныхъ сложныхъ движеніяхъ рукъ и пальцевъ, напр., при игрѣ на фортепьяно и при различныхъ техническихъ занятіяхъ, - вездѣ мы можемъ шагъ за шагомъ прослѣдить переходъ произвольныхъ дѣйствій въ механическія движенія. Сначала воля должна въ отдѣльности производить каждое изъ частныхъ движеній, входящихъ въ сложное дѣйствіе. Затѣмъ, довольно дать ей только импульсъ къ движенію, стоящему въ началѣ каждой сложной группы двигательныхъ актовъ, - остальные члены группы автоматически связаны съ первымъ членомъ. Къ этому слѣдуетъ прибавить, что привычныя движенія выполняются нами нерѣдко даже прямо противъ нашего желанія. Дѣло въ томъ, что привычная къ тѣмъ или другимъ движеніямъ нервная система пріобрѣтаетъ часто особое расположеніе къ нимъ, вслѣдствіе котораго, не-смотря на нашу рѣшимость болѣе не совершать ихъ, они все-таки автоматически выпол-

няются нами, какъ скоро мы перестаемъ быть насторожѣ противъ нашей привычки. Нѣкоторые остаются на всю жизнь съ гримасами, къ которымъ пріучили себя въ дѣтствѣ, не смотря на всѣ усилія искоренить ихъ. "Можно ли сомнѣваться въ силѣ привычки, говоритъ Бэконъ, когда мы постоянно видимъ, что люди вопреки своимъ обѣщаніямъ и даже формальнымъ обязательствамъ, снова совершаютъ извѣстныя привычныя дѣйствія, являясь какъ бы автоматами или машинами, руководимыми привычкой". По мѣткому замѣчанію Рида, привычка увлекаетъ насъ подобно потоку, когда мы плывемъ по теченію.

Сфера привычки несравненно обширнѣе, чѣмъ какъ обыкновенно полагаютъ. "Немедленно же по рожденіи, говоритъ Ушинскій, начинаетъ дитя дѣлать различные опыты и приноравливанія, которыя потомъ обращаются для него въ безсознательные навыки и привычки". Къ такимъ навыкамъ, пріобрѣтаемымъ нами еще въ младенчествѣ, Ушинскій относитъ, между прочимъ, слѣдующіе : 1) навыкъ видѣть двумя глазами одинъ предметъ, т.е. превращать два отраженія въ одно ощущеніе. 2) навыкъ видѣть одноцвѣтные предметы одноцвѣтными, тогда какъ по устройству глазной стѣнки это должно - бы быть иначе; 3) навыкъ при движеніи головы и глазъ не считать неподвижные предметы движущимися ; 4) комбинація слуха и зрѣнія, когда мы направляемъ глаза въ ту сторону, откуда исходитъ звукъ; 5) комбинація ощущеній мускульныхъ, осязательныхъ съ движеніями при ходьбѣ; 6) комбинація ощущеній слуховыхъ, мускульныхъ и движеній при произношеніи словъ.

Факты привычки заставляютъ насъ предполагать, что

частыя повторенія однихъ и тѣхъ же дѣйствій, независимо отъ увеличенія объема мускуловъ, производятъ необходимо тѣ или другія измѣненія и въ нервной системѣ; но, въ чемъ именно состоятъ эти анатомическія измѣненія, посредствомъ которыхъ устанавливаются привычки, - этотъ вопросъ должень считаться пока открытымъ.

Наконецъ, считаю нелишнимъ замѣтить, что законъ перехода движеній произвольныхъ въ механическія даетъ намъ ключъ къ объясненію множества фактовъ, которые при игнорированіи этого закона представлялись бы совершенно непонятными.

Такъ, прежде всего, только съ помощью закона привычки можемъ мы объяснить цѣлесообразность многихъ рефлективныхъ движеній, наблюдаемыхъ у обезглавленныхъ животныхъ. Если положить обезглавленную лягушку на спину и помазать кислотою внутреннюю сторону одного изъ реберъ, то она, стараясь удалить кислоту, третъ бедрами другъ о друга; если при этомъ оттянуть у ней одно бедро въ сторону, то послѣ нѣсколькихъ попытокъ въ прежнемъ родѣ, она вытягиваетъ другое бедро по направленію къ первому и снова достигаетъ имъ до раздраженнаго мѣста. Наконецъ, если у обезглавленной лягушки переломить обѣ бедровыя кости и, положивъ ее на животъ, раздражать кислотою область креста, то лягушка все-таки достигаетъ до раздраженнаго мѣста своими лапками. Такимъ образомъ, многочисленные опыты показываютъ, что обезглавленныя животныя могутъ при-

способлять свои движенія къ внѣшнимъ условіямъ, Возникаетъ вопросъ, чѣмъ же именно объясняется цѣлесообразность подобныхъ движеній ? О сознаніи, здѣсь, конечно, не можетъ быть и рѣчи, объяснять данные факты произволомъ, какъ это дѣлаетъ, напр. Перлюгеръ, значитъ противорѣчить той безспорной истинѣ, что явленія сознанія предполагаютъ необходимо дѣятельность головного мозга, Если же это такъ, то ясно, само собою, что загадка можетъ быть разрѣшена лишь съ помощью закона привычки: въ цѣлесообразныхъ движеніяхъ, совершаемыхъ обезглавленными животными, мы должны видѣть, очевидно, не что иное, какъ остатки произвольныхъ движеній, превратившихся въ движенія механическія.

Затѣмъ, существуетъ еще и другая чрезвычайно обширная группа фактовъ, при объясненіи которыхъ мы также не можемъ обойтись безъ помощи закона образованія привычекъ. Я говорю о тѣхъ безсознательныхъ, но въ высшей степени цѣлесообразныхъ движеніяхъ, которыя обыкновенно называются инстинктивными. Если только отрѣшиться отъ метафизической гипотезы прирожденныхъ представленій, относящихся къ сферѣ различныхъ инстинктовъ, то объясненіе инстинктивныхъ актовъ можетъ заключаться безспорно только въ сведеніи ихъ къ передаваемымъ по наслѣдству привычкамъ. По вѣрному замѣчанію Льюиса, укоренившаяся въ нервной системѣ привычка имѣетъ столько же шансовъ на наслѣдственную передачу, какъ и массивность костей или мышцъ.

С. Теперь мнѣ слѣдуетъ перейти къ АНАЛИЗУ ГЛАВ-

НѢКОТОРЫХЪ СТАДІЙ ВОЛЕВОГО ПРОЦЕССА.

Волевой процессъ начинается всегда съ возникновенія желанія,- этого простѣйшаго изъ всѣхъ явленій воли.

Сущность желанія состоитъ въ стремленіи души къ извѣстному предмету или факту, который представляется способнымъ доставить намъ непосредственно то или другое удовольствіе.

Каждое желаніе, какъ я уже это выяснилъ, предполагаетъ необходимо предшествующій опытъ извѣстнаго пріятнаго чувствованія.

Несомнѣнно, что, когда мы вспоминаемъ то или другое чувствованіе (пріятное или непріятное все - равно), мы непремѣнно до извѣстной степени ВОСПРОИЗВОДИМЪ ЕГО, ПЕРЕЖИВАЕМЪ СНОВА, но испытываемое при этомъ чувствованіе, конечно, слишкомъ бѣдно сравнительно съ прежнимъ. Такъ, вспоминая доставившую мнѣ наслажденіе искусную игру артиста, я далеко не испытываю того же чувствованія, какое охватывало меня въ театрѣ. Понятно, поэтому, что воспоминаніе о пережитомъ пріятномъ чувствованіи влечетъ за собой обыкновенно тягостное чувство недовольства настоящимъ. Вотъ это - то чувство вмѣстѣ съ представленіемъ о томъ предметѣ или фактѣ, который способенъ его уничтожить, доставивъ испытанное раньше удовольствіе, и является непосредственно причиной желанія.

Напряженность желанія прямо пропорціональна степени силы того чувства неудовлетворенности, изъ котораго оно

возникаетъ; сила же этого чувства опредѣляется въ свою очередь интенсивностью воспоминаемаго удовольствія.

Всякое человѣческое дѣйствіе сводится къ извѣстному желанію, которое составляетъ его МОТИВЪ. Приступая къ психологическому объясненію того или другого поступка, мы всегда стараемся прежде всего изслѣдовать, въ чемъ именно заключалось обусловившее его желаніе.

Объекты человѣческихъ желаній разнообразны до безконечности: область ихъ не ограничивается даже предѣлами возможнаго ; какъ мы знаемъ изъ опыта, человѣкъ способенъ желать и того, что, по его собственному же сознанію, является недостижимымъ. Понятно, однако, само собою, что при изслѣдованіи волевого процесса, обусловливающаго человѣческія дѣйствія, мы должны имѣть въ виду лишь такія желанія, которыя не выходятъ изъ области возможнаго; стремленіе къ недостижимому ни въ какомъ случаѣ не можетъ сдѣлаться исходнымъ пунктомъ для такого процесса. Ощущая стремленіе къ извѣстному достижимому благу, человѣкъ естественно начинаетъ стремиться и ко всѣмъ тѣмъ дѣйствіямъ, которыя представляются ему необходимыми для достиженія даннаго блага. Это второе стремленіе, приростая къ первому, образуетъ съ нимъ одно недѣлимое цѣлое. Такимъ образомъ, возникаетъ болѣе сложная форма воли, называемая ХОТѢНІЕМЪ. Вѣрныя замѣчанія относительно различія между желаніемъ и хотѣніемъ мы находимъ у Владиславлева, который говоритъ слѣдующее: "главное, существенное отличіе отъ хотѣній состоитъ въ томъ, что въ

первыхъ воля сосредоточивается, преимущественно, на цѣли, но не дѣлаетъ усилій для осуществленія ея, т.е, не простирается на средства, ведущія къ ней".

Хотѣніе - болѣе дѣятельное состояніе воли: чего субъектъ не только желаетъ, но и хочетъ, то онъ намѣренъ осуществить на самомъ дѣлѣ. Въ хотѣніяхъ опредѣляются не цѣль и результаты только, какъ это бываетъ въ желаніяхъ, но желаются и средства для ихъ осуществленія. Когда воля просто желаетъ, то она не особенно настаиваетъ на результатѣ; хорошо, если-бы какъ нибудь онъ былъ - достигнутъ, но субъектъ не считаетъ себя неудовлетвореннымъ, если онъ не исполнится; когда же воля чего -нибудь хочетъ, она усиленно стремится къ цѣли, и, чтобы достигнуть ее, она желаетъ и всѣхъ средствъ, которыя существенно для того необходимы, если человѣкъ хочетъ быть богатымъ, онъ принимаетъ мѣры къ своему обогащенію; если онъ хочетъ издать трудъ, стать ученымъ, достигнуть ученыхъ почестей, онъ не праздно совершаетъ только желанный результатъ, но и хочетъ всѣхъ мѣръ, которыя въ данномъ случаѣ ведутъ къ достиженію цѣли. Хотѣніе есть желаніе цѣлей, стремленіе къ средствамъ для ихъ осуществленія. Понятно, что имъ называется актъ воли болье сложный, чѣмъ простое желаніе. Въ нѣкоторомъ родѣ хотѣніе есть совокупность желаній, изъ которыхъ одно главное условливаетъ другія.

Нужно замѣтить, что, избирая тѣ или другія средства для достиженія предположенной цѣли, человѣкъ всегда руководится своими знаніями относительно ПРИЧИННОСТИ ЯВЛЕ-

НІЙ. Осуществить предположенный результатъ мы можемъ лишь съ помощью факторовъ способныхъ обусловить этотъ результатъ по закону причинной связи. Такимъ образомъ, ясно, что телеологическая категорія, т.е. отношеніе цѣли и средствъ совпадаетъ съ отношеніемъ причины и дѣйствія. Нельзя однако- же не замѣтить, что въ сферѣ волевого процесса зависимость фактовъ представляется въ иномъ порядкѣ, чѣмъ въ мірѣ объективномъ: въ этой сферѣ не послѣдующее опредѣляется предыдущимъ, а, наоборотъ, предыдущее послѣдующимъ, такъ какъ цѣль (результатъ) обусловливаетъ здѣсь средства (причины).

Далѣе, возникшее въ душѣ хотѣніе не всегда имѣетъ одинаковую судьбу. Мы должны прежде всего различить слѣдующія два случая:

1) Образовавшееся въ душѣ хотѣніе тотчасъ же начинаетъ воздѣйствовать на психомоторные нервы и обусловливать, такимъ образомъ, предположенную дѣятельность: данный волевой феноменъ является здѣсь, конечно, стадіей волевого процесса. У дѣтей хотѣніе почти всегда непосредственно переходитъ въ дѣятельность; у людей же взрослыхъ мы наблюдаемъ такой кратчайшій волевой процессъ лишь при выполненіи болѣе простыхъ, обыденныхъ актовъ, да развѣ еще при дѣйствіяхъ, совершаемыхъ подъ вліяніемъ аффекта. -

2) Человѣкъ подвергаетъ возникшее въ немъ хотѣніе критической оцѣнкѣ съ цѣлью рѣшенія вопроса: слѣдуетъ - ли ему осуществлять данное хотѣніе или же, напротивъ, воз-

держаться отъ этого?

Въ необходимости этой оцѣнки нашихъ хотѣній мы убѣждаемся горькими опытами жизни, которые говорятъ намъ, что реализація хотѣнія можетъ нерѣдко повлечь за собою невыгоды или страданія, значительно перевѣшивающія получаемое нами благо. Благодаря подобнымъ опытамъ у насъ и образуется привычка обдумывать, не повлечетъ ли предположенный поступокъ какихъ-либо непріятныхъ или невыгодныхъ послѣдствій, и, если да, то будутъ ли выкуплены эти послѣдствія тѣмъ благомъ, котораго мы разсчитываемъ достигнуть. Такой процессъ обдумыванія можетъ совершаться съ различной степенью основательности, что зависитъ частью отъ интеллектуальныхъ способностей, частью - же отъ силы заправляющей имъ воли. Чѣмъ многочисленнѣе тѣ факты, которые подлежатъ нашей сравнительной оцѣнкѣ, тѣмъ, конечно, труднѣе сдѣлать вѣрный разсчетъ.

Смотря по результату процесса обдумыванія, мы или одобряемъ свое хотѣніе, причемъ оно превращается въ, такъ назыв., рѣшимость, стремящуюся проявиться въ соотвѣтствующихъ дѣйствіяхъ, или - же, наоборотъ, приходимъ къ тому выводу, что намъ слѣдуетъ воздержаться отъ его осуществленія. Въ послѣднемъ случаѣ мы, естественно, стараемся подавить развившееся въ насъ хотѣніе.

Такъ какъ послѣднее является всегда продуктомъ извѣстныхъ чувствованій и представленій, то для подавленія его требуется разсмотрѣнная нами внутренняя дѣятельность во-

ли на чувствованія и представленія.

Опытъ однако-же показываетъ, что стараніямаши уничтожить охватившее насъ хотѣніе далеко не всегда увѣнчиваются успѣхомъ. Иногда человѣкъ, несмотря на всѣ свои усилія, не можетъ справиться съ существующимъ у него стремленіемъ, которое, наконецъ, и увлекаетъ его къ совершенію неблагоразумнаго поступка. Чѣмъ живѣе и страстнѣе темпераментъ человѣка, тѣмъ менѣе у человѣка развито, такъ наз. Самообладаніе, тѣмъ чаще ему приходится дѣйствовать наперекоръ указаніямъ собственнаго ума. Только весьма немногіе люди согласуютъ безусловно всѣ свои дѣйствія съ тѣми рѣшеніями, къ которымъ ихъ приводитъ процессъ обдумыванія.

Къ сожалѣнію, при изслѣдованіи воли психологи совершенно упускаютъ изъ виду случаи реализаціи хотѣнія, противорѣчащаго требованіямъ разсудка; вотъ почему въ психологіи и утверждалась доктрина, что всякое дѣйствіе взрослаго человѣка является необходимо реализаціей "рѣшимости", подъ которою, безспорно, можно разумѣть лишь хотѣніе, одобренное рѣшеніемъ нашего разума.

Д. При анализѣ волевого процесса нельзя не коснуться ВОПРОСА "О СВОБОДѢ ВОЛИ", который принадлежитъ къ психологическимъ проблемамъ, имѣющимъ для криминалиста особую важность .

По ученію защитниковъ свободы воли или, короче, индетерминистовъ, воля нормальнаго человѣка имѣетъ собое свойство, отличающее ее отъ другихъ міровыхъ явленій,

свойство опредѣляться самопроизвольно, свободно, въ противоположность явленіямъ физическимъ, слѣдующимъ съ необходимостью за своими предшествующими. Такое воззрѣніе на человѣческую волю, утвердившееся еще въ древней философіи, имѣетъ и теперь не мало защитниковъ, кк. между юристами, такъ и между психологами. Правда, современные индетерминисты не говорятъ болѣе объ абсолютной свободѣ воли, о способности человѣка опредѣлять свои дѣйствія помимо всякихъ моментовъ, но и по ихъ ученію, допускающему совободу выбора, человѣческая воля вполнѣ обладаетъ свойствомъ свободно принимать то или другое направленіе, не подчиняясь дѣйствію закона причинности. "Хотя человѣческая воля, учатъ защитники свободы выбора, и слѣдуетъ всегда тому или другому мотиву, но мотивъ этотъ не опредѣляетъ воли, а избирается ею свободно". Такое воззрѣніе было формулировано еще Ридомъ, утверждавшимъ, что мотивы могутъ вліять только на волю, но никогда не составляютъ дѣйствительнаго производителя послѣдней. Но, спрашивается, насколько солидны тѣ основанія, на которыхъ покоится эта теорія ?

Обращаясь къ аргументаціи защитниковъ свободы выбора, мы видимъ, что главный доводъ ихъ состоитъ въ ссылкѣ на самосознаніе, свидѣтельствующее намъ о нашей свободѣ. "Гдѣ я взялъ идею о свободѣ, говоритъ Jules Simon, если я не свободенъ ?" Если я думаю о нравственной свободѣ, замѣчаетъ Bouillée, если я ее желаю и люблю, то это уже значитъ, безъ сомнѣнія, что я дѣйствительно свободенъ".

То же самое доказательство приводится Бауманомъ, Струве и др.

Но можно ли признать за такимъ аргументомъ доказательную силу?Конечно, самый фактъ, на который ссылаются индетерминисты не подлежитъ и спору. Въ человѣческомъ сознаніи дѣйствительно существуетъ идея свободы;но доказываетъ ли это реальное бытіе послѣдней? Мало ли существовало въ человѣчествѣ идей, пользовавшихся всеобщимъ признаніемъ, которыя,однако, оказались несоотвѣтствующими реальности. Опытъ показалъ, справедливо замѣчаетъ Литтре, что факты сознанія, прежде чѣмъ быть принятыми, нуждаются въ контролѣ, какъ и факты чувствованія. Нужно поэтому оставить область субъективную, которая не можетъ намъ болѣе ничего сказать, и перейти въ сферу объективную, гдѣ существуетъ окончательный контроль всѣхъ субъективныхъ идей". Ясно, такимъ образомъ, что сознаніе свободы отнюдь не можетъ быть приводимо, какъ доказательство ея реальнаго бытія, и потому,главный аргументъ индетерминистовъ вовсе не имѣетъ приписываемой ему силы.

Затѣмъ другой аргументъ, столь же часто приводимый защитниками свободы, заключается въ томъ, что детерминизмъ необходимо ведетъ къ отрицанію ,какъ нравственной оцѣнки дѣйствій, такъ и уголовнаго вмѣненія. Но точно - ли непризнаніе свободы выбора приводитъ логически къ такимъ выводамъ ? Что изъ системы необходимости отнюдь не вытекаетъ отрицаніе морали, - это достаточно выясне-

но уже тѣмъ же Литтре, а также нашимъ знаменитымъ физіологомъ Сѣченовымъ въ его статьѣ "Ученіе о несвободѣ воли съ практической стороны ".(В.Е. 1881. I). Къ этому же убѣжденію пришли и нѣкоторые изъ новѣйшихъ индетерминистовъ, а именно Benouvier и Fouillèe.

Дѣйствительно, детерминизмъ вовсе не ведетъ къ уничтоженію различія между добромъ и зломъ, какъ это утверждаютъ защитники свободы. Такъ, прежде всегоотрицаніе свободы воли отнюдь не исключаетъ нравственной оцѣнки человѣческихъ дѣйствій по ихъ объективному свойству, иными словами,по ихъ отношенію къ тѣмъ нормамъ, которыя признаются въ данномъ обществѣ за руководящія начала, опредѣляющія взаимныя отношенія его членовъ. Разсматривая данное дѣйствіе, какъ необходимый результатъ извѣстныхъ предшествующихъ, мы можемъ въ то же самое время безъ малѣйшаго нарушенія послѣдовательности признавать это дѣйствіе нравственнымъ или безнравственнымъ, смотря по тому, согласно ли оно съ руководящими нормами или находится съ ними въ противорѣчіи. Затѣмъ, съ детерминизмомъ вполнѣ мирится оцѣнка нашихъ поступковъ и со стороны СУБЪЕКТИВНОЙ, т.е. по ихъ мотивамъ, та оцѣнка, при которой, по словамъ Сѣченова,"совершителю поступка заглядываютъ въ душу, и, если находятъ, что дѣйствіе при нравственной доброкачественности вытекаетъ изъ чистыхъ побужденій, то нормальныя качества поступковъ переносятъ на самого человѣка и награждаютъ его симпатіей". Сѣченовъ вполнѣ справедливо замѣчаетъ,"награждая совершителя поступка симпатіей или антипатіей, люди руково-

дятся личными моральными вкусами, и на нихъ ученіе о несвободѣ воли вліянія имѣть не можетъ".

Равнымъ образомъ, система необходимости вовсе не ведетъ и къ отрицанію уголовнаго вмѣненія.

Утверждая противное, индетерминисты, очевидно, исходятъ изъ того взгляда, по которому уголовное право можетъ быть выведено только изъ требованія абсолютной справедливости, изъ высшей нравственной необходимости возмездія, имѣющей своимъ предположеніемъ произвольность человѣческихъ дѣйствій. Но такой взглядъ является вполнѣ несостоятельнымъ: онъ покоится на метафизическомъ ученіи объ абсолютной справедливости, рѣшительно отвергаемой философіей опытной школы. По признанію всѣхъ ученыхъ, отказавшихся отъ метафизическихъ теорій, карательная система имѣетъ совершенно иное основаніе : она оправдывается исключительно необходимостью карательной функціи для извѣстныхъ чисто-утилитарныхъ цѣлей,- для борьбы государства съ преступленіемъ. Если же это такъ, то, очевидно, убѣжденіе въ отсутствіи свободной воли отнюдь не ведетъ къ отрицанію карательнаго права. Мало того, только при такомъ убѣжденіи и можно быть увѣреннымъ въ годности карательныхъ мѣръ для успѣшнаго осуществленія тѣхъ утилитарныхъ цѣлей, которыя выдвигаются, такъ называемой теоріей интереса. Вѣдь, ясно само собою, что только детерминистъ можетъ возлагать серьезныя надежды на сдерживающую силу уголовной угрозы, только детерминистъ

можетъ быть убѣжденъ, что наказаніе при разумной пенитенціарной системѣ способно служить достаточной гарантіей для общества противъ рецидива.

Наконецъ, что касается остальныхъ доказательствъ, приводимыхъ защитниками свободы выбора, то они представляются еще болѣе слабыми. Такъ многіе индетерминисты основываются на томъ, что уже самое опредѣленіе воли логически ведетъ къ признанію ея свободы. Противъ этого Таганцевъ справедливо замѣчаетъ: "дѣйствительно, если мы будемъ называть волею способность человѣка отрѣшиться отъ всякаго опредѣленія и самопроизвольно создавать для себя опредѣленіе, то мы, конечно, должны отождествлять это понятіе со свободой; но не трудно видѣть, что такой аргументъ имѣетъ только формальное значеніе и заключаетъ въ себѣ petitio principii, вводя въ доказательство доказываемое.

Итакъ, ученіе о свободѣ выбора не имѣетъ достаточного обоснованія. Посмотримъ теперь, какіе доводы могутъ быть приведены въ пользу ученія противоположнаго, - въ пользу системы детерминистовъ . -

Какъ ни обширна область явленій, гдѣ мы наблюдаемъ господство закона причинности, мы отнюдь не имѣемъ права распространять дѣйствіе этого закона путемъ простого обобщенія на феномены нашей психической жизни. Поэтому, доказательства въ пользу детерминизма могутъ быть почерпнуты только изъ наблюденій надъ самыми человѣческими дѣй-

ствіями. Спрашивается, указываютъ ли намъ такія наблюденія на строгую опредѣленность нашей воли извѣстными предшествующими, опредѣляемость, исключающую свободу выбора ?

На этотъ вопросъ я считаю возможнымъ отвѣтить утвердительно,

Въ отсутствіи свободы выбора убѣждаетъ насъ простой опытъ обыденной жизни. Разсматривая дѣйствія окружающихъ насъ лицъ, мы обыкновенно объясняемъ ихъ съ одной стороны изъ психическихъ свойствъ этихъ лицъ, а съ другой изъ внѣшнихъ обстоятельствъ, при которыхъ имъ приходится дѣйствовать (если только тѣ и другіе намъ хорошо извѣстны). Нужно ли распространяться о томъ, что подобное объясненіе наблюдаемыхъ дѣйствій было бы немыслимо, если бы они были произвольны ? Далѣе, изучивъ характеръ даннаго субъекта, мы безошибочно предугадываемъ, какъ онъ поступитъ въ томъ или другомъ случаѣ, при тѣхъ или другихъ условіяхъ; ясно, однако-же, само собою, что подобное предсказаніе было бы рѣшительно невозможно если бы воля не была неизбѣжнымъ результатомъ извѣстныхъ предшествующихъ; если бы существовала свобода выбора .

Но еще болѣе убѣдительныя доказательства въ пользу детерминизма даетъ намъ анализъ человѣческихъ дѣйствій, которымъ занимается, такъ назыв, нравственная статистика.

Уже труды основателей статистической школы Кетле и Герри ясно показали, что дѣйствія на первый взглядъ наиболѣе произвольныя (какъ напр., преступленія, самоубійства, браки) повторяются съ удивительнымъ постоянствомъ. Мыслимо ли существованіе свободной воли при такой закономѣрности соціальныхъ явленій "?

Въ виду изложенныхъ данныхъ ученіе детерминистовъ представляется мнѣ вполнѣ обоснованнымъ.

Согласно съ этимъ ученіемъ я полагаю, что въ каждомъ конкретномъ случаѣ волю опредѣляютъ съ необходимостью тѣ или другіе мотивы, которые являются въ свою очередь столь же необходимымъ продуктомъ съ одной стороны характера даннаго субъекта, а съ другой разнообразныхъ внѣшнихъ вліяній. Такимъ образомъ, волевые акты подчинены въ нашихъ глазахъ столь же строгимъ законамъ, какъ и явленія міра физическаго.

Указавъ несостоятельность доктрины о произволѣ дѣйствій, я долженъ рѣшительно высказаться и противъ другихъ теорій человѣческой свободы воли, выдвинутыхъ новѣйшей литературой, одна изъ нихъ принадлежитъ извѣстному философу Полю Жанэ. По его мнѣнію существуютъ случаи, гдѣ единственнымъ мотивомъ, опредѣляющимъ волю, является та или другая идея, сознаніе извѣстной обязанности. Исходя изъ такого воззрѣнія, Жанэ и признаетъ за человѣкомъ новую способность дѣйствовать по идеѣ la puissance d'agir d'apres idèe. Въ этой способности Жанэ и полагаетъ свободу воли. Но такое ученіе не можетъ быть при-

знано состоятельнымъ: одно сознаніе обязанности никогда не опредѣляетъ человѣческой воли, Тамъ, гдѣ Канъ видитъ дѣйствіе по идеѣ, всегда существуетъ та или другая потребность, которая заставляетъ субъекта слѣдовать той или другой идеѣ. Такимъ образомъ, каждый волевой актъ имѣетъ своимъ необходимымъ предшествующимъ ощущеніе какой -либо потребности, стремленіе получить извѣстное удовольствіе, выгоду или устранить тѣ или другія страданія, невыгоды. Совершенно иначе опредѣляетъ человѣческую свободу Шопенгауеръ и Куно- Фишеръ. Эти философы приписываютъ человѣку способность произвольно измѣнять свой характеръ, въ чемъ, по ихъ мнѣнію, и заключается человѣческая свобода. Отвергнувъ произволъ дѣйствій и установивъ положеніе operari sequitur esse названные философы полагаютъ свободу во внутреннемъ существѣ человѣка, въ его existentia и essentia. Нравственная отвѣтственность субъекта, совершающаго дурные поступки, основывается по ихъ ученію не на томъ, что онъ могъ будто - бы поступить иначе, но на томъ, что онъ могъ бы - быть инымъ человѣкомъ. Въ доказательство человѣческой свободы въ этомъ смыслѣ указанные мыслители ссылаются на чувство совѣсти.

Не трудно однако- же показать, что такая теорія столь же несостоятельна, какъ и ученіе о свободѣ выбора. Конечно, я не отвергаю, что человѣкъ можетъ подвергать измѣненіямъ свой собственный характеръ, но такія измѣне

нія совершаются, отнюдь непроизвольно. Возможность ихъ зависитъ отъ опредѣленныхъ условій, при наличности которыхъ измѣненіе характера является необходимымъ , а при отсутствіи НЕВОЗМОЖНЫМЪ. Къ такимъ условіямъ относятся : 1) серьезное желаніе человѣка измѣнить характеръ и 2) благопріятныя тому внѣшнія обстоятельства. Не говоря уже о послѣднихъ, самая рѣшимость человѣка измѣнить характеръ никогда не можетъ быть произвольной, такъ какъ она является при извѣстныхъ психическихъ свойствахъ и при томъ при опредѣленныхъ внѣшнихъ условіяхъ. Ясно, что о произвольномъ измѣненіи характера не можетъ быть и рѣчи. Характеръ каждаго индивида безспорно представляетъ необходимый результатъ съ одной стороны его натуры, а съ другой - окружающей его среды. -

Итакъ, съ правильной точки зрѣнія нельзя не признать что человѣческая воля подчинена столькоже строгимъ законамъ, какъ явленія природы физической. Но, придя къ такому выводу, нельзя не задаться вопросомъ, чѣмъ же объясняется то, присущее каждому особое чувство, которое напоминаетъ намъ о свободѣ въ области нашихъ хотѣній и дѣйствій ? Вѣдь, должно же такое чувство имѣть какую-либо реальную основу. Быть не можетъ, чтобы оно не опиралось ни на одинъ изъ дѣйствительно существующихъ психологическихъ фактовъ, какъ это не рѣдко утверждаютъ детерминисты.

По нашему крайнему разумѣнію, источникъ указаннаго чувства лежитъ не въ чемъ иномъ, какъ въ присущей человѣку способности относиться критически къ своимъ хотѣніямъ и подавлять ихъ, когда они осуждаются его разумомъ. Благодаря такой способности, человѣкъ можетъ въ своей практической дѣятельности отнюдь не подчиняться своимъ чувственнымъ потребностямъ, страстямъ и увлеченіямъ; и вотъ эта - то ОТНОСИТЕЛЬНАЯ НЕЗАВИСИМОСТЬ воли и дѣйствій и порождаетъ въ насъ то чувство психической свободы, которое служитъ главнымъ базисомъ для доктрины индетерминистовъ. По крайней мѣрѣ, я считаю рѣшительно невозможнымъ дать этому чувству какое-либо другое объясненіе.

На первый взглядъ, конечно, можетъ показаться, что способность человѣка контролировать и подавлять возникшее въ немъ хотѣніе въ извѣстной степени нарушаетъ строгую законообразность его дѣйствій. При поверхностномъ анализѣ легко построить слѣдующее разсужденіе. такъ какъ человѣкъ способенъ удерживаться отъ неблагоразумныхъ поступковъ, то въ случаяхъ, гдѣ дѣйствія его не согласуются съ указаніями разума, мы имѣемъ полное право сказать, что онъ могъ бы и не совершать даннаго поступка. Но подобное разсужденіе является въ сущности совершенно не состоятельнымъ. Дѣло въ томъ, что, наблюдая проявленія указанной способности, нельзя не прійти къ такому выводу, что они отнюдь не произвольны, но бе-

зусловно подчиняется общему закону причинности. Власть человѣка надъ его хотѣніями имѣетъ всегда извѣстныя границы, зависящія отъ множества самыхъ разнообразныхъ условій; отъ темперамента, возраста, воспитанія и т.д. Если человѣкъ въ данномъ случаѣ не воздержался отъ небла-
горазумнаго поступка, то не можетъ быть сомнѣнія, что при конкретныхъ условіяхъ онъ не былъ на это способенъ. Вообще дѣйствіе психическихъ факторовъ, отъ которыхъ зависитъ подавленіе волевыхъ импульсовъ, совершается съ такою же закономѣрностью, какую мы видимъ и во всѣхъ другихъ явленіяхъ психической жизни. Вотъ почему, зная характеръ даннаго субъекта, мы можемъ заранѣе предвидѣть, удастся ли ему при тѣхъ или другихъ условіяхъ воздержаться отъ извѣстнаго небагоразумнаго поступка. Ясно, такимъ образомъ, что признаніе въ человѣкѣ способности подавлять хотѣнія подъ вліяніемъ требованій разума, отнюдь не противорѣчитъ основному началу детерминизма.

Въ заключеніе считаю не лишнимъ выяснить, что такое психологическій терминъ "способенъ".

Терминъ "способенъ", какъ извѣстно, рѣшительно изгоняется многими учеными изъ психологіи. И точно, если принять этотъ терминъ въ смыслѣ особой силы, составляющей таинственный источникъ наблюдаемыхъ психическихъ явленій, то ясно само собою, что такое понятіе есть чисто метафизическое и, какъ таковое, должно быть совершенно
устранено изъ положительнаго знанія. Иное дѣло, если при-

нимать терминъ"способность"въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ только что употребленъ нами, т.е. въ смыслѣ совокупности условій, отъ которыхъ зависятъ извѣстные факты, подлежащіе нашему внутреннему опыту. Такое понятіе, очевидно, уже не заключаетъ въ себѣ ровно ничего метафизическаго. Что съ даннымъ терминомъ необходимо соединять представленіе именно объ условіяхъ психическихъ фактовъ- это какъ нельзя лучше выяснено проф. Троицкимъ въ его "Наукѣ о духѣ", гдѣ на стр. 30 онъ говоритъ слѣдующее: "Всѣ психическія способности человѣка могутъ быть раздѣлены на два класса: положительныя и отрицательныя. Положительныя сводятся къ присутствію въ нихъ положительныхъ условій психическихъ фактовъ, а отрицательныя - къ отсутствію отрицательныхъ условій тѣхъ же фактовъ, иначе сказать, къ отсутствію препятствій для ихъ возникновенія и развитія: Человѣкъ способенъ мыслить, значитъ - въ человѣкѣ есть положительныя условія фактовъ хотѣнія. Человѣкъ способенъ прощать обиды своимъ врагамъ, значитъ - факты получаемыхъ человѣкомъ обидъ не составляютъ непреодолимыхъ препятствій для обнаруженія его великодушія. Слѣдовательно, вопросъ о психическихъ способностяхъ человѣка сводится къ вопросу объ условіяхъ психическихъ фактовъ - иначе, къ общему вопросу о психической уголовности.".

С И С Т Е М А К У Р С А .

Все, что я успѣлъ до сихъ поръ изложить, составляетъ

краткое введеніе въ науку уголовнаго права, которая распадается на двѣ части : общую и особенную.

Первая, т.е. общая часть, разсматриваетъ преступленіе и наказаніе, какъ понятія родовыя, другими словами здѣсь рѣчь идетъ о преступленіи и наказаніи вообще. Здѣсь устанавливаются начала примѣненія уголовныхъ законовъ ко всѣмъ, вообще, деликтамъ.

Вторая, т.е. особенная часть, имѣетъ своимъ предметомъ анализъ отдѣльныхъ видовъ преступленій и ихъ наказуемость.

Указанному дѣленію послѣдую и я въ своемъ курсѣ.

Общая часть въ свою очередь распадается на три отдѣла :

1) Первый изъ нихъ содержитъ въ себѣ изложеніе общихъ понятій объ уголовныхъ законахъ. Этотъ отдѣлъ будетъ наиболѣе краткимъ, такъ какъ подробности его относятся частью къ государственному праву, частью къ международному.

2) Второй отдѣлъ содержитъ въ себѣ ученіе о преступленіи.

3) Третій отдѣлъ излагаетъ ученіе о наказаніи.

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

ОБЩАЯ ЧАСТЬ

Отдѣлъ I.

УЧЕНІЕ ОБЪ УГОЛОВНЫХЪ ЗАКОНАХЪ.

I. ПОНЯТІЕ УГОЛОВНАГО ЗАКОНА.

Отправленіе карательной функціи, какъ извѣстно, вращается повсюду въ границахъ, строго опредѣленныхъ закономъ. Преступать эти границы уголовный судъ не можетъ ни въ какомъ случаѣ.

По словамъ Росси, "какъ ни раціоналенъ и чистъ источникъ общественнаго суда, какъ ни священно его основаніе, но на практикѣ онъ является дѣломъ людей, легко могущихъ впасть въ заблужденіе и пристрастіе. Если бы карательная власть суда не имѣла опредѣленныхъ закономъ границъ, то онъ могъ бы ниспровергнуть своими насиліями общественный порядокъ и сдѣлать гражданъ свободной націи рабами". Ясно, поэтому, что основное положеніе Фейербаха - nullum crimen sine lege, такое положеніе должно быть признано аксіомой. Какъ - бы ни было безнравственно извѣстное дѣйствіе, но если оно не запрещено закономъ, оно не есть преступленіе въ юридическомъ смыслѣ, не можетъ подлежать наказанію со стороны государства. Когда же примѣненіе карательныхъ мѣръ требуется закономъ, судъ, очевидно, имѣетъ не только право, но и обязанность къ отправленію наказаній.

"Всякое публичное право, говоритъ Блунчли, есть имѣетъ съ тѣмъ и публичная обязанность". Въ этомъ соедине-

ніи права съ обязанностью и выступаетъ, по словамъ этого ученаго, благородный нравственный характеръ права публичнаго, совершенно противоположный эгоистической тенденціи права имущественнаго.

Обратимся теперь къ ближайшему опредѣленію уголовнаго закона. По формулѣ большинства криминалистовъ уголовный законъ есть такое постановленіе, которымъ что-либо запрещается или предписывается подъ угрозой наказанія. Но такое опредѣленіе должно быть признано узкимъ. Оно распространяется только на постановленія особенной части уголовныхъ законовъ, которые имѣютъ своимъ предметомъ отдѣльные виды преступленій и ихъ наказуемость. Ясно поэтому, что обычное опредѣленіе уголовнаго закона должно быть расширено. Вмѣсто него я предлагаю такое: уголовный законъ есть изданная установленнымъ порядкомъ юридическая формула, которая заключаетъ въ себѣ или какое-нибудь общее начало относительно преступленій и наказаній или же запретъ либо предписаніе какого-нибудь опредѣленнаго дѣйствія подъ страхомъ государственной кары .

Опредѣленіе предложенной формули противопоставитъ опредѣленію Биндинга, формулированному въ его обширномъ трудѣ " Die Normen und ihre Uebertretung ". Биндингъ указываетъ на то, что уголовный запретъ или предписаніе никогда не заключается въ самомъ уголовномъ законѣ и составляютъ особыя нормы, которыя имѣютъ особое

бытіе. Теорія Биндинга ведетъ къ крайне одностороннему взгляду на уголовные законы, какъ на извѣстныя правила, предназначенныя исключительно для суда. Между тѣмъ, не подлежитъ спору, что одна изъ задачъ ихъ есть психологическое принужденіе, созданіе мотивовъ, способныхъ удержать отъ преступленія. Правда, ученіе Биндинга согласуется съ внѣшней формой уголовныхъ законовъ, всѣ они формулируются, такимъ образомъ: кто совершитъ такое то дѣйствіе, тотъ подлежитъ такому то наказанію. Такимъ образомъ, по своей внѣшней формѣ, уголовный законъ не содержитъ въ себѣ ни запрета, ни предписанія. Но это отнюдь не доказываетъ вѣрности теоріи Биндинга, опирающагося въ своемъ выводѣ только на внѣшнюю форму уголовнаго закона. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ уголовный законъ, назначающій опредѣленную кару за воровство, въ сущности не формулируетъ юридической нормы -"не укради"? Если согласиться съ Биндингомъ, то нужно признать, что о такихъ юридическихъ нормахъ какъ "не убей", "не укради", не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ подобныхъ нормъ не содержитъ въ себѣ въ отдѣльности ни одно законодательство. Итакъ, вопреки взгляду Биндинга, уголовно-правовая норма, т. е. опредѣленный запретъ или предписаніе, не есть что-либо отдѣльное отъ уголовнаго закона. Послѣдній не есть только особое правило, вытекающее изъ уголовной нормы, онъ заключаетъ эту норму въ самомъ себѣ.

2. СОСТАВЪ ЗАКОНОВЪ, ОБРАЗУЮЩИХЪ ОСОБЕННУЮ ЧАСТЬ УГОЛОВНАГО КОДЕКСА.

Каждый изъ уголовныхъ законовъ, содержащихъ въ себѣ запретъ или предписаніе, состоитъ необходимо изъ двухъ частей: одна изъ нихъ опредѣляетъ признаки преступнаго дѣйствія или упущенія, другая устанавливаетъ наказаніе. Первую часть назыв. обыкновенно опредѣлительною или диспозитивною, вторую - охранительною или санкціонирующей. Уголовная санкція можетъ представлять троякую форму: 1) абсолютно-неопредѣленную, 2) абсолютно-опредѣленную и, наконецъ, 3) относительно-опредѣленную. Первую форму, т.е. абсолютно-неопредѣленную, санкція имѣетъ тогда, когда она не опредѣляетъ наказанія ни въ качественномъ,, ни въ количественномъ отношеніи,- предоставляя все усмотрѣнію судьи. Вторая форма ,- абсолютно-опредѣленная, принимается въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ мѣра наказанія точно опредѣлена въ обоихъ указанныхъ отношеніяхъ, такъ что для судейскаго усмотрѣнія вовсе не можетъ быть мѣста. Наконецъ, третью форму, относительно опредѣленную, - представляетъ намъ такая санкція, которая указываетъ только родъ наказанія, но не опредѣляетъ точно его мѣры, поставляя для судей лишь извѣстныя предѣлы - maximum и minimum.

3. ФОРМЫ УГОЛОВНЫХЪ ЗАКОНОВЪ.

Основываясь на формѣ санкціи, мы дѣлимъ и самые уголовные законы на три вида : 1) абсолютно-неопредѣленные,

2)абсолютно- опредѣленные и 3) относительно-опредѣленные

,Законы перваго вида составляли достояніе среднихъ вѣковъ;остатки такой системы мы встрѣчаемъ на Западѣ до конца прошлаго вѣка; у насъ же,до самаго изданія новаго Уложенія,въ сводѣ уголовныхъ законовъ составленныхъ подъ руководствомъ графа Сперанскаго, зачастую попадаются такія санкціи:"наказать яко преступника","наказать по всей строгости законовъ".Нужно ли говорить о тѣхъ практическихъ неудобствахъ,которыя представляютъ законы абсолютно-неопредѣленной формы? Насколько нераціонально узаконеніе безграничнаго произвола судьи,это достаточно уже выяснено философами XVIII в.,представителями школы естественнаго права.Но философы эти,какъ бываетъ при всякой реакціи впали въ противоположную крайность:они признали предѣломъ законы абсолютно-опредѣленные,которые уже ровно ничего не представляютъ на усмотрѣніе судьи. Вліяніе такого ученія ясно сказывалось въ законодательныхъ работахъ конца прошлаго столѣтія. Система абсолютно-опредѣленныхъ законовъ не была однако же долговѣчной.Въ сознаніи европейскихъ обществъ уже давно стало укореняться то безспорно вѣрное начало,что мѣра наказуемости должна зависѣть не столько отъ внѣшней стороны дѣйствія, сколько отъ элементовъ внутреннихъ, психическихъ, отъ тѣхъ или другихъ свойствъ проявившейся въ дѣйствіи воли, которыя при одномъ и томъ же преступленіи могутъ быть чрезвычайно разнообразны.Это то

начало и повело къ разрушенію системы, не позволявшей судьѣ размѣрять наказаніе съ индивидуальными особенностями конкретныхъ случаевъ. Ее смѣнила система законовъ относительно-опредѣленныхъ, господствующая нынѣ во всѣхъ цивилизованныхъ государствахъ. Преимущества законовъ этого вида очевидны : съ одной стороны они устраняютъ безграничный произволъ судьи, съ другой, они даютъ суду полную возможность назначить наказаніе сообразно съ тѣми субъективными элементами, которыя раскрываются изъ анализа индивидуальныхъ условій каждаго отдѣльнаго случая.

4. ТОЛКОВАНІЕ УГОЛОВНЫХЪ ЗАКОНОВЪ.

Относительно роли судьи при подведеніи подъ законъ конкретныхъ случаевъ, мы встрѣчаемъ въ исторіи различные взгляды. Было время, когда вполнѣ оправдывали самыя искусственныя объясненія уголовныхъ законовъ, самыя очевидныя натяжки и отступленія отъ мысли законодателя, когда мало того, лучшимъ судьей считался тотъ, кто въ наибольшей степени обладалъ искусствомъ обходить законы при постановкѣ судебныхъ рѣшеній. Такой взглядъ особенно былъ распространенъ во второй половинѣ прошлаго вѣка. Происхожденіе его объясняется тѣмъ, что въ указанную эпоху вполнѣ еще господствовала драконовская система уголовнаго права, а между тѣмъ въ общественномъ сознаніи пустили уже глубокіе корни новыя гуманныя начала. Во имя этихъ то началъ представители общественнаго мнѣнія и требовали отъ судей, чтобы они прибѣгали ко всяческимъ искусственнымъ пріе-

мамъ, необходимымъ для устраненія чрезмѣрной жестокости въ карательныхъ мѣрахъ.

Съ теченіемъ времени, когда въ законодательствахъ произведены были реформы въ духѣ новыхъ идей, взглядъ на объемъ власти судьи совершенно измѣнился. Возникла доктрина, по которой судья ни въ какомъ случаѣ не долженъ идти далѣе буквальнаго смысла закона. Вліяніе такого ученія какъ нельзя яснѣе выразилось въ "Наказѣ" Екатерины Второй, гдѣ прямо говорится, что нѣтъ ничего опаснѣе, какъ общее изреченіе, по коему надлежитъ брать въ разсужденіе смыслъ или разумъ закона, а не слова. То же начало формулировано и въ нашихъ основныхъ законахъ въ ст.65: "законы должны - быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ безъ всякаго измѣненія и распространенія". Въ новѣйшей литературѣ указанная доктрина подверглась всеобщему осужденію. Дѣйствительно, несостоятельность ея представляется несомнѣнной. Въ каждомъ кодексѣ найдутся такіе законы, грамматическій смыслъ которыхъ далеко не соотвѣтствуетъ волѣ законодателя, - можно ли примѣнять подобные законы согласно ихъ буквѣ? Ясно, такимъ образомъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ суду рѣшительно необходимоотступить отъ буквальнаго смысла постановленія, чтобы не стать въ разрѣзъ съ законодательной волей. Гораздо вѣрнѣе поэтому рѣшается вопросъ господствующей нынѣ доктриной, которая не допуская произвола въ пониманіи закона, считаетъ въ то же время невозможнымъ ограничить судью грамматическимъ смысломъ постановленій; она требуетъ, чтобы законъ былъ

всегда примѣняемъ сообразно съ его логическимъ смысломъ, который при несовершенствѣ редакціи можетъ быть выяс - ненъ только посредствомъ толкованія.

Подъ терминомъ"толкованіе"(interpretatio) разумѣет- ся болѣе или менѣе сложная интеллектуальная операція,на- правленная къ уразумѣнію закона, смыслъ котораго предста вляется сомнительнымъ.Въ правѣ толкованія законовъ мно= гіе ученые, напр.,англійскій писатель Коксъ, видятъ одинъ изъ наиболѣе существенныхъ аттрибутовъ судебной власти, Средства,служащія для указанной цѣли, могутъ быть различ ны.Въ однихъ случаяхъ - судья истолкователь основывается на отношеніи закона къ постановленіямъ, находящимся съ нимъ въ ближайшей связи, въ другихъ случаяхъ онъ обраща- ется къ происхожденію закона, къ предшествовавшимъ изда- нію его трудамъ и преніямъ, *выяснить* чтобы его мотивы ratio legis; наконецъ,бываютъ нерѣдко и такіе случаи,гдѣ для судьи не= обходимо обращаться къ помощи теоріи.Отсюда три вида тол- кованія : ДОГМАТИЧЕСКОЕ, ИСТОРИЧЕСКОЕ и ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ,

Затѣмъ,результаты, къ которымъ приводитъ истолкова- тельная дѣятельность судьи,могутъ быть также различны. Уяснивъ себѣ намѣреніе,руководившее законодателемъ,судья можетъ придти къ двоякому выводу:или придать закону болѣе узкій смыслъ,чѣмъ какой онъ имѣлъ по своей буквѣ или же, наоборотъ, объяснить его въ смыслѣ широкомъ,подводя подъ него и такіе факты, какихъ по своему буквальному значенію онъ не обнимаетъ. Въ первомъ случаѣ толкованіе называется стѣснительнымъ или ОГРАНИЧЕННЫМЪ (interpretatio res -

trictiva)во второмъ РАСПРОСТРАНИТЕЛЬНЫМЪ(interpretatio extensiva).

Толкованіе распространительное должно быть,однако, строго отличаемо отъ,такъ назыв., АНАЛОГІИ.При такомъ толкованіи судья расширяетъ, какъ мы видѣли, лишь буквальный смыслъ закона, но отнюдь не мысль законодателя; здѣсь, во всякомъ случаѣ предполагается,что подводимый подъ законъ случай былъ предвидѣнъ законодателемъ и что, если онъ не подходитъ подъ букву закона, то это благодаря лишь неточности редакціи.Совсѣмъ иное при АНАЛОГІИ ПРЕСТУПЛЕНІЯ. Данный законъ примѣняютъ тутъ уже къ такому случаю,который вовсе не былъ предвидѣнъ законодателемъ,но имѣетъ лишь большое сходство съ тѣмъ или другимъ преступленіемъ,указаннымъ въ уголовныхъ законахъ. Прибѣгая къ аналогіи,судья задается вопросомъ, какъ бы посмотрѣлъ законодатель на данный фактъ, если бы послѣдній ему представился? Смотря по основаніямъ,изъ которыхъ аналогія выводится,она можетъ быть двоякаго рода:1) такъ наз аналогія закона,т.е. аналогія, выводимая изъ смысла отдѣльнаго постановленія, которое примѣняется къ данному случаю;2) аналогія права, основанная на сопоставленіи различныхъ законовъ или на духѣ всего уголовнаго кодекса, Теперь спрашивается,можно ли признать раціональнымъ предоставленіе судьѣ права пользоваться аналогіей преступленій? Большинство нѣмецкихъ ученыхъ рѣшаютъ этотъ вопросъ въ смыслѣ утвердительномъ; французы и итальянцы выражаютъ воззрѣніе противоположное ; этого же послѣдняго воззрѣ -

нія придерживаюсь и я.

Въ признаніи за судомъ права примѣнять законы по аналогіи,мы видимъ не что иное, какъ предоставленіе судьямъ власти законодательной, что противорѣчитъ ихъ истинному призванію и можетъ подать поводъ ко многимъ злоупотребленіямъ;Аналогія нарушаетъ основное начало - nullum crimen sine lege одинъ изъ тѣхъбезспорныхъ принциповъ, которые выдвинуты новѣйшей доктриной, какъ необходимый оплотъ гражданской свободы .Ненарушимость подобнаго начала гораздо важнѣе,чѣмъ устраненіе зла, могущаго произойти вслѣдствіе изгнанія изъ судебной практики аналогіи преступленій.Что это зло не особенно значительно,на это справедливо указываетъ Спасовичъ, По его словамъ"вредъ отъ безнаказанности злодѣяній,пропущенныхъ въ законѣ положительномъ,состоитъ лишь въ томъ,что на первый разъ такое злодѣяніе оставлено будетъ безъ взысканія;но это упущеніе можетъ быть тотчасъ исправлено законодательнымъ изданіемъ новаго закона.Конечно,эта безнаказанность есть зло, но зло весьма рѣдкое, потому,что подобныхъ пропусковъ въ законѣ немного и въ каждомъ кодексѣ,если и пропущены нѣкоторые виды,то почти всегда обозначены главные роды правонарушеній,подъ которые преступникъ можетъ быть подведенъ".Итакъ,аналогія преступленія не должна имѣть мѣста при рѣшеніи уголовныхъ дѣлъ.

Иначе рѣшается вопросъ о такъ называемой АНАЛОГІИ НАКАЗАНІЯ.Подъ этимъ терминомъ разумѣютъ аналогическое назначеніе кары за дѣйствіе,которое прямо признано закономъ,какъ

преступное,но не обложено въ немъ опредѣленнымъ наказані емъ (3-й видъ нополненія уголовныхъ законовъ).Очевидно, что подобная аналогія является необходимостью, какъ скоро данное дѣйствіе подходитъ подъ законъ абсолютно-неопредѣленной формы: въ этомъ случаѣ единственный выходъ изъ затрудненія - приговорить преступника къ наказанію, установленному въ законахъ за дѣйствіе, съ которымъ его преступленіе наиболѣе сходно.

Посмотримъ теперь,какія начала относительно объема судебной власти дѣйствуютъ въ настоящее время у насъ,

Основные законы (ст.85),какъ было уже указано,предписываютъ судьѣ безусловно слѣдовать буквѣ закона.По ст. 52-й,въ случаѣ неясности или недостатка существующаго закона каждое мѣсто и правительство имѣетъ право и обязанность представлять о томъ по порядку своему начальству.Если встрѣченное сомнѣніе не разрѣшается прямымъ смысломъ закона,тогда начальство обязано представить Правительствующему Сенату или министру по принадлежности".Совершенно иное начало выдвинуто въ нашихъ судебныхъ уставахъ 1864 г.:"Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ, а въ случаѣ неполноты, неясности или противорѣчій законовъ,коими судимое дѣяніе воспрещается подъ страхомъ наказанія,должны основывать рѣшенія на общемъ смыслѣ законовъ",такъ гласитъ ст.12 Устава Уголовнаго Судопроизводства.Въ силу такой статьи судъ,очевидно,имѣетъ право на истолкованіе законовъ во всѣхъ его видахъ, признанныхъ

наукою. Однако, наша судебная практика этимъ не удовольствовалась: она присвоила себѣ власть карать и такія дѣйствія, которыя не указываются ни буквой, ни логическимъ смысломъ закона, а лишь имѣютъ сходство съ тѣмъ или другимъ дѣйствіемъ, предусмотрѣннымъ законодателемъ короче,- практики наши присвоили себѣ право примѣнять аналогію преступленія. Такое право закрѣпилъ за ними и кассаціонный судъ въ своихъ рѣшеніяхъ съ 1866 по 1869 г. Сенатъ указывалъ при этомъ различныя основанія. Такъ, напр., въ одномъ рѣшеніи онъ подвелъ педерастію съ женщиной подъ статью о мужеложствѣ, сославшись при этомъ на ст.12 Уст.Уголов.Судопро., но статья эта отнюдь не обосновываетъ вывода сената: въ ней говорится о случаяхъ неполноты, неясности и противорѣчія закона, коимъ судимое дѣяніе воспрещается подъ страхомъ наказанія. Ясно, что статья эта имѣетъ въ виду только тѣ случаи, когда подлежащее разсмотрѣнію дѣйствіе вполнѣ подходитъ подъ законъ, если не по буквѣ, то по крайней мѣрѣ, по его логическому значенію, но здѣсь можетъ быть рѣчь лишь о распространительномъ толкованіи, а ужъ никакъ не объ аналогіи преступленія. Въ другомъ рѣшеніи Сенатъ ссылался на ст, 151 Улож.1866 г., но эта ссылка еще неудачнѣе. Въ ст.151 мы читаемъ слѣдующее: "если въ законѣ за подлежащее разсмотрѣнію суда преступное дѣяніе нѣтъ опредѣленнаго наказанія, то судъ приговариваетъ виновнаго къ одному изъ наказаній, предназначенныхъ за преступленія, по важности и по роду своему наиболѣе съ онными сходныя". Очевидно, что

прочитанная статья предоставляетъ суду примѣненіе лишь аналогіи наказанія, но отнюдь не аналогіи преступленія. Закрѣпивъ сначала за нашими судами присвоиваемую ими власть, Сенатъ, однако -же не замедлилъ измѣнить свою доктрину, и уже въ рѣшеніяхъ 1869 г. было высказано довольно опредѣленно то начало, что для наказуемости дѣянія безусловно необходимо, чтобы оно было предусмотрѣно законодателемъ.

5. ПРЕДѢЛЫ ДѢЙСТВІЙ УГОЛОВНЫХЪ ЗАКОНОВЪ.

Примѣненіе уголовнаго закона ограничивается, съ одной стороны, временемъ, а съ другой, пространствомъ и извѣстнымъ кругомъ лицъ.

Въ новѣйшее время, какъ въ доктринѣ, такъ и въ положительныхъ законодательствахъ по отношенію къ времени дѣйствія уголовнаго закона установлено то общее начало, что къ преступному дѣянію можетъ примѣняться только законъ, дѣйствующій во время его совершенія. Но криминалисты допускаютъ, что законы болѣе мягкіе, болѣе снисходительные къ преступнику, всегда получаютъ обратное дѣйствіе. По справедливому замѣчанію покойнаго проф. Градовскаго "гражданинъ въ правѣ видѣть мѣру дозволеннаго и недозволеннаго въ дѣйствующемъ законодательствѣ страны; ни одно дѣйствіе, совершенное имъ, не можетъ быть сдѣлано преступнымъ post factum, т.е. послѣ его совершенія. То же должно сказать относительно законовъ, устанавливающихъ болѣе суровое, сравнительно съ прежнимъ временемъ, наказа-

ніе.Обратная сила такихъ законовъ была бы ловушкою,разставленною законодателемъ. Каждый человѣкъ, привлеченный къ отвѣтственности въ силу такого новаго закона, имѣлъ бы право сказать: я не сдѣлалъ бы ничего подобнаго,если бы зналъ, что законъ воспрещаетъ такія дѣйствія,Поэтому, не можетъ имѣть обратнаго дѣйствія законъ,который сообщаетъ дѣяніямъ невыгодныя и болѣе невыгодныя послѣдствія: это правило безусловное или разсматриваемое, какъ безусловное.Обратное дѣйствіе болѣе мягкихъ законовъ не есть даже исключеніе изъ этого правила,такъ какъ мы имѣемъ здѣсь дѣло съ другимъ принципомъ;подобный уголовный законъ не устанавливаетъ невыгодныхъ послѣдствій для частныхъ лицъ;напротивъ, онъ ограничиваетъ карательную власть государства и тѣмъ расширяетъ область частной свободы.Примѣненіе этого закона къ дѣяніямъ прежняго времени не нарушаетъ основного правила".

Тѣ принципы,что законъ,за исключеніемъ болѣе мягкаго, обратнаго дѣйствія не имѣетъ,приняты и нашимъ правомъ.

Первое постановленіе объ этомъ мы встрѣчаемъ въ Именномъ Указѣ 27-го марта 1846 года о примѣненіи Уложенія 1845 г.Въ этомъ Указѣ говорится о томъ,что Уложеніе должно вступить въ силу съ 1-го мая 1846 года и не должно распространяться на тѣ совершенныя ранѣе изданія этого Уложенія преступленія,которыя караются имъ строже,чѣмъ прежними законами.Съ цѣлью правильнаго примѣненія этого указа было издано въ томъ-же году Высочайшее Повелѣніе

Министру Юстиціи разослать по судамъ инструкціи, въ которыхъ должны быть обозначены дѣянія, наказуемыя прежними законами не такъ строго.

Разъясняя смыслъ этого постановленія, Государ. Совѣтъ въ 1848 г. высказался, что указъ 27- марта 1846 г, сохраняетъ то основное начало нашего законодательства, что законъ обратной силы не имѣетъ. Въ дѣйствующемъ Уложеніи относительно обратнаго дѣйствія закона мы не находимъ ни слова, но Новое Уголовное Уложеніе въ ст.14 говоритъ слѣдующее: "Вновь изданный уголовный законъ примѣняется судомъ, постановляющимъ приговоръ, и къ тѣмъ, учиненнымъ до дня вступленія сего закона въ силу, дѣяніямъ, которыя были воспрещены подъ страхомъ наказанія за нихъ, во время учиненія оныхъ".

"Наказаніе, опредѣляемое по вновь изданному Закону, смягчается на основаніяхъ, статьею 53 установленныхъ; если закономъ, дѣйствовавшимъ во время учиненія преступнаго дѣянія, наказаніе за оное было установлено менѣе строгое, чѣмъ по закону Новому".

Такимъ образомъ, по Уложенію 22 марта 1903 года, примѣненіе новаго закона къ дѣяніямъ, совершеннымъ до вступленія его въ силу, допускается не только въ тѣхъ случаяхъ, когда новый законъ мягче стараго, но и тогда, когда онъ строже; при этомъ требуется лишь смягченіе наказанія опредѣленнаго по новому закону.[1] Но противъ этого нужно

1) 53 ст. Нов. Ул. Ук.

Виновному, признанному, при наличности умыс-, а-

замѣтить слѣдующее. Можетъ безспорно случиться, что, а при извѣстномъ смягченіи наказанія, преступникъ, караемый по новому закону будетъ все-таки наказанъ строже, чѣмъ, если бы къ нему былъ примѣненъ прежній законъ, который дѣйствовалъ во время совершенія деликта, что уже ничѣмъ не можетъ быть оправдано. Поэтому редакторы Уложенія 22 марта, поступили-бы, на мой взглядъ, поразда лучше, если бы установили правило, что новый законъ долженъ имѣть обратную силу только тогда, когда онъ относится къ данному дѣйствію менѣе строго, чѣмъ старый-законъ; въ противномъ - же случаѣ, преступникъ подлежитъ наказанію по прежнему закону.

Что касается уголовнаго закона по отношенію къ лицамъ и мѣсту, то по этому вопросу литература выставила 4 различныхъ системы.

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

щихъ вину обстоятельствъ, заслуживающихъ снисхожденія, наказаніе смягчается на слѣдующихъ основаніяхъ: 1) не можетъ быть назначена высшая мѣра наказанія за учиненное преступное дѣяніе въ законѣ установленная; 2) при опредѣленіи въ законѣ за преступное дѣяніе низшаго предѣла наказанія, суду предоставляется уменьшить оное до низшаго законнаго размѣра сего рода наказанія; и 3) при отсутствіи въ законѣ особаго опредѣленія о низшемъ предѣлѣ наказанія за преступное дѣяніе, судъ можетъ уменьшить это наказаніе до низшаго законнаго размѣра сего рода наказанія или за исключеніемъ нижеуказанныхъ случаевъ, не-

1) По ученію Моля, Шмидта, Каррары и Орталана, карательная власть государства относительно пространства и лицъ является безпредѣльной, "каждое государство, говорятъ они, имѣетъ право наказывать всякое преступленіе, гдѣ бы оно ни было совершено и кто бы ни былъ его совершителемъ". Въ основѣ этой теоріи лежитъ представленіе о единомъ во всѣхъ государствахъ универсальномъ правовомъ порядкѣ, котораго въ дѣйствительности, очевидно, не существуетъ, а потому указанная система и не можетъ быть признана состоятельной.

2) Другая система, извѣстная подъ названіемъ территоріальной, ограничиваетъ карательную власть государства предѣлами его территоріи, не допуская ни въ какомъ случаѣ примѣненія ея къ дѣяніямъ, совершеннымъ за границей. Главными предотавителями такого ученія являются нѣ-

рейти и къ другому наказанію въ слѣдующей постепенности: отъ смертной казни - къ каторгѣ безъ срока или на срокъ отъ 10 до 15 лѣтъ, отъ безсрочной каторги - къ срочной; отъ всей послѣдней - къ заключенію въ исправительномъ домѣ, отъ ссылки на поселеніе - къ заключенію въ крѣпости на срокъ не ниже одного года; отъ заключенія въ исправительномъ домѣ - къ заключенію въ тюрьмѣ и отъ сего послѣдняго заключенія - къ аресту.

мецкіе ученые Марецоль, Кестлинъ и Гельшнеръ. Противъ территоріальной системы справедливо возражаютъ, что строгое ограниченіе юрисдикціи государства тѣми дѣяніями, которыя выполняются на его территоріи, ведетъ къ явнымъ несообразностямъ. Въ самомъ дѣлѣ, можно ли отказать государству въ правѣ преслѣдованія его же собственнаго подданнаго, совершившаго противъ него то или другое преступленіе за границей? Представьте себѣ, что нѣмецъ, переселившись во Францію, занимается тамъ изготовленіемъ фальшивыхъ нѣмецкихъ кредитныхъ ассигнацій, которыя и сбываетъ въ Германію: не будетъ ли просто абсурдомъ признать такого субъекта не подлежащимъ отечественному суду по возвращеніи въ Германію. Между тѣмъ, если слѣдовать указанной системѣ, то такой абсурдный выводъ будетъ логической необходимостью.

3) Совершенно иное начало выдвигается третьей системой-системой личнаго подчиненія. Сторонники ея распространяютъ карательную власть государства на всѣ преступленія его подданныхъ, считая безразличнымъ, совершено ли дѣяніе на его собственной территоріи или чужой. Теорія эта отвергается обыкновенно въ виду тѣхъ многочисленныхъ затрудненій и неудобствъ, которыя встрѣчались бы неизбѣжно при ея реализаціи. Постоянныя требованія выдачи преступниковъ, предъявляемыя однимъ государствомъ къ другому до нельзя усложнили бы и безъ того запутанныя международныя отношенія.

4) Сознаніе недостатковъ указанныхъ трехъ системъ приве ло большинство новѣйшихъ ученыхъ къ построенію четвертой смѣшанной системы, которая является нынѣ господствующей, какъ въ наукѣ, такъ и въ положительныхъ законодательствахъ. По этой системѣ первенствующая роль принадлежитъ принципу территоріальности, но рядомъ съ нимъ дѣйствуетъ въ извѣстныхъ предѣлахъ и принципъ личнаго подчиненія. На основаніи перваго принципа - принципа территоріальности, государство судитъ всякое лицо, совершившее преступленіе на его территоріи(будетъ ли это подданный государства или иностранецъ - все равно). Такое начало допускаетъ лишь нѣкоторыя исключенія, установленныя правами государственнымъ и международнымъ.

Такъ, во 1-хъ, по праву государственному, государь въ монархическихъ государствахъ не подлежитъ ни въ какомъ случаѣ суду и наказанію. Принципъ безотвѣтственности государя выработался въ римскомъ правѣ еще во времена Деоклетіана, что выражалось въ словахъ: "princeps legibus solutus est". То же правило признано и во всѣхъ современныхъ государствах Въ монархіяхъ ограниченныхъ, для предупрежденія посягательства со стороны государя на конституцію, существуетъ правило по которому министры скрѣпляютъ своими подписями всѣ новые законы и являются отвѣтственными за всѣ нарушенія политическаго характера; по отношенію же ко всѣмъ другимъ преступленіямъ здѣсь также не существуетъ никакой гарантіи, какъ и въ монархіяхъ абсолютныхъ.

Во -2-хъ, по началамъ международнаго права, законамъ даннаго государства не подлежатъ какъ иностранные государи, такъ и всѣ дипломатическіе представители другихъ государствъ. Неподсудность этихъ лицъ законамъ государства покоится на юридической фикціи внѣ земельности или экстерриторіальности ихъ, по которой они всегда находятся на территоріи своего отечества. Въ прежнее время такую фикцію распространяли даже на самое жилище посольства, Разсматривая послѣднее, какъ находящееся на территоріи того государства, отъ котораго аккредитованъ посланникъ; юристы требовали изъятія отъ мѣстныхъ законовъ для всякаго лица, совершившаго преступленіе въ этомъ жилищѣ. Но современное право уже не допускаетъ такого распространенія указанной фикціи. Вопросъ о внѣземельности домовъ посольства былъ возбужденъ между правительствомъ французскимъ и нашимъ въ 1867 г. по поводу покушенія на убійство, случившагося въ домѣ русскаго посольства въ Парижѣ. Несмотря на требованіе нашего посольства, чтобы преступникъ былъ выданъ, французскія власти признали виновнаго подлежащимъ мѣстному суду, что не вызвало со стороны Россіи никакого протеста. Нѣкоторые писатели считаютъ неподчиненными законамъ государства иностранныхъ консуловъ, но въ дѣйствительности послѣдніе пользуются такимъ изъятіемъ только на Востокѣ. Подсудность иностранныхъ консуловъ нашимъ властямъ была установлена окончательно циркулярами министра Юстиціи 1867 г.

На ряду съ принципомъ территоріальности смѣшанная система, какъ я уже говорилъ, допускаетъ примѣненіе и другого начала, начала личнаго подчиненія, хотя въ несравненно меньшемъ объемѣ. Этотъ принципъ дѣйствуетъ въ слѣдующихъ случаяхъ : 1) когда подданный совершаетъ на чужой территоріи преступленіе, направленное противъ его государства, 2) когда подданный совершаетъ какое бы то ни было преступленіе на территоріи государства, стоящаго на гораздо низшей ступени культуры, Въ силу международныхъ трактатовъ европейцы, которые становятся преступниками на территоріи народовъ восточныхъ; напр., Турціи, Китая, Японіи, подлежатъ суду во всякомъ случаѣ по законамъ своего отечества; за преступленіе неважное они судятся на мѣстѣ отечественнымъ консуломъ; въ случаѣ же преступленій тяжкихъ ихъ отправляютъ на родину. Таковы основныя черты системы смѣшанной. Какъ видите, въ ней совершенно устранены тѣ недостатки, на которые я указывалъ вамъ въ трехъ другихъ системахъ.

Въ нашемъ правѣ первенствующее значеніе признается за принципомъ территоріальности; Изъятія изъ этого правила установлены : 1) 171 ст. Уложенія о наказ. для иностранныхъ дипломатическихъ агентовъ; въ случаѣ совершенія преступленія ими, производится дипломатическое сношеніе съ ихъ правительствами, 2) 170 ст., которая, указывая на то общее правило, что иностранные подданные, живущіе въ Россіи, подлежатъ дѣйствію уголовныхъ законовъ на томъ -же осно-

ваніи,какъ и росс ійскіе подданные, дѣлаетъ оговорку: "если о какомъ-либо изъ сего изъятія не сдѣлано особеннаго постановленія въ договорѣ съ тою иностранною державою, У коей они находятся въ подданствѣ",

Реальнаго значенія это изъятіе не имѣетъ,такъ какъ подобныхъ договоровъ нѣтъ,

Въ Сводѣ Законовъ 1842 года было внесено правило о неподсудности русскимъ законамъ китайцевъ за дѣянія,учиненныя около границъ,было указано на то,что это вытекаетъ изъ трактатовъ.Это правило было внесено въ Уложеніе 1866 г. въ видѣ примѣчанія къ 172 ст.Но если изучать международные договоры Россіи съ Китаемъ,то нигдѣ нельзя найти правила о неподсудности русскимъ законамъ китайцевъ на границѣ;наоборотъ,это даже противорѣчитъ 7 и 10 ст.Кяхтинскаго договора.Число китайцевъ на границѣ очень значительно,и многочисленность ихъ должна была вызвать учрежденіе многихъ китайскихъ властей.Ввиду этого Высочайше Утвержд.Мнѣніемъ Гос.Совѣта 8 іюля 1882 г. примѣчаніе къ ст. 172 было отмѣнено.

Нашимъ закономъ примѣняется также и принципъ личнаго подчиненія.Въ ст. 175 Уложенія о наказ. 1885 г. говорится о томъ,что русскіе подданные за преступленіе,учиненное въ Турціи,Персіи или другой какой-либо иностранной державѣ,подлежатъ суженію Россійскаго посланника или консула или отсылаются къ начальству ближайшей пограничной губерніи. По трактату 1859 г. утверждена неподсудность китайскимъ властямъ русскихъ подданныхъ за пре-

ступленія, учиненныя въ предѣлахъ Китая, а въ договорахъ съ этимъ государствомъ перечислены преступленія, за которыя преступники обязательно выдаются въ Россію.

Оба принципа,-территоріальности и личнаго подчиненія, выражены и въ Новомъ Уголовн. Уложеніи.

О началѣ территоріальности говорится въ ст.4, а въ ст. 5 указаны изъятія; дѣйствіе Уложенія не распространяется ся: 1) на дѣянія, наказуемыя по обычаямъ инородческихъ племенъ, 2) на дѣянія, наказуемыя по спеціальнымъ узаконеніямъ, 3) на преступныя дѣянія, учиненныя въ Вел. Кн. Финл., за исключеніемъ случаевъ, особо въ законѣ указанныхъ, 4) на преступныя дѣянія иностранцевъ, пользующихся въ Россіи правомъ внѣземельности.

Недостатокъ этой статьи заключается въ томъ, что упоминаніе о дѣяніяхъ, наказуемыхъ по спеціальнымъ узаконеніямъ, совершенно излишне.

Принципъ личнаго подчиненія выраженъ въ ст.6, 7 и 8-й. По ст. 6 дѣйствіе Уложенія распространяется на преступныя дѣянія, учиненныя россійскими подданными въ иностранныхъ государствахъ, пользующимися въ этихъ государствахъ правомъ внѣземельности. По ст.7 караются этимъ Уложеніемъ дѣянія, учиненныя россійскими подданными въ Турціи, Персіи, Китаѣ, Карсѣ или иныхъ странахъ, въ коихъ они неподсудны мѣстной власти. Въ ст. 8 говорится о томъ, что дѣйствіе сего Уложенія распространяется на преступныя дѣянія, учиненныя въ Бухарѣ пребывающими тамъ россійскими подданными или иностранцами христіанскихъ вѣроис-

повѣданій.Такимъ образомъ,въ этихъ трехъ статьяхъ изложены предѣлы примѣненія принципа личнаго подчиненія,а правила 9-йст.,выраженныя въ международныхъ трактатахъ, объясняются особыми отношеніями Россіи съ Бухарой,Въ ст 9,находятся правила объ условіяхъ наказуемости преступленій,учиненныхъ россійскими подданными въ иностранныхъ государствахъ.Новый Кодексъ признаетъ отвѣтственность за всѣ преступленія, а за проступки только тогда,когда объ этомъ есть правила въ международныхъ трактатахъ,

Въ 10 ст.-условія привлеченія къ отвѣтственности:"учинившій преступное дѣяніе внѣ предѣловъ Россіи въ случаяхъ,указанныхъ въ ст. 9,не подлежитъ отвѣтственности,если:1) дѣяніе не воспрещено закономъ мѣста его учиненія, 2) если обвиняемый былъ оправданъ или освобожденъ отъ наказанія по приговору иностраннаго суда, вошедшему въ законную силу,3)если осужденный полностью отбылъ наказаніе по приговору иностраннаго суда, и 4) если учиненное дѣяніе,направленное противъ иностраннаго государства, относится къ числу такихъ,по коимъ выдача не допускается".

ВЫДАЧА ПРЕСТУПНИКОВЪ.

Въ ученіи о дѣйствіи уголовныхъ законовъ въ отношеніи къ пространству и лицамъ важную роль играетъ вопросъ о выдачѣ преступниковъ однимъ государствомъ другому.Институтъ выдачи есть достояніе новаго времени; это естественный результатъ той солидарности, которая установилась между государствами въ теченіе послѣднихъ вѣковъ.

Международное право выработало относительно выдачи преступниковъ слѣдующія правила :1) государства выдаютъ только иностранцевъ,но отнюдь не своихъ подданныхъ;такимъ образомъ если подданный государства,совершивъ преступленіе на чужой территоріи, бѣжитъ на родину, то онъ не выдается, а судится уже въ своемъ отечествѣ; 2) выдача преступника можетъ имѣть мѣсто лишь въ тѣхъ случаяхъ,когда совершенное имъ дѣяніе признается наказуемымъ и по законамъ того государства, гдѣ онъ находится. 3) Преступники политическіе по общему правилу ни въ какомъ случаѣ выдачѣ не подлежатъ.Чрезвычайно спорнымъ является вопросъ о выдачѣ преступниковъ въ тѣхъ случаяхъ,гдѣ преступленіе общее получило политическую окраску или преступленіе государственное осложнилось общимъ. Вопросъ этотъ былъ подвергнутъ тщательному разсмотрѣнію въ засѣданіяхъ института международнаго права, происходившаго въ 1880 г. въ Оксфордѣ. Институтъ установилъ между прочимъ,слѣдующія положенія:1) дѣйствія, заключающія въ себѣ характеристическія черты какого-либо общаго преступленія не могутъ быть исключены изъ выдачи на томъ лишь основаніи, что виновники ихъ преслѣдовали тѣ или другія политическія цѣли.2) если дѣло идетъ о дѣяніяхъ, совершенныхъ во время внутренней гражданской войны то необходимо принимать въ соображеніе, оправдываются ли такія дѣянія обычаями

войны или нѣтъ;3) выданные преступники должны быть судимы во всякомъ случаѣ трибуналами обычными,но не экстренными, какими являются напр.,суды военные,Затѣмъ, на послѣднемъ тюремномъ конгрессѣ, бывшемъ въ Петербургѣ въ іюнѣ 1892 года относительно выдачи преступниковъ установлены были слѣдующія правила :1) было высказано,что желательно было бы, чтобы выдача была признана общимъ правиломъ съ нѣкоторыми,впрочемъ ограниченіями, которыя могутъ быть установлены отдѣльными государствами; 2) такъ какъ въ вопросѣ о выдачѣ преступниковъ отказъ долженъ являться рѣдкимъ исключеніемъ, то желательно, чтобы взамѣнъ договоровъ, перечисляющихъ случаи выдачи, будущіе договоры содержали перечисленіе преступныхъ дѣяній, въ которыхъ выдача не допускается.

По нашему Нов. Уг.Уложенію, по ст. 13, иностранецъ, совершившій преступленіе за границей и бѣжавшій въ Россію, подлежитъ выдачѣ согласно договору, если не былъ въ Россіи осужденъ, оправданъ или освобожденъ отъ наказанія въ установленномъ порядкѣ.

КРАТКІЙ ОБЗОРЪ ИНОСТРАННЫХЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЪ И ИСТОЧНИКОВЪ РУССКАГО ДѢЙСТВУЮЩАГО ПРАВА.

6. ОБЗОРЪ ИНОСТРАННЫХЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЪ.

Старѣйшимъ законодательствомъ Западной Европы является французское. Дореволюціонная Франція не выработала уголовнаго кодекса: знаменитый ордонансъ 1670 г. Людовика XIV упорядочилъ лишь процессуальные законы и только отрывочно касался матеріальнаго права,такъ что къ эпохѣ Ве

ликой Революціи французское право представляло смѣсь римскаго и обычнаго права, эдиктовъ, ордонансовъ, судебныхъ рѣшеній. Всесокрушающая ломка принциповъ, понятій, юридическихъ отношеній, ознаменовавшая первые шаги социальнаго и политическаго переворота, еще болѣе усилила хаотическое состояніе права. Поэтому, понятно, что уже Учредительное собраніе приступило къ кодифицированію уголовныхъ законовъ. Первою такою попыткою былъ законъ 19/21 іюля 1791 г. Decret relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionelle, за нимъ слѣдовалъ Code penal 1791г., касавшійся наиболѣе тяжкихъ злодѣйствъ. Послѣднею работою революціи былъ Code des delits et des peines 25 окт. 1795 г., но и послѣдній, не смотря на свое названіе, относился преимущественно къ процессу; матеріальное право обработано въ немъ только въ видѣ дополненія.

Болѣе успѣшными оказались кодификаціонныя работы консульства и имперіи. Декретомъ 7 Жерминаля IX г. (18 марта 1801 г.) была организована коммиссія изъ извѣстныхъ юристовъ Франціи Vieillard, Blondel, Target, Oudart, Treilard, для обработки полнаго кодекса законовъ, какъ матеріальныхъ, такъ и формальныхъ и результатомъ работъ этой коммиссіи былс созданіе знаменитыхъ cinq codes. Спеціально проектъ уголовнаго кодекса былъ изготовленъ къ 1808 г., обсужденіе проекта началось въ октябрѣ 1808 г. и окончилось въ 1810 г., въ силу кодексъ вступилъ съ 1-го Января 1811 г. Code penal является дѣйствующимъ кодек-

сомъ и донынѣ, но онъ въ теченіе своего 75 -лѣтняго существованія претерпѣлъ такія крупныя измѣненія и по содержанію и по формѣ, что въ дѣйствительности нынѣ дѣйствующій кодексъ существенно различается отъ первоначальнаго.[x)]

Важнѣйшими видоизмѣненіями были: законъ 1824 г, допустившій право признанія смягчающихъ обстоятельствъ при нѣкоторыхъ тяжкихъ преступленіяхъ и тѣмъ значительно содѣйствовавшій смягченію наказаній; законъ 28 апрѣля 1832 г., измѣнившій 162 ст., т.е. около трети всего кодекса; этимъ закономъ отмѣнены: клейменіе, позорный ошейникъ, отсѣченіе кисти руки, какъ дополненіе смертной казни; значительно уменьшено число случаевъ смертной казни и пожизненнаго лишенія свободы; система смягчающихъ обстоятельствъ распространена на всѣ преступленія и проступки; исключенъ изъ кодекса цѣлый рядъ статей, а нѣкоторые уголовные запреты введены въ кодексъ. Законъ 26 февраля 1848 г уничтожившій смертную казнь за политическія преступленія и выставку у позорнаго столба и др. Сверхъ того, нѣкото-

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

x) Кодексъ 1810 г. отличался значительной суровостью. Эли по поводу его замѣчаетъ, что лѣстница наказаній кодекса носила слѣды варварства, произвола и жестокости и не представляла надлежащей пропорціональности между наказаніями и преступленіями; но самое опредѣленіе преступности и ея признаковъ при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ построено на разумныхъ началахъ. Еще строже отзывъ Росси: "скоропалительное произведеніе власти, возстановившее конфискацію, но воздвигнувшее Бастилію, стоящее несравненно ниже французской цивилизаціи". Всѣ позднѣйшія реформы были, главнымъ образомъ, направлены къ смягченію наказаній кодекса (Таганцевъ "Лекціи по Русскому уголовному праву" вып. I).

рыя изъ отдѣльныхъ узаконеній, не вошедшія непосредственно въ Code penal, тѣмъ не менѣе существенно его измѣнили. Таковы: законъ 1850 г. объ устройствѣ исправительныхъ заведеній для малолѣтнихъ преступниковъ; законы 1872 г. 1873 и 1874 гг. о ссылкѣ; законъ 1882 г. о печати и о нарушеніи законовъ о печати, законъ 14 августа 1885 г. о повтореніи преступленій и другіе.

Кодексъ французскій оказалъ огромное вліяніе на развитіе уголовнаго законодательства другихъ государствъ, въ особенности романской группы.

Прежде всего этотъ кодексъ былъ введенъ въ Бельгіи, составлявшей тогда часть французской имперіи и сохранилъ тамъ свою силу и послѣ отдѣленія Бельгіи, хотя попытки пересмотра кодекса начались довольно давно. Въ 1848 г. была составлена коммиссія для пересмотра уголовнаго уложенія, коммиссія поручила выработку первоначальнаго проекта извѣстному бельгійскому криминалисту проф. Haus'у, и общая часть проекта уже въ 1849 г. была представлена въ палату, но разсмотрѣніе его съ значительными перерывами въ палатѣ продолжалось очень долго, такъ что въ 1867 г. изданъ новый кодексъ, покоящійся, впрочемъ, на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и кодексъ французскій.

Въ 1811 г. кодексъ французскій былъ введенъ въ Голландіи, присоединенной тогда къ Франціи, и оставался тамъ дѣйствующимъ до новѣйшаго времени. Въ 1839 г. начались попытки реформировать уголовный кодексъ, но попытки остались безплодными. Въ 1870 году была образована осо-

бая коммиссія изъ 6 членовъ практиковъ и профессоровъ (Валь , Poles Odderman), подъ предсѣдательствомъ бывшаго лейденскаго профессора Валя для выработки перваго проекта; въ 1875 г. проектъ былъ оконченъ и опубликованъ. Затѣмъ, послѣ значительныхъ измѣненій былъ внесенъ въ палаты; въ 1880 г. и 1881 г. былъ разсмотрѣнъ въ палатахъ и 3 марта 1881 г. получилъ утвержденіе, но въ силу вступилъ только въ 1886 г. Кодексъ этотъ по тщательной обработкѣ, а въ особенности по простотѣ своей карательной системы, занимаетъ, несомнѣнно, выдающееся мѣсто между новѣйшими законодательными работами по уголовному праву.

Французскій кодексъ оказалъ сильное вліяніе на законодательство Италіи, а именно на кодексъ Сардинскій 1859 г., который и нынѣ, вмѣстѣ съ Тосканскимъ 1853 г, составляетъ дѣйствующее право Италіи, такъ какъ всѣ новые проекты уголовнаго кодекса для Италіи остались безъ практическихъ результатовъ; послѣдній проектъ 1883 г, принадлежитъ Savelli.

Къ этой же группѣ нужно отнести: кодексъ испанскій 1863 г., переработанный въ 1870 г. и Португальскій 1852 г. съ дополнительными узаконеніями 1867 г.

Какъ исторія нашего законодательства начинается уложеніемъ царя Алексѣя Михайловича, такъ и исторія общегерманскаго права ведетъ свое развитіе отъ кодекса Карла У, такъ называемой Каролины.

Родоначальникъ Каролины былъ бамбергскій уголовный

уставъ 1597 г.(такъ назыв. Mater Carolinae введенный въ 1516 г.) съ небольшими измѣненіями въ Бранденбургѣ. Авторомъ обоихъ кодексовъ былъ Шварценбергъ, не юристъ по профессіи,не изучившій римское право и классиковъ,но человѣкъ,обладавшій большимъ здравымъ умомъ, народный поэтъ, другъ гуманистовъ; задачею его трудовъ была ассимиляція уже усвоеннаго въ то время Германіею римскаго права съ народноправовыми воззрѣніями.

Эти работы послужили матеріаломъ и для имперскаго законодательства ; первый проектъ коего былъ составленъ по порученію Бормскаго рейхстага еще въ 1521 г.,но только на Регенсбургскомъ сеймѣ 1532 г. много разъ переработанный проектъсдѣлался закономъ и съ тѣхъ поръ извѣстенъ по имени императора Карла У подъ названіе Каролины(constitutio criminalis Carolina).

Хотя въ введеніи къ Каролинѣ было сказано,что она не отмѣняетъ законовъ и правъ отдѣльныхъ государствъ,но тѣмъ не менѣе она сдѣлалась основнымъ источникомъ общегерманскаго права и оставалась таковымъ до конца XVIII в. Въ теченіе двухъ съ половиною вѣковъ, развиваясь путемъ судебной практики и сепаратныхъ указовъ, только съ конца XVIII столѣтія начинается второй періодъ германскаго законодательства, эпоха партикулярныхъ кодексовъ и продолжается до образованія имперіи въ 1870 г.

Первымъ изъ такихъ партикулярныхъ кодексовъ былъ баварскій 1751 г. Codex iuris Bovarici criminalis обработанный Крейтмайеромъ; затѣмъ слѣдовало Прусское законода

тельство allgemeines preussisches Landrecht 1794г, котораго уголовная часть была обработана Клейномъ. Но наибольшую извѣстность и вліяніе изъ всѣхъ этихъ кодексовъ получило баварское уложеніе 1813 г. первоначально подготовленное Клейнигроломъ и окончательно выработанное Фейербахомъ. Позднѣйшіе партикулярные кодексы создавались подъ сильнымъ вліяніемъ французскаго права; такъ, въ особенности, это вліяніе отразилось на прусскомъ уголовномъ уложеніи 1851 г. и баварскомъ 1861 г,

Вскорѣ послѣ образованія сѣверо-германскаго союза, а именно въ 1866 г. по предложенію депутатовъ Вагнера и Планка, Германскій рейхстагъ обратился къ союзному канцлеру съ предложеніемъ подготовить проектъ союзнаго уголовнаго уложенія. Предварительная подготовка проекта была поручена Фритбергу. Въ 1869 г. проектъ былъ оконченъ и опубликованъ, при чемъ онъ вызвалъ цѣлую литературу; всѣ выдающіеся нѣмецкіе теоретики криминалисты дали свои отзывы о проектѣ. Въ то же время была образована особая коммиссія изъ семи лицъ для разсмотрѣнія проекта и сдѣланныхъ на него замѣчаній; коммиссія состояла, преимущественно, изъ практиковъ и притомъ прусскихъ, изъ извѣстныхъ въ литературѣ не прусскихъ юристовъ тамъ былъ только д-ръ Шварце. Коммиссія весьма скоро окончила свои работы и 15 февраля 1870 года, проектъ уже былъ внесенъ въ рейхстагъ, гдѣ послѣ не особенно значительныхъ дебатовъ (главнымъ образомъ, по поводу смертной казни, которая при первомъ чтеніи была отвергнута 118 голосами

противъ 8) былъ уже опубликованъ 6-го іюня 1870 года, и вступилъ въ силу съ перваго января 1871 г., а затѣмъ въ виду образованія Германской имперіи въ теченіе 1871 и 1872 г.г. сдѣлался уголовнымъ кодексомъ для всей Германской Имперіи.

Въ 1876 г. новеллою 26 февраля, кодексъ былъ значительно дополненъ и измѣненъ, такъ что съ 20 марта этого года дѣйствуетъ въ Германіи кодексъ изданія 1876 г. Изъ позднѣйшихъ дополненій уголовнаго кодекса нельзя не указать на законы о банкротствѣ 1877 г. и о ростовничествѣ 1880 г.

Кромѣ того, въ Германіи, рядомъ съ уголовнымъ кодексомъ дѣйствуетъ значительное число спеціальныхъ уголовныхъ законовъ, вышедшихъ частью до изданія кодекса, частью послѣ него.

Каролина послужила частью непосредственно, частью посредственно, источникомъ уголовнаго права для Австріи. Отпаденіе отъ обще-германскаго права начинается въ Австріи только съ конца XVIII столѣтія. Первымъ партикулярнымъ памятникомъ является уголовный кодексъ Маріи Терезіи 1768 г., извѣстный подъ именемъ Терезіаны, весь, впрочемъ, построенный на отжившихъ уже принципахъ, съ изобиліемъ квалифицированной смертной казни въ видѣ вырѣзыванія ремней отрѣзанія грудей, какъ придатковъ смерти , съ подробными постановленіями объ ересяхъ и колдовствѣ, даже съ литографированными изображеніями пытокъ всѣхъ родовъ и видовъ. Кодексъ былъ недолговѣченъ и уже

въ 1787 г. его смѣнилъ кодексъ Іосифа II Iosophina, воспроизводившій принципы эпохи просвѣщенія. Кодексъ Іосифа II смѣнило новое уложеніе 1803 г, которое нѣсколько измѣненное въ 1852 г. дѣйствуетъ и донынѣ. Послѣ того въ Австріи является рядъ проектовъ, оставшихся безъ результата. Послѣдній проектъ 1881 г. основанный на проектѣ Глазера 1874 г, представляетъ, впрочемъ, не самостоятельный трудъ, а передѣлку Германскаго Уложенія.

Въ 1881 г. Австрійское Уложеніе съ небольшими измѣненіями вступило въ дѣйствіе въ Босніи и Герцоговинѣ.

Въ Венгріи дѣйствовалъ Австрійскій кодексъ съ 1853 по 1861 г.; затѣмъ вступили въ силу старые венгерскіе законы. Въ 1870 г. была образована коммиссія для составленія новаго уложенія и къ 1874 г. былъ составленъ проектъ, который въ 1878 и 1879 г. разсмотрѣнъ и принятъ палатами въ видѣ двухъ кодексовъ: одинъ опреступленіяхъ, другой о полицейскихъ нарушеніяхъ. Оба вступили въ силу съ 1-го января 1880 г..

Въ Швейцаріи отсутствуетъ общее уголовное законодательство: каждый кантонъ имѣетъ свой самостоятельный кодексъ. Изъ нихъ лучшій Женевскій 1874 г.

Въ Англіи до сихъ поръ нѣтъ уголовнаго кодекса. Тамъ дѣйствуютъ: общее право, статутное право и судебныя рѣшенія. Особеннымъ значеніемъ для уголовнаго права пользуются консолидированные статуты, напр., статутъ 1861 г., измѣнившій законодательныя постановленія о цѣломъ рядѣ пре-

ступленій. Послѣ введенія въ Индіи уголовнаго кодекса въ 1860 г. составленнаго Стифеномъ, являются попытки такой кодификаціи и въ Англіи. Такъ, въ 1879 г. тотъ же Стифенъ составилъ проектъ новаго кодекса, который былъ внесенъ въ парламентъ, но остался безъ послѣдствій.

Въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ нѣтъ общаго кодекса: каждый штатъ имѣетъ самостоятельное законодательство. Изъ новѣйшихъ кодексовъ нужно указать на кодексъ 1881 г. для Нью-Іорка.

7. ОБЩІЕ ИСТОЧНИКИ УГОЛОВНАГО ПРАВА, ДѢЙСТВУЮЩІЕ ВЪ РОССІИ.

Русскіе уголовные законы распадаются на двѣ группы: 1) на общіе, т.е. дѣйствующіе за немногими изъятіями въ предѣлахъ всей территоріи государства и примѣняющіеся ко всѣмъ сословіямъ и 2) особенные, имѣющіе болѣе ограниченный объемъ дѣйствія.

Истичники общихъ уголовныхъ законовъ - слѣдующіе : а) Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ. 2) Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями. Нужно сказать, что нашъ Сводъ Законовъ представляетъ массу крупныхъ недостатковъ, въ особенности законы уголовные (XV т, Св.З.), поэтому еще 29 октября 1836 г. было повелѣно приступить къ систематическому исправленію законовъ уголовныхъ, подъ руководствомъ министра юстиціи Дашкова и Сперанскаго, а затѣмъ, послѣ ихъ смерти, работы перешли въ вѣдѣніе гр. Блудова. 4 ноября 1840 г. статсъ-секретарь Деканъ, непосредственно завѣдывающій работами, предсталъ

графу Блудову первоначальный проектъ изъ 883 статей съ довольно обширною объяснительною къ нему запискою; съ декабря того же года начались засѣданія особой коммиссіи подъ предсѣдательствомъ гр. Блудова для разсмотрѣнія этого проекта, 10-го апрѣля 1841 г. первоначальный проектъ былъ представленъ Государю, весьма интересовавшемуся составляемымъ уложеніемъ, какъ это видно изъ того, что о ходѣ работъ по составленію уложенія гр. Блудовымъ ежемѣсячно представлялись особые всеподданнѣйшіе доклады. Проектъ особенной части по мѣрѣ выработки его раздѣловъ сообщался главноначальствующимъ отдѣльными вѣдомствами, а затѣмъ, по разсмотрѣніи полученныхъ отъ нихъ замѣчаній, разсматривался какъ и общая часть, въ томъ же комитетѣ, подъ предсѣдательствомъ того же Блудова. По высочайшему повелѣнію 30-го марта 1844 г. проектъ былъ внесенъ въ Государственный Совѣтъ, гдѣ была учреждена особая коммиссія подъ предсѣдательствомъ графа Левшева. Коммиссія разсмотрѣла проектъ въ 50 засѣданій (съ 25 апр. 1844 г. по 29 марта 1845 г.) и сдѣлала довольно много измѣненій въ редакціонномъ отношеніи. Исправленный проектъ былъ внесенъ въ общее собраніе Государственнаго Совѣта, гдѣ разсмотрѣнный въ 8 засѣданіяхъ и санкціонированный 15 августа 1845 г. введенъ былъ въ дѣйствіе съ 1 мая 1846 г. Дальнѣйшая внѣшняя исторія уложенія такова: въ 1875 г. при второмъ изданіи Свода оно вошло въ оный и составило 1-ую книгу 15-го тома, при чемъ; вслѣдствіе пополненія постановленій о нарушеніяхъ устава та-

бачнаго и внесенія постановленій о поврежденіяхъ телеграфовъ первоначальное число статей - 2224 возрасло до 2304.

Законодательныя реформы, начавшіяся со вступленія на престолъ Александра II, потребовали болѣе полнаго пересмотра уложенія.

Важнѣйшими законами были : 1) законъ 22 марта 1860 г, объ отмѣнѣ отдачи въ военную службу въ видѣ наказанія; 2) Законъ 19 февраля 1861 г. объ освобожденіи крестьянъ, 3) 17 апрѣля 1863 г. этимъ закономъ : а) отмѣнялись тѣлесныя наказанія, какъ дополнительная мѣра взысканій; в) измѣнялись постановленія закона 1853 г. о замѣнѣ наказанія розгами лишеніемъ свободы для лицъ непривеллигированныхъ, с) отмѣнялись нѣкоторые виды тѣлесныхъ наказаній (плети и др.) д) срокъ всѣхъ исправительныхъ наказаній сокращался на одну треть; 4) 20 марта 1862 г. о карательныхъ правилахъ къ новому питейному уставу; 5) 9 марта 1864 г, объ измѣненіи постановленій о покушеніи ; 6) 6 апрѣля 1865 г. новый цензурный уставъ. Отсюда понятно, что уложеніе о наказаніяхъ нуждалось въ переизданіи, 22 ноября 1865 г. Государственнымъ Совѣтомъ былъ утвержденъ подробный перечень статей уложенія, замѣненныхъ статьями устава и сдѣланы необходимыя измѣненія редакціи нѣкоторыхъ статей.

Въ 1866 г. по Высочайшему повелѣнію состоялось 3-тье изданіе Уложенія о наказаніяхъ, при чемъ въ Уложеніе вошли всѣ постановленія по 1-е марта 1866 г. Въ этомъ изданіи число статей значительно уменьшилось (вмѣсто 2304 -

1711).

Позднѣйшіе уголовные законы потребовали новаго Уложенія.Изъ этихъ законовъ надо упомянуть:1) законъ 31 марта 1870 г. о замѣнѣ арестантскихъ ротъ исправительно-арестантскими отдѣленіями, измѣняющій огромное число статей въ редакціонномъ отношеніи;2) законъ 4 іюня 1874 г, о бунтѣ и противозаконныхъ сообщничествахъ ,,3) законъ 26 мая 1881 г. объ отмѣнѣ публичнаго исполненія смертной казни; 4) законъ 27 октября 1881 г. объ измѣненіи отвѣтственности несовершеннолѣтнихъ; 5) законъ 25 апрѣля 1884 г. объ отмѣнѣ смирительныхъ и рабочихъ домовъ и замѣнѣ ихъ заключеніемъ въ тюрьмѣ; 6) законъ 18 мая 1882 г. о квалифицированныхъ кражахъ,въ частности объ измѣненіи постановленій о кражѣ со взломомъ, 7) законъ 16 іюня 1884 г. объ измѣненіи отвѣтственности за растраты; 8) законъ II Іюня 1885 г. о различіи наказанія каторгой только по срокамъ; 9) Законъ 17 декабря 1885 г объ измѣненіи отвѣтственности за нарушеніе устава паспортнаго и устава врачебнаго. Затѣмъ, согласно Высочайшему повелѣнію, состоялось четвертое изданіе уложенія1885 г. въ которое вошли всѣ узаконенія по 31 декабря 1885 г. изъ Уложенія выдѣлены всѣ правила о взысканіяхъ за нарушеніе постановленій о питейномъ и табачномъ сборѣ и объ акцизѣ съ сахара;нумерація статей осталась та же, какъ и въ изданіи 1866 г.,такъ что вновь образованныя статьи означаются нумеромъ предшествующей статьи съ дополнительной нумераціей, а статьи, отмѣне-

нныя или исключенныя оговариваются особо. Вмѣстѣ съ изданіемъ Уложенія выдѣлены отъ него законы Уголовнаго Судопроизводства, которые помѣщены въ 16 т. Свода.

Наконецъ, уже послѣ изданія Уложенія 1885 г, вышли законы объ отношеніяхъ фабрикантовъ и рабочихъ 3-го іюня 1886 г, и о наймѣ на сельскія работы.

Такъ какъ Уложеніе о наказаніяхъ является основнымъ сборникомъ законовъ, то необходимо указать на пособія при его изученіи, которыя можно раздѣлить на историческія и практическія. Изъ историческихъ первое мѣсто занимаютъ.

1) Проектъ новаго Уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ съ подробнымъ означеніемъ основаній каждаго изъ внесенныхъ въ сей проектъ постановленій 1844 г. Такъ какъ этотъ проектъ былъ изданъ въ видѣ синоптическихъ таблицъ, въ 3-хъ графахъ, изъ которыхъ въ первой помѣщенъ текстъ проекта, во второй указаніе на то, взято ли узаконеніе изъ Свода или является новымъ и въ третьей - причины внесенія или сохраненія статьи, то онъ и носитъ названіе синоптическаго. Не будучи обращенъ въ продажу, онъ составляетъ библіографическую рѣдкость.

2) Общая объяснительная записка къ проекту, содержащая указаніе на ходъ работъ и нѣкоторыя общія соображенія редакторовъ 1884 г.

Изъ практическихъ пособій особенное значеніе имѣютъ: 1) сборникъ ВЫСОЧАЙШЕ утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта, разъясняющихъ примѣненіе на практикѣ многихъ ста-

тей Уложенія о наказаніяхъ и уголовнаго судопроизводства. Вышло двѣ части въ 1862 году, въ первой рѣшенія съ 1846-1867 г., во, второй рѣшенія за 1862 годъ. Указанія на позднѣйшія рѣшенія можно найти въ отчетахъ Государственнаго Совѣта ; 2) сборникъ рѣшеній кассаціонныхъ департаментовъ Правительствующаго Сената и общихъ его соображеній съ1866 г. Эти два сборника представляютъ драгоцѣнное подспорье, какъ для практика, такъ и для теоретика.

Вслѣдствіе того, что въ этихъ сборникахъ трудно оріентироваться, благодаря массѣ помѣщеннаго въ нихъ матеріала, существуютъ спеціальные указатели: 1) прилагаемые ежегодно къ самому сборнику, притомъ въ двухъ видахъ : а) указатели фамилій лицъ, дѣла о которыхъ разсматривались въ Сенатѣ и в) указатели статей, которыя были разъяснены въ рѣшеніяхъ Сената . 2) Оффиціальные сборники, издаваемые канцеляріей Сената, изъ которыхъ послѣдній былъ изданъ въ 1878 г.;3) частные сборники Трахтенберга, Попова, Рычкова, сборникъ Таганцева съ тезисами подъ каждой статьей, извлеченными изъ рѣшеній Сената, въ особенности пятое изданіе 1886 г., въ которомъ помѣщены тезисы изъ рѣшеній уголовнаго департамента по 1-е января 1885 г. и общаго собранія по 1-е января 1884 г.

Вторымъ сборникомъ дѣйствующихъ общихъ уголовныхъ законовъ является уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями.

Предположенія о составленіи особаго кодекса для маловажныхъ уголовныхъ дѣлъ возникли еще въ 1859 г. и уже въ

1861 году главноуправляющимъ вторымъ отдѣленіемъ графомъ Блудовымъ была представлена докладная записка о судебно-полицейскомъ уставѣ, въ видѣ приложенія къ которой находилось извлеченіе изъ Уложенія тѣхъ статей, которыя должны были войти въ этотъ уставъ, всего 605 ст.

На основаніи этого извлеченія и былъ составленъ въ особой коммиссіи при второмъ отдѣленіи проектъ устава о взысканіяхъ за проступки, подвѣдомые мировымъ судьямъ и былъ сообщенъ на разсмотрѣніе нѣкоторыхъ лицъ, а затѣмъ, послѣ двукратной переработки, 15 мая 1864 г. внесенъ въ Государственный Совѣтъ, который разсматривалъ его въ соединенныхъ департаментахъ въ засѣданіяхъ 1-го и 9-го іюня 1864 г., а въ общемъ собраніи 30 сентября того же года. Проектъ былъ Высочайше утвержденъ 20 ноября и обнародованъ вмѣстѣ съ судебными уставами, какъ особая ихъ часть. Позднѣйшіе дополнительные законы помѣщались въ приложеніяхъ къ своду. Въ 1883 г. уставъ вышелъ вторымъ, а въ 1885 году третьимъ изданіемъ и помѣщенъ вмѣстѣ съ Уложеніемъ, какъ особая часть XУ т.: въ обоихъ послѣднихъ изданіяхъ сохранена старая нумерація, а вновь введенныя статьи помѣщены, какъ подраздѣленія прежнихъ статей. Дополнительныя указанія и въ частности законы о наймѣ сельскихъ рабочихъ вошли въ продолженіе къ XУ т. 1886. Уставъ содержитъ 181 статью, а съ дополнительными 207.

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

Уголовное право. Лекціи Пр. Колоколова. Листъ 8-ой

Литографія Простакова.

Пособіями для изученія и примѣненія устава служатъ : 1) Объяснительная записка составителей проекта устава и журналы засѣданій департаментовъ и общаго собранія Государственнаго Совѣта ; извлеченія изъ этого матеріала напечатаны въ изданіи судебныхъ уставовъ, сдѣланныхъ Государственной канцеляріей въ IУ т. 2 -го изданія 1867 г., а затѣмъ, эти матеріалы напечатаны полностью подъ соотвѣтствующими статьями въ 4-мъ изданіи устава о Наказаніяхъ Таганцева 1885 г. 2) Практическія пособія, т.е. сборники рѣшеній судебныхъ мѣстъ, тѣ же, какъ и для Уложенія; тезисы изъ рѣшеній Сената, а именно уголовнаго департамента по 1-е января 1884 г. и общаго собранія по 1 января 1883 года напечатаны въ упомянутомъ выше послѣднемъ изданіи Таганцева.

Уложеніе 1845 г. страдаетъ массой недостатковъ. Эти недостатки проистекали прежде всего изъ самой задачи, поставленной составителями. Они не предполагали создать Уложеніе, а думали только свести въ одно законы, накопившіеся въ теченіе двухъ столѣтій. Выполнить эту задачу значило объединить постановленія, различающіяся въ самомъ принципѣ, что, конечно, невозможно.

Эта коренная ошибка въ постановкѣ задачи влекла за собой дальнѣйшія : 1) полную рознь принциповъ между различными отдѣлами уложенія ; 2) отсутствіе сколько -нибудь точнаго масштаба при опредѣленіи отвѣтственности за преступленія ; 3) формальное противорѣчіе отдѣльныхъ постановленій. Ко всему этому нужно прибавить, что уложеніе во

многихъ мѣстахъ отличается казуистичностью и многословіемъ, отсутствіемъ юридической техники и чрезвычайнымъ разнообразіемъ наказаній.

Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, стоитъ несравненно выше Уложенія по своей технической обработкѣ; но тѣмъ не менѣе его появленіе внесло новую путаницу въ наше уголовное законодательство, такъ какъ самое одновременное существованіе двухъ общихъ уголовныхъ кодексовъ, съ различіемъ въ нѣкоторыхъ основныхъ ученіяхъ о преступленіи, объ опредѣленіи мѣры отвѣтственности и т.п., представлялось и теоретически несостоятельнымъ, и практически вреднымъ, въ особенности въ виду того, что оба кодекса регулировали преступныя дѣянія, отличающіяся одними видовыми признаками, что оба они нерѣдко примѣнялись одними и тѣми же судами и т.п.

Указанные недостатки давно сознавались самимъ правительствомъ. Такъ, еще составители судебныхъ уставовъ считали безусловно необходимой коренную переработку Уложенія ; затѣмъ во Всеподданнѣйшемъ докладѣ главноуправляющаго вторымъ отдѣленіемъ князя Урусова и министра Юстиціи Набокова, отъ 22 апрѣля 1881 г. было изложено, что многолѣтній опытъ новой судебной практики показалъ самымъ наглядным образомъ, что дѣйствующее уложеніе о наказаніяхъ, хотя и согласованное съ уставомъ о наказаніяхъ, не только не соотвѣтствуетъ требованіямъ новыхъ судебныхъ уставовъ, но и является препятствіемъ со стороны техниче-

ской своей обработки, правильному отправленію правосудія, въ особенности на судѣ съ присяжными".

Вслѣдствіе этого, съ восшествіемъ на престолъ Александра III былъ образованъ 30-го апрѣля 1881 г., комитетъ изъ 15 лицъ для начертанія проекта новаго уголовнаго Уложенія. Комитету въ руководство преподаны слѣдующія правила: 1) принявъ за основанія общія начала 11 декабря 1879 г., комитетъ сообразуетъ свои труды съ потребностями современнаго состоянія государства, указаніями судебнаго опыта при примѣненіи Дѣйствующаго Законодательства, а равно съ положеніями науки уголовнаго права и постановленіями уголовнаго законодательства иностранныхъ государствъ; 2) комитетъ долженъ составить проектъ одного уложенія, замѣняющаго какъ уложеніе, такъ и уставъ о наказаніяхъ; 3) комитетъ не включаетъ въ проектъ маловажныхъ нарушеній исключительно служебныхъ обязанностей, долженствующихъ войти въ особый дисциплинарный уставъ; 4) комитету предоставляется не вносить въ проектъ нарушенія уставовъ казенныхъ управленій и другихъ спеціальныхъ уставовъ, а ограничиться опредѣленіемъ общихъ основаній отвѣтственности, а равно и предѣловъ ихъ наказуемости.

Комитетъ образовалъ изъ своего состава редакціонную комиссію, на которую возложено составленіе первоначальнаго проекта уголовнаго уложенія и объяснительной къ нему записки. Въ составъ этой комиссіи вошли по выбору председатель Фришъ; затѣмъ члены: Лицкой, Неклюдовъ, Ро-

зинъ, Таганцевъ, и Фойницкій, а за смертью, въ 1882 г. Лицкаго, его мѣсто занялъ Случевскій. Коммиссія приступила къ работамъ съ 22 октября 1881 г. начавъ съ разсмотрѣнія проекта общей части, которому и посвятила 25 засѣданій, такъ что въ ноябрѣ 1882 г. проектъ общей части вмѣстѣ съ объяснительной къ нему запиской съ Высочайшаго соизволенія былъ разосланъ практикамъ и теоретикамъ съ просьбой о доставленіи замѣчаній на проектъ. Полученныя замѣчанія были собраны, систематизированы и отпечатаны въ 5 томахъ. Разсмотрѣніе этихъ замѣчаній и переработка соотвѣтственно имъ проекта началась съ 20 ноября 1883 г. и заняла 26 засѣданій. Въ августѣ 1884 г. переработанный проектъ и объяснительная къ нему записка были напечатаны.

Въ то же время коммиссія занималась разсмотрѣніемъ проектовъ особенной части, а именно, съ 13 октября 1882 г. проекта о посягательствѣ на личность, которому посвятила 49 засѣданій, и окончила работу въ мартѣ 1884 г. такъ, что въ маѣ этого года проектъ и объяснительная записка были разосланы тѣмъ же порядкомъ, какъ и проектъ общей части.

Въ ноябрѣ 1882 г. началось также разсмотрѣніе проекта преступленій государственныхъ и окончилось къ январю 1887 года.

Закончились всѣ работы Коммиссіи только въ 1895 го., когда проектъ вмѣстѣ съ объяснительной запиской въ нѣсколько томовъ былъ внесенъ въ Министерство Юстиціи. 14-го мая 1898 г. проектъ былъ внесенъ въ Особое Совѣщаніе

Госуд.Совѣта,работавшее три года,откуда перешелъ въ Особое присутствіе.

10-го февраля 1903 г. проектъ былъ внесенъ въ Общее Собраніе Государ. Совѣта, а 22 марта былъ Высочайше утвержденъ; былъ изданъ именной Указъ Правит.Сенату, заканчивающійся такими словами:"Уповая, что новый Уголовный законъ, сообразованный съ современными условіями государственнаго и общественнаго быта, будетъ способствовать успѣшному отправленію Уголовнаго правосудія Мы пребываемъ въ твердой увѣренности, что законъ этотъ, разграничивая область воспрещеннаго и дозволеннаго и противодѣйствуя преступнымъ посягательствамъ,послужитъ къ вящшей охранѣ гражданскаго порядка и къ укрѣпленію въ народѣ чувства законности, которое должно быть постояннымъ руководителемъ каждаго,какъ отдѣльно въ кругу личной его дѣятельности, такъ и въ совокупномъ составѣ сословій и обществъ".

Такимъ образомъ у насъ появилось два уголовныхъ уложенія, дѣйствующее,обнародованное въ 45 г., и Новое Высочайше утвержд. 22-го марта 1903 года.

Новое несравнено выше дѣйствующаго и можетъ быть поставлено наряду съ лучшими уголовными кодексами на Западѣ.

Главныя достоинства его слѣдующія :1)соотвѣтствіе общихъ началъ основнымъ положеніямъ науки.

2) Точность въ опредѣленіи состава отдѣльныхъ видовъ преступленій.

3) Отсутствіе казуистичности.

4) Предоставленіе Суду большаго простора при опредѣленіи наказаній.

5) Введеніе одиночнаго заключенія въ широкихъ размѣрахъ согласно требованіямъ лучшихъ тюрьмовѣдовъ. Вслѣдствіе полной неприспособленности нашихъ тюремъ къ одиночному заключенію, недостатка исправительныхъ заведеній для малолѣтнихъ преступниковъ, отсутствія организованнаго патроната, введеніе въ дѣйствіе Нов. Уложенія отсрочено на неопредѣленное время; но есть надежда, что этотъ лучшій кодексъ будетъ введенъ въ недалекомъ будущемъ, такъ какъ, напримѣръ, недостатокъ одиночныхъ камеръ Уложеніе предвидѣло и въ ст. 20 говоритъ, что одиночное заключеніе при недостаткѣ камеръ можетъ быть замѣнено общимъ съ тѣмъ ограниченіемъ, что 4 дня общаго заключенія будутъ равняться 3 днямъ - одиночнаго .

8. ОСОБЕННЫЕ ИСТОЧНИКИ УГОЛОВНАГО ПРАВА, ДѢЙСТВУЮЩІЕ ВЪ РОССІИ.

Особенные источники уголовнаго права, дѣйствующіе въ Россіи, можно подраздѣлить на 5 группъ : 1) мѣстные уголовные законы, дѣйствующіе въ одной какой-нибудь мѣстности ; 2) военно-уголовные законы, 3) уставъ для волостныхъ судовъ ; 4) церковные законы и 5) уставъ о ссыльныхъ.

Изъ мѣстныхъ уголовныхъ законовъ мы должны указать на мѣстные уголовные кодексы Финляндіи. До послѣдняго времени тамъ дѣйствовало шведское уложеніе 1734 года, съ

разнообразными дополнительными къ нему указаніями. Въ 1863 г. Императоръ Александръ II собравшемуся въ первый разъ финляндскому сейму предоставилъ выработать основныя начала новаго уголовнаго уложенія, которыя и были выработаны земскими чинами въ 1864 году. Въ томъ же году была образована особая комиссія, для выработки уголовнаго уложенія, окончившая свои работы въ 1875 г. Этотъ первый проектъ былъ опубликованъ и подвергнутъ разсмотрѣнію въ печати, а затѣмъ обсуждался въ особой комиссіи, закончившей свои работы въ 1884 г. Въ 1885 г. этотъ второй проектъ былъ представленъ отъ имени правительства сейму, но сеймъ не успѣлъ разсмотрѣть его, такъ что окончательное разсмотрѣніе его отложено до слѣдующаго сейма. Благодаря этому, финляндское уложеніе и было издано только въ 1890 г.; въ дѣйствіе же оно вступило лишь съ перваго января 1891 г.

Вторымъ сборникомъ законовъ являются военно-уголовные законы, имѣющіе значеніе не для какой либо отдѣльной мѣстности, а для извѣстной группы лицъ и дѣлъ. Еще въ 1621 г. при царѣ Михаилѣ Ѳеодоровичѣ издается "уставъ ратныхъ, пушкарскихъ и другихъ дѣлъ, касающихся до военной науки"; а затѣмъ въ уложеніи Алексѣя Михайловича подобнымъ постановленіямъ о проступкахъ ратныхъ людей отведены двѣ главы. Съ созданіемъ въ Россіи постоянной регулярной арміи при Петрѣ Великомъ возникаетъ еще большая необходимость въ особыхъ законахъ военныхъ и въ частно-

сти уголовныхъ, и въ разныхъ частяхъ арміи появляются сборники такихъ законовъ, заимствованные по преимуществу изъ Германіи. Завершеніемъ всѣхъ этихъ попытокъ былъ воинскій уставъ 1716 г. Уставъ воинскій сохранилъ свое дѣйствіе до царствованія Николая I. Только въ 1812 г. онъ былъ дополненъ изданіемъ военно-уголовныхъ законовъ, дѣйствующихъ въ военное время, такъ называемаго полевого уложенія. При Николаѣ I былъ изданъ въ 1839 г. военно-уголовный уставъ, котораго первая часть, о законахъ, дѣйствующихъ въ мирное время - была основана на Сводѣ Законовъ, а во вторую включено полевое уложеніе.

Съ изданіемъ уложенія о наказаніяхъ 45 г. пересмотръ военно-уголовныхъ законовъ представился безусловно необходимымъ и уже въ 1846 г. была образована особая комиссія, въ коей составленіе проекта новаго военно-уголовнаго уложенія было возложено на сенатора Капчера; работы были окончены въ 1864 г., но при разсмотрѣніи составленнаго Капчеромъ проекта въ военно-кодификаціонной комиссіи, онъ не былъ принятъ, такъ какъ комиссія разошлась въ основныхъ взглядахъ съ составителемъ. Сенаторъ Капчеръ думалъ создать совершенно самостоятельный военно-уголовный кодексъ, - независимый отъ общаго, а комиссія полагала и совершенно справедливо, что воинскій уставъ долженъ быть только дополненіемъ къ общему; по этой мысли и была выработана въ особомъ совѣщаніи, подъ предсѣдательствомъ Великаго Князя Константина Николаевича въ 1867 г. общая часть военно-уголовныхъ законовъ кото

рая въ томъ же году и вступила въ дѣйствіе; въ 1869 г. была утверждена особенная часть, а затѣмъ въ 1869г. новые уголовные законы были внесены въ сводъ военныхъ постановленій. Изданіе въ 1874 г. новаго устава о воинской повинности потребовало пересмотра и согласованія съ нимъ военно-уголовныхъ законовъ; которое и было сдѣлано въ 1875 г. 28 марта 1875 г. былъ опубликованъ нынѣ дѣйствующій воинскій уставъ для арміи, а 14 апрѣля -для флота; въ дѣйствіе они вступили съ 1-го Августа того же года. Въ 1879 г. онъ вышелъ вторымъ изданіемъ и включенъ въ 6 -ую часть Свода. Законы военно-уголовные, будучи особенными, могутъ быть примѣняемы и общими судами въ слѣдующихъ случаяхъ : 1), когда въ совершеніи преступнаго дѣянія, не относящагося до нарушенія законовъ дисциплины и военной службы, вмѣстѣ съ лицами граж - данскаго вѣдомства, обвиняются и военно- служащіе (ст. 1236 Уст. Угол. Суд. 1261 ст. воени. суд. уст.); 2) при обвиненіи кого-либо въ двухъ или болѣе преступленіяхъ, изъ коихъ одни подлежатъ гражданскому, а другія военному суду, если важнѣйшее было совершено въ гражданскомъ быту (ст. 1250 и 1260). Въ обоихъ этихъ случаяхъ, по установленіи виновности подсудимыхъ, мировой и другой судъ гражданскаго вѣдомства за проступки военно - служащихъ или за проступки, подлежащіе вѣдѣнію военнаго суда, опредѣляетъ наказаніе по военнымъ законамъ (ст. 1244 и 1251 уст. угол. суд.).

Какъ законъ особенный, военно-уголовный уставъ мо-

жетъ имѣть примѣненіе только въ предѣлахъ точно озна
ченныхъ въ законѣ, и не можетъ имѣть распространительнаго
толкованія: поэтому, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ воз-
никаетъ сомнѣніе, должно ли быть извѣстное дѣяніе караемо
по военнымъ или по общимъ законамъ, это сомнѣніе должно
быть разрѣшаемо въ смыслѣ примѣненія общихъ законовъ.

Какъ законъ особенный, воинскій уставъ о наказаніяхъ
имѣетъ примѣненіе къ слѣдующимъ тремъ группамъ лицъ:

1) По всѣмъ безусловно преступнымъ дѣяніямъ къ воин-
скимъ чинамъ сухопутнаго и морского вѣдомствъ, погранич-
ной стражѣ и казакамъ во время пребыванія ихъ въ строе -
выхъ частяхъ или на службѣ по войсковымъ воинскимъ уч -
режденіямъ. При этомъ подлежащими дѣйствію военныхъ за -
коновъ считаются какъ находящіеся въ строю, такъ и испра-
вляющіе нестроевыя должности, какъ напр., служащіе въ во-
енно-учебныхъ заведеніяхъ, военные писаря и т.п.

2) По преступнымъ дѣяніямъ, соединеннымъ съ наруше -
ніемъ обязанностей военной службы или по военно-должно-
стнымъ проступкамъ и нарушеніямъ правилъ военной дис-
циплины, отвѣчаютъ по военнымъ законамъ: отставные во-
инскіе чины; уволенные въ безсрочный или временный от -
пускъ; состоящіе въ запасныхъ войскахъ или въ резерв -
номъ флотѣ; воинскіе чины, занимающіе должности по
гражданской или общественной службѣ или командированные
къ исполненію таковыхъ, а также состоящіе въ частныхъ
должностяхъ, воинскіе чины, не входящіе въ составъ вой-

скъ, а равно состоящіе въ полицейскихъ и пожарныхъ командахъ, казаки, не находящіеся въ строевыхъ частяхъ и, наконецъ, гражданскіе чины военнаго вѣдомства.

3) По преступнымъ дѣяніямъ, особо указываемымъ закономъ, отвѣчаютъ согласно уст. угол. Судопроизвод.- лица гражданскаго вѣдомства въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи и только за тѣ преступныя дѣянія, которыя означены въ послѣдовавшемъ по сему случаю Высочайшемъ Указѣ. Въ послѣднее время въ виду значительнаго увеличенія политическихъ преступниковъ, эта группа расширена законами 9-го апрѣля 1878 года, 5-го апрѣля 1879 г., о временныхъ генералъ-губернаторахъ и положеніяхъ 1881 г. о чрезвычайной и усиленной охранѣ. По п. 17 этого положенія отъ генералъ-губернаторовъ, а въ губерніяхъ имъ не подчиненныхъ отъ министра Внутреннихъ Дѣлъ, зависитъ въ мѣстностяхъ, гдѣ введена охрана, передать на разсмотрѣніе военнаго суда отдѣльныя дѣла объ общихъ преступленіяхъ, когда они признаютъ это необходимымъ, въ видахъ ограждения общественнаго порядка и спокойствія, для осужденія виновныхъ по законамъ военнаго времени.

Третьимъ сборникомъ особенныхъ законовъ является уставъ для волостныхъ судовъ.

До послѣдняго времени въ волостныхъ судахъ дѣйствовалъ сельско-судебный уставъ, изданный 22 марта 1839 г. и вошедшій во вторую часть XII тома, уставъ этотъ предназначался сначала только для государственныхъ крестьянъ, но, на основаніи общаго положенія о крестьянахъ 19 фе-

враля 1861 г. распространен ъ на всѣхъ лицъ крестьянскаго сословія, хотя вмѣстѣ съ тѣмъ съ изданіемъ означеннаго положенія, этотъ уставъ получилъ совершенно второстепенное значеніе, такъ какъ согласно примѣчанію къ статьѣ 102 общаго положенія, волостные суды, при выборѣ мѣры наказанія, только примѣняются къ правиламъ сельско-судебнаго устава, да и то временно впредь до изданія общаго сельскаго судебнаго устава; Такимъ образомъ, первенствующее мѣсто въ судахъ крестьянскихъ заняло обычное право.

Въ настоящее время, главнымъ сборникомъ законовъ для волостныхъ судовъ служатъ:-"Временныя правила для волостныхъ судовъ" въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ введены участковые земскіе начальники.

Впрочемъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ волостной судъ долженъ руководствоваться прежними постановленіями. Объемъ дѣяній, сюда относящихся опредѣляется слѣдующими признаками, 1) дѣяніе должно быть учинено лицами крестьянскаго сословія, относя сюда и тѣхъ лицъ сего сословія, которыя хотя и взяли временныя торговыя свидѣтельства, но не перечислились въ городское сословіе, а равно безсрочно-отпускныхъ и отставныхъ воинскихъ чиновъ, приписанныхъ къ сельскимъ обществамъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣяніе учинено нѣсколькими лицами, для изъятія изъ подъ дѣйствія общихъ законовъ, безусловно необходимо, чтобы всѣ соучастники принадлежали къ крестьянскому сословію, но безразлично, были ли виновные одной и той же волости или разныхъ волостей; 2) преступное дѣяніе дол -

жно быть учинено въ предѣлахъ волости. Дѣяніе же, учиненное въ городѣ или мѣстечкѣ наказывается по общимъ законамъ; но съ другой стороны для изъятія безразлично, были -ли учинены дѣянія въ землѣ помѣщичьей или крестьянской; 3) дѣяніе должно быть маловажнымъ и не находиться въ связи съ уголовными преступленіями, подлежащими разсмотрѣнію общихъ судебныхъ мѣстъ. Надо замѣтить, что по положенію 1861 г. требовалось еще одно условіе: преступное дѣяніе должно быть учинено противъ лица того же сословія, такъ что, коль скоро нарушены права лицъ другихъ сословій, то виновные безусловно наказываются по общимъ законамъ ; но въ силу Высочайше утвержденнаго мнѣнія Госуд. Совѣта въ волостныхъ судахъ теперь могутъ искать удовлетворенія и лица другихъ сословій, если они не желаютъ обращаться къ участковымъ земскимъ начальникамъ.

Къ особеннымъ законамъ относятся далѣе законы ц е р к о в н ы е: они, впрочемъ, не составляютъ одного общаго кодекса; а напр., для церкви православной таковыми будутъ ; русско-церковные законы заключающіеся въ уставѣ духовныхъ консисторій, составленномъ въ 1841 года; а равно и постановленія Духовнаго регламента; обще-церковные законы, заключающіе въ себѣ правила святыхъ апостоловъ и отцовъ церкви, постановленія вселенскихъ соборовъ и т.д., вошедшіе въ номоканоны и послужившіе основаніемъ нашей кормчей книги подъ названіемъ :"Книги правилъ Св.Апостоловъ, Св. Соборовъ вселенскихъ и помѣстныхъ и Св. Отцовъ".

Церковные законы примѣняются только духовными судами и ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть примѣняемы общими судами: такимъ образомъ, уставъ угол. судопроизв. въ ст. 1002 и 1003 постановляетъ, что, если за дѣяніе опредѣлено сверхъ обыкновеннаго наказанія еще церковное покаяніе, то судъ постановивъ приговоръ сообщаетъ его духовному начальству для преданія осужденнаго церковному покаянію, а если за дѣяніе назначается одно церковное наказаніе,- то дѣло исключительно подлежитъ суду духовному .

Отвѣчаютъ по церковнымъ законамъ : 1) міряне,какъ за дѣянія, которыя по уложенію о наказаніяхъ облагаются церковными взысканіями, такъ согласно ст. 276 уст. духов. консисторіи, и по поступкамъ, обнаружившимся по дѣламъ, производившимися въ епархіальномъ вѣдомствѣ: 2) клиръ, т.е. лица бѣлаго и чернаго духовенства, священнослужители и причетники: при этомъ лица духовнаго званія отвѣчаютъ не только за дисциплинарные проступки, но также и за общіе. Въ этихъ случаяхъ вполнѣ возможна коллизія общихъ и церковныхъ законовъ, а при разрѣшеніи такой коллизіи рѣшающее значеніе по разъясненію сената должно имѣть то положеніе, что пространство дѣйствія законовъ церковныхъ, какъ законовъ спеціальныхъ, должно быть опредѣляемо ограничительно. Такъ, напр., сенатъ призналъ, что обида должностныхъ лицъ священнослужителями подсудна общимъ, а не духовнымъ судебнымъ мѣстамъ, такъ какъ объ этомъ родѣ обидъ ничего не говорится въ уставѣ духовн. консисторій.

Наконецъ, въ группѣ спеціальныхъ законовъ должны быть упомянуты постановленія о наказаніяхъ за преступленія и проступки ссыльныхъ, помѣщенныя въ 797 - 868 ст. Уст. о ссыльныхъ; статьи эти собственно содержатъ только постановленія о замѣнѣ общихъ наказаній для ссыльныхъ, въ случаѣ учиненія ими преступныхъ дѣяній, предусмотрѣнныхъ въ уложеніи и въ уставѣ о наказаніяхъ, а равно и постановленія о наказуемости ссыльныхъ за побѣги и нѣкоторыр другіе спеціальные проступки, которые могутъ быть совершены только ссыльными.

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

О Т Д Ѣ Л Ъ II.

У Ч Е Н І И О П Р Е С Т У П Л Е Н І И.

ГЛАВА 1-ая.

ПОНЯТІЕ ПРЕСТУПЛЕНІЯ, КЛАССИФИКАЦІЯ ДЕЛИКТОВЪ И ИХЪ СОСТАВЪ.

1. ПОНЯТІЕ ПРЕСТУПЛЕНІЯ.

Преступленіе опредѣляется, обыкновенно, какъ дѣяніе, за которое законъ угрожаетъ уголовной карой. Дѣйствительно для того, чтобы дѣйствіе являлось преступленіемъ въ юридическомъ смыслѣ, оно необходимо должно быть запрещено положительнымъ законодательствомъ подъ страхомъ наказанія.[x] Однако - же нельзя не видѣть, что указанное

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

x) Такое же опредѣленіе даетъ и ст. 1. Новаго Уголовнаго Уложенія: "Преступнымъ признается дѣяніе, воспрещенное во время его учиненія, закономъ подъ страхомъ наказанія".

опредѣленіе преступленія есть чисто формальное ;вполнѣ достаточное для юриста - практика, оно не удовлетворяетъ ученаго, для котораго необходимо опредѣленіе предмета по его существу. Чтобы опредѣлить преступленіе по его существу, необходимо выяснить, какія же именно дѣйствія, запрещаемыя закономъ подъ страхомъ наказанія, подлежатъ уголовной карѣ.

Обращаясь къ разрѣшенію этого вопроса въ нашей наукѣ, мы встрѣчаемся съ цѣлою массою самыхъ разнообразныхъ формулъ. Криминалисты, разсматривающіе наказанія какъ осуществленіе абсолютной справедливости естественно должны были придти къ тому положенію, что каждое безнравственное дѣйствіе подлежитъ необходимо уголовной карѣ и является поэтому преступленіемъ въ юридическомъ смыслѣ; понятіе о преступленіи было отождествлено, такимъ образомъ, съ понятіемъ безнравственности. Противъ такого отождествленія извѣстный французскій ученый Тиссо замѣчаетъ слѣдующее: "нарушеніе чисто нравственныхъ и религіозныхъ обязанностей, говоритъ онъ, не должно быть разсматриваемо, какъ преступленіе въ юридическомъ смыслѣ. Принудительныя мѣры въ этихъ случаяхъ только развращаютъ, угроза дѣлаетъ человѣка изворотливымъ и злобнымъ, возбуждаетъ ненависть какъ къ основной причинѣ принужденія, (требованіямъ добрыхъ нравовъ), такъ и къ средствамъ (мѣрамъ принудительной власти). Нельзя не признать, что основная мысль Тиссо совершенно вѣрна. Государство не дол-

Уголовное право. Лек. пр. Колоколова. Листъ 9-й Лит. Пѣстрякова.

жно карать всѣ тѣ дѣянія, которыя считаются въ обществѣ безнравственными, такъ какъ, несомнѣнно, существуютъ сферы человѣческой дѣятельности, гдѣ вмѣшательство государства принесло бы скорѣе вредъ, чѣмъ пользу. Объемъ понятія преступленія долженъ быть, слѣдовательно, несравненно уже, чѣмъ объемъ понятія безнравственности. Въ виду этого, еще Фейербахъ пришелъ къ тому результату, что содержаніе преступленія можетъ быть опредѣлено только отрицаніемъ права. Но терминъ "право", какъ вамъ извѣстно, можетъ имѣть двоякое значеніе: въ смыслѣ объективномъ онс обозначаетъ совокупность нормъ, опредѣляющихъ извѣстныя юридическія отношенія; въ смыслѣ же субъективномъ право обозначаетъ юридическую возможность для субъекта требовать отъ другого извѣстныхъ положительныхъ или отрицательныхъ дѣйствій. Опредѣляя преступленіе, какъ нарушеніе субъективнаго права, Фейербахъ понималъ послѣднее именно въ смыслѣ субъективномъ, но по поводу такого ученія справедливо возражаютъ, что есть множество наказуемыхъ дѣяній, которыя не нарушаютъ права отдѣльныхъ лицъ, а заключаютъ въ себѣ посягательства на юридическіе институты, установленные въ интересахъ всего общества. Вслѣдствіе этого, для устраненія недоразумѣній необходимо установить болѣе широкое опредѣленіе преступленія. Подъ преступленіемъ должно разумѣть посягательство на охраняемыя правомъ частныя или общественныя блага или интересы. Формула эта обнимаетъ собою, несомнѣнно, всѣ виды преступныхъ дѣяній. x)

Научныя изслѣдованія представляютъ намъ множество попытокъ указать абсолютное, принципіальное различіе между неправдой уголовной и гражданской, но ни одна изъ этихъ попытокъ не можетъ быть названа сколько-нибудь удачной. Всѣ разнообразныя теоріи, стремящіяся установить указанное различіе между видами неправды, можно свести къ двумъ группамъ : 1) первую группу составляютъ ученія, которыя полагаютъ различіе въ объектѣ посягательства и называются теоріями объективными ; 2) вторую группу составляютъ ученія, указывающія критерій для разграниченія въ правонарушающемъ субъектѣ, въ его психическомъ настроеніи- теоріи субъективныя.

1) Представителемъ теоріи первой группы является покойный профессоръ Боннскаго университета Гельшнеръ. По его

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

x) *1). Со стороны матеріальной преступленіе предполагаетъ :*

1) Дѣяніе, нарушающее общественный порядокъ.

2) Наличность вмѣняемости.

3) Наличность умысла или неосторожности.

4) Отсутствіе такихъ обстоятельствъ, благодаря которымъ дѣяніе является правомѣрнымъ или извинительнымъ.

Гдѣ нѣтъ хотъ одного изъ этихъ условій, тамъ нельзя говорить и о преступленіи. Такимъ образомъ преступное дѣяніе есть дѣяніе нарушающее общественный порядокъ, совершенное лицомъ въ состояніи вмѣненія при налично

доктринѣ, предметомъ посягательства можетъ быть или одно субъективное право, или же вмѣстѣ съ тѣмъ и право въ смыслѣ объективномъ - правовой порядокъ, охраняемый государствомъ. Тамъ, гдѣ нарушается право исключительно частнаго лица - существуетъ неправда гражданская; въ случаѣ же нарушенія общественнаго порядка- является неправда - уголовная . Анализируя предметы посягательства. Гельшнеръ различаетъ съ одной стороны ,нарушеніе правъ имущественныхъ, съ другой стороны,нарушеніе правъ -личныхъ.

При нарушеніи правъ послѣдняго рода, говоритъ онъ, предполагается необходимымъ посягательство какъ на субъективное,такъ и на объективное право;поэтому - то нарушеніе личныхъ правъ и является всегда неправдой уголовной.Что же касается нарушенія правъ имущественныхъ, то здѣсь возможны случаи двоякаго рода :такое посягательство является направленнымъ или исключительно на субъективное право, или же вмѣстѣ съ тѣмъ и на правовой порядокъ, что бываетъ именно тогда,когда нарушеніе права извѣстнаго лица представляетъ опасность для имущественныхъ правъ другихъ лицъ.Вслѣдствіе этого, говоритъ Гельшнеръ,"посягательство на имущественное право можетъ заключать въ себѣ какъ гражданскую неправду, такъ и уголовную".

-.-.-.-.-.-.- -.-.-.-

сти умысла или неосторожности и при отсутствіи такихъ обстоятельствъ, благодаря которымъ данное дѣяніе является правомѣрнымъ или извинительнымъ.

Противъ теоріи Гельшнера совершенно вѣрно было замѣче но, что всякое нарушеніе субъективнаго права есть вмѣстѣ съ тѣмъ и нарушеніе той юридической нормы, на которой оно покоится, и, слѣдовательно, заключаетъ въ себѣ посягательство на право въ смыслѣ объективномъ. Теорія Гельшнера имѣетъ однако не мало послѣдователей; изъ русскихъ криминалистовъ ея держится Спасовичъ, по словамъ котораго "гражданская неправда есть нарушеніе чьихъ-либо частныхъ правъ, неправда же уголовная касается интересовъ общественнаго порядка".

Далѣе, къ теоріямъ объектинымъ слѣдуетъ отнести и ученіе бывшаго профессора Петербургскаго университета Неклюдова, прилагаемое имъ къ переводу учебника Бернера. Ближайшими причинами и условіями права, говоритъ Неклюдовъ, являются "во-1-хъ, внѣшніе предметы и, во 2-хъ, отношеніе людей между собою по поводу этихъ предметовъ. Внѣшніе предметы существуютъ сами по себѣ in corpore, отношенія же людей между собою не имѣютъ бытія сами по себѣ: они производятъ нѣчто произвольное, не самостоятельное, возникшее только по поводу внѣшнихъ предметовъ. Таковы вообще всѣ сдѣлки, контракты, обязательства, довѣренности, завѣщанія. Юридическія отношенія относятся къ субъектамъ, по словамъ Неклюдова, точно такъ же, какъ впечатлѣнія, входящія въ наше сознаніе къ тѣмъ внѣшнимъ предметамъ, отъ которыхъ они исходятъ". Опредѣливши условія права, Неклюдовъ обосновываетъ возможность различенія между неправдой уголовной и гражданской, слѣ-

дующимъ образомъ :"мы знаемъ,говоритъ онъ,что неправда есть правонарушеніе, т.е. посягательство на то или другое изъ правовыхъ условій.Но если каждое право можетъ быть предметомъ различныхъ неправдъ, то коренное различіе между послѣдними должно заключаться въ различіи того условія права, на которое они посягаютъ.Это условіе и будетъ сущностью неправды".Такимъ образомъ,Неклюдовъ приходитъ къ слѣдующему выводу:"неправда уголовная, по его словамъ, есть посягательство, направленное на самый объектъ права или же на самого конкретнаго представителя его,однимъ словомъ, на самый корпусъ права,все равно личный или вещный;неправда же гражданская есть посягательство на установившіяся между людьми отношенія по поводу какихъ -либо объектовъ права личныхъ или вещныхъ, но не посягательство на самые объекты".

Не отрицая оригинальности теоріи Неклюдова, мы должны признать ее несостоятельною вполнѣ.Дѣло въ томъ,что неправда гражданская, составляя посягательство на юридическія отношенія,является всегда вмѣстѣ съ тѣмъ посягательствомъ на извѣстный объектъ:такъ,взявшій на сохраненіе чужую вещь, не возвращая послѣдней,посягаетъ,очевидно, не только на юридическое отношеніе, но и на тотъ объектъ, по поводу котораго оно возникло. Точно также уголовная неправда есть посягательство не только на объектъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и на юридическія отношенія.

2) Разсмотрѣвъ теоріи объективныя, обратимся къ ученіямъ второй группы, къ теоріямъ субъективнымъ. Въ ос-

нованіи этихъ теорій лежитъ воззрѣніе, высказанное Гегелемъ, по которому отличительный признакъ гражданской неправды заключается въ добросовѣстности лица, совершающаго правонарушеніе. Подъ вліяніемъ гегелевскаго взгляда извѣстный криминалистъ Бернеръ развиваетъ слѣдующее ученіе :"Неправда уголовная, говоритъ онъ, является всегда сознательнымъ уклоненіемъ отъ воли всеобщей. Неправда же гражданская представляетъ посягательство на абсолютную волю лишь по внѣшней формѣ, такъ какъ правонарушающая воля не отрицаетъ здѣсь волю всеобщую, а наоборотъ, желаетъ съ ней согласоваться. Въ процессѣ гражданскомъ неправая сторона считаетъ себя правою, почему неправда ея и является добросовѣстною. Вслѣдствіе такого характера гражданской неправды для противодѣйствія послѣдней и не требуется карательныхъ мѣръ, которыя необходимы въ неправдѣ уголовной, какъ реакція противъ индивидуальной воли, сознательно возставшей противъ правового порядка.

Вслѣдъ за Бернеромъ, теоріи Гегеля послѣдовали и многіе другіе криминалисты, какъ напр., Баръ въ своемъ извѣстномъ трудѣ "Grundlagen des Strafrechts." Но критерій, который указываютъ эти теоріи для разграниченія неправды уголовной и гражданской совершенно противорѣчитъ положительнымъ юридическимъ нормамъ, по которымъ извѣстныя правонарушенія- признаются гражданскими какъ и въ томъ случаѣ, когда онѣ совершаются несознательно, такъ и въ случаѣ намѣреннаго ихъ совершенія въ случаѣ

явной недобросовѣстности правонарушающаго субъекта: такъ, неплатежъ долга является во всякомъ случаѣ неправдой гражданской, а не уголовной. Если, такимъ образомъ, гражданская неправда, можетъ быть недоб росовѣстной, точно такъ же, какъ и уголовная, то теорія, полагающая въ недобросовѣстности отличительный признакъ преступленія, является, очевидно, несостоятельной.

Такъ, всѣ теоретическія попытки отыскать общее абсолютное начало, отдѣляющее уголовныя правонарушенія отъ гражданскихъ, оказываются совершенно неосновательными. По вѣрному замѣчанію Меркеля и Листа, такого общаго начала и не существуетъ, такъ какъ между неправдой уголовной и гражданской не существуетъ никакого абсолютнаго принципіальнаго различія. Опредѣленіе границъ между той или другой областью правонарушеній, по замѣчанію Меркеля, можетъ быть сдѣлано только для каждаго изъ современныхъ цивилизованныхъ обществъ отдѣльно, сообразно съ господствующими въ немъ взглядами на различныя правонарушающія дѣйствія". Но, очевидно, само собою, что это не можетъ входить въ задачу прикладной науки, которая занимается исключительно основными началами, одинаково годными для всѣхъ образованныхъ государствъ современной эпохи. Такимъ образомъ, въ общей теоріи уголовнаго права, говоря о двухъ различныхъ видахъ неправды, мы можемъ указать лишь на чисто формальное различіе въ ихъ юридическихъ послѣдствіяхъ, т.е. тѣхъ государственныхъ мѣрахъ, которыя влекутъ за собою правонарушенія уголовныя

и гражданскія; но мы не въ состояніи установить между тѣми и другими какого -либо общаго различія со стороны матеріальной. Не могу не замѣтить, что много интереснаго по данному вопросу мы находимъ въ трудахъ знаменитаго Іеринга. Поставивъ этотъ вопросъ на почву - чисто истотическую, Іерингъ указываетъ намъ, что въ первичный періодъ общественной жизни всѣ правонарушенія вызывали одну и ту же реакцію въ формѣ мести: должникъ, не платившій долга, подвергался одинаковому возмездію, какъ и воръ. Затѣмъ въ періодъ государственный извѣстныя правонарушенія начинаютъ постепенно выдѣляться изъ области наказуемыхъ дѣйствій; такія дѣянія вызываютъ ужъ болѣе мягкія мѣры охраны- взысканія гражданскія. И такой процессъ выдѣленія гражданскихъ правонарушеній изъ сферы уголовнаго права нельзя считать законченнымъ въ настоящее время."Не можетъ быть никакого сомнѣнія, говоритъ Іерингъ, что многія дѣйствія, подлежащія уголовнымъ карамъ, уже не будутъ вызывать впослѣдствіи такихъ крайнихъ мѣръ охраны и сдѣлаются нарушеніями гражданскими".

2. КЛАССИФИКАЦІЯ ПРЕСТУПЛЕНІЙ.

Какъ въ теоріи; такъ и въ положительныхъ законодательствахъ, мы встрѣчаемъ множество разнообразныхъ дѣленій преступныхъ дѣяній.

Въ правѣ римскомъ имѣло значеніе дѣленіе преступленій : 1) на delicta publica и 2) delicta privata. Первыя, какъ нарушающія общественный интересъ, преслѣдовались порядкомъ уголовнымъ, при чемъ обвинителемъ могъ

быть всякій гражданинъ; вторыя подлежали суду гражданскому и требовали для начатія суда вчиненія иска только со стороны самого обиженнаго.

Delicta еще дѣлились на ordinaria или ligitima и delicta extraordinaria . Подъ delicta ordinaria разумѣлись тѣ изъ запрещенныхъ извѣстнымъ іех преступленій, въ которыхъ допускался старинный судъ народныхъ судей; дѣянія же, не запрещенныя тѣмъ или другимъ іех, а считавшіяся преступными на основаніи установившагося обычая и разсматривавшіяся коронными судьями безъ участія народныхъ выборовъ, назывались delicta extra ordinaria.

Въ средніе вѣка каноническое право различало три вида деликтовъ: 1) delicta ecclesiastica 2) d. saecularia и 3) d. mixti fori. Такое раздѣленіе имѣло основаніе въ томъ, что одни изъ этихъ преступленій подлежали суду духовному, другія свѣтскому, а третьи суду смѣшанному . Къ d. ecclesiastica причислялись, напр., ересь, расколы; къ del. Saecularia убійства, грабежъ, воровство и, наконецъ, къ d. mixti fori - волшебство, клятвопреступленіе, прелюбодѣяніе и другія.

Что касается общихъ дѣленій деликтовъ, встрѣчаемыхъ въ законодательствахъ современныхъ, то они основываются по большой части на тяжести наказанія. Таково, напр., трехчленное дѣленіе преступленій во французскомъ кодексѣ на crimes, dèlits и contraventions. Къ первой категоріи, т.е. къ crimes относятся такія преступленія,

которыя ведутъ за собой тяжкія и позорныя наказанія и подлежатъ разбирательству временныхъ судовъ или ассизовъ, при участіи присяжныхъ. Ко второй категоріи относятся всѣ тѣ преступленія, за которыя законъ наз начаетъ наказанія исправительныя (peines correctionnelles); такія преступныя дѣянія разсматриваются судами первой инстанціи безъ участія присяжныхъ. Наконецъ, послѣднюю категорію составляютъ преступныя дѣянія, подлежащія полицейскимъ взысканіямъ, - ихъ обсуждаютъ мировые судьи и мэры.

Благодаря своей простотѣ и практичности въ отношеніи процессуальномъ, указанная классификація, принятая первоначально французскимъ кодексомъ 1810 года, была усвоена и многими законодательствами германскими. Трехчленное раздѣленіе преступленій, соотвѣтствующее французскому, мы находимъ, напр., въ кодексѣ баварскомъ какъ въ старомъ (1813 г.), такъ и въ новомъ (1861 г.) въ прусскомъ (1851 г.), наконецъ, въ новѣйшемъ законодательствѣ Германской Имперіи. Во всѣхъ этихъ кодексахъ преступленія раздѣляются по степени тяжести наказанія на Verbrechen, Vergebungen und Uebertretungen.

Но такая классификація разсматривается обыкновенно криминалистами, какъ неестественная и нелогичная. Вотъ, что, напр , говоритъ объ этой классификаціи Росси въ своемъ " Traitè du droit penal". " Раздѣленіе преступ-

ныхъ дѣйствій на crimes, delits и contraventions, заключающееся въ первой ст. кодекса Наполеона, вполнѣ выражаетъ собою общій духъ этого законодательства. Статья эта какъ бы говоритъ обществу: не трудитесь разсматривать внутренней природы преступленій, а смотрите лишь на дѣйствія власти; если она карнитъ человѣка, то заключайте изъ этого, что онъ великій преступникъ. Въ этомъ выражается, прибавляетъ Росси, такое презрѣніе къ человѣчеству, такая претензія на деспотизмъ даже въ дѣлѣ морали, что уже на основаніи одной статьи можно составить себѣ совершенно вѣрное понятіе о духѣ всего кодекса".

Большинство нѣмецкихъ ученыхъ, слѣдуя Росси, указываютъ на нелогичность французской классификаціи. При такомъ дѣленіи, говорятъ они, характеръ преступнаго дѣйствія опредѣляется наказаніемъ, между тѣмъ какъ должно наоборотъ, опредѣлять тяжесть карательныхъ мѣръ на основаніи свойства преступленія. Но противъ этого нельзя не замѣтить, что дѣленіе тяжести наказанія въ сущности основывается на различіи свойства преступныхъ дѣйствій; законодатель, конечно, всегда опредѣляетъ сначала наказанія за отдѣльныя преступленія, сообразно съ ихъ характеромъ. Но какъ скоро это сдѣлано, онъ уже, очевидно, имѣетъ полное право раздѣлить преступныя дѣянія на извѣстныя группы по ихъ наказуемости.

Я указалъ на французское дѣленіе преступленій по тяжести наказаній. Перейду теперь къ разбору принятыхъ

дѣленій у новѣйшихъ криминалистовъ. Мы встрѣчаемъ прежде всего слѣдующія раздѣленія преступныхъ дѣйствій : 1) на преступленія въ тѣсномъ смыслѣ и проступки; 2) на преступленія общественныя и частныя ; 3) на общія и особенныя ; 4) на формальныя и матеріальныя и 5) на преступленія положительныя и отрицательныя или упущенія.

1) Теоретическое разграниченіе между преступленіемъ и полицейскимъ проступкомъ является у криминалистовъ или крайне неопредѣленнымъ или явно несостоятельнымъ.Такъ, Фейербахъ полагаетъ различіе между тѣмъ и другимъ въ свойствѣ тѣхъ правъ, на которыя они направлены: тѣ преступныя дѣянія, которыя разбираютъ первобытныя права человѣка, составляютъ преступленія; всѣ же остальныя относятся къ проступкамъ. Но что это за первобытныя права, Фейербахъ не опредѣляетъ. Далѣе, по словамъ Кестлина,"преступленіе есть дѣйствительное нарушеніе права, проступскъ же только возможность правонарушенія". Ту же формулу мы находимъ у Спасовича и Неклюдова. Противъ нея нельзя не замѣтить, что каково бы ни было дѣйствіе, запрещенное закономъ, подъ страхомъ наказанія, совершающій его является во всякомъ случаѣ дѣйствительнымъ нарушителемъ юридической нормы. Затѣмъ Гельшнеръ, слѣдуя Шталю, видитъ въ преступленіи посягательство на самый правовой порядокъ или правонарушеніе безусловное, въ проступкѣ же - дѣйствіе, направленное

лишь на законы, установленные для охраненія юридическаго порядка, нарушеніе относительное. Того же опредѣленія держится Тиссо и многіе другіе. Но спрашивается, развѣ дѣйствіе, нарушающее законъ, установленный для охраненія общественнаго порядка, не является eo ipso посягательствомъ и на самый этотъ порядокъ? Также несостоятельно разграниченіе преступленія и проступка и у криминалистовъ итальянскихъ, которые опредѣляютъ первое, какъ посягательство на безопасность, а второй, какъ посягательство на благосостояніе общества, какъ будто безопасность не составляетъ одного изъ элементовъ благосостоянія. Вообще нельзя не признать, что если полицейскіе запреты и предписанія, имѣющія уголовную санкцію, устанавливаются государствомъ, какъ и всѣ другія уголовно-правовыя нормы, въ интересахъ охраненія правового порядка, то, очевидно, нарушеніе такихъ запретовъ или предписаній, ничѣмъ не отличается въ сущности отъ нарушенія всѣхъ остальныхъ юридическихъ нормъ, опредѣленныхъ уголовнымъ законодательствомъ. Поэтому, всякая попытка принципіальнаго разграниченія между преступленіемъ и проступкомъ должна быть признана совершенно несостоятельной.

Къ этому должно прибавить, что дѣленіе на преступленія и проступки, несостоятельное со стороны теоретической, является совершенно непригоднымъ и для практики, такъ какъ оно не основано на степени наказуемости; есть множество преступленій, которыя влекутъ за собою лишь самый

мѣръ, словесное оскорбленіе, и есть съ другой стороны, полицейскіе проступки, за которыя назначается смертная казнь или пожизненная каторжная работа, таково, напр., нарушеніе карантинныхъ постановленій.

2) При раздѣленіи преступленій на общественныя и частныя многіе криминалисты опредѣляютъ первыя, какъ нарушенія юридическихъ обязанностей по отношенію ко всему обществу, а вторыя, какъ нарушенія обязанностей относительно частныхъ лицъ. Но мы уже видѣли, что нарушеніе права частнаго лица является всегда посягательствомъ и на общественный порядокъ. Принимая указанное раздѣленіе, мы можемъ имѣть въ виду лишь различіе въ непосредственномъ предметѣ преступнаго посягательства. Такимъ образомъ, подъ преступленіемъ частнымъ мы разумѣемъ такія наказуемыя дѣйствія, въ которыхъ посягательство на правовыя нормы совершается посредствомъ нарушенія права отдѣльнаго лица; къ преступленіямъ же общественнымъ мы относимъ такія, которыя, не нарушая права въ субъективномъ смыслѣ, направляются непосредственно на юридическіе институты, установленные въ интересахъ всего общества.

3) Раздѣленіе преступныхъ дѣяній на общія (delicta communia (и особенныя) delicta privata основывается на томъ, что одни преступленія, какъ напр., убійство, кража, разбой, могутъ быть совершены всякимъ, тогда какъ въ другихъ - субъектомъ можетъ появиться только лицо, поставленное въ особое отношеніе къ государству; превыше-

должностнымъ.

4) Что касается раздѣленія деликтовъ на матеріальные и формальные, - оно основывается на слѣдующемъ различіи: есть преступныя дѣянія, для состава которыхъ законъ требуетъ наличности не только извѣстнаго дѣйствія, но и достиженія опредѣленнаго вреднаго результата, вызываемаго этимъ дѣйствіемъ ; таково, напр., преступленіе убійства, всѣ преступленія противъ тѣлесной неприкосновенности и нѣкоторыя другія. Наоборотъ, для бытія другихъ преступленій, для законнаго состава ихъ вовсе не требуется наступленія какого бы то ни было вреднаго послѣдствія; легальное понятіе этихъ преступленій образуется уже самыми дѣйствіями лица; сюда относятся, напр., лодлогъ, изнасилованіе, богохульство, порицаніе вѣры, двоебрачіе и проч. Преступленія первой категоріи носятъ названіе матеріальныхъ, а преступленія второго рода - формальныхъ.

5) Перехожу, наконецъ, къ раздѣленію преступленій на положительныя и отрицательныя - иначе преступныя содѣянія (del. commissionis) и преступныя упущенія (del. omissionis). Разграниченіе это мы встрѣчаемъ еще у средневѣковыхъ криминалистовъ Кларуса и Фаринаріуса. По ученію этихъ старинныхъ криминалистовъ, различіе между указанными категоріями преступленій заключается въ формѣ исполненія, къ первой категоріи принадлежатъ тѣ преступленія, которыя выполняются посредствомъ дѣятельности положительной, - это del. commissionis, ко второй же категоріи - правонарушенія, выполняемыя посредствомъ дѣятель-

ности отрицательной, т.е. бездѣйствія - это del. omissionis.

Но такое разграниченіе отвергается современными криминалистыми, которые видятъ различіе между del. commissionis и del. omissionis въ характерѣ нарушаемыхъ нормъ: del.commissionis, по ихъ ученію, - нарушеніе запретовъ, del. omissionis- нарушеніе нормъ повелительныхъ или приказовъ.

Осуждая ученіе старинныхъ криминалистовъ, новѣйшіе ученые ссылаются на то, что всякое преступленіе можетъ быть выполнено и посредствомъ бездѣйствія, и посредствомъ дѣятельности положительной. По господствующему взгляду, какъ запретъ можетъ быть нарушенъ не только дѣятельностью положительной, но и бездѣйствіемъ, такъ и приказъ можетъ быть нарушенъ не только бездѣйствіемъ, но и дѣятельностью положительной. Но такая доктрина должна быть признана несостоятельной: запреты могутъ быть нарушаемы только дѣятельностью положительной, а приказы только бездѣйствіемъ. Если же это такъ, то разграниченіе между del. commissionisи del.omissionis должно быть формулировано слѣдующимъ образомъ: къ первой группѣ - del.commissionisотносятся всѣ тѣ преступленія, которыя нарушаютъ запретъ и выполняются посредствомъ дѣятельности положительной, ко второй группѣ - del. omissionis относятся всѣ тѣ,

которыя нарушаютъ приказы и выполняются посредствомъ дѣятельности отрицательной.

Разсмотрѣвъ классификацію преступленій, обратимся къ разсмотрѣнію ихъ по русскимъ законамъ.

Первое раздѣленіе преступныхъ дѣяній мы встрѣчаемъ еще въ судебникахъ, которые различали преступленія простыя, губныя, и лихія. Раздѣленіе это имѣло, главнымъ образомъ, значеніе процессуальное; такъ, лихія дѣла, какъ извѣстно, преслѣдовались "сыскомъ", т.е. порядкомъ розыскнымъ, слѣдственнымъ, а не обвинительнымъ; по дѣламъ простымъ происходило чисто обвинительное производство; дѣла же губныя подлежали смѣшанному суду народныхъ выборныхъ, т.е. губныхъ старостъ и цѣловальниковъ.

Дѣленіе преступленій по уложенію 1649 г. относится не къ общей, акъ особенной части уголовнаго права. Первое мѣсто занимали здѣсь преступленія противъ вѣры и противъ особы Государя; затѣмъ слѣдуютъ преступленія противъ порядка управленія и казны, и наконецъ, преступленія противъ частныхъ лицъ.

Въ "Наказѣ" Екатерины 1767 г. всѣ преступленія раздѣлены на 4 главныя категоріи: а) преступленія противъ вѣры; в) противъ нравовъ с) противъ спокойствія и тишины, д) противъ безопасности, т.е. дѣянія, нарушающія личныя и имущественныя права частныхъ лицъ. Этотъ порядокъ былъ принятъ въ руководство при составленіи Устава благочинія 1782 г. По проекту 1813 года всѣ пре-

ступленія раздѣляются на государственныя, общественныя и частныя.

Въ XУ ст. Св. Зак. 1832 г. находимъ дѣленіе на преступленія въ тѣсномъ смыслѣ и полицейскіе поступки, смотря по степени наказанія. Это двухчленное дѣленіе принято Уложеніемъ о наказаніяхъ въ его первой редакціи 1845 г. и во второй 1857 г., гдѣ оно и устанавливается въ первыхъ двухъ статьяхъ, слѣдующимъ образомъ : ст. 1-ая."всякое нарушеніе закона, черезъ которое посягается на неприкосновенность правъ власти верховной и установленныхъ ею властей,или же на права и безопасность общества или частныхъ лицъ, - есть преступленіе".Ст, 2-ая, "нарушеніе правилъ, предписанныхъ для охраненія опредѣленныхъ законами правъ и общественной или же личной безопасности или пользы именуется -проступкомъ".Такимъ образомъ, различіе между преступленіемъ и проступкомъ состоитъ въ томъ, что первое представляетъ правонарушеніе, а проступокъ нарушеніе правилъ, установленныхъ для охраны общественнаго спокойствія и безопасности. Но мы уже видѣли, что подобное дѣленіе не только несостоятельно въ теоретическомъ отношеніи, но непригодно и для практики.

Спасовичъ совершенно вѣрно замѣчаетъ, что законодатель, установивъ это разграниченіе, совсѣмъ какъ бы забылъ о немъ далѣе, такъ что изъ Уложенія о Наказаніяхъ 1857 г. можно выпустить двѣ первыя статьи его, нисколько не вредя его содержанію. Въ изданіи 1866 г. это разд-

чіе между преступленіемъ и проступкомъ выпущено, но самое раздѣленіе осталось въ силѣ, какъ это видно изъ первой (4-й по изданію 1857 г.) ст:"преступленіемъ или проступкомъ признается какъ самое противозаконное дѣяніе, такъ и неисполненіе того, что подъ страхомъ наказанія закономъ предписано".То же самое мы находимъ въ изданіи 1885 г. Кромѣ дѣленія на преступленія и проступки въ дѣйствующемъ законодательствѣ находятся еще дѣленія : 1) дѣленіе по тяжести наказанія - преступленія уголовныя и неуголовныя; къ первымъ относятся правонарушенія, влекущія карательныя мѣры, связанныя съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, а ко вторымъ всѣ остальныя (ст. 2 Улож. о Нак.1866 г.). Впрочемъ, самый терминъ"преступленіе"уголовное употребляется лишь въ особенной части кодекса въ отдѣлѣ, касающемся отдѣльныхъ видовъ преступныхъ дѣяній. 2) Второе дѣленіе -это по праву вчиненія уголовнаго преслѣдованія, оно имѣетъ большую важность въ процессуальномъ отношеніи. Одни преступленія преслѣдуются независимо отъ воли пострадавшаго и называются уголовно-общественными, другія по жалобѣ частныхъ лицъ и называются уголовно- частными,Относительно послѣднихъ преступленій ст. 157 Улож. о Нак, устанавливаетъ слѣдующее общее правило:"когда преступленіе или проступокъ такого рода, что оные на основаніи законовъ не иначе могутъ подлежать вѣдѣнію и разсмотрѣнію суда, какъ вслѣдствіе жалобы, обиженнымъ или оскорбленнымъ чрезъ то противозаконное дѣяніе частнымъ ли-

цомъ приносимой, то приговоръ о наказаніи виновнаго отмѣняется, если принесшій жалобу примирится съ виновнымъ прежде исполненія приговора". Установивъ такое общее правило, Уложеніе допускаетъ, однако, исключеніе. Сюда относятся преступныя дѣянія, означенныя въ статьяхъ : 395, 1523-1530, 1532, 1542, 1543, 1549-1551. По всѣмъ этимъ преступленіямъ процессъ хотя и начинается по жалобѣ частнаго лица, но уже не можетъ быть прекращенъ по желанію начавшаго. Такимъ образомъ, преступленія уголовно-частныя распадаются на двѣ категоріи: къ первой относятся тѣ преступныя дѣянія, преслѣдованіе которыхъ, разъ начатое по желанію частнаго лица, находится въ полной зависимости отъ его произвола во всѣ стадіи своего теченія и всегда можетъ быть прекращено примиреніемъ тяжущихся сторонъ. Ко второй категоріи относятся такія пре ступленія, преслѣдованіе которыхъ, разъ начатое по жалобѣ частнаго лица, не можетъ быть прекращено по ето желанію.

По нОвому Уголовному Уложенію дѣленіе преступныхъ дѣяній ближе всего подходитъ къ дѣленію французскому, т, е точно также основывается на тяжести наказанія. Ст. 3 говоритъ :

"Преступныя дѣянія, за которыя въ законѣ опредѣлены, какъ высшее наказаніе, смертная казнь, каторга или ссылка на поселеніе, именуются т я ж к и м и п р е с т у п л е н і я м и .

Преступныя дѣянія, за которыя въ законѣ опредѣлены, какъ высшее наказаніе, заключеніе въ исправительномъ

домѣ, крѣпости или тюрьмѣ, именуются п р е с т у п л е н і я м и .

Преступныя дѣянія, за которыя въ законѣ опредѣлены, какъ высшее наказаніе, аресть или денежная пеня, именуются п р о с т у п к а м и ".

Принятую редакторами Новаго Уложенія терминологію, нельзя признать удачной: второй разрядъ преступныхъ дѣяній обозначается терминомъ, заключающимъ въ себѣ родовое понятіе по отношенію къ первому разряду. Какъ будто-бы тяжкое преступленіе не есть преступленіе , и наоборотъ. Такимъ образомъ, суду, напримѣръ, придется признавать, что убійство есть не преступленіе, а - тяжкое преступленіе, что звучитъ очень странно. Очевидно, въ терминѣ, обозначающій преступное дѣяніе второго разряда, нужно было - бы ввести также прилагательное : если преступное дѣяніе перваго разряда есть тяжкое преступленіе, то преступное дѣяніе второго разряда нужно было - бы назвать нетяжкимъ преступленіемъ.

В. (СОСТАВЪ ПРЕСТУПЛЕНІЯ).

Подъ именемъ состава преступленія разумѣется совокупность признаковъ, образующихъ понятіе преступленія. Терминъ "corpus delicti" , мы находимъ еще у Фаринаріуса въ его сочиненіи по уголовному праву 1581 г.? "Variae quaestiones et com. opiniones. Но до конца XVIII в. значеніе этого термина было чисто процессуальное : имъ обозначали сумму тѣхъ внѣшнихъ признаковъ, по которымъ можно заключить о дѣйствительномъ совершеніи преступнаго

дѣянія, короче- совокупность вещественныхъ уликъ. Съ конца прошлаго вѣка нѣмецкіе криминалисты подъ терминомъ "corpus delicti" разумѣютъ не только вещественныя улики, но и самое внѣшнее дѣйствіе, посредствомъ котораго преступникъ выполнилъ свое намѣреніе.Наконецъ, у криминалистовъ нынѣшняго столѣтія данный терминъ сталъ обозначать сумму признаковъ преступленія,обнимая собою какъ внѣшнюю объективную его сторону, такъ и внутреннюю субъективную.

Составъ преступленія раздѣляется на о б щ і й и о с о б е н н ы й . О б щ і й с о с т а в ъ преступленія есть совокупность тѣхъ условій,безъ которыхъ является вообще немыслимымъ никакое преступленіе,другими словами - с у м м а п р и з н а к о в ъ ,х а р а к т е р и з у ю щ и х ъ п р е с т у п л е н і е ,какъ п о н я т і е р о д о в о е .

Подъ о с о б е н н ы м ъ составомъ разумѣются п р и з н а к и ,с в о й с т в е н н ы е тому или д р у г о м у о т д ѣ л ь н о м у в и д у п р е с т у п л е н і й ,напр., признаки, образующіе понятіе убійства, воровство и т.д.Въ общей части уголовнаго права предметомъ анализа является, очевидно, только общій составъ преступленія.

Кромѣ раздѣленія состава преступленія на общій и особенный, мы встрѣчаемъ въ наукѣ немало еще другихъ дѣленій состава, но ни одно изъ нихъ не выдерживаетъ критики.Такъ, напр., неудачно раздѣленіе признаковъ преступл

нія на существенные (essentialia) и несущественные (accidentalia) или случайные. Это раздѣленіе у весьма немногихъ ученыхъ представляется мнѣ явно противорѣчащимъ логикѣ. Въ самомъ дѣлѣ, свойство, составляющее одинъ изъ признаковъ извѣстнаго понятія, не можетъ быть по отношенію къ послѣднему несущественнымъ, такъ какъ признакомъ понятія мы можемъ признать лишь то, безъ чего оно немыслимо, что является его необходимою составною частью. Поэтому, выраженіе "признакъ несущественный" содержитъ въ себѣ, очевидно, внутреннее противорѣчіе, называемое въ логикѣ contradictio in adjecto. Изъ нашихъ криминалистовъ Спасовичъ, принимая указанное раздѣленіе признаковъ на существенные и несущественные, приводитъ слѣдующій примѣръ: "въ случаѣ убійства, говоритъ онъ, тѣлесное поврежденіе убитаго есть признакъ существенный, но совершено ли это ножемъ, топоромъ, палкой, нанесены ли удары по груди или по головѣ - это несущественныя черты въ преступленіи". Изъ это видно, что Спасовичъ разсматриваетъ, какъ несущественные признаки преступленія, просто фактическія обстоятельства, не имѣющія ничего общаго съ тѣми отвлеченными признаками, которые мы называемъ составомъ преступленія. Вотъ къ какой путаницѣ ведетъ установленное германской наукой раздѣленіе признаковъ на существенные и несущественные.

Перейдемъ къ анализу отдѣльныхъ элементовъ, которые необходимо предполагаются въ общемъ понятіи преступленія. Это, во 1-хъ, совершитель, иначе субъектъ преступ-

пленія ; во 2-хъ, его объектъ и въ 3-хъ, самое преступное дѣяніе.

Г Л А В А II.

С У Б Ъ Е К Т Ъ П Р Е С Т У П Л Е Н І Я .

I . ФИЗИЧЕСКОЕ ЛИЦО, КАКЪ ЕДИНСТВЕННО ВОЗМОЖНЫЙ СУБЪЕКТЪ ПРЕСТУПЛЕНІЯ.

Субъектомъ преступленія можетъ быть, несомнѣнно, только человѣкъ: юридическія обязанности могутъ лежать только на лицѣ, а, слѣдовательно, только лицо и можетъ явиться ихъ нарушителемъ; .Какъ ни проста эта истина, но всеобщее убѣжденіе въ ней составляетъ достояніе лишь новѣйшихъ временъ.

Въ Аѳинахъ суду эфоровъ подлежали убійства, совершаемыя не только животными, но и предметами неодушевленными. Наказаніе послѣднихъ состояло въ томъ, что жрецы торжественно выбрасывали ихъ за предѣлы священной аѳинской земли. Затѣмъ, исторія среднихъ вѣковъ представляетъ множество примѣровъ суда и смертныхъ казней надъ животными; особенно богата такими случаями французская практика XУ в.; животныя являлись обвиняемыми не только въ такомъ преступленіи, какъ убійство, увѣчье, но и въ преступленіяхъ противъ религіи. Въ тѣхъ случаяхъ, когда подсудимыя не могли явиться на судъ лично, и приговоръ не подлежалъ непосредственному выполненію, дѣло разбиралось судами духовными; сюда относятся многочисленные процессы противъ насѣкомыхъ и другихъ животныхъ, наносившихъ вредъ земледѣлію. Такъ, въ Валенціи произошла-

ся въ 1585 г. судъ надъ гусеницами, которыя были преданы анаѳемѣ. Примѣры подобныхъ процессовъ мы встрѣчаемъ въ католическихъ странахъ даже въ началѣ прошлаго вѣка. Только съ половины XVIII вѣка въ обществѣ укоренилась доктрина, что субъектомъ преступленія можетъ - быть только лицо, но отнюдь не животное.

Но въ сферѣ правовыхъ отношеній фигурируютъ, кромѣ физическихъ лицъ, еще лица юридическія. Отсюда естественно возникаетъ вопросъ, могутъ - ли такія лица совершать преступленія ? Уголовная реакція можетъ быть направлена, очевидно, только противъ личности реальной, противъ лица, способнаго мыслить, чувствовать и желать; лицо же юридическое представляетъ нѣчто иное, какъ фикцію, созданную лишь для извѣстныхъ отношеній, принадлежащихъ къ сферѣ гражданскаго права. Фиктивная воля юридическаго лица мыслима только по отношенію къ тѣмъ дѣйствіямъ, которыя входятъ въ область опредѣленную для него закономъ ; наконецъ, юридическое лицо лишено дѣеспособности, оно можетъ дѣйствовать лишь посредствомъ представляющихъ его физическихъ лицъ, совершеніе же преступнаго дѣйствія черезъ представителей является совершенно невозможнымъ. Ясно, поэтому, что юридическое лицо не можетъ быть субъектомъ преступленія. Члены корпораціи, совершая какое нибудь наказуемое правонарушеніе, дѣйствуетъ не въ качествѣ юридическаго лица, но какъ простая совокупность лицъ физическихъ. Начало

безотвѣтственности юридическихъ лицъ безусловно признано въ новѣйшее время не только теоріей, но и положительными законодательствами; признаніе ихъ субъектами преступленія возможно было лишь въ средніе вѣка вслѣдствіе неправильнаго примѣненія принциповъ гражданскаго права въ сферѣ права уголовнаго. Такъ Генрихъ XII въ 1312 г. постановилъ обвинительный приговоръ противъ итальянскихъ всѣхъ городовъ, какъ юридическихъ лицъ, у насъ въ эпоху судебниковъ и уложенія мы встрѣчаемъ также не мало примѣровъ уголовной отвѣтственности цѣлыхъ городовъ и селеній, гдѣ укрывались воры и разбойники. Наши современные законы хотя и не формулируютъ общаго начала безотвѣтственности юридическихъ лицъ, какъ таковыхъ, однако, имѣютъ много частныхъ постановленій, изъ которыхъ можно видѣть признаки того же начала. Такъ, по ст. 1198, за нарушеніе постановленій о торговыхъ обществахъ и компаніяхъ отвѣчаютъ отдѣльные члены общества и правленій, но не общества, какъ юридическія лица.

2. В М Ѣ Н Я Е М О С Т Ь.

I. ПСИХИЧЕСКІЯ СВОЙСТВА, НЕОБХОДИМЫЯ ДЛЯ ВМѢНЯЕМОСТИ.

Итакъ, субъектомъ преступнаго дѣянія, заслуживающаго уголовной реакціи, можетъ быть только лицо физическое. Но и такое лицо далеко не всегда можетъ подлежать отвѣтственности за совершенное имъ преступленіе. Для признанія субъекта отвѣтственнымъ за данное преступ

ное дѣяніе требуются извѣстныя субъективныя условія, которыя предполагаютъ необходимо извѣстное психическое состояніе преступника. Такое состояніе, составляющее conditio sine qua non для признанія субъекта отвѣтственнымъ, или, говоря технически, для вмѣненія, такое состояніе называется обыкновенно в м ѣ н я е м о с т ь ю . Спрашивается, какія же психическія свойства необходимы для вмѣняемости ?

По господствующей доктринѣ для вмѣняемости необходимо, чтобы субъектъ обладалъ свободной волей. Но такая доктрина рѣшительно должна быть отвергнута въ виду изложенныхъ мною раньше психологическихъ данныхъ. Человѣческая воля, какъ я старался убѣдить васъ, никогда не бываетъ свободной; очевидно, поэтому, что указанная теорія требуетъ для вмѣняемости такихъ условій, которымъ удовлетворить никто не можетъ. Съ правильной точки зрѣнія вмѣняемость сводится къ способности человѣка, на которую я указалъ раньше, какъ на источникъ доктрины индетерминистовъ, т.е. къ присущей намъ способности подвергать критической оцѣнкѣ наши хотѣнія и подавлять тѣ изъ нихъ которыя осуждаются разумомъ.

Что субъектъ, не обладающій такою способностью не можетъ подлежать уголовной карѣ за совершенное имъ преступное дѣйствіе - это представляется несомнѣннымъ. Въ самомъ дѣлѣ, подобные преступники, съ одной стороны, никогда не вызываютъ въ обществѣ чувства возмездія, явля-

ясь жертвами своихъ психическихъ дефектовъ, съ другой же стороны, по отношенію къ субъектамъ данной категоріи уголовный законъ, очевидно, не могъ бы имѣть ни малѣйшей сдерживающей силы ; человѣка, неспособнаго подавлять въ себѣ неразумныя хотѣнія, никакая угроза не удержитъ отъ реализаціи возникшей въ немъ преступной воли. Ясно, поэтому, что для субъектовъ, лишенныхъ указанной способности, невозможно установить наказанія ни во имя устраненія частной мести, ни во имя общаго предупрежденія деликтовъ.

При ближайшемъ анализѣ необходимой для вмѣняемости психической способности легко видѣть, что она представляетъ слѣдующія элементы :

1) Извѣстную степень развитія интеллекта. При совершенной неразвитости интеллектуальныхъ силъ критическое отношеніе къ волѣ является, конечно, безусловно невозможнымъ.

2) Пріобрѣтенный человѣкомъ навыкъ управлять своими чувствами и представленіями. Всѣ волевые феномены, какъ мы видѣли, обусловливаются психическими явленіями -представленіями и чувствованіями. Понятно, поэтому, что человѣкъ можетъ подавлять возникшее въ немъ хотѣніе лишь посредствомъ борьбы съ тѣми чувствованіями и мысленными представленіями, отъ которыхъ его хотѣніе зависитъ.

Вмѣняемость разсматривается совершенно справедли-

во, какъ обыкновенное нормальное состояніе лица. Но слѣдуетъ замѣтить, что это не можетъ оправдывать существованія въ процессѣ юридической презумпціи вмѣняемости (praesumptio imputabilitatis.) въ силу которой подсудимый долженъ быть признанъ способнымъ къ вмѣненію всякій разъ, когда нѣтъ несомнѣнныхъ доказательствъ противнаго. Такая презумпція, безусловно господствующая въ дѣлопроизводствѣ слѣдственномъ, въ наше время уже не допускается; по началамъ современнаго процесса состояніе вмѣняемости должно быть положительно доказано и при всякомъ сомнѣніи въ томъ, что субъектъ обладалъ необходимыми для вмѣненія психическими свойствами, судъ долженъ признавать невмѣняемость и освобождать подсудимаго отъ наказанія. Вопросъ о вмѣняемости разрѣшается, такимъ образомъ, по тѣмъ же правиламъ, какія имѣютъ силу и при констатированіи другихъ элементовъ, входящихъ въ общій вопросъ о виновности. Въ нашихъ судебныхъ уставахъ прямо формулировано то начало, что всякое сомнѣніе должно быть истолковано въ пользу подсудимаго; при существованіи такого начала не можетъ быть и рѣчи о презумпціи вмѣняемости.

Многіе германскіе криминалисты, какъ напр., Абеггъ, Миттермайеръ, допускаютъ существованіе между вмѣняемостью и невмѣняемостью особаго переходнаго состоянія, которое они обозначаютъ терминомъ уменьшенной вмѣняемости (

.Но противъ этого еще Гейбъ замѣтилъ, что такое состояніе точно также немыслимо

какъ и нѣчто среднее между жизнью и смертью. Дѣйствительно, въ каждомъ конкретномъ случаѣ мы можемъ допустить только два положенія, или что субъектъ совершилъ преступленіе въ состояніи вмѣняемости, или что онъ дѣйствовалъ въ состояніи діаметрально-противоположномъ. Говоря объ уменьшеніи вмѣняемости криминалисты имѣютъ въ виду случаи, когда субъектъ ,несомнѣнно, подлежитъ уголовной отвѣтственности, заслуживая только сравнительно болѣе легкаго наказанія; но здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ уменьшенной вмѣняемостью, а съ низшей степенью виновности. Такимъ образомъ, между вмѣняемостью и невмѣняемостью не можетъ - быть ничего средняго. Разсмотримъ тѣ причины, которыя дѣлаютъ субъекта неспособнымъ къ уголовной отвѣтственности за его дѣйствія, иными словами, причины, порождающія невмѣняемость.

II. ПРИЧИНЫ, ИСКЛЮЧАЮЩІЯ ВМѢНЯЕМОСТЬ.

Обстоятельства, обусловливающія такое состояніе могутъ быть сведены къ двумъ группамъ : къ первой группѣ относятся тѣ, въ виду которыхъ мы признаемъ сомнительнымъ, даже немыслимымъ, чтобы субъектъ пріобрѣлъ способность относиться критически къ своимъ хотѣніямъ и подавлять ихъ, когда они осуждаются его разумомъ; ко второй же группѣ принадлежатъ тѣ условія, при которыхъ субъектъ хотя и пріобрѣлъ указанную способность, но утрачиваетъ ее или навсегда, или временно.

А). Къ обстоятельствамъ первой группы должно отнести : а) малолѣтство, в) глухонѣмоту и с) идіотизмъ,

а) М А Л О Л Ѣ Т С Т В О .

Только путемъ медленнаго постепеннаго процесса человѣкъ достигаетъ сознанія собственнаго "Я" и явленій внѣшняго міра; еще позднѣе развивается въ немъ способность контролировать воле вые импульсы, способность, которая составляетъ, какъ мы видѣли необходимое условіе вмѣненія. Когда же спрашивается, къ какому именно сроку субъектъ достигаетъ психической зрѣлости, которая необходима для уголовной отвѣтственности за преступленія ? Наблюденія говорятъ намъ, что зрѣлость наступаетъ у одного раньше, а у другого позже; все зависитъ здѣсь съ одной стороны отъ натуры, отъ организма человѣка, а съ другой отъ внѣшнихъ условій , отъ среды, его окружающей.

Такимъ образомъ, невозможно вообще опредѣлить точно тотъ моментъ, съ котораго субъектъ начинаетъ подлежать юридической отвѣтственности за свои дѣйствія. Но отсюда, однако, вовсе не слѣдуетъ, чтобы законодатель, какъ требуютъ многіе криминалисты, долженъ былъ совершенно отказаться отъ всякихъ нормъ по отношенію къ возрасту, вполнѣ предоставивъ суду рѣшать въ каждомъ конкретномъ случаѣ, находился ли субъектъ въ состояніи вмѣняемости или нѣтъ. Прежде всего существуетъ возрастъ, когда субъектъ не можетъ обладать способностью ко вмѣненію ни въ какомъ случаѣ; такъ, немыслимо, чтобы ребенокъ 5 - 6 лѣтъ уже обладалъ необходимыми для вмѣненія психическими свойствами. Для того, чтобы дѣти такого возраста не могли быть

напрасно привлекаемы къ суду, законодатель, очевидно, долженъ опредѣлить срокъ до котораго невмѣняемость является безусловно достовѣрною, другими словами – до котораго она должна составлять praesumptio iuris et de iure.

Затѣмъ, необходимо опредѣлить возрастъ, въ которомъ невмѣняемость является не достовѣрною, а только болѣе или менѣе вѣроятной. Для такого возраста должна быть также установлена презумпція невмѣняемости, но уже не безусловная, а требующая особаго анализа въ каждомъ данномъ случаѣ и теряющая по отношенію къ подсудимому свою силу, какъ скоро судъ убѣждается въ противномъ, короче- здѣсь должна быть praes. iuris. Наконецъ, законъ долженъ опредѣлить и ту эпоху, когда, хотя вопросъ о вмѣняемости и разрѣшается по общимъ правиламъ, но субъектъ по своей неопытности и склонности къ увлеченію, заслуживаетъ меньшей мѣры наказанія.

Такимъ образомъ, необходимо разграничить три періода а) невмѣняемости безусловной, в) невмѣняемости относительной или наконецъ с) періодъ смягченія наказанія. Опредѣленію границъ между указанными эпохами должно быть основано на антропологическихъ наблюденіяхъ, которыя въ разныхъ государствахъ приводятъ къ различнымъ результатамъ, благодаря различію климатическихъ, культурныхъ и соціальныхъ условій, вліяющихъ на развитіе человѣческой

личности. Ясно, поэтому, насколько несостоятельна, такъ называемая система климатическихъ періодовъ, которая требуетъ раздѣленія юныхъ возрастовъ во всѣхъ государствахъ на слѣдующія эпохи: первая до 7 лѣтъ, вторая отъ 7 до 14 лѣтъ, а третья отъ 14 до 21 года. Защитники этой системы основываются на томъ положеніи, будто организмъ человѣка черезъ каждые 7 лѣтъ совершенно перерождается, - положеніи, не имѣющемъ за себя научныхъ доказательствъ.

Обращаясь къ разрѣшенію разсматриваемаго вопроса въ кодексахъ нынѣшняго столѣтія, мы встрѣчаемъ 4 различныя системы : 1), Система французская, усвоенная нѣкоторыми кодексами нѣмецкими (прусскимъ 1851 г., баварскимъ 1861 г.), устанавливаетъ только одну эпоху, именно, эпоху относительной невмѣняемости, предѣломъ которой является достиженіе 16 лѣтъ. О всякомъ подсудимомъ, недостигшемъ 16-ти лѣтняго возраста судъ обязанъ ставить особый вопросъ: сознательно, или нѣтъ, совершилъ онъ преступленіе ? Если такой преступникъ дѣйствовалъ безъ разумѣнія, то судъ хотя и не подвергаетъ его наказанію, но можетъ, если найдетъ нужнымъ, отослать его въ исправительное заведеніе для малолѣтнихъ. Въ случаѣ же сознательнаго совершенія преступленія, подсудимый подлежитъ наказанію, которое можетъ состоять лишь въ тюремномъ заключеніи. Главные недостатки французской системы заключаются въ слѣдующемъ : а) французскій кодексъ не устанавливаетъ періода безусловной невмѣняемости,

вслѣдствіе чего къ суду могутъ быть привлекаемы дѣти самаго нѣжнаго возраста; дѣйствительно, во Франціи были случаи появленія на скамьѣ подсудимыхъ дѣтей моложе 5 лѣтъ; в) подсудимый 16 лѣтъ по французскому праву подлежитъ уже точно такой же отвѣтственности, какъ и человѣкъ вполнѣ сформировавшійся, что, очевидно, не можетъ быть признано раціональнымъ.

2) Законодательство англійское, а также кодексы - баварскій 1813 г. ольденбургскій 1814 г., саксонскій 1855 г. и, наконецъ, обще-германскій 1871 г., - всѣ эти кодексы раздѣляютъ юный возрастъ на два періода а) невмѣняемости безусловной и б) невмѣняемости относительной, не допуская, такимъ образомъ, подобно французскому праву послѣ возраста, предполагающаго безотвѣтственность, уже никакого смягченія въ наказаніи по юности преступника.

3) Затѣмъ, третій разрядъ составляютъ тѣ кодексы, которые послѣ періода безусловной невмѣняемости устанавливаютъ непосредственно эпоху, требующую смягченія наказаній. Сюда относятся многіе германскіе кодексы : брауншвейгскій, саксонскій 1838 г. и австрійскій.

4) Наконецъ, законодательства, гессенское, баденское, нассауское принимаютъ вполнѣ раціональное дѣленіе юнаго возраста на три эпохи : а) невмѣняемость безусловная, в) невмѣняемость относительная и с) смягченіе карательныхъ мѣръ.

Такая система существовала еще въ римскомъ правѣ, которое различало между малолѣтними : infantes impuberes.

minores. Къ первымъ относились сначала младенцы, не умѣвшіе говорить, qui fari non possunt), а впослѣдствіи всѣ дѣти до 7 лѣтъ: infantes не подлежали ни въ какомъ случаѣ отвѣтственности за свои дѣйствія. Затѣмъ, impu eres, т.е. мальчики до 14 лѣтъ и дѣвочки до 12 лѣтъ были гарантированы презумпціей невмѣняемости, которая теряла силу, какъ скоро судья убѣждался, что такой малолѣтній дѣйствовалъ сознательно cum ejus intellectu. Наконецъ, къ minores относились лица, не достигшіе 18 лѣтъ — это возрастъ смягченія наказанія.

Въ нашемъ правѣ первыя постановленія относительно вліянія возраста на вмѣненіе, мы встрѣчаемъ лишь въ указѣ сената 1742 г., который былъ изданъ по слѣдующему поводу. Контора Екатеринбургскихъ земскихъ дѣлъ, разсмотрѣвъ дѣло объ убійствѣ 14-лѣтнею дѣвочкою двухъ крестьянскихъ дѣтей, обратилась по этому дѣлу къ Генералъ-Берръ-Директоріуму съ вопросомъ: не найдетъ ли онъ возможнымъ, чтобы дѣвочка была подвергнута лишь наказанію лозами и ссылкѣ въ дѣвичій монастырь, такъ какъ убійство совершено ею по младоумію. Директоріумъ передалъ этотъ вопросъ на разсмотрѣніе Сената, вслѣдствіе чего въ 1742 г. появился сенатскій указъ, по которому подсудимые до 17-ти лѣтняго возраста не могутъ подлежать ни пыткѣ, ни сѣченію кнутомъ, ни смертной казни. Затѣмъ, въ царствованіе Екатерины, преступленія, совершаемыя малолѣтними, были отнесены къ вѣдомству особаго совѣстнаго суда, которымъ долженъ былъ руководиться при назначеніи наказа-

нія началами человѣколюбія и снисходительности. Позднѣе появилась масса спеціальныхъ постановленій относительно отвѣтственности малолѣтнихъ преступниковъ; постановленія эти систематизированы были въ Сводѣ Законовъ и въ такомъ видѣ перешли въ уложеніе 1845 г. Затѣмъ, они подверглись значительнымъ измѣненіямъ на основаніи Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта.

Наше дѣйствовавшее до 2-го іюня 1897 г. право различаетъ слѣдующіе 5 періодовъ юнаго возраста : 1) до 7 лѣтъ; 2) отъ 7 до 10; 3) отъ 10 до 14; 4) отъ 14 до 17, 5) отъ 17 до 21 года. По ст. 94"дѣти,не достигшія 7 лѣтъ, какъ не имѣющія яснаго понятія о своихъ дѣйствіяхъ, не подвергаются наказанію за свои преступленія и проступки,но отдаются родителямъ,опекунамъ и родственникамъ для вразумленія и наставленія ихъ впослѣдствіи".

То же начало уголовной безотвѣтственности установлено и относительно второго періода,т.е. для дѣтей отъ 7 до 10 лѣтъ."Дѣти,которымъ болѣе 7 ,но менѣе 10 лѣтъ, гласитъ ст. 137, не подвергаются опредѣленному въ законахъ наказанію, а отдаются родителямъ или благонадежнымъ родственникамъ для домашняго исправленія".Что домашнее исправленіе не считается по нашимъ законамъ карательной мѣрой,это видно изъ статьи 145, по которой рецидивъ считается возможнымъ лишь для дѣтей старше 10 лѣтъ. Такимъ образомъ, нельзя не признать, что дѣленіе возраста до 10 лѣтъ на два періода является совершенно безцѣльнымъ, такъ какъ второй періодъ ничѣмъ не отли-

чается отъ перваго.

Нельзя не указать по этому поводу на мнѣніе профессора Кистяковскаго.Въ статьѣ своей"Постановленія русскаго уголовнаго права о молодомъ возрастѣ по отношенію къ вмѣненію(Юрид.В. 1881 г. N -9) на стр.8 онъ говоритъ:" "положеніе малолѣтнихъ не достигшихъ 10 лѣтъ,совершившихъ преступленіе, - остается въ нашемъ отечествѣ совершенно необезпеченнымъ и послѣ того, какъ исправленіе малолѣтнихъ признано закономъ единственно надежнымъ способомъ обезпеченія общества отъ развитія среди населенія преступности съ малолѣтства,и послѣ того, какъ изданъ законъ объ исправительныхъ пріютахъ. Малолѣтніе этого возраста поставлены въ худшее положеніе, чѣмъ малолѣтніе слѣдующихъ болѣе позднихъ возрастовъ,для которыхъ, въ случаѣ совершенія ими преступленій, законъ ввелъ исправительное воспитаніе въ общественныхъ заведеніяхъ въ земледѣльческихъ колоніяхъ и ремесленныхъ пріютахъ. Малолѣтнихъ преступниковъ до 10 лѣтъ законъ повелѣваетъ отдаватьродителямъ,родственникамъ или опекунамъ.Но что если нѣтъ ни родителей, ни родственниковъ?Отдать опекунамъ?Но кому неизвѣстно, что опекуны любятъ богатыя опѣки надъ имуществомъ, а не опеку надъ личностью пролетарія дитяти, да еще и преступнаго. Что, если родители, родственники принадлежатъ сами, какъ это въ этихъ случаяхъ по самымъ точнымъ свѣдѣніямъ большей частью и бываетъ,къ тѣмъ личностямъ,которыя способны развращать, а не исправлять своихъ дѣтей?Далѣе, спѣшите начать вос-

питаніе и исправленіе ребенка не тогда, когда онъ съ разумѣніемъ совершаетъ преступленіе, какъ того нашъ законъ требуетъ а тогда, когда онъ еще не доразвился до этого". По этимъ то соображеніямъ слѣдуетъ признать теоретически правильнымъ и практически неизбѣжно-необходимымъ обязательность для общества примѣненія воспитательныхъ мѣръ къ малолѣтнимъ, совершающимъ преступленіе въ возрастѣ до 10 лѣтъ. Рѣшеніе вопроса о необходимости примѣненія этихъ мѣръ, въ каждомъ данномъ случаѣ и должно быть отнесено къ вѣдомству суда въ томъ же порядкѣ, въ какомъ установлено производство изслѣдованія и прекращенія дальнѣйшаго производства.

Относительно преступниковъ отъ 10- 14 лѣтъ Уложеніе предписываетъ суду въ каждомъ данномъ случаѣ ставить особый вопросъ: съ разумѣніемъ ли подсудимый совершилъ преступное дѣяніе или безъ разумѣнія ? Въ случаѣ, если этотъ вопросъ будетъ разрѣшенъ утвердительно, то виновный, хотя и подлежитъ уголовной отвѣтственности, но по особымъ правиламъ: онъ подвергается наказанію на основаніи ст. 138, по которой каторжныя работы замѣняются ссылкою въ Сибирь на поселеніе, а ссылка на поселеніе, лишеніе особыхъ правъ и преимуществъ и отдача въ арестантскія роты замѣняются заключеніемъ въ монастырѣ или въ смирительномъ домѣ. Если же судъ признаетъ, что малолѣтній отъ 10 до 14 лѣтъ дѣйствовалъ безъ разумѣнія, то по ст. 137 онъ назначаетъ лишь мѣру дисциплинарную: домашнее исправленіе.

Подсудимые, достигшіе 14-ти лѣтняго возраста, разсматривались по уложенію 1845 -1857 г., настолько же способными ко вмѣненію, какъ и взрослые. Но, комиссія, составлявшая проектъ устава уголовнаго судопроизводства, справедливо нашла эту точку зрѣнія несостоятельной и въ ст. 759 устава уголовнаго судопроизводства установила правило, по которому судъ, о каждомъ подсудимомъ, не достигшемъ 17 лѣтъ, долженъ ставить вопросъ, совершилъ ли онъ его съ полнымъ разумѣніемъ или нѣтъ; несовершеннолѣтній возрастъ былъ раздѣленъ на два періода: отъ 14 до 17 и отъ 17 до 21 года. По ст. 137 подсудимые отъ 14 до 17 лѣтъ, дѣйствовавшіе безъ полнаго разумѣнія, подвергаются или наказанію по ст. 138 наравнѣ съ малолѣтними отъ 10 - 14 л, дѣйствовавшими съ разумѣніемъ, или по усмотрѣнію суда отдачѣ въ исправительные пріюты, гдѣ таковые будутъ устроены, а гдѣ ихъ нѣтъ, то тюремному заключенію на время не свыше 1 года и 4 мѣсяцевъ съ тѣмъ, чтобы такіе виновные содержались отдѣльно отъ несовершеннолѣтнихъ. Если же будетъ признано, что такой преступникъ дѣйствовалъ съ полнымъ разумѣніемъ, то онъ подвергается наказанію по ст. 139, какъ и преступники отъ 17 до 21 года. Такимъ образомъ, мѣра отвѣтственности подсудимыхъ отъ 14 до 17 лѣтъ зависитъ по нашимъ законамъ отъ того, совершено ли преступленіе съ полнымъ разумѣніемъ или же "безъ полнаго разумѣнія". Но такой законъ нельзя не признать крайне неудачнымъ. Полное разумѣніе, т.е. ясное сознаніе дѣйствія и его

результатовъ есть необходимое условіе вмѣняемости и отсутствіе этого условія должно вести не къ смягченію, а къ полной ненаказуемости преступника. Слѣдовательно, отсутствіе указанныхъ условій должно имѣть послѣдствіемъ полную ненаказуемость.

Наконецъ, подсудимые отъ 17 до 21 года подлежатъ тѣмъ же наказаніямъ, какъ и взрослые, съ нѣкоторыми, однако, же смягченіями. По ст. 139 безсрочныя каторжныя работы замѣняются срочными на 20 лѣтъ; срочныя же сокращаются на одну треть. Такія же смягченія для несовершеннолѣтнихъ устанавливаетъ для даннаго періода и ст. 142 по отношенію къ исправительнымъ наказаніямъ, которыя уменьшаются на одну или же, по усмотрѣнію суда, на двѣ степени ; во всякомъ случаѣ здѣсь не можетъ быть лишенія всѣхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ (140 ст. получила окончательную редакцію 28 октября 1882 года). Относительно освобожденія ихъ отъ смертной казни и замѣнѣ ея какимъ-нибудь другимъ наказаніемъ Уложеніе не говоритъ ничего, но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, какъ полагаютъ Лохвицкій и Таганцевъ, чтобы нашъ законъ признавалъ примѣнимой смертную казнь и къ несовершеннолѣтнимъ. По ст. 136 несовершеннолѣтніе должны подлежать во всякомъ случаѣ уменьшенной наказуемости. Отрицать это мнѣніе мы не имѣемъ, тѣмъ болѣе права, что въ ст. 192 Воинскаго Устава сказано, что смертная казнь замѣняется для несовершеннолѣтнихъ заключеніемъ въ крѣпость.

Надо замѣтить, что установляя дѣленіе юнаго возраста на пять періодовъ, система Уложенія представляетъ совершенно излишнюю сложность, которая ведетъ только къ постояннымъ затрудненіямъ въ судебной практикѣ. Затѣмъ, нельзя, не замѣтить, что опредѣленіе границъ отдѣляющихъ одну эпоху возраста отъ другой, сдѣлано совершенно произвольно, вслѣдствіе чего не соотвѣтствуетъ ни климатическимъ, ни соціальнымъ условіямъ нашей жизни.

Уставомъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, различаются три періода : 1) до 10 лѣтъ, 2) отъ 10 до 14 лѣтъ и 3) отъ 14 до 17 лѣтъ. Малолѣтніе, недостигшіе 10 лѣтъ, не подвергаются никакому наказанію ((ст. 10). Уголовной отвѣтственности не подлежатъ и преступники отъ 10 до 14 лѣтъ, но мировой судья по своему усмотрѣнію (ст. 11) имѣетъ право отсылать ихъ къ родителямъ, родственникамъ и опекунамъ для домашняго наказанія и исправленія.

Лица отъ 14 до 17 лѣтъ, подвергаются наказаніямъ въ половинномъ размѣрѣ (ст. 11). Хотя, постановленія Устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, объ этомъ предметѣ представляютъ значительное упрощеніе сравнительно съ кодексомъ, но за то уничтоженіе періодовъ относительной невмѣняемости и замѣна наказаній сдѣланы, очевидно, ко вреду системы.

Законъ 20-го Мая 1892 года о малолѣтнихъ преступникахъ въ Улож. о нак. Уголовн. и исправ. (изд. 1885 г.) сдѣлалъ слѣд. изм.:

1) Ст. 137 дополнилъ примѣчаніемъ такого содержанія:"малолѣтніе отъ 10 до 17 лѣтъ,совершившіе преступленія, за которыя въ законѣ опредѣлены уголовныя и исправительныя наказанія,указанныя въ ст. 17 и п. 1- Уст. 30 сего Уложенія,когда судомъ признано,что преступное дѣяніе учинено малолѣтнимъ безъ полнаго разумѣнія,могутъ быть отдаваемы въ исправительные пріюты (Уст. о нак.,нал.мир. с.,ст.5), гдѣ таковые устроены.

2) Ст. 138 дополнена слѣд. примѣчаніемъ :"наказанія, опредѣленныя для малолѣтнихъ, въ пунктахъ 1,2 и 3 ст.. могутъ быть замѣнены,по усмотрѣнію суда, отдачею въ исправит. пріюты (Уст. о нак.нал.мир. судьями,ст.6),гдѣ таковые устроены.Малолѣтніе могутъ быть отдаваемы въ пріюты и въ случаяхъ совершенія преступленій, указанныхъ въ п. 4-сей статьи, если положенныя за оныя наказанія не ниже заключенія въ тюрьмѣ (п. Уст. 30 сего Улож.).

Перейдемъ къ изложенію закона 2 іюня 1897 года.

Законъ 2-го іюня имѣетъ такое заглавіе:"Мнѣніе Госуд. Совѣта объ измѣненіи формъ и обрядовъ судопроизводства по дѣламъ о преступныхъ дѣяніяхъ малолѣтнихъ, а также законоположеній о ихъ наказуемости.

Изъ этого видно, что новый законъ заключаетъ въ себѣ не только правила,относящіяся къ матеріальному праву, но вмѣстѣ съ тѣмъ и постановленія процессуальныя. Мы остановимся,главнымъ образомъ, на первыхъ.

По новому закону юный возрастъ дѣлится не на пять

періодовъ, какъ это было раньше, а на 4 періода: 1) до 10 лѣтъ, 2) отъ 10 до 14, 3) Отъ 14 до 17 и 4) отъ 17 до 21 года.

Ст. 137 въ новой редакціи начинается слѣд. словами: "дѣти, коимъ менѣе 10 лѣтъ отъ роду, не подвергаются судебному преслѣдованію и опредѣленному по законамъ наказанію". Такимъ образомъ, возрастъ до 10 лѣтъ является періодомъ невмѣняемости безусловной.

Относительно дѣтей отъ 10 до 14 лѣтъ на судѣ ставится особый вопросъ: дѣйствовалъ -ли субъектъ съ разумѣніемъ, или безъ разумѣнія. Такой-же вопросъ имѣетъ мѣсто и по отношенію къ преступникамъ отъ 14 до 17 лѣтъ, о которыхъ раньше у насъ ставился вопросъ, - совершено -ли преступленіе съ полнымъ или безъ полнаго разумѣнія. Очевидно, относительно разрѣшенія вопроса о вмѣняемости оба указанные періода могутъ быть соединены въ одну эпоху, - эпоху невмѣняемости относительной. Разница между этими періодами сводится лишь къ различію въ наказаніяхъ, которымъ подвергаются несовершеннолѣтніе въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ признаетъ, что они совершили преступное дѣйствіе съ разумѣніемъ. Въ силу ст. 138 въ новой ея редакціи преступники отъ 10 до 14 лѣтъ могутъ быть наказаны лишь отдачей въ исправит. пріюты, либо колоніи, или же заключены на время до 5 лѣтъ въ особыя помѣщенія, устроенныя при тюрьмахъ или домахъ для арестуемыхъ по приговорамъ миров. судей. Преступники-же отъ 14 до 17 лѣтъ на основ. ст. 139 заключаются въ тюрьму не болѣе, чѣмъ на 12

лѣтъ.

Относительно случаевъ, когда судъ находитъ, что подсудимые отъ 10 до 14 или отъ 14 до 17 дѣйствовали безъ разумѣнія, ст. 137 говоритъ:

""Несовершеннолѣтніе отъ 10 до 17 лѣтъ, признанные судомъ учинившими преступное дѣяніе безъ разумѣнія, отдаются подъ отвѣтственный надзоръ, по усмотрѣнію суда, или ихъ родителямъ или лицамъ, на попеченіи коихъ они состоятъ, или другимъ благонадежнымъ лицамъ, изъявившимъ на то согласіе. Если за учиненное преступное дѣяніе въ законѣ назначено наказаніе не ниже тюремнаго заключенія, то означенные несовершеннолѣтніе могутъ быть обращаемы въ исправит. пріюты, либо колоніи для несоверш. преступниковъ, гдѣ сіи заведенія устроены. Несовершеннолѣтніе отъ 14 до 17 лѣтъ въ случаѣ учиненія преступныхъ дѣяній, за которыя въ законѣ назначены уголовныя наказанія, обращаются по преимуществу въ исправит. пріюты или колоніи для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ. Въ случаѣ невозможности помѣстить послѣднихъ въ сіи исправительныя заведенія, они заключаются на срокъ, опредѣляемый судомъ, но не далѣе, какъ до наступленія 18-ти лѣтн. возраста, въ особыя помѣщенія, устроенныя для нихъ при тюрьмахъ или домахъ для арестуемыхъ, по приговорамъ миров. судей. Въ мѣстностяхъ, гдѣ исправит. пріюты или колоніи для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ не устроены, или въ случаѣ недоставка въ нихъ свободныхъ помѣщеній, несовершеннолѣтніе отъ 10 до 17 л; признанные судомъ учинившими преступное дѣяніе безъ

разумѣнія, вмѣсто обращенія ихъ въ особо устроенныя для нихъ при тюрьмахъ или домахъ арестуемыхъ по приговорамъ миров. судей помѣщенія могутъ -быть отдаваемы для исправленія на срокъ, опредѣляемый судомъ, но не далѣе, какъ до наступленія 18-лѣтняго возраста въ монастыри ихъ вѣроисповѣданія, если въ мѣстѣ производства дѣла имѣются такіе монастыри, и если по правиламъ, для нихъ установленнымъ, жительство въ нихъ постороннимъ лицамъ не воспрещено. Избраніе православныхъ монастырей для помѣщенія въ нихъ несовершеннолѣтнихъ производится по предварительномъ сношеніи съ мѣстными архіереями.

Въ процессуальной своей части новый законъ устанавливаетъ особую мѣру съ цѣлью гарантировать основательное разрѣшеніе вопроса относительно наличности у подсудимаго разумѣнія во время совершенія имъ преступнаго дѣйствія. Мѣра эта состоитъ въ томъ, что въ случаѣ возможнаго у суда сомнѣнія по вопросу о разумѣніи, а равно въ случаѣ требованія прокурора или родителей-засѣданіе суда можетъ потребовать въ судъ врачей, учителей и свидѣтелей

Остается указать новыя правила относительно преступниковъ отъ 17 до 21 г. По 139 ст. несовершеннолѣтніе отъ 17 до 21 года за учиненіе преступныхъ дѣяній, которыя лишно влекутъ за собою лишеніе всѣхъ правъ состоянія, подвергаются тѣмъ - же наказаніямъ, какъ и совершеннолѣтніе съ тою лишь разницей, что время работъ, къ коимъ они приговариваются, сокращаются на 1/3, а въ случаяхъ, когда слѣдовало - бы приговорить къ каторжнымъ работамъ безъ сро-

ка, - они приговариваются къ 20 годамъ.

Вотъ важнѣйшія правила, установленныя закономъ 2 іюня. Нельзя не признать, что онъ представляетъ значительный прогрессъ съ прежними постановленіями. Такъ : 1) уничтожено совершенно безцѣльное раздѣленіе возраста до 10 лѣтъ на 2 періода, что порождало постоянныя недоразумѣнія въ судебной практикѣ, 2) устранена возможность примѣненія уголовной кары къ несовершеннолѣтнимъ, дѣйствовавшимъ безъ полнаго разумѣнія. Дѣйствительно, неполное разумѣніе съ юридической точки зрѣнія можетъ быть вполнѣ приравнено къ отсутствію разумѣнія. Остается лишь пожалѣть, что новый законъ, какъ и прежній, требуетъ для вмѣняемости только извѣстной степени развитія интеллекта, совершенно игнорируя другое условіе, столь - же необходимое для вмѣненія, а именно -способность подавлять неразумное хотѣніе. Эта способность большею частью развивается параллельно съ интеллектомъ, но въ иныхъ случаяхъ запаздываетъ . 3) Законъ 2-го іюня проявляетъ большую заботливость о нравственномъ исправленіи юныхъ преступниковъ, предписывая помѣщать ихъ въ особыя исправительныя заведенія въ гораздо бо́льшемъ количествѣ случаевъ, нежели прежнія постановленія . 4) Наконецъ, новый законъ относится вообще гораздо снисходительнѣе къ юнымъ преступникамъ. Однако, онъ заставляетъ еще многаго желать. На вашъ взглядъ, заключеніе 14-ти лѣтняго преступника въ тюрьму на 12 лѣтъ является, во всякомъ случаѣ наказаніемъ чрезмѣрнымъ, какъ ни тяжко его преступленіе. Такъ - же чрезмѣрно наказаніе

20-ти лѣтней каторгой для юноши 17 лѣтъ.

Что касается Новаго Уголовнаго Уложенія, то и оно не устранило жестокости Уложенія о наказаніяхъ и закона 2 іюня 1897 года. Вопросу о малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ Нов.Уг. Ул. посвящаетъ 5 статей: 40 41,55,56 и 57.

Въ ст. 40 опредѣляется возрастъ для невмѣняемости абсолютной :

"Не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, учиненное малолѣтнимъ, не достигшимъ десяти лѣтъ".

Ст. 41 говоритъ о невмѣняемости относительной: "Не вмѣняется въ вину, преступное дѣяніе, учиненное несовершеннолѣтнимъ отъ 10 до 17 лѣтъ, который не могъ понимать свойства и значенія имъ совершаемаго или руководить своими поступками".

Такимъ образомъ, по Новому Уложенію относительно несовершеннолѣтнихъ отъ 10 до 17 лѣтъ судъ каждый разъ долженъ ставить вопросъ: могъ ли несовершеннолѣтній понимать свойство и значеніе имъ совершаемаго. Кромѣ того такой несовершеннолѣтній не подвергается наказанію не только когда не понималъ свойства совершаемаго, но и когда не могъ руководить своими поступками.

Далѣе, ст. 41 говоритъ: "Несовершеннолѣтніе сіи (отъ 10 до 17 лѣтъ) могутъ быть отданы подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или лицамъ, на попеченіи коихъ оно состоятъ, или другимъ благонадежнымъ лицамъ изъявившимъ на то свое согласіе, а въ случаѣ учиненія тяжкаго преступленія

могутъ быть помѣщены и въ воспитательно - исправительныя заведенія. Несовершеннолѣтніе отъ 14 до 17 лѣтъ, учинившіе тяжкія преступленія, обращаются по преимуществу въ воспитательно -исправительныя заведенія, а при невозможности помѣстить въ оныя - въ особо приспособленныя для несовершеннолѣтнихъ помѣщенія при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ. Несовершеннолѣтнія женскаго пола въ случаѣ невозможности помѣстить ихъ въ воспитательно-исправительныя заведенія, могутъ быть отданы въ женскіе монастыри ихъ вѣроисповѣданія,если по правиламъ, для сихъ монастырей установленнымъ, жительство въ нихъ постороннимъ лицамъ не воспрещено. Несовершеннолѣтніе, отданные въ воспитательно-исправительныя заведенія, или въ особо приспособленныя для нихъ помѣщенія при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ, или въ монастыри, не могутъ быть оставляемы въ сихъ заведеніяхъ, помѣщеніяхъ или монастыряхъ по достиженіи двадцати одного года".

Очевидно, эта статья очень близка къ статьѣ 137 дѣйствующаго уложенія въ томъ видѣ, какой она приняла послѣ закона 2-го Іюня 1897 года. Разница ихъ въ двухъ отношеніяхъ :1) По Новому Уложенію въ монастырь помѣщаются только лица женскаго пола и 2). Содержаніе въ исправительныхъ заведеніяхъ должно продолжаться до 21 года, а не до 18 лѣтъ, какъ по дѣйствующему уложенію.

Затѣмъ статьи 55,56 и 57 говорятъ о смягченіи наказа-

нія для малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ преступниковъ

Статья 55:"Несовершеннолѣтніе отъ десяти до семнадцати лѣтъ,коимъ учиненное ими преступное дѣяніе вмѣнено въ вину, подлежатъ : 1) несовершеннолѣтніе отъ 14 до 17 лѣтъ вмѣсто смертной казни или каторги безъ срока - заключенію въ тюрьмѣ на срокъ отъ восьми до двѣнадцати лѣтъ, а вмѣсто срочной каторги - заключенію въ тюрьмѣ на срокъ отъ трехъ до восьми лѣтъ;

2) несовершеннолѣтній отъ десяти до четырнадцати лѣтъ,вмѣсто смертной казни, каторги или ссылки на поселеніе, заключенія въ исправительномъ домѣ, крѣпости или тюрьмѣ, а несовершеннолѣтній отъ 14 до 17 лѣтъ, вмѣсто ссылки на поселеніе или заключенія въ исправительномъ домѣ, крѣпости или тюрьмѣ, - помѣщенію въ воспитательно-исправительное заведеніе;

3) несовершеннолѣтній отъ 10 до 17 лѣтъ,вмѣсто ареста или денежной пени, - внушенію отъ суда; если же судъ найдетъ, что проступки обращены несовершеннолѣтнимъ въ промыселъ или свидѣтельствуютъ о привычкѣ къ преступной дѣятельности, - помѣщенію въ воспитательно-исправительное заведеніе.

Въ случаѣ невозможности помѣстить несовершеннолѣтняго въ воспитательно-исправительное заведеніе: 1)признанный виновнымъ въ учиненіи тяжкаго преступленія или такого преступленія, за которое въ законѣ опредѣлено,какъ высшее наказаніе, заключеніе въ исправительномъ домѣ,можетъ быть заключенъ въ особо приспособленное для несо-

вершеннолѣтнихъ помѣщеніе при тюрьмѣ или арестномъ домѣ

2) признанный виновнымъ въ учиненіи преступнаго дѣянія менѣе, чѣмъ указанныя выше, важнаго, можетъ быть отданъ подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ, или лицамъ, на попеченіи коихъ онъ состоитъ, или другимъ благонадежнымъ лицамъ, изъявившимъ на то согласіе ; 3) несовершеннолѣтняя, можетъ быть отдана въ женскій монастырь ея вѣроисповѣданія, если по правиламъ, для сего монастыря установленнымъ, жительство въ немъ постороннимъ лицамъ не воспрещено.

Несовершеннолѣтніе, отданные въ воспитательно-исправительныя заведенія, или въ особо приспособленныя для нихъ помѣщенія при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ, или въ монастыри, не могутъ быть оставляемы въ сихъ заведеніяхъ, помѣщеніяхъ или монастыряхъ по достиженіи двадцати одного года.

Несовершеннолѣтній, признанный по силѣ пункта 2 первой части сей статьи подлежащимъ помѣщенію въ воспитательно-исправительное заведеніе, если ему во время обращенія приговора къ исполненію уже минуло восемнадцать лѣтъ, подлежитъ заключенію въ тюрьмѣ: при замѣнѣ ему ссылки на поселеніе или иного высшаго наказанія - на время не свыше пяти лѣтъ, а въ прочихъ случаяхъ - съ сокращеніемъ срока противу замѣняемаго наказанія не менѣе, какъ на половину.

Статья 56 : "Несовершеннолѣтніе отъ десяти до семнадцати лѣтъ не подлежатъ лишенію или ограниченію правъ, за

исключеніемъ несовершеннолѣтнихъ отъ четырнадцати до семнадцти лѣтъ, которымъ за учиненное ими тяжкое преступленіе смертная казнь или каторга безъ срока замѣнены, на основаніи пункта 1 первой части статьи 55, заключеніемъ въ тюрьмѣ. Къ симъ несовершеннолѣтнимъ примѣняются послѣдствія присужденія къ смертной казни и каторгѣ, указанныя въ статьяхъ 25; 28, 30, 31, 34 и 35".

Статья 57: "Для несовершеннолѣтнихъ отъ семнадцати до двадцати одного года:

1) смертная казнь замѣняется безсрочною каторгою;

2) безсрочная каторга замѣняется каторгою на пятнадцать лѣтъ;

3) сроки каторги и заключенія въ исправительномъ домѣ, крѣпости или тюрьмѣ сокращаются на одну треть;

4) лишеніе и ограниченіе правъ примѣняется только въ случаяхъ присужденія къ каторгѣ или къ ссылкѣ на поселеніе".

Итакъ мы видимъ, что постановленія Новаго Уложенія о малолѣтнихъ мало разнятся отъ постановленій закона 2-го Іюня 1897 года, такъ какъ и тѣ и другія составлены одними и тѣми же лицами.

в) Г Л У Х О Н Ѣ М О Т А .

Что касается глухонѣмоты, т.е. недостатка слуха и происходящей отъ того неспособности къ рѣчи, то этотъ органическій порокъ исключаетъ вмѣняемость безусловно только тогда, когда субъектъ страдаетъ имъ отъ рожденія или отъ дѣтства и не получилъ при этомъ надлежащаго вос-

питанія. Глухонѣмота,образовавшаяся въ тотъ періодъ, когда субъектъ достигъ уже достаточной зрѣлости,очевидно,сама по себѣ не можетъ уничтожить въ немъ способности ко вмѣненію.Равнымъ образомъ, и глухонѣмые отъ рожденія, или младенчества,благодаря усовершенствованной системѣ воспитанія,обладаютъ часто развитіемъ вполнѣ достаточнымъ для вмѣненія. Въ подобныхъ случаяхъ, не исключая вмѣняемости,глухонѣмота можетъ служить условіемъ.вліяющимъ на смягченіе наказанія;необходимость такого смягченія вызывается тѣмъ,что и при значительномъ интеллектуальномъ развитіи,глухонѣмые отличаются особенной нервностью и раздражительностью.Въ этомъ же смыслѣ разрѣшается вопросъ о вліяніи глухонѣмоты на отвѣтственность и въ кодексахъ нынѣшняго столѣтія, за исключеніемъ французскаго, австрійскаго 1852 г. прусскаго 1851 и баварскаго 1861 г., въ которыхъ по этому предмету нѣтъ никакихъ постановленій.

Наше Уложеніе говоритъ о глухонѣмотѣ слѣдующее:Глухонѣмые отъ рожденія, а равно лишившіеся языка и слуха въ дѣтскомъ возрастѣ, когда нѣтъ сомнѣнія, что они не полу̀чили ни черезъ воспитаніе, ни черезъ сообщество съ другими.никакого понятія объ обязанностяхъ и законѣ,не подвергаются наказаніямъ за преступленія и проступки, но въ случаѣ учиненнаго такимъ глухонѣмымъ смертоубійства или же покушенія на жизнь другого, или на свою собственную, или на зажигательство дѣлается распоряженіе о содержаніи его отдѣльно отъ другихъ, находящихся

подъ стражею, и о строгомъ неослабленномъ за нимъ надзорѣ (ст. 98).

Въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ находитъ, что глухонѣмой дѣйствовалъ съ разумѣніемъ, глухонѣмота можетъ быть обстоятельствомъ, заслуживающимъ снисхожденія (ст. 774 и 828 уст, угл. судопр.).

Наше Новое Уголовное Уложеніе не говоритъ о глухонѣмыхъ въ отдѣльности. Ясно, однако, что ихъ можно подвести подъ 39 ст. Н.Уг.Ул., въ которой говорится объ умственномъ не развитіи, происшедшемъ отъ тѣлесныхъ недостатковъ или болѣзни. Ст. 39 гласитъ: "Не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, учиненное лицомъ, которое во время его учиненія не могло понимать свойства и значенія имъ совершаемаго или руководить своими поступками, вслѣдствіе болѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности или безсознательнаго состоянія или - же умственнаго неразвитія, происшедшаго отъ тѣлеснаго недостатка или болѣзни. Въ случаяхъ, когда оставленіе такого лица безъ особаго присмотра судъ признаетъ опаснымъ, онъ отдаетъ это лицо подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или другимъ лицамъ, пожелавшимъ принять его на свое попеченіе или помѣстить его во врачебное заведеніе. Въ случаяхъ - же учиненія убійства, весьма тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, изнасилованія, поджога или покушенія на одно изъ сихъ преступныхъ дѣяній, лицо, совершившее такое дѣяніе, обязательно помѣщается во врачебное заведеніе".

с) И Д І О Т И З М Ъ .

Идіотизмъ обусловливается ненормальнымъ образованіемъ головного мозга, которое можетъ быть или унаслѣдованнымъ, напр., у дѣтей эпилептиковъ, сумасшедшихъ, пьяницъ, или же появившимся въ первые годы дѣтства вслѣдствіе, напр., какой нибудь острой мозговой болѣзни, благодаря неблагопріятнымъ гигіеническимъ условіямъ и т.д.

Идіоты раздѣляются на двѣ категоріи: безумныхъ и тупоумныхъ. Въ первыхъ мы видимъ совершенное отсутствіе интеллектуальной дѣятельности; желанія свои, намѣренія они обыкновенно выражаютъ не словами, а звуками, иногда просто мычаніемъ. Такимъ безсмысліемъ отличается большинство, такъ назыв. кретиновъ; кретинизмъ есть особая форма идіотизма внѣшнимъ признакомъ котораго является тѣлесное уродство - зобъ. Эта болѣзнь чаще всего встрѣчается въ альпійскихъ долинахъ, въ Швейцаріи и Тиролѣ, какъ результатъ вреднаго вліянія почвы. Открытые въ послѣднее время слѣды кретинизма въ большихъ городахъ напр., въ Вѣнѣ, Берлинѣ, Парижѣ объясняются не менѣе вреднымъ вліяніемъ сырыхъ и душныхъ квартиръ, міазмовъ, существующихъ въ воздухѣ и т.д. Какъ видно изъ брошюръ академика Бера, кретинизмъ встрѣчается кое - гдѣ и въ нашемъ отечествѣ, а именно на Кавказѣ, въ Сибири, - въ долинахъ рѣки Лены и рѣчки Уровъ, впадающей въ Аргунь и даже въ Петербургской губерніи на границѣ ея съ Олонецкой.

Что касается категоріи тупоумныхъ, то въ нихъ замѣча

чаются по временамъ слабые проблески сознанія интеллектуальной дѣятельности; они скорѣе поддаются дрессировкѣ и могутъ быть пріучены ко многимъ работамъ.Тѣмъ не менѣе объ уголовной отвѣтственности тупоумныхъ не можетъ быть и тѣчи, такъ какъ они не способны относиться критически къ своимъ хотѣніямъ.

Съ идіотами не должно смѣшивать слабоумныхъ.Отличіе слабоумія отъ нормальнаго состоянія интеллектуальныхъ способностей лишь количественное, а не качественное. Слабоумные не лишены вовсе способности къ отвлеченію и могутъ усваивать себѣ понятія,какъ этическаго, такъ и правового характера. Поэтому слабоуміе должно быть признано состояніемъ не безусловной невмѣняемости,а лишь относительной.Въ каждомъ данномъ случаѣ о подсудимомъ, страдающемъ слабоуміемъ, долженъ быть поставленъ общій вопросъ : было - ли у него ясное сознаніе того, что онъ сдѣлалъ - или нѣтъ ?

Наше законодательство употребляетъ термины безуміе, слабоуміе и глупость. По закону для безумныхъ уничтожается вмѣняемость,когда нѣтъ сомнѣнія, что они не имѣли надлежащаго сознанія о свойствахъ своихъ дѣйствій.Но, спрашивается,можетъ -ли быть какое нибудь сознаніе у безумнаго ? Затѣмъ, слабоуміе и глупость упоминаются также въ числѣ причинъ уменьшающихъ вину (ст. 134 ул.).

Не говоря объ идіотизмѣ въ отдѣльности, Новое Уголовное Уложеніе 39 статьей даетъ основаніе считать идіотовъ невмѣняемыми, какъ умственно неразвитыхъ субъектовъ.

Вотъ тѣ обстоятельства, при которыхъ признается сомнительнымъ, имѣлъ - ли субъектъ необходимую для вмѣненія психическую способность.

В. Разсмотримъ теперь вторую категорію условій, исключающихъ вмѣняемость , - именно тѣ, психическія состоянія, при которыхъ человѣкъ, хотя и пріобрѣлъ необходимую для вмѣненія психическую способность, но навсегда или по крайней мѣрѣ временно утратилъ ее. Сюда относятся: 1) опьяненіе 2) аффекты и страсти, 3) сонное состояніе, 4) временныя болѣзненныя состоянія организма, вліяющія на интеллектуальную дѣятельность, 5) тѣ постоянныя патологическія состоянія, которыя извѣстны подъ именемъ душевныхъ болѣзней, и наконецъ , 6) дряхлость. Понятно само собою, что психо-физіологическое изслѣдованіе этихъ условій должно принадлежать судебной медицинѣ, а не уголовному праву, я укажу поэтому лишь на общія начала, которыми слѣдуетъ руководиться при ихъ оцѣнкѣ.

а) О П Ь Я Н Е Н І Е.

Опьяненіе принадлежитъ къ числу ненормальныхъ психическихъ состояній, которыя чаще всего приводятъ къ правонарушающимъ дѣйствіямъ, между тѣмъ, вопросъ о вмѣненіи въ состояніи опьяненія представляется наиболѣе спорнымъ.

Судебная медицина опредѣляетъ опьяненіе, какъ отравленіе крови алкоголемъ или другимъ наркотическимъ средствомъ : гашишомъ, опіумомъ, хлороформомъ, которое вліяетъ на нормальное состояніе нервныхъ центровъ. Какъ въ теоріи, такъ и въ законодательствѣ, существуютъ самыя

разнообразныя попытки опредѣлить юридическое значеніе опьяненія. На мой взглядъ должно отличать три степени опьяненія: низшую, среднюю и высшую. Первая характеризуется болѣе или менѣе замѣтнымъ, но еще не сильнымъ возбужденіемъ нервной системы: кровь начинаетъ обращаться быстрѣе; по организму распространяется пріятное чувство теплоты. Обыкновенно психическая дѣятельность человѣка въ этой стадіи усиливается: человѣкъ становится краснорѣчивѣе, сообщительнѣе и т.п. Въ этомъ случаѣ еще нѣтъ основанія не только для исключенія наказуемости, но даже смягченія наказанія.

Во второй стадіи возбужденія нервныхъ центровъ достигаетъ высшихъ предѣловъ. Благодаря быстрой смѣнѣ представленій, разсудочная дѣятельность является уже ненормальною, самообладаніе значительно ослабляется. Здѣсь, такимъ образомъ, есть уже основаніе для уменьшенія наказанія.

Наконецъ, третья стадія характеризуется полнымъ упадкомъ дѣятельности нервныхъ центровъ. Отправленія органовъ чувствъ становятся неправильными: совершенно ослабѣвшіе глаза ничего не видятъ, ухо слышитъ съ трудомъ, языкъ перестаетъ повиноваться, человѣкъ почти лишается способности ходить. Понятно, что человѣкъ неспособенъ ни подавлять хотѣній, ни даже критически къ нимъ относиться, поэтому, здѣсь не можетъ быть и рѣчи о вмѣненіи.

При какихъ именно условіяхъ слѣдуетъ принимать ту

или другую стадію - это - questio facti вопросъ, разрѣшающійся на основаніи совокупности всѣхъ конкретныхъ условій, тутъ надо принять во вниманіе и свидѣтельскія показанія, и полъ, и возрастъ совершившаго преступленіе и т.д.

Нѣкоторые германскіе криминалисты различаютъ еще опьяненіе недобровольное и добровольное ; недобровольное тамъ, гдѣ субъектъ впалъ въ опьяненіе случайно, напр., вслѣдствіе вдыханія опьяняющихъ паровъ или же по ошибкѣ въ свойствѣ напитка; добровольно, когда онъ оно произведено намѣренно. Но такое разграниченіе не можетъ имѣть значенія ; произошло-ли опьяненіе случайно или оно произведено намѣренно - это обстоятельство не должно вліять на обсужденіе уголовной отвѣтственности за совершенное въ такомъ состояніи преступное дѣяніе.

Несостоятельнымъ является и тотъ господствующій въ нашей наукѣ взглядъ, по которому виновный, когда онъ могъ и долженъ былъ предвидѣть, что можетъ въ пьяномъ видѣ совершить правонарушеніе, наказывается какъ за преступленіе неосторожное (culpa), хотя бы и былъ признанъ дѣйствовавшимъ въ состояніи вполнѣ безсознательномъ. Возможность такого предвидѣнія, справедливо замѣчаетъ Таганцевъ, является весьма непрочной фикціей. Представимъ себѣ, что субъектъ, дѣйствительно, знаетъ, что онъ во хмелю буенъ, что у него всегда въ этихъ случаяхъ является несдержимая наклонность къ

сокрушенію реберъ ближняго ; но такого общаго зна нія недостаточно для отвѣтственности за неосторож- ное совершеніе убійства или увѣчья, для этого необхо- димо, чтобы подсудимый могъ предполагать, что отъ упо требленія именно даннаго количества алкоголя произой детъ состояніе, могущее окончиться убійствомъ или увѣ чьемъ. А возможно - ли такое предвидѣніе ? Сила и бы- строта опьяненія зависятъ отъ множества случайныхъ обстоятельствъ отъ температуры комнаты, отъ возник го спора и т.д. Затѣмъ, продолжаетъ Таганцевъ, для отвѣтственности за неосторожность необходима возмож- ность предвидѣнія преступленія, опредѣленнаго по край ней мѣрѣ въ родовомъ понятіи; въ данномъ же случаѣ предполагается, что подсудимый могъ предвидѣть, что онъ забушуетъ - и только.

Еще очевиднѣе несостоятельность того ученія, что преступникъ, намѣренно напившійся именно съ тѣмъ, что- бы совершить преступленіе, не только не заслуживаетъ снисхожденія, но и подлежитъ высшей мѣрѣ наказанія, назначенной за данный проступокъ. Криминалисты, выска зывающіе такое воззрѣніе, напр., Ортоланъ, а изъ рус- скихъ Чебышевъ - Дмитріевъ, не приводятъ въ его поль- зу никакихъ аргументовъ, конечно, они и не могли бы ихъ привести. При вѣрномъ взглядѣ нельзя не признать, что субъектъ, которому необходимо прибѣгнуть къ вину предъ совершеніемъ преступнаго дѣянія, обнаруживаетъ во всякомъ случаѣ меньшую степень преступной энергіи

чѣмъ тотъ, который и въ трезвомъ состояніи находитъ въ себѣ достаточно силъ для выполненія преступнаго плана.Поэтому, и съ чисто теоретической точки зрѣнія и при заранѣе обдуманномъ умыслѣ опьяненіе должно-быть признано обстоятельствомъ,требующимъ смягченія наказанія.Но противъ принятія такого начала приводятъ слѣдующія практическія соображенія:если бы законъ установилъ такой принципъ,то нашлось бы не мало субъектовъ,которые передъ совершеніемъ преступленія стали бы напиваться только для того,чтобы подвергнуться болѣе легкому наказанію.

Повторяясь часто, опьяненіе можетъ имѣть результатомъ болѣзненныя измѣненія въ нервной системѣ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и во всей психической дѣятельности человѣка. Къ наиболѣе обыкновеннымъ послѣдствіямъ пьянства относятся : 1) особенное нравственное вырожденіе,называемое inhumanitas ebriosa -состояніе, которое характеризуется постоянно угрюмостью, одичалостью нрава (ferocitas)неудержимою наклонностью къ ссорамъ и буйству ; 2) бѣлая горячка (delirium tremens), представляющая видъ остраго помѣшательства. Психическое состояніе въ этотъ періодъ вѣрно и ярко представлено у Золя ,въ его романѣ "Assommoir". Подобныя психическія болѣзни, происходящія отъ пьянства, очевидно, не могутъ не исключать вмѣняемости у страдающихъ ими субъектовъ.

Въ кодексахъ нынѣшняго столѣтія мы встрѣчаемъ от-

носительно опьяненія начала чрезвычайно разнообразныя. По законодательствамъ австрійскому и португальскому, опьяненіе составляетъ обстоятельство, смягчающее наказаніе, хотя пьянство само по себѣ и признается полицейскимъ проступкомъ. Въ кодексѣ баварскомъ опьяненіе было упомянуто въ числѣ причинъ, производящихъ состояніе невмѣняемости. Затѣмъ, въ кодексахъ итальянскихъ, бразильскихъ и испанскихъ постановлено, что опьяненіе является смягчающимъ обстоятельствомъ, если оно произведено не съ цѣлью совершенія преступленія и если при томъ виновный не предается постоянному пьянству. Законодательства Англіи, Франціи, а также новое германское уложеніе не заключаетъ въ себѣ на счетъ опьяненія ровно никакихъ постановленій . -

Что касается, наконецъ нашего законодательства, то устанавливаемыя дѣйствующимъ Уложеніемъ положенія являются крайне неудовлетворительными : 1) Уложеніе совершенно игнорируетъ опьяненіе, какъ обстоятельство, могущее уничтожить вмѣняемость; 2) различая опьяненіе злоумышленное и простое, Уложеніе разсматриваетъ первое, какъ обстоятельство, усиливающее наказаніе, а второе какъ обстоятельство, не имѣющее на отвѣтственность никакого вліянія. Это видно именно изъ ст. 106 Улож. о нак., гдѣ говорится слѣдующее: "за преступленіе учиненное въ пьянствѣ, когда доказано, что виновный привелъ себя въ сіе состояніе именно съ намѣреніемъ со-

вершить сіе преступленіе, опредѣляется высшая мѣра наказанія, за то преступленіе въ законѣ положеннаго. Когда же, напротивъ, доказано, что подсудимый не имѣлъ сего намѣренія, то мѣра его наказанія назначается по другимъ, сопровождавшимъ преступленіе, обстоятельствамъ". Слѣдовательно, Уложеніе не только не признаетъ опьяненіе причиной смягченія наказанія, но даже въ опьяненіи злонамѣренномъ всегда видитъ основаніе усиленной отвѣтственности, что совершенно противорѣчитъ изложеннымъ нами теоретическимъ началамъ.

Должно, впрочемъ, замѣтить, что въ особенной части гдѣ идетъ рѣчь объ отдѣльныхъ видахъ преступныхъ дѣйствій, Уложеніе нерѣдко отступаетъ отъ указанныхъ имъ общихъ правилъ. Такъ оно часто признаетъ здѣсь пьяопьяненіе обстоятельствомъ, вліяющимъ на смягченіе наказаній, что мы видимъ изъ ст. 180, 182, 211, 215, 217, 246, 282 и 286.

Новое Уголовное Уложеніе, какъ и кодексы Западно-европейскіе, объ опьяненіи не упоминаетъ, однако, субъектъ, совершившій преступленіе въ состояніи полнаго опьяненія, долженъ быть признанъ дѣйствовавшимъ въ состояніи невмѣняемости, согласно 39 ст., какъ находящійся въ безсознательномъ состояніи.

в) А Ф Ф Е К Т Ы И С Т Р А С Т И .

Подъ именемъ аффекта въ собственномъ смыслѣ (anim. perturbatio) разумѣется сильное душевное волненіе, которое мгновенно потрясаетъ весь организмъ человѣка,

производитъ разстройство во всѣхъ его отправленіяхъ и оканчивается иногда тяжелою болѣзнью или даже смертью. Въ моментъ такого движенія чувства субъекъ не можетъ имѣть яснаго сознанія, неспособенъ критически относиться къ своимъ волевымъ импульсамъ, а потому и не подлежитъ отвѣтственности за совершенное имъ дѣйствіе. Аффекты раздѣляются обыкновенно на возбуждающіе, къ какимъ относится, напр., радость, гнѣвъ и угнетающіе, напр., испугъ, но раздѣленіе это, очевидно, не можетъ имѣть для криминалиста существеннаго значенія. Подобно тому, какъ аффектъ, уничтожающій ясное сознаніе является основаніемъ для безотвѣтственности, для полной безнаказанности, такъ и душевное волненіе, которое хотя и не достигаетъ степени аффекта, но отразилось болѣе или менѣе сильно на психическомъ строѣ лица, должно быть принято во вниманіе, какъ обстоятельство, вліяющее на смягченія наказуемости въ виду того, что самообладаніе ослабляется.

Что касается страсти, то мы имѣемъ здѣсь дѣло съ ненормальнымъ развитіемъ какой-либо наклонности на счетъ всѣхъ другихъ; въ противоположность аффекту, страсть есть состояніе хроническое; она охватываетъ человѣка медленно и долгое время нисколько не разстраиваетъ ни разсудочной дѣятельности, ни способности подавлять волевые импульсы; въ этотъ періодъ она можетъ служить, очевидно, лишь основаніемъ къ уменьшенію наказуемости. Но, достигнувъ съ теченіемъ времени

высшей степени своего развитія, страсть помрачаетъ, наконецъ, ясное сознаніе человѣка и уничтожаетъ, такимъ образомъ, возможность правильной оцѣнки возникающихъ въ немъ хотѣній; въ этомъ случаѣ, конечно, мы имѣемъ состояніе невмѣняемости точно такъ же, какъ и при совершеніи преступнаго дѣйствія подъ вліяніемъ аффекта.

Обращаясь къ положительнымъ законодательствамъ мы видимъ, что ни одно изъ нихъ не указываетъ на аффекты и страсти при общемъ перечисленіи причинъ невмѣняемости. Но въ преступленіяхъ, совершенныхъ въ аффектированномъ состояніи или вслѣдствіе страсти, помрачившей разсудокъ, судъ несомнѣнно долженъ признавать невмѣняемость уже въ силу того установленнаго всѣми кодексами общаго начала, что дѣяніе, совершенное въ безсознательномъ состояніи, не можетъ подлежать ни въ какомъ случаѣ уголовной отвѣтственности: отсутствіе яснаго сознанія съ точки зрѣнія уголовнаго права вполнѣ можетъ быть приравнено къ состоянію безсознательному.

Наше Уложеніе въ общей части въ числѣ обстоятельствъ, уменьшающихъ вмѣняемость, указываетъ на сильное раздраженіе, произведенное обидами, оскорбленіемъ или иными поступками лица, которому онъ сдѣлалъ или покусился сдѣлать зло (п. 5 ст. 134).

Въ части же особенной мы встрѣчаемъ ст. 1499, по которой при извѣстныхъ дѣяніяхъ, напр., при вызовѣ на дуэль, аффектированное состояніе виновника можетъ служить основаніемъ къ полному освобожденію отъ всякой отвѣтственности.

Новое Уложеніе въ числѣ причинъ невмѣняемости говоритъ въ 39 ст. и о безсознательномъ состояніи. Поэтому субъектъ, совершившій преступленіе подъ вліяніемъ аффекта, или страсти, какъ дѣйствовавшій въ таковомъ состояніи, долженъ быть подведенъ подъ эту статью, потому что отсутствіе яснаго сознанія съ точки зрѣнія Уголовнаго права равносильно отсутствію полнаго сознанія, т.е. безсознательному состоянію.

c) С О Н Н Ы Я С О С Т О Я Н І Я .

Сюда относится сонъ, просонки, лунатизмъ, сомнамбулизмъ и состояніе гипноза. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что дѣйствія, совершаемыя въ такихъ состояніяхъ, ни при какихъ условіяхъ не могутъ быть вмѣнены ихъ совершителю. "furioso dormiens aequiparatur", говорили средневѣковые криминалисты Кларусъ и Фаринаціусъ. Случаи преступленій, совершаемыхъ въ состояніи сна, крайне рѣдки: они являются по большей части результатомъ страшныхъ давящихъ сновидѣній, обусловленныхъ сильнѣйшимъ приливомъ крови къ головѣ. Ортоланъ приводитъ, нап., слѣдующій фактъ: "ревнивый супругъ, видя во снѣ, что застигаетъ жену въ прелюбодѣяніи, схватываетъ ружье, находясь около кровати и убиваетъ спящую супругу".

Гораздо чаще совершается преступленіе въ просонкахъ, т. е. въ состояніи переходномъ отъ сна къ бодрствованію, когда субъектъ, хотя и можетъ воспринять впечатлѣніе отъ окружающаго міра, но все еще находится подъ вліяніемъ фантастическихъ сновидѣній. Любавскій приводитъ въ своемъ сборникѣ монографій случаевъ атоубійства въ просонкахъ. Просонки имѣютъ иногда довольно близкое сходство съ помѣшательствомъ, которое проходитъ однако, очень быстро, потому его называютъ въ нѣмецкой литературѣ: "соннымъ опьяненіемъ". Подобныя явленія замѣчаются у молодыхъ людей, разбуженныхъ отъ глубокаго сна. Если дѣятельность субъекта въ такомъ состояніи влечетъ за собою преступленіе, то, очевидно, здѣсь не можетъ -быть допущена вмѣняемость. Конечно, трудно доказать, что человѣкъ находился во время совершенія преступленія именно въ такомъ состояніи; поэтому необходимо строго изслѣдовать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, какимъ сномъ спалъ данный субъектъ, имѣлъ-ли онъ какія-нибудь побудительныя причины къ совершенію преступленія, нужно знать его прошедшее и т. п. Затѣмъ, уголовныя лѣтописи представляютъ намъ не мало случаевъ совершенія преступленій и въ состояніи лунатизма, которое есть ни что иное, какъ особый видъ періодически повторяющагося психическаго разстройства. Многіе криминалисты не только старинные, но и новѣйшіе, напр., Гиссо и Брилл бахъ полагаютъ, что лунатику можетъ быть вмѣнено преступленіе, выполненное во время лунатическаго сна, если

оно было задумано имъ на яву;но мнѣніе это не выдерживаетъ критики, такъ какъ дѣйствіе,выполненное въ ненормальномъ психическомъ состояніи, ни при какихъ условіяхъ не можетъ подлежать вмѣненію; слѣдуя указанной доктринѣ, пришлось бы наказывать въ сущности за одинъ голый умыселъ, который по общепризнанному началу не можетъ вызывать уголовной реакціи.

Изъ сонныхъ состояній,исключающихъ вмѣняемость положительныя законодательства указываютъ лишь на состояніе лунатизма.По ст. 97 нашего кодекса лунатики и сноходцы не подвергаются наказанію за преступленія,совершенныя во время припадковъ ихъ нервнаго разстройства, какъ дѣйствующіе безъ надлежащаго разумѣнія :они отдаются на попеченіе ближайшимъ родственникамъ или съ ихъ согласія, къ постороннимъ, или же помѣщаются въ одно изъ заведеній общественнаго призрѣнія для присмотра за ними.

Также не подвергаются вмѣненію за преступленія лица, совершившія ихъ въ сомнамбулическомъ состояніи гипноза, такъ какъ въ подобныхъ случаяхъ преступникъ дѣйствуетъ подъ непосредственнымъ вліяніемъ другихъ лицъ. Подъ гипнозомъ разумѣютъ особое состояніе нервной системы, развивающееся при различныхъ не всегда опредѣленныхъ условіяхъ, легко вызываемое искусственно, и,повидимому, по хожее на физіологическій сонъ, отъ котораго,однако,онъ рѣзко отличается.Большинство врачей различаютъ двѣ стадіи такого состоянія : 1) летаргическій сонъ, 2) сомна

бу лический сонъ.

Летаргическій сонъ получается изъ фиксаціи зрѣнія на блестящемъ предметѣ или посредствомъ давленія черезъ закрытыя вѣки на глазныя яблоки. Появляется глубокій сонъ, разслабленіе слуха, потеря чувствительности и прекращеніе психической дѣятельности. Здѣсь наблюдается повышеніе нервной возбужденности. Всякій мускулъ остается сокращеннымъ въ теченіе долгаго времени. Если мы поднесемъ къ согнутой рукѣ сильный магнитъ, то не замѣтимъ никакого дѣйствія, если же поднесемъ магнитъ къ другой рукѣ, лежавшей спокойно, то увидимъ, что она согнется, а другая разогнется. Это явленіе переноса есть одно изъ характерныхъ признаковъ летаргическаго состоянія.

При легкомъ растираніи темени у загипнотизированнаго субъекта летаргическое состояніе переходитъ въ сомнамбулическое. Того же можно достигнуть и путемъ фиксаціи взгляда и нѣкоторыми манипуляціями, напр., пассами. Сомнамбулизмъ сопровождается всегда катаплепсіей, когда въ различныхъ органахъ подъ вліяніемъ внѣшняго раздраженія легко развиваются контрактуры. Наиболѣе рѣзкимъ его признакомъ является способность членовъ и туловища надолго сохранять приданное имъ положеніе. Затѣмъ, со стороны психической, сомнамбулическій сонъ характеризуется способностью принимать и исполнять внушенія. По словамъ Рише "лучшія свойства человѣка, унаслѣдованныя отъ предковъ добродѣтели, гуманныя побужденія, исходящія изъ

глубокихъ движеній нравственнаго чувства, все становится безсильнымъ передъ страшной силой гипнотическаго внушенія: честнѣйшій человѣкъ можетъ совершить воровство, самый кроткій -убійство. Подъ вліяніемъ внушенія можетъ измѣниться и самосознаніе, загипнотизированный можетъ не сознавать, гдѣ онъ находится, мущина превращается въ женщину, ребенокъ въ старика, и все это совершается по одному слову гипнотизера.

Относительно гипнотическаго внушенія, которое дѣлается на будущее время, т.е. которое загипнотизированный долженъ исполнить черезъ извѣстный промежутокъ времени по пробужденіи, Шарко, Рише и Токарскій даютъ слѣдующія данныя. Черезъ нѣкоторое время по пробужденіи, психическое состояніе загипнотизированнаго становится совершенно нормальнымъ. Таково оно и у субъекта, получившаго внушеніе на извѣстный срокъ, такъ, вниманіе его направляется на тотъ или другой предметъ, ассоціація представленій совершается правильно. Но по мѣрѣ приближенія срока исполненія внушеннаго акта психическое равновѣсіе нарушается. Сначала субъектъ, какъ - бы что-то вспоминаетъ, онъ пытается отдѣлаться отъ овладѣвающей имъ идеи, переходитъ съ мѣста на мѣсто; тѣмъ не менѣе, чѣмъ ближе подвигается срокъ исполненія, тѣмъ болѣе изъ сознанія исчезаетъ стремленіе противодѣйствовать и является господствующей -одна идея, которая съ неудержимой силой завладѣваетъ человѣкомъ - загипнотизированный только и думаетъ о томъ какъ исполнить

возложенную на него задачу. Затѣмъ, если обратить вниманіе на состояніе субъекта во время исполненія даннаго ему приказа, то увидимъ, что оно очень напоминаетъ состояніе гипноза: сознанія окружающаго не существуетъ, психическая дѣятельность прекращается, за исключеніемъ той, какая необходима для исполненія внушеннаго. Если сказать субъекту: "засните", всякая дѣятельность мгновенно прекращается, и мы будемъ имѣть передъ собою всѣ признаки настоящаго гипноза. Такое же засыпаніе произойдетъ если исполненіе внушеннаго почему-либо невозможно вслѣдствіе какихъ-либо непреодолимыхъ физическихъ препятствій. Когда субъектъ пробуждается, то его состояніе въ высшей степени напоминаетъ пробужденіе отъ естественнаго сна; о случившемся онъ имѣетъ лишь самое смутное воспоминаніе. Въ силу этого во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ преступленіе совершается подъ вліяніемъ гипнотическаго внушенія, тамъ безусловно признается невмѣняемость, причемъ совершенно безразлично, совершается ли преступленіе въ моментъ гипноза или черезъ извѣстный промежутокъ послѣ пробужденія, такъ какъ субъектъ не способенъ подавлять импульсы вызванные гипнозомъ.

Гипнозъ, какъ состояніе безсознательное, долженъ быть признанъ состояніемъ невмѣняемости по ст. 39 Н. Уг. Ул.

Отдѣльно о гипнозѣ нѣтъ указаній ни въ дѣйствующемъ, ни въ Новомъ Уложеніи.

д) БОЛѢЗНЕННЫЯ СОСТОЯНІЯ ОРГАНИЗМА.

Сюда относятся, главнымъ образомъ, слѣдующія состоянія: 1) Горячки различнаго рода 2) Истерія и ипохондрія. Эти нервныя болѣзни вызываемыя по большей части страданіями половой системы, часто влекутъ за собою сильное разстройство психическихъ функцій и, нерѣдко оканчиваются помѣшательствомъ. Истеричныя женщины нерѣдко приходятъ въ особое возбужденное состояніе, называемое патологическим аффектомъ; подъ вліяніемъ такого аффекта дѣйствовала знаменитая Качка. Отличіе его отъ нормальнаго состоянія - продолжительность.

3) Обманы чувства - иллюзіи и галлюцинаціи. Первыя состоятъ въ томъ, что внѣшніе предметы представляются человѣку совершенно иными, чѣмъ каковы они на самомъ дѣлѣ; при галлюцинаціяхъ же больной имѣетъ дѣло съ призраками, возникающими помимо всякихъ дѣйствительныхъ явленій. Часто субъективные образы являются здѣсь для него какъ бы реальными предметами, производящими внѣшнія впечатлѣнія. Изъ нашей практики Любавскій приводитъ процессъ нѣкоего Львова, который подъ вліяніемъ иллюзіи принялъ знахарку Филиппову за змѣю и лишилъ ее жизни. Такія обманы чувствъ наблюдаются чаще всего у субъектовъ, страдающихъ уже вполнѣ развившеюся психическою болѣзнію, но, не рѣдко, и тогда, когда умственнаго разстройства еще нѣтъ, и больной сознаетъ ложность своихъ представленій. Нерѣдко, и въ этихъ случаяхъ иллюзіи и гал-

люцинаціи, доводя субъекта до отчаянія, производятъ такое психическое настроеніе, въ которомъ онъ совершаетъ преступное дѣйствіе почти безсознательно.

4) Особое болѣзненное состояніе нервной системы въ періодъ наступленія половой зрѣлости. Вредное вліяніе этой эпохи на нервные центры и стало-быть на психическія процессы, особенно часто наблюдается у женщинъ.

5) Нервныя страданія, сопровождающія беременность, роды и послѣ-родовую лихорадку. Психическое разстройство, обусловленное этими состояніями, бываетъ иногда настолько сильно, что не можетъ не исключать вмѣняемости женщины; извѣстно не мало случаевъ, въ которыхъ такъ назыв. похоти беременныхъ достигали степени не преодолимости, лишая ихъ всякой возможности руководиться какими-либо иными мотивами и даже помрачая на время всякое сознаніе. Такъ, одна женщина, которою во время беременности овладѣло неудержимое желаніе вкусить человѣческаго мяса, убила съ этой цѣлью любимаго мужа.

Таковы болѣзненныя состоянія организма, наиболѣе часто уничтожающія вмѣняемость. То же самое послѣдствіе могутъ имѣть и многія другія подобныя состоянія, но перечислять ихъ нѣтъ надобности. Вопросъ о вліяніи той и другой болѣзни на невмѣняемость разрѣшается въ каждомъ данномъ случаѣ при помощи эксперта, мнѣніе котораго и должно быть основаніемъ для рѣшенія суда.

Въ положительныхъ законодательствахъ мы находимъ то общее правило, по которому безсознательное состоя-

ніе, происходящее отъ какой-бы то ни было болѣзни, исключаетъ всякую отвѣтственность за совершенное преступленіе. Это начало формулировано въ нашемъ уложеніи въ ст. 96, которая гласитъ, слѣдующее: "не вмѣняются въ вину преступленія и проступки, учиненные больнымъ въ точно доказанномъ припадкѣ умоизступленія или совершеннаго въ безпамятствѣ. Совершившій въ такомъ припадкѣ болѣзни убійство или же посягнувшій на жизнь другого или свою собственную, или на зажигательство отдается вмѣсто дома умалишенныхъ напопеченіе родителямъ, родственникамъ, опекунамъ или съ согласія ихъ и постороннимъ съ обязательствомъ имѣть за нимъ тщательное и непрестанное смотрѣніе во время его болѣзни и лѣченія, предотвращая всякія дурныя и опасныя для другихъ или для него самого послѣдствія его припадковъ изступленія. Когда же родители больного или его родственники, опекуны или посторонніе, желающіе взять его на свое попеченіе, оказываются недостаточно благонадежными и отъ нихъ нельзя ожидать точнаго исполненія возлагаемой на нихъ обязанности, то страдающій припадкомъ умоизступленія отдается для лѣченія его и присмотра за нимъ въ больницу, гдѣ и оставляется до совершеннаго выздоровленія". Прочитанная статья вызываетъ серьезныя возраженія: основываясь на буквальномъ смыслѣ этой статьи судъ можетъ освобождать подсудимаго только въ томъ томъ случаѣ, когда припадокъ умоизступленія или безпамятство вполнѣ доказанъ; но такое начало устанавливаетъ въ процессѣ презумпцію вмѣняемости, что противорѣчитъ и за-

чаламъ доктрины и нашимъ судебнымъ уставамъ, въ которыхъ сказано, что всякое сомнѣніе должно быть истолковано въ пользу подсудимаго.

Разсмотримъ постоянныя психическія состоянія невмѣняемости, называемыя душевными болѣзнями.

е) Д У Ш Е В Н Ы Я Б О Л Ѣ З Н И .

По изслѣдованіямъ новѣйшей психіатріи, всѣ эти болѣзни происходятъ отъ разстройства головного мозга. Основной процессъ помѣшательства, по словамъ Призингера, заключается въ томъ, что вслѣдствіе болѣзненнаго раздраженія нервныхъ центровъ ощущенія, представленія, чувства и сужденія возникаютъ исключительно изъ внутри три, являясь вслѣдствіе этого нисколько не соотвѣтствующими внѣшнимъ условіямъ, окружающимъ больного. Формы душевныхъ болѣзней представляютъ чрезвычайное разнообразіе, вслѣдствіе чего и классификація ихъ является крайне затруднительной. Большинство психіатровъ, слѣдуя Эскиролю, различаютъ слѣдующія три главныя формы, или стадіи психическихъ страданій.

а) Состояніе угнетенія или меланхоліи, которое характеризуется преобладаніемъ тяжелаго подавляющаго психическаго настроенія субъекта, отсутствіемъ всякой энергіи и полной апатіей. По наблюденіямъ психіатровъ большинство душевныхъ болѣзней начинается именно такимъ состояніемъ психической подавленности.

в) Состояніе возбужденія или маніи, обыкновенно сме-няющее собою меланхоліе. Больной обнаруживаетъ здѣсь

чрезвычайное безпокойство, проявляющееся въ сильныхъ мышечныхъ движеніяхъ, быструю смѣну самыхъ разнообразныхъ представленій, экзальтацію и крайнюю самонадѣянность.

е) Наконецъ, состояніе психическаго разслабленія и помѣшательства въ тѣсномъ смыслѣ. Помѣшательство обыкновенно раздѣляютъ на общее, состоящее въ извращеніи всего міросозерцанія субъекта и частное, проявляющееся лишь въ существованіи извѣстной безумной идеи - idée fixe. По мнѣнію многихъ криминалистовъ, напримѣръ, Гейба, Бертоля, однопредметное помѣшательство освобождаетъ отъ отвѣтственности только тогда, когда преступленіе находится въ причинной связи съ ложной идеей больного. Но съ такимъ воззрѣніемъ нельзя согласиться; дѣло въ томъ, что, по изслѣдованіямъ новѣйшихъ психіатровъ, помѣшанный на извѣстномъ предметѣ, страдаетъ во всякомъ случаѣ разстройствомъ всей психической дѣятельности; ясно, поэтому, что онъ не можетъ подлежать отвѣтственности за совершенное имъ дѣйствіе и тогда, когда послѣднее не имѣетъ связи съ предметомъ помѣшательства. Такъ какъ психическое разстройство можетъ быть періодическимъ, то является вопросъ; подлежатъ ли измѣненію тѣ преступныя дѣйствія, которыя совершаются во время, такъ назыв. свѣтлыхъ промежутковъ (lucida intervalla). Многіе криминалисты рѣшаютъ этотъ вопросъ утвердительно; между тѣмъ, изслѣдованія психіатровъ приводятъ къ тому выводу, что психическое разстройство не прекращается, и въ такіе свѣтлые промежутки оно лишь съ трудомъ поддается на

блюденію; при этомъ психіатры указываютъ на то, что часто достаточно самаго ничтожнаго обстоятельства, чтобы вызвать у субъекта, повидимому, вполнѣ выздоровѣвшаго, приступъ безумія во всей его силѣ. На этомъ основаніи слѣдуетъ признать, что страдающіе психическимъ разстройствомъ, не подлежатъ отвѣтственности за преступленіе и въ свѣтлые промежутки, когда они являются, повидимому, совершенно здоровыми. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что вопросъ о существованіи душевной болѣзни у подсудимаго можетъ быть рѣшенъ судьею только при помощи эксперта -психіатра.

Мнѣніе Канта, высказанное въ его "антропологіи", что для разрѣшенія такого вопроса требуются не спеціальныя медицинскія познанія, но философское развитіе, такое мнѣніе было результатомъ чисто метафизическаго воззрѣнія на душевныя болѣзни, давно уже отброшеннаго наукой. Въ настоящее время всѣ единогласно признаютъ необходимость психіатрической экспертизы въ случаѣ сомнѣнія въ нормальномъ состояніи подсудимаго. Спорнымъ является лишь вопросъ о предѣлахъ задачъ экспертовъ. Многіе психіатры держатся того мнѣнія, что врачъ долженъ дѣлать изъ своихъ изслѣдованій и окончательный выводъ о вмѣняемости и невмѣняемости субъекта, но Гривингеръ справедливо замѣчаетъ, что выводъ, заключающій въ себѣ рѣшеніе вопроса чисто юридическаго, долженъ принадлежать юристу, но никакъ не врачу. Вслѣдствіе этого роли эксперта -психіатра и судьи должны-

быть распредѣлены при изслѣдованіи каждаго даннаго слу чая слѣдующимъ образомъ : на основаніи психо-физіологическихъ изслѣдованій медикъ даетъ свое заключеніе о томъ,страдаетъ ли субъектъ душевнымъ разстройствомъ,и, если дѣйствительно находитъ такое страданіе, то указываетъ и на симптомы, въ которыхъ оно выражается;судья же, основываясь на этихъ данныхъ ,представленныхъ психіатромъ, рѣшаетъ уже окончательно вопросъ о томъ,находится ли субъектъ въ состояніи вмѣняемости или же въ состояніи противоположномъ.

Положительныя законодательства,по большей части, вполнѣ раціонально избѣгаютъ классификаціи душевныхъ болѣзней и устанавливаютъ лишь общее правило, по которому психическое разстройство подсудимаго должно освобождать его отъ уголовной отвѣтственности за совершенное имъ преступленіе.

Въ нашемъ правѣ первыя постановленія о вліяніи на отвѣтственность душевныхъ болѣзней мы встрѣчаемъ еще въ "воинскихъ артикулахъ", которые предписывали суду, въ случаѣ, если подсудимый оказывается лишеннымъ ума, или смягчить наказаніе, или же и совсѣмъ освобождать несчастнаго отъ уголовной кары: такъ въ одной изъ статей, касающихся воровства мы читаемъ слѣдующее."наказаніе за воровство умаляется или весьма отставляется, если кто въ лишеніи ума воровство учинитъ".

Затѣмъ, учрежденіемъ о губерніяхъ, дѣла о сумасшед-

шихъ были переданы въ вѣдомство особаго Совѣстнаго Суда, который, какъ извѣстно, долженъ былъ основывать рѣшеніе дѣлъ не на законахъ, а на правилахъ человѣколюбія. Наконецъ, въ проектѣ 1813 года было уже прямо формулировано то начало, что преступленіе, совершенное субъектомъ подъ вліяніемъ душевной болѣзни, не должно быть ему вмѣняемо въ вину; постановленіе это прямо перешло въ Сводъ законовъ 1842 года,, а затѣмъ, и въ дѣйствующее Уложеніе, гдѣ статья 95-ая гласитъ слѣдующее: "преступленіе или проступокъ, учиненные безумнымъ отъ рожденія, не вмѣняются ему въ вину, когда нѣтъ сомнѣнія, что безумный или сумасшедшій по состоянію своему въ то время не могъ имѣть понятія о противозаконности и о самомъ свойствѣ своего дѣянія. Если окажется, говоритъ далѣе приложеніе 4 къ этой статьѣ, что признанный сумасшедшимъ совершилъ смертоубійство или поджогъ, или покушеніе на нихъ или покушеніе на самоубійство, то онъ заключается въ домъ умалишенныхъ, котя бы родители и родственники пожелали взять его къ себѣ на попеченіе и лѣченіе. По поводу прочитанной (95) статьи слѣдуетъ замѣтить, что подобно 96 статьѣ она устанавлаетъ презумпцію вмѣняемости; согласно ея смыслу, судъ долженъ признать невмѣняемость лишь тогда, когда она вполнѣ доказана; въ случаѣ же сомнѣнія виновный должен[illegible] лежать уголовной карѣ.

Но кромѣ того, можно сдѣлать еще и другое возра-

женіе. Характеристика ненормальнаго состоянія, влекущая невмѣняемость, сдѣлана совершенно невѣрно: для признанія такого состоянія требуется у субъекта отсутствіе понятія о противозаконности и о самомъ свойствѣ дѣянія. Сознаніе противозаконности возможно даже при самыхъ тяжелыхъ физическихъ разстройствахъ, что мы видимъ, напр., при такъ называемыхъ болѣзняхъ воли, извѣстныхъ подъ общимъ именемъ

ж) Д Р Я Х Л О С Т Ь .

Владимировъ утверждаетъ, что старость есть болѣзнь, но съ этимъ нельзя согласиться. Надо различать три фазы человѣческой жизни: 1) фазу развитія, 2) фазу остановки развитія и 3) фазу упадка или обратнаго развитія. Послѣднюю фазу мы называемъ старостью. Она характеризуется упадкомъ физическихъ силъ и почти всегда ослабленіемъ умственныхъ способностей.

Очевидно само собою, что человѣкъ, впавшій въ состояніе старческаго слабоумія (insania senilis) не можетъ быть подвергаемъ уголовной отвѣтственности за совершаемое имъ преступленіе. Но нельзя не признать, что законодатель долженъ совершенно отказаться отъ цифрового опредѣленія старческаго возраста, исключающаго вмѣняемость, такъ какъ люди часто до самой глубокой старости вполнѣ обладаютъ необходимыми для вмѣненія психическими свойствами. Вотъ почему всѣ положительныя законодательства предоставляютъ всецѣло суду рѣшать въ каждомъ данномъ

случаѣ вопросъ о вліяніи старости не уголовную отвѣтственность преступника.

По нашему Уложенію: "лица, потерявшія умственныя способности и разсудокъ отъ дряхлости или старости, не подлежатъ никакой отвѣтственности за свои дѣйствія наравнѣ съ больными, находящимися въ безпамятствѣ и сумасшедшими" (ст.97).

Новое Уложеніе не упоминаетъ о старческомъ возрастѣ, какъ о причинѣ невмѣняемости, но старческое слабоуміе подходитъ подъ общее опредѣленіе 39 ст.

Новое Угол. Ул. говоритъ только въ 58 ст. о смягченіи наказанія для лицъ, достигшихъ извѣстнаго возраста:

"Для лица мужскаго или женскаго пола, достигшаго 70 лѣтъ, смертная казнь и каторга замѣняются ссылкой на поселеніе; для лица женскаго пола, не достигшаго 70-ти лѣтняго возраста, смертная казнь замѣняется каторгой безъ срока, за исключеніемъ тяжкаго преступленія, статьею 99 предусмотрѣннаго". Въ 99 статьѣ говорится о посягательствѣ на жизнь, здравіе, свободу или вообще на неприкосновенность Священной Особы Царствующаго Императора.

Но невозможность вмѣненія преступленія можетъ происходить и отъ причинъ другого свойства: 1) для вмѣненія требуется одно отрицательное условіе, именно отсутствіе внѣшнихъ обстоятельствъ, съ которыми средне-

му человѣку не герою-бороться не по силамъ.Гдѣ существуютъ подобныя обстоятельства,. тамъ вмѣненіе является невозможнымъ.Это состояніе извѣстно подъ именемъ состоянія крайней необходимости.2)Вмѣненіе немыслимо,когда преступленіе совершается благодаря невѣдѣнію или заблужденію.

Остановимся сначала на состояніи крайней необходимости.

I. СОСТОЯНІЕ КРАЙНЕЙ НЕОБХОДИМОСТИ.

Крайняя необходимость существуетъ тамъ,гдѣ субъектъ прибѣгаетъ къ правонарушенію какъ къ единственному средству,которымъ онъ можетъ спасти свои собственныя права или блага отъ угрожающей опасности.Состояніе крайней необходимости,конечно,не исключаетъ безусловно возможности выбора для человѣка,возможности воздержанія отъ нарушенія права,пожертвовать своимъ собственнымъ благомъ.Бывали примѣры,что человѣкъ,которому предстояло одно изъ двухъ:украсть кусокъ хлѣба или или умереть съ голода,предпочиталъ послѣднее.Но,если съ высшей моральной точки зрѣнія подобный образъ дѣйствій и представляется желательнымъ,то все же нельзя не признать,что субъектъ,который не воздержался отъ преступленія въ состояніи крайней необходимости,не долженъ быть подвергаемъ уголовной реакціи. Такъ,прежде всего страхъ наказанія не можетъ служить въ подобныхъ случаяхъ опредѣляющимъ стимуломъ

для воли человѣка.Немыслимо,напр., чтобы человѣкъ,умирающій съ голоду,могъ быть удержанъ отъ воровства страхомъ наказанія.Такой аргументъ въ пользу ненаказуемости преступленій, совершенныхъ въ состояніи крайней необходимости, былъ приведенъ еще Кантомъ,по словамъ котораго преступленіе,совершенное въ состояніи крайней необходимости, есть дѣяніе ненаказуемое (impunita),такъ какъ страхъ наказанія не можетъ во всякомъ случаѣ удержать человѣка, находящагося въ крайней необходимости отъ преступленія. Затѣмъ, наказуемость подобнаго субъекта не можетъ быть оправдана и другими цѣлями,которыя преслѣдуетъ институтъ карательныхъ мѣръ : ни задачей устраненія частной мести, ни задачей исправленія преступника. Въ самомъ дѣлѣ человѣкъ, совершившій преступленіе въ состояніи крайней необходимости, съ одной стороны, не можетъ вызвать въ современномъ обществѣ чувства возмездія, а съ другой, онъ проявляетъ въ своемъ дѣйствіи развѣ лишь отсутствіе героизма,но отнюдь не ту нравственную испорченность, которая требуетъ мѣръ исправленія со стороны государства. Какія же условія создаютъ состояніе крайней необходимости?Прежде всего такое состояніе обусловлено дѣятельностью силъ природы.Сюда относятся :1) дѣйствія силъ стихійныхъ,какъ,напр.,буря, заставляющая выкинуть за бортъ корабля товары для спасенія людей. 2) нападеніе животныхъ и 3) различныя физіологическія ощущенія (напр., голодъ), угрожающія опасностью состоянію организма;въ такомъ состояніи на-

ходится, напр., беременная женщина, которая не можетъ разрѣшиться естественнымъ образомъ, что и даетъ право на истребленіе младенца въ утробѣ, на перфорацію или, такъ называемое кесарское сѣченіе. Но состояніе крайней необходимости можетъ происходить не только отъ силъ природы, но и отъ дѣятельности человѣка и притомъ опредѣленной злымъ умысломъ. При этомъ возможны два случая: субъектъ совершаетъ преступленіе: 1) для защиты отъ непосредственнаго нападенія, напр., преслѣдуемый разбойникомъ, врывается въ чужой домъ; 2) для предотвращенія того зла, которымъ ему угрожаютъ условно, если имъ не будетъ выполнено требуемое отъ него преступное дѣйствіе. Случаи послѣдняго рода, то есть, когда преступленіе совершается вслѣдствіе требованія и угрозъ другого лица, такіе случаи извѣстны въ уголовномъ правѣ подъ именемъ психическаго принужденія (vis compulsiva). Большинство криминалистовъ разсматриваютъ психическое принужденіе, какъ случаи, не относящіеся къ состоянію крайней необходимости, и отводятъ имъ въ системѣ особое мѣсто. Но въ пользу такого воззрѣнія едва ли могутъ быть приведены достаточныя основанія. Гейбъ Будзинскій, отстаивая указанное выдѣленіе изъ понятія крайней необходимости, основываются на томъ, что, въ случаѣ совершенія преступнаго дѣйствія подъ вліяніемъ угрозы, дѣйствующему точно указывается и средство для предотвращенія опасности: въ состояніи же крайней необходимости,

онъ выбираетъ это средство самостоятельно, но такое различіе нисколько не измѣняетъ сущности дѣла. Другіе, защищая тотъ же взглядъ, ссылаются на то, что, въ случаѣ психическаго принужденія, существуетъ возможность еще третьяго исхода- законной обороны противъ лица принуждающаго. Но дѣло въ томъ, что говоря о психическомъ принужденіи, какъ причинѣ исключающей вмѣненіе, мы имѣемъ въ виду именно только тѣ случаи, гдѣ законная оборона является почему - либо невозможной, такъ какъ иначе, очевидно, уже не будетъ существовать условія необходимаго для безнаказанности субъекта. Скажу кстати нѣсколько словъ о принужденіи физическомъ (vis absoluta), которое имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда субъектъ служитъ чисто пассивнымъ механическимъ орудіемъ въ рукахъ другого, совершающаго правонарушеніе. Представимъ себѣ, напр., что А беретъ руку В и не смотря на сопротивленіе послѣдняго ударяетъ ею по лицу третьяго субъекта С. Въ большей части учебниковъ физическое принужденіе фигурируетъ въ числѣ условій, извиняющихъ преступника. Но это нельзя признать вѣрнымъ. Что уголовная отвѣтственность субъекта, когда онъ представляетъ жертву грубаго физическаго насилія, является невозможной - это ясно само собою; но въ подобныхъ случаяхъ субъектъ и дѣйствія- то никакого не совершаетъ: дѣйствуетъ здѣсь исключительно тотъ, кому онъ служитъ матеріальнымъ орудіемъ. Такимъ образомъ, со стороны принуждаемаго посредствомъ физическаго насилія не существу-

етъ никакого преступнаго дѣйствія; логично ли говорить объ условіи, извиняющемъ преступника, когда онъ никакого преступленія не совершалъ ? Но возвратимся къ крайней необходимости: мы видѣли, что нѣтъ никакого основанія исключать изъ понятія крайней необходимости случаи физическаго принужденія, какъ это дѣлаютъ, напр., Гейбъ, и Будзинскій. Но есть криминалисты, которые еще болѣе суживаютъ понятіе крайней необходимости, суживая ее, какъ такое состояніе субъекта, гдѣ ему угрожаетъ опасность отъ силъ природы. При такомъ опредѣленіи встрѣчаемъ, напр., у Кистяковскаго, изъ разсматриваемаго понятія выдѣляются не только случаи совершенія преступныхъ дѣйствій подъ вліяніемъ психическаго принужденія, но и всѣ другіе, гдѣ опасность грозитъ отъ человѣка, а между тѣмъ ни одинъ криминалистъ не указываетъ юридическаго признака, отличающаго эти послѣдніе случаи отъ состоянія, гдѣ опасность создается природой. Для бытія крайней необходимости, исключающей вмѣненіе преступнаго дѣйствія, необходимы слѣдующія условія: 1) опасность, угрожающая субъекту, должна быть неминуемой, неотвратимой никакимъ другимъ способомъ, кромѣ правонарушенія ; 2) на субъектѣ не должна лежать обязанность подвергаться угрожающей ему опасности, - обязанность, вытекающая изъ особаго государственнаго или общественнаго положенія его; на этомъ основаніи наше законодательство, напр., съ полнымъ правомъ опредѣляетъ строгое наказаніе тому корабельщику, ко-

торый въ виду опасности оставляетъ корабль (ст.1225). Равнымъ образомъ опасность не должна вытекать изъ какихъ -либо законныхъ дѣйствій государственныхъ органовъ или частныхъ лицъ; такъ, если субъектъ совершаетъ преступленіе, чтобы избѣжать ареста по предписанію власти, то отвѣтственность очевидно не уничтожается. 3) наконецъ, благо или право, для спасенія котораго совершается преступленіе, должно быть выше или, по крайней мѣрѣ, равно съ нарушаемымъ: такъ убійство, совершенное субъектомъ для спасенія своего имущества, не можетъ быть оправдано состояніемъ крайней необходимости; при столкновеніи права на жизнь съ какимъ нибудь другимъ правомъ, первое, очевидно, должно быть признано безусловно благомъ высшимъ. Въ случаяхъ же столкновенія между собою какихъ бы то ни было другихъ правъ вопросъ объ ихъ сравнительной цѣнности разрѣшается судьей- въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ сообразно его конкретнымъ условіямъ. При такой оцѣнкѣ правъ должно принимать во вниманіе и качественную, и количественную ихъ цѣнность. При столкновеніи правъ, однородныхъ по своему качеству, высшимъ, конечно, должно быть признано то, которое драгоцѣннѣе въ отношеніи количественномъ.

Состояніе крайней необходимости извиняетъ субъекта и при защитѣ другихъ лицъ. Если онъ нарушаетъ чье -либо право для спасенія блага третьяго лица, блага, которое драгоцѣннѣе нарушеннаго, то онъ не

подлежитъ уголовной репрессіи точно такъ же, какъ если бы онъ дѣйствовалъ для защиты самого себя; при столкновеніи же правъ цѣнности одинаковой, извиняющимъ обстоятельствомъ могутъ служить только особыя отношенія, напр. родственныя или дружескія, въ которыхъ совершитель преступнаго дѣйствія находится къ защищаемому субъекту.

Въ законодательствахъ положительныхъ объемъ понятія крайней необходимости какъ состоянія, исключающаго вмѣненіе, по большей части является слишкомъ узкимъ. Такъ, по кодексамъ: баварскому 1813 -го года, вюртембергскому, баденскому -. Крайняя необходимость можетъ имѣть мѣсто исключительно при защитѣ жизни; по законодательствамъ: ганноверскому, саксонскому, гессенскому и общегерманскому 1871 -го года дозволяется защищать, кромѣ жизни, еще только тѣлесную неприкосновенность. Общее постановленіе о ненаказуемости правонарушеній въ состояніи крайней необходимости безъ указанія на защищаемыя блага, мы находимъ въ кодексахъ: французскомъ, прусскомъ, итальянскомъ и баварскомъ 1861-го года. Въ нашемъ кодексѣ о состояніи крайней необходимости говоритъ въ 1-й разъ Уложеніе 1649-го года. Затѣмъ, мы встрѣчаемъ довольно подробныя постановленія по этому предмету въ воинскихъ артикулахъ, гдѣ состояніе крайней необходимости было признано во многихъ случанхъ причиной уничтожающей вмѣненіе. Напротивъ того, проектъ 1813 года смотритъ на крайнюю необходимость, какъ на обстоятельство, могущее вліять лишь на смягченіе наказа-

нія. Такой взглядъ перешелъ и въ Сводъ Законовъ. Наконецъ, въ дѣйствующемъ правѣ мы находимъ слѣдующія постановленія : учинившему противозаконное дѣяніе, вслѣдствіе непреодолимаго къ тому отъ происходящей силы принужденія и токмо для избѣжанія непосредственно грозившей его жизни въ то самое время неотвратимой другими средствами опасности, содѣянное имъ не вмѣняется въ вину (ст. 100).

Изъ этого видно, что отечественное законодательство подобно нѣкоторымъ указаннымъ мною иностраннымъ кодексамъ, неправильно ограничиваетъ состояніе крайней необходимости лишь тѣми случаями, когда преступленіе совершается для спасенія жизни.

Кромѣ состоянія крайней необходимости, къ числу условій начинающихъ преступное дѣяніе относится:

2) НЕВѢДѢНІЕ И ЗАБЛУЖДЕНІЕ.

Такъ какъ для вмѣненія необходимо сознаніе дѣйствія и его послѣдствій фактическихъ и юридическихъ, то, очевидно, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ правонарушающій субъектъ считаетъ преступное дѣяніе правомѣрнымъ (error juris) , или же хочетъ выполнить другое дѣяніе вполнѣ правомѣрное, но въ дѣйствительности совершаетъ правонарушеніе, благодаря ошибкѣ относительно фактическихъ обстоятельствъ (error facti)-во всѣхъ подобныхъ случаяхъ вмѣненіе является безусловно невозможнымъ. Такимъ образомъ, какъ при заблужденіи фактическомъ (error facti), такъ и юридическомъ (error iuris),

во всякомъ случаѣ совершенное субъектомъ правонарушеніе не должно подлежать уголовной реакціи. На этомъ основаніи нельзя одобрить того установленнаго почти всѣми кодексами безусловнаго правила, что невѣдѣніе не можетъ служить извиняющимъ обстоятельствомъ (error iuris nocet). Чтобы оправдать это правило криминалисты выставляютъ обыкновенно юридическую фикцію, по которой законъ, обнародованный надлежащимъ образомъ, извѣстенъ каждому гражданину. Но подобный пріемъ не долженъ быть допущенъ въ уголовномъ правѣ, гдѣ юридическая оцѣнка должна покоиться на оцѣнкѣ дѣйствительности, а не на какихъ либо фикціяхъ. Поэтому, всякая фикція должна быть здѣсь отвергнута, какъ совершенно неумѣстная. Впрочемъ, нельзя не признать, что относительно наказуемости большинство преступленій, напр., убійства, воровства, поджога и т.д. указанная фикція является вполнѣ достовѣрной. Въ самомъ дѣлѣ, можно ли допустить, что субъектъ, удовлетворяющій условіямъ вмѣняемости, не сознаетъ противозаконности, напр., убійства, воровства и т.п. Такимъ образомъ, несомнѣнно, существуетъ масса преступленій, по отношенію къ которымъ правило, выставляемое законодательствомъ nemo iuris ignorandi dicere potest является вполнѣ справедливымъ; но не слѣдуетъ забывать, что кромѣ преступленій, всѣмъ извѣстныхъ, существуютъ и деликты совершенно иного свойства, напр., всѣ полицейскіе проступки; вслѣдствіе чего указанное правило безусловно

не можетъ быть признано вполнѣ рациональнымъ.

Наше законодательство въ ст. 62 основныхъ законовъ устанавливаетъ то общее начало, что никто не можетъ отговориться незнаніемъ закона, если только онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ, но въ то же время допускаетъ нѣсколько исключеній, напримѣръ, подчиненный только тогда подлежитъ наказанію, когда зналъ о противозаконности своего дѣйствія.

Что касается заблужденія фактическаго, то оно можетъ относиться или къ средствамъ совершенія, или къ предмету, на который направлено дѣяніе.

По отношенію къ средствамъ заблужденіе можетъ касаться какъ тождества средства, такъ и его качества. Исключая всякую возможность умысла, заблужденіе относительно тождества средствъ не можетъ не исключать уголовной отвѣтственности за умышленный деликтъ, но при извѣстныхъ условіяхъ можетъ существовать отвѣтственность, какъ за неосторожность. Тоже имѣетъ силу и тогда, когда преступленіе совершается подъ вліяніемъ ошибки въ качествѣ употребленнаго средства, какъ, напримѣръ субъектъ даетъ больному ядъ, въ глубокомъ убѣжденіи что онъ спасаетъ его, а между тѣмъ отравляетъ больного.

Заблужденіе относительно предмета error in corpore можетъ также относиться или къ его тождеству или къ его качеству. Если, напримѣръ, охотникъ убиваетъ человѣка потому, что принимаетъ его за волка, то здѣсь ошибка относится къ тождеству предмета. Въ случаѣ, если

человѣкъ совершаетъ преступленіе, не зная о свойствѣ объекта, которое дѣлаетъ его дѣяніе противозаконнымъ, - въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ ошибку въ качествѣ объекта напримѣръ, въ прусской практикѣ былъ такой случай: нѣкто, считая человѣка мертвымъ, тогда какъ онъ находился лишь въ обморокѣ, бросилъ его въ воду, гдѣ тотъ и утонулъ. Не можетъ быть сомнѣнія, что въ случаѣ ошибокъ въ тождествѣ или свойствѣ предмета, преступленіе не можетъ быть вмѣнено его совершителю, какъ деликтъ умышленный. Не заключается ли здѣсь отвѣтственность за неосторожность ?- Это вопросъ, разрѣшаемый на основаніи конкретныхъ обстоятельствъ каждаго случая.

Обращаясь къ кодексамъ нашего вѣка, мы находимъ въ нихъ двѣ системы рѣшенія вопроса о вліяніи ошибки и невѣдѣнія на вмѣненіе. Законодательство французское и нѣкоторыя германскія предоставляютъ рѣшеніе этого вопроса практикѣ и не заключаютъ въ себѣ общихъ постановленій по этому предмету. Другія же, напримѣръ, вюртембергское прусское, баденское прямо формулируютъ то начало, что преступленіе, совершенное подъ вліяніемъ ошибки въ фактическихъ обстоятельства, не должно - быть вмѣнено въ вину его совершителю. Этой же системы держится и наше Уложеніе, которое различаетъ два вида фактическаго заблужденія . 1) случайное и 2) происшедшее вслѣдствіе обмана; и то и другое признается имъ, какъ обстоятельства, уничтожающія уголовную отвѣтственность.

По ст. 99 "кто учинитъ что-либо противное закону

единственно по совершенному отъ случайной ошибки или вслѣдствіе обмана происшедшему невѣдѣнію тѣхъ обстоятельствъ, отъ коихъ именно дѣяніе это обратилось въ противозаконное. тому содѣянное имъ не вмѣняется въ вину. Онъ можетъ,однако же въ нѣкоторыхъ случаяхъ,закономъ опредѣленныхъ, быть присуждаемъ къ церковному покаянію".

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

ГЛАВА III.

ПРЕДМЕТЪ ИЛИ ОБЪЕКТЪ ПРЕСТУПЛЕНІЯ.

I. ЧТО СОСТАВЛЯЕТЪ ОБЪЕКТЪ ПРЕСТУПЛЕНІЯ ?

По господствующей доктринѣ объектомъ преступленія слѣдуетъ признавать юридическія нормы, т.е. извѣстные запреты и предписанія,санкціонированные закономъ.Такъ, одинъ изъ виднѣйшихъ представителей этого ученія, Таганцевъ, опредѣляя объектъ преступленія, говоритъ,что таковымъ могутъ быть только "юридическія нормы, признанныя и охраняемыя государствомъ и при томъ или въ ихъ отдѣльномъ единичномъ бытіи, или въ ихъ сочлененіи, въ формѣ юридическихъ институтовъ. Такое воззрѣніе еще недавно

раздѣлялось и мной, но въ послѣднее время я убѣдился въ его невѣрности. Въ самомъ дѣлѣ,объектомъ преступленія съ правильной точки зрѣнія можетъ считаться только то, что разрушается или по крайней мѣрѣ страдаетъ отъ преступной дѣятельности. Но можно - ли сказать относительно юридическихъ нормъ, что онѣ разрушаются отъ преступной дѣятельности ? Что при совершеніи преступленія нормы эти сами по себѣ не только не разрушаются, но даже и не страдаютъ, - это ясно само по себѣ. Но оставляя неприкосновенной самую правовую норму, всякое преступленіе разрушаетъ то или другое благо, частное или общественное,охраняемое уголовнымъ правомъ, эти блага или интересы и есть объектъ преступленія. Такимъ образомъ, объектъ убійства не запретъ"не убей", а просто человѣческая жизнь. Точно также при воровствѣ объектъ - не юридическая норма "не укради", а похищаемое имущество. Нѣкоторые ученые,напр., Сергѣевскій утверждаютъ, что разрушаемыя деликтами блага или интересы составляютъ нечто иное, какъ реальное бытіе различныхъ юридическихъ нормъ. Если принять такое ученіе, то установленный мной взглядъ на объектъ преступленія близко подошелъ - бы къ господствующей доктринѣ. Мы могли бы сказать, что если самыя юридическія нормы и не страдаютъ отъ преступленія, то все же разрушаются тѣ блага или интересы, которые составляютъ реальное бытіе юридическихъ нормъ. Но въ своемъ основаніи указанное воззрѣніе на защищаемое правомъ благо, какъ на реальное бытіе должно быть признано совершенно

несостоятельнымъ, такъ какъ юридическія нормы не создаютъ такихъ благъ, каковы, напр., жизнь, честь, здоровье и т.п., а только ихъ охраняютъ. Можно ли поэтому такія блага разсматривать, какъ воплощеніе правовыхъ нормъ. Итакъ, что же слѣдуетъ считать истиннымъ объектомъ деликта ? Истиннымъ объектомъ преступленія являются охраняемые правомъ блага или интересы.

Право есть, несомнѣнно, продуктъ соціальной жизни и цѣль его состоитъ лишь въ регулированіи отношеній отдѣльныхъ субъектовъ между собою и къ цѣлому обществу. Поэтому, юридическія отношенія лица къ его собственнымъ интересамъ совершенно немыслимы и посягательство его на разрушеніе собственныхъ благъ, взятое само по себѣ безъ отношенія къ правамъ другихъ лицъ не можетъ составлять преступленія, хотя бы оно и было противно принципамъ религіи и нравственности. Но, разумѣется, само собою, что если такое посягательство является вмѣстѣ съ тѣмъ и нарушеніемъ юридически защищенныхъ интересовъ другихъ лицъ или даже только дѣйствіемъ опаснымъ для послѣднихъ, то оно уже есть достаточное основаніе для посягательства на юридическія нормы, а, слѣдовательно, можетъ быть разсматриваемо какъ преступленіе. Такъ, во всѣхъ законодательствахъ является наказуемымъ поджогъ собственнаго имущества, если пожаръ влечетъ опасность для имущества или жизни другого лица; равнымъ образомъ, наказывается при извѣстныхъ условіяхъ посягательство на собственную тѣлесную неприкосновенность, напр., когда оно дѣлается

лицомъ для избѣжанія рекрутской повинности, слѣдовательно, въ виду неисполненія обязанности, наложенной на него въ интересахъ общества. Далѣе, преступленіе не можетъ быть направлено ни противъ предметовъ неодушевленныхъ, ни противъ животныхъ. Юридическія отношенія существуютъ только между людьми. Преступленія противъ животныхъ мы встрѣчаемъ лишь въ законодательствахъ древности, когда животныя вслѣдствіе фикціи о переселеніи въ нихъ человѣческой души разсматривались какъ лица и слѣдовательно, какъ субъекты права. Съ точки же зрѣнія современныхъ законовъ животное не есть субъектъ правъ, а потому и не можетъ быть предметомъ преступленія. Если посягательство на животныхъ и разсматривается закономъ какъ преступленіе, то лишь потому, что въ немъ признается нарушеніе или права частнаго лица или полицейскихъ запретовъ государства. Жестокое обращеніе съ животными подлежитъ полицейскому взысканію почти во всѣхъ законодательствахъ потому, что оно оскорбляетъ нравственныя чувства общества и имѣетъ вредное вліяніе на народные нравы. Не можетъ быть преступленій противъ вѣры и отвлеченныхъ понятій, которыя не относятся къ сферѣ права. Современная наука считаетъ неподлежащимъ спору, что исполненіе религіозныхъ требованій посредствомъ уголовной кары можетъ только принести вредъ.

2. УСЛОВІЯ, УНИЧТОЖАЮЩІЯ ПРОТИВОЗАКОННОСТЬ ПОСЯГАТЕЛЬСТВА НА ОХРАНЯЕМЫЕ ПРАВОМЪ ИНТЕРЕСЫ.

Есть случаи, когда нарушаемое благо, частное или об-

щественное, перестаетъ пользоваться защитой закона, вслѣдствіе чего и дѣйствіе, посягающее на такое благо, утрачиваетъ характеръ противозаконности. Обстоятельства, уничтожающія противозаконность дѣянія, должны быть строго отличаемы какъ отъ разсмотрѣнныхъ условій уничтожающихъ вмѣняемость, такъ и отъ обстоятельствъ извиняющихъ преступника. Условія невмѣняемости уничтожаютъ не противозаконность дѣйствія, но лишь его наказуемость, указывая на особое психическое состояніе лица, они носятъ чисто субъективный характеръ: между тѣмъ обстоятельства, уничтожающія противозаконность дѣянія, исключаютъ примѣненіе карательныхъ мѣръ на основаніи свойствъ самого дѣйствія, котор., является уже не противозаконнымъ, а наоборотъ вполнѣ правомѣрнымъ. При условіяхъ, исключающихъ вмѣняемость, извиняющихъ преступника, суды признаютъ безнаказанность исключительно для даннаго субъекта, но не распространяютъ ее на другихъ лицъ, участвовавшихъ въ преступленіи если, конечно, они не находились въ особомъ состояніи, исключающемъ вмѣняемость, напр., лицо, совершившее преступленіе подъ вліяніемъ аффекта не наказуется, но тотъ, кто вручилъ ему орудіе для совершенія преступленія карается. Наоборотъ, при случаяхъ второй категоріи безнаказанность распространяется на всѣхъ лицъ, безъ исключенія, ибо не существуетъ никакого преступнаго дѣянія.

Къ причинамъ, наличность которыхъ придаетъ посягательству на какое либо благо отдѣльнаго лица характеръ дѣйствія правомѣрнаго, относятся 1) состоянія, такъ называемой необходимой обороны, 2) осуществленія своего права. 37

полненіе закона или обязательнаго приказа, 4) согласіе лица, право котораго нарушается .

I. НЕОБХОДИМАЯ ОБОРОНА.

Необходимой обороной называется отраженіе опасности, угрожающей отъ противозаконнаго нападенія, посредствомъ насилія, причиняемаго нападающему. Относительно основанія правъ необходимой обороны у философовъ и юристовъ встрѣчаются различные взгляды. Такъ какъ къ самозащитѣ побуждаетъ уже естественное, присущее каждому индивидууму, чувство самосохраненія, то древніе философы указывали источникъ правомѣрности обороны въ естественномъ прирожденномъ человѣку правѣ; по выраженію Цицерона это есть "lex non scripta, sed nata". Въ средніе вѣка оборона разсматривалась какъ обязанность, возлагаемая религіей, а неисполненіе ея, какъ большой грѣхъ. Затѣмъ, по воззрѣнію Канта усвоенному и нѣкоторыми криминалистами, напр., Фейербахомъ, Генке, право необходимой обороны составляетъ одно изъ примитивныхъ первоначальныхъ правъ, предшествовавшихъ государственному быту и объясняется тѣмъ, что въ случаѣ противоположнаго посягательства нападающему уже не можетъ принадлежать то право, нарушеніе котораго является необходимымъ для предотвращенія опасности. При образованіи государственнаго организма, говоритъ Кантъ, человѣкъ отказался отъ права самозащиты, но съ тѣмъ, чтобы его защищало въ случаѣ надобности государство; когда же послѣднее не можетъ оказать защиты, онъ снова получаетъ свое первоначальное право.

Такимъ образомъ, въ основаніи ученія Канта о правѣ необходимой обороны, лежитъ ложная фикція общественнаго договора и ничѣмъ не доказанное положеніе, что противозаконное посягательство уничтожаетъ право нападающаго.

Не болѣе счастливъ въ объясненіи правомѣрности необходимой обороны и другой философъ - Фихте, относящій ее къ тѣмъ случаямъ, гдѣ, по его словамъ, уничтожаются всѣ юридическія отношенія: "правовыя отношенія, говоритъ Фихте, мыслимы только при возможности совмѣстнаго существованія людей, а эта возможность исчезаетъ при коллизіи правъ двухъ индивидовъ." Противъ такого ученія слѣдуетъ замѣтить, во 1-хъ, что столкновеніе правъ не уничтожаетъ бытія права, а во 2-хъ результатъ, къ которому пришелъ Фихте, юридическихъ отношеній, такой результатъ прямо противорѣчитъ признанію имъ же самимъ защищаемой правомѣрности обороны; въ самомъ дѣлѣ, если необходимая оборона есть одно изъ такихъ состояній, къ которымъ немыслимо примѣненіе общихъ понятій о правѣ и неправѣ, то вредъ наносимый нападающему , не можетъ быть разсматриваемъ какъ правомѣрный.

Мы должны отвергнуть и ученія тѣхъ криминалистовъ, которые при объясненіи права необходимой обороны основываютъ свое ученіе на характерѣ воли дѣйствующаго субъекта; они указываютъ на то, что воля обороняющагося ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть признана опасною для общества. Что дѣйствіе, совершаемое въ состояніи необходимой оборо-

ны, не обнаруживаетъ опасной воли, съ этимъ нельзя не согласиться, но для доказательства правомѣрности необходимой обороны этого недостаточно: опасность можетъ сдѣлать дѣйствіе извинительнымъ, ненаказуемымъ, напр;, при крайней необходимости, но не можетъ придать ему характеръ правомѣрнаго. На мой взглядъ, истинное основаніе права необходимой обороны заключается въ слѣдующемъ: такъ какъ насиліе, къ которому прибѣгаютъ въ состояніи обороны, является средствомъ для отраженія противозаконнаго посягательства, то необходимая оборона имѣетъ ту же самую роль, какую между прочимъ преслѣдуютъ и каратель ныя мѣры, отправляемыя государствомъ, т.е. предупрежденіе преступныхъ дѣйствій, охраненіе правового порядка. Отсюда ясно, что право необходимой обороны противъ незаконныхъ дѣйствій основано просто на просто на необходимости для каждаго охраненія юридически защищенныхъ интересовъ. Полицейская дѣятельность государства направляется, главнымъ образомъ, на противодѣйствіе общимъ условіямъ, порождающимъ преступленіе ; государство не можетъ всякій разъ, когда отдѣльному лицу угрожаетъ опасность, защищать его отъ противозаконнаго посягательства, а поэтому, въ извѣстныхъ случаяхъ являются необходимыми собственныя усилія находящагося въ опасности субъекта, который, такимъ образомъ, и получаетъ право на отправленіе охранительной функціи въ формѣ самообороны.

Теперь перечислимъ условія, необходимыя для правомѣрности обороны а).Прежде всего не подлежитъ ника-

ому сомнѣнію, что оборона можетъ быть допущена лишь для
траженія посягательства противозаконнаго. На этомъ осно-
аніи не можетъ быть необходимой обороны противъ того,
то посягаетъ на какое либо благо субъекта для выполне-
ія требованія закона или же для осуществленія права въ
убъективномъ смыслѣ. Точно также нельзя признать пра-
омѣрной обороны и противъ нападенія, вынужденнаго са-
имъ обороняющимся. Еще въ прошломъ вѣкѣ, какъ въ наукѣ,
акъ и въ положительныхъ законодательствахъ было установ-
ено положеніе, что "нѣтъ обороны противъ обороны". Итакъ
ервое условіе необходимой обороны - это противозаконно
ость отражаемаго нападенія; но сознаетъ ли нападающій
ротивозаконность своего насилія или нѣтъ - это безраз-
ично. Необходимая оборона допускается какъ противъ лицъ,
аходящихся въ состояніи вмѣняемости, такъ и противъ су-
асшедшихъ, дѣтей и другихъ невмѣняемыхъ субъектовъ. Тре-
ованіе нѣкоторыхъ криминалистовъ, напр., Кестлина, Вар-
це, чтобы нападающій сознавалъ противозаконность своего
осягательства, - не имѣетъ никакого раціональнаго осно-
анія. Столь же несостоятельной является и доктрина, по
оторой небоходимая оборона можетъ быть допущена лишь
ротивъ нападенія частныхъ лицъ, но не противъ дѣйствій
рганова власти. Общественное положеніе нападающаго здѣс
тнюдь не имѣетъ значенія. Право на оборону одинаково со
раняется, будетъ ли грозить нападеніе со стороны част-
аго лица или со стороны представителя общественной вла-
сти лишь бы нападеніе было противозаконно. Это начало

было еще формулировано въ знаменитой "декларацiи правъ человѣка" 1793 г. По словамъ Кестлина, начало это составляетъ логическiй выводъ изъ принципа гражданской свободы. Нельзя не имѣть въ виду, что, совершая то или другое противозаконное дѣйствiе, государственное лицо лишается солидарности съ государствомъ и ставится на одну доску съ лицомъ, не облеченнымъ общественною властью.

В). Затѣмъ, вторымъ условiемъ необходимой обороны является наличность дѣйствительной, вполнѣ уже наступившей опасности. Такимъ образомъ, опасность должна быть настоящей, а не будущей, но это не значитъ, конечно, чтобы нападающiй долженъ былъ начать свое насилiе; было бы нелѣпо требовать, чтобы человѣкъ, потрѣвшiй разбойника, который замахивается на него дубиной, ожидалъ перваго удара. Еще, въ Воинскомъ Уставѣ Петра I, вполнѣ справедливо было сдѣлано слѣдующее замѣчанiе :"никто не долженъ есть себѣ отъ соперника перваго удара ожидать, ибо чрезъ такой первый ударъ можетъ такое случиться, что и противиться весьма забудетъ". Для правомѣрной обороны необходимо только, чтобы насилiе готово было тотчасъ осуществиться; пока этого нѣтъ, пока опасность еще отдаленная — о необходимой оборонѣ не можетъ быть и рѣчи: такъ, если кто увидѣлъ подозрительнаго человѣка, который подкрадывается къ забору, убиваетъ его выстрѣломъ, то такое убiйство, очевидно, не можетъ быть признано правомѣрнымъ. Равнымъ образомъ, необходимая оборона немыслима и тогда, когда нападенiе уже вполнѣ осуществилось ; насилiе, къ ко-

торому прибѣгаетъ въ этомъ случаѣ пострадавшее лицо, есть нечто иное, какъ частная месть, что, конечно, не можетъ быть допускаемо въ цивилизованныхъ странахъ.

С.)Наконецъ, третье условіе для правомѣрности обороны заключается въ томъ, чтобы обороняющійся не имѣлъ возможности устранить опасность другими средствами, кромѣ насилія. Гдѣ такая возможность существуетъ, тамъ оборона уже не является необходимой для охраненія права, а потому ужъ и не можетъ быть признана законной. Я долженъ сдѣлать лишь одну оговорку: указанное положеніе нельзя понимать въ томъ смыслѣ, что если для обороняющагося существовала возможность обратиться въ бѣгство, то онъ уже теряетъ право необходимой обороны, какъ это полагаютъ нѣкоторые криминалисты, напр., Фихте и др. Но такое требованіе , т.е. требованіе, чтобы субъектъ, на котораго дѣлается нападеніе, по возможности вмѣсто того, чтобы прибѣгнуть къ самообороне обращался въ бѣгство, лишь приучило бы гражданъ, по вѣрному замѣчанію Леффита, къ трусости въ дѣлѣ справедливой защиты своихъ правъ, къ ясной и явной выгодѣ нападающихъ, которые будутъ тѣмъ болѣе дерзки, чѣмъ уже рамки обороны.

Таковы тѣ условія, при которыхъ насиліе, причиняемое нападающему при отраженіи опасности, признается правомѣрнымъ.

Оборона допускается не только для охраненія собственныхъ правъ, но и для защиты всякаго другого лица, которое подвергается опасности. Право обороны, какъ мы ви-

дѣли, покоится на необходимости противодѣйствовать правонарушенію, поэтому, вездѣ, гдѣ такое противодѣйствіе не можетъ быть выполнено государствомъ, оно предоставляется всякому частному лицу, которое только пожелаетъ и найдетъ возможнымъ предупредить преступленіе. О защитѣ третьихъ лицъ говорило у насъ уже Уложеніе Алексѣя Михайловича; оно вмѣняло даже такую защиту при извѣстныхъ условіяхъ въ обязанность, неисполеніе которой грозило уголовнымъ наказаніемъ.

Посредствомъ необходимой обороны могутъ быть защищаемы, какъ личныя права, такъ и имущественныя, затѣмъ, какъ права невознаградимыя, такъ и вознаградимыя. Для правомѣрности обороны цѣнность сохраняемаго права не имѣетъ ровно никакого значенія.. Вопросъ о возможности необходимой обороны при нападеніи на честь, возбуждающій до сихъ поръ немало споровъ, долженъ быть рѣшенъ въ смыслѣ утвердительномъ. Что же касается до обидъ словесныхъ, то должно замѣтить, слѣдующее: если оскорбитель совершаетъ такую обиду въ одинъ пріемъ, то, конечно, оборона при этомъ немыслима, какъ скоро оскорбленіе уже произнесено, всякое насиліе уже будетъ местью, а не обороной; но словесныя обиды могутъ заключаться въ цѣломъ рядѣ оскорбительныхъ фразъ или словъ; и въ этомъ случаѣ насиліе, совершаемое для прекращенія брани, вполнѣ подходитъ подъ понятіе необходимой обороны. Поэтому, совершенно основательно замѣчаніе одного ученаго Леффитта, что если можно обороняться противъ второй пощечины послѣ полученія первой, то точно также должна быть дозволена оборона и противъ второго ругательства, когда было выслушано

первое.

Итакъ, оборона допускается при защитѣ правъ всякаго рода, обороняющійся можетъ употребить всякое насиліе, какое только необходимо для огражденія угрожающей опасности: онъ не обязанъ при этомъ имѣть въ виду соотношенія нарушаемаго имъ права съ тѣмъ, которое онъ охраняетъ. Требованіе нѣкоторыхъ криминалистовъ, какъ напр., Тахтмана, Ортолана, чтобы нарушаемое благо не было болѣе охраняемаго, объясняется смѣшеніемъ необходимой обороны съ состояніемъ крайней необходимости.

Единственное начало, ограничивающее оборону состоитъ въ томъ, что она не должна выходить изъ предѣловъ необходимости. Если кто можетъ связать нападающаго преступника и, несмотря на то, убиваетъ его, то такое чрезмѣрное насиліе неоправдываемое обстоятельствами, не можетъ -быть разсматриваемо, какъ правомѣрное. Нельзя, впрочемъ, не признать, что при вмѣненіи подобной чрезмѣрности, слѣдуетъ имѣть въ виду, что особое психическое состояніе обороняющагося рѣдко допускаетъ возможность правильной оцѣнки степени опасности и средствъ, необходимыхъ для ея устраненія.

Случаи, гдѣ употребляемое насиліе, не соотвѣтствуя характеру нападенія, выходитъ изъ границъ необходимости, обозначается техническимъ терминомъ "превышеніе предѣловъ обороны " (excessus defensionis). Большинство криминалистовъ признаетъ превышеніе необходимой обороны, между прочимъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ существуетъ лишь одно или два изъ

условій, которыя требуются для правомѣрности обороны; но здѣсь, очевидно, мы вовсе не видимъ необходимой обороны, а, слѣдовательно, не можемъ говорить и о превышеніи ея предѣловъ. Такое смѣшеніе встрѣчается, напр., у Будзинскаго. По его словамъ "превышеніе предѣловъ обороны можетъ быть или преждевременное, или своевременное, или послѣдующее. Первое случается тогда, когда опасность еще не предстоитъ. Послѣдующее превышеніе случается послѣ побужденія нападающаго. Противъ этого слѣдуетъ возразить, что такъ какъ условіе обороны есть наличность вполнѣ наступившей опасности, что признаетъ и самъ Будзинскій, то въ случаяхъ, которые онъ относитъ къ превышенію преждевременному и послѣдующему - необходимой обороны вовсе не существуетъ, почему немыслимо и превышеніе ея границъ. Подобную же несообразность мы встрѣчаемъ также и у Кистяковскаго и Таганцева. Послѣдній, говоря о превышеніи обороны, приводитъ въ примѣръ тѣ случаи, когда существовала дѣйствительная охрана со стороны органовъ власти или когда обороняющійся могъ защищать себя безъ всякаго насилія. Съ правильной точки зрѣнія при такихъ условіяхъ о необходимой оборонѣ, хотя и безъ превышенія предѣловъ, не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ здѣсь не существуетъ условій необходимыхъ для бытія такой обороны, а потому, конечно, нельзя и говорить о превышеніи обороны. Отъ превышенія предѣловъ обороны должно строго отличать, такъ назыв. мнимую оборону (nudus praetextus defensionis), что имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ лицо считаетъ свое насиліе вполнѣ законнымъ, между

тѣмъ какъ на самомъ дѣлѣ условій правомѣрной обороны не существуетъ. Такіе случаи должны обсуждаться на основаніи общихъ началъ относительно, такъ назыв. фактическаго заблужденія (error facti).

Что касается постановленій о необходимой оборонѣ, то нельзя не признать, что въ существѣ своемъ они удовлетворяютъ изложеннымъ требованіямъ науки.

Наше Уложеніе говоритъ, о необходимости обороны въ ст. 101, 102 и 103. Ст. 101 гласитъ: при необходимой личной оборонѣ употребленіе силы и какихъ бы то ни было мѣръ для отраженія нападенія, равно и нанесеніе при томъ, нападающему ранъ, увѣчья и самой смерти, не вмѣняется въ вину, когда отъ нападенія при невозможности прибѣгнуть къ защитѣ мѣстнаго или ближайшаго начальства, дѣйствительно подвергались опасности жизнь, здоровье или свобода обороняющагося, или же нападеніе сдѣлано воромъ или разбойникомъ, или нападающій вторгнулся съ насиліемъ въ жилище, также и въ тѣхъ случаяхъ, когда застигнутый при похищеніи или поврежденіи какого-либо имущества, преступникъ противился силою своему задержанію или прекращенію начатаго имъ похищенія или поврежденія. При семъ, однако же, постановляется общимъ правиломъ: 1) что въ каждомъ изъ вышеозначенныхъ случаевъ, обороняющійся обязанъ о всѣхъ обстоятельствахъ и послѣдствіяхъ своей необходимой обороны объявлять сосѣднимъ жителямъ, а при первой возможности и ближайшему начальству; 2) что всякій напрасно сдѣланный нападающему послѣ уже отвращенія грозившей отъ него опас-

ности вредъ признается злоупотребленіемъ обороной и виновный въ томъ долженъ быть подвергаемъ наказанію, которое опредѣляется по мѣрѣ причиненнаго имъ вреда, по роду побужденія, которому онъ слѣдовалъ и по другимъ обстоятельствамъ.

Говоря о необходимой оборонѣ, наше законодательство указываетъ и тѣ блага, которыя могутъ быть защищаемы по праву необходимой обороны, это именно: свобода, жизнь, здоровье и женское цѣломудріе. Объ оборонѣ противъ оскорбленій чести наше Уложеніе ничего не говоритъ прямо, но изъ примѣч. къ ст. 1534 и ст. 138 Уст. о наказ. налагаем. мир. суд., гдѣ говорится о безнаказанности взаимныхъ обидъ, наши юристы заключаютъ, что на практикѣ допускается и оборона противъ оскорбленія чести. Вообще условія правомѣрности обороны опредѣляются въ нашемъ законодательствѣ вполнѣ правильно; оно допускаетъ оборону, какъ для собственной защиты, такъ и для защиты другихъ, находящихся въ опасности лицъ. Что же касается до превышенія предѣловъ необходимой обороны въ особенномъ смыслѣ, то объ этомъ въ Уложеніи не говорится ни слова. Оно говоритъ лишь о тѣхъ случаяхъ, когда причиняется напрасный вредъ по устраненіи всякой опасности. Объ этомъ говорится, напр., въ ст. 1467 и 1493 Улож. о Нак.

II. ОСУЩЕСТВЛЕНІЕ СВОЕГО ПРАВА.

Это условіе не указывается положительными законодательствами, но подъ вліяніемъ доктрины признается судебной практикой. Очевидно, само собою, что если идетъ дѣло объ

осуществленіи субъектомъ его законнаго права, то совер-
шаемыя при этомъ дѣйствіи не могутъ быть разсматриваемы,
какъ преступныя. Такъ, во Франціи, въ прежнее время обма
нутый мужъ, убивающій свою жену, пойманную въ прелюбодѣя
ніи, не совершалъ ничего преступнаго, потому что француз
скій законъ прямо санкціонировалъ въ такихъ случаяхъ пра
во на убійство. Можно было сомнѣваться въ раціональности
такого постановленія, но пока такой законъ существовалъ,
убійство невѣрной жены en flagrant dèlit, должно -было
разсматриваться, какъ вполнѣ правомѣрное.

Вообще осуществленіе своего права, наносящее вредъ
другимъ лицамъ, можетъ быть наказуемымъ только въ двухъ
случаяхъ: а) когда законъ дозволяетъ пользованіе своимъ
правомъ лишь подъ тѣмъ условіемъ, чтобы оно не нарушало
права другого лица и в) когда для осуществленія права тр
буется по закону формальное содѣйствіе власти; въ этомъ
смыслѣ осуществленіе права собственными силами лица вле-
четъ за собою отвѣтственность, какъ самоуправство.

Къ случаямъ уничтоженія противозаконности вслѣдствіе
разсматриваемой причины относятся между прочимъ и разноо
зныя проявленія, такъ назыв. дисциплинарной власти, прин
лежащей ,напр., родителямъ по отношенію къ дѣтямъ, воспи
телямъ, по отношенію къ ученикамъ и т.д. Было время, когд
нѣкоторыя формы дисциплинарной власти предполагали полнѣй
шее порабощеніе тѣхъ лицъ, на которыя эта власть простир
лась; такова была, напр., власть господина надъ рабомъ в
эпоху феодализма. Нынѣ такихъ формъ дисциплинарной власти

уже не существуетъ; власть эта простирается лишь на извѣстную категорію отношеній, имѣетъ опредѣленную сферу, точно очерченную закономъ. Такимъ образомъ, субъектъ имѣющій дисциплинарную власть, долженъ строго держаться въ ея законныхъ границахъ; всякое превышеніе предѣловъ этой власти влечетъ необходимо уголовную отвѣтственность.

Къ той-же категоріи причинъ, исключающихъ противозаконность дѣянія, относится с а м о у п р а в с т в о .

Съ точки зрѣнія законодательства самоуправство безусловно является преступнымъ и наказуемымъ. Но теорія, за которой стоитъ и судебная практика, смотритъ на дѣло иначе: она выдѣляетъ въ самоуправствѣ извѣстные случаи, гдѣ насиліе должно признаваться не только не наказуемымъ, но и правомѣрнымъ. Подъ именемъ правомѣрнаго самоуправства, вообще, разумѣется насиліе, употребленное субъектомъ для возвращенія того или другого блага, отнятаго у него посредствомъ преступленія. Различіе между самоуправствомъ и необходимой обороной заключается въ томъ, что при необходимой оборонѣ субъектъ стремится п р е д у п р е д и т ь нарушеніе права, а при самоуправствѣ - в о з в р а т и т ь потерянныя блага. Напр., украденную вещь собственникъ вправѣ отнять насиліемъ.

Для правомѣрности самоуправства требуются тѣ - же условія, что и для правильности необходимой обороны. Такъ, насиліе должно быть единственнымъ средствомъ для возвращенія блага; насильственныя дѣйствія не должны переходить за предѣлъ необходимости и т. п.

III. ИСПОЛНЕНІЕ ЗАКОНА ИЛИ ОБЯЗАТЕЛЬНАГО ПРИКАЗА

Что дѣйствіе, совершаемое въ силу требованія закона можетъ быть разсматриваемо, какъ преступное, это очеви само собою; палачъ, исполняющій казнь, совершаетъ, бе сомнѣнія, дѣйствіе вполнѣ правомѣрное. Но признавая пр вомѣрность всякихъ дѣйствій, совершаемыхъ для выполнен закона, мы предполагаемъ, что субъектъ дѣйствуетъ въ п дѣлахъ той власти, которая принадлежитъ ему или по дол жности, или же, если это лицо частное, а не должностно въ силу права на исполненіе такихъ дѣйствій, предостав. ныхъ закономъ каждому гражданину. Убійство частнымъ ли цомъ преступника, приговореннаго къ смерти, не можетъ быть разсматриваемо, какъ дѣйствіе ненаказуемое, хотя он и заключаетъ въ себѣ, собственно говоря, нечто иное, ка осуществленіе требованія закона. Далѣе, уголовная отвѣт ственность, очевидно, не можетъ имѣть мѣста и при исполн ніи подчиненнымъ обязательнаго приказа, даннаго его нач ствомъ.

Здѣсь возникаетъ вопросъ, какой приказъ должно счита для подчиненнаго обязательнымъ ? Германскіе криминалист требуютъ для обязательности приказа лишь его формальной законности, для которой необходимо, чтобы приказаніе о носилось къ кругу обязанностей подчиненнаго, опредѣлен- ныхъ служебными правами, и было выражено въ требуемой з кономъ формѣ. Но такое воззрѣніе, представляющее остатк господствовавшей прежде теоріи слѣпого, пассивнаго пови

новенія, не можетъ быть признано раціональнымъ. Бываютъ случаи, когда распоряженіе начальства, хотя и удовлетворяетъ формально указаннымъ условіямъ, но въ матеріальномъ отношеніи является, несомнѣнно, противозаконнымъ неужели же подчиненный обязанъ выполнить такой приказъ, несмотря на глубокое убѣжденіе въ его противозаконности? Ясно, что приказъ долженъ быть признаваемъ необязательнымъ не только въ случаѣ несоблюденія формальности, но и тогда, когда подчиненный вполнѣ убѣжденъ въ его незаконности со стороны матеріальной. Признаніе этого принципа мы встрѣчаемъ и въ нѣкоторыхъ положительныхъ законодательствахъ, къ которымъ относится и отечественное. Ст. 403 Улож. говоритъ, что "подчиненный, исполнившій противозаконное приказаніе начальника, зная объ его противозаконности, подлежитъ тому же наказанію, какъ и начальникъ, только въ меньшей мѣрѣ".

IУ. СОГЛАСІЕ ПОСТРАДАВШАГО.

Наконецъ, противозаконность дѣйствія можетъ быть уничтожена и согласіемъ на него того же лица, право котораго оно нарушаетъ. По мнѣнію Таганцева это условіе можетъ встрѣчаться не только при нарушеніяхъ правъ частныхъ лицъ, но и при нарушеніи правъ чисто-общественнаго характера. Высказывая такой взглядъ, Таганцевъ имѣетъ въ виду тѣ случаи, когда посягательство, направленное непосредственно на извѣстныя общественныя установленія, совершается съ согласія лица, охраняющаго ихъ неприкосновенность

Уголовное Право. Лек. Пр. Колоколова. Листъ 16- Лит. Простакова.

такіе случаи, очевидно, имѣютъ уже другой характеръ, чѣмъ тѣ, гдѣ лицо даетъ согласіе на нарушеніе своего собственнаго блага, составляющаго непосредственный объектъ преступнаго дѣйствія.

Разумѣется само собой, что вопросъ о вліяніи на отвѣтственность соизволенія частнаго лица можетъ возникнуть по отношенію къ той группѣ преступленій, въ которыхъ средствомъ посягательства на юридическія нормы является нарушеніе субъективнаго права. При рѣшеніи вопроса о значеніи согласія страдающаго лица, криминалисты раздѣляютъ нарушаемыя преступными дѣйствіями права на двѣ группы: на отчуждаемыя и на неотчуждаемыя. Къ первымъ относятся именно всѣ права имущественныя, а также и нѣкоторыя личныя, нарушеніе которыхъ преслѣдуется лишь по жалобѣ частныхъ лицъ; отчуждаемыя права охраняются государствомъ лишь до тѣхъ поръ, пока субъектъ желаетъ ими пользоваться; поэтому, какъ скоро онъ изъявляетъ согласіе на ихъ нарушеніе, послѣднее уже не можетъ быть разсматриваемо, какъ преступное и наказуемое. Вообще, относительно посягательства на права отчуждаемыя имѣетъ полную силу положенія римскаго права "volenti non fit iniuria". Но здѣсь нельзя не замѣтить, что отчужденіе нарушаемаго права съ согласія его обладателя можетъ при извѣстныхъ условіяхъ быть наказуемымъ, а именно въ тѣхъ случаяхъ, когда отъ такого нарушенія страдаютъ права третьихъ лицъ или же интересы всего общества; еще римскіе юристы установили правило: " ius ab illius voluntate privatorum mutari nequit."

Что касается преступленій, которыя состоятъ въ нарушеніи правъ неотчуждаемыхъ, каковы права на жизнь и здоровье, то наказуемость ихъ не можетъ быть уничтожена соизволеніемъ страдающаго лица, такъ какъ права неотчуждаемыя охраняются государствомъ совершенно независимо отъ воли ихъ обладателей. При такихъ преступленіяхъ согласіе жертвы должно вліять только на смягченіе наказуемости правонарушающаго субъекта. Такъ, убійство съ согласія убиваемаго не можетъ быть разсматриваемо, какъ ненаказуемое; но отвѣтственность преступника представляется здѣсь значительно меньшею, чѣмъ при обыкновенномъ убійствѣ. Убійство съ согласія жертвы, замѣчаетъ Бернеръ, оскорбляетъ только общую волю, въ обыкновенномъ же убійствѣ оскорбляется кромѣ того и воля частная". Криминалисты, требующіе совершенной безнаказанности убійства съ согласія жертвы, указываютъ на тѣ случаи изъ судебной практики, гдѣ наказуемость, дѣйствительно, не можетъ имѣть мѣста, но только не въ силу самаго акта согласія, а въ виду особеннаго свойства тѣхъ мотивовъ, которые побудили виновнаго къ преступленію; напр., солдатъ закалываетъ послѣ битвы смертельно раненнаго своего товарища, уступая его мольбамъ, прекратить невыносимыя страданія. Другой случай совершенно иного характера: молодой человѣкъ съ своей возлюбленной вслѣдствіе невозможности соединенія брачными узами рѣшаются вмѣстѣ умереть. Молодой человѣкъ долженъ сначала убить возлюбленную, а потомъ и самого себя въ убійственномъ [illegible]

выполняетъ только первое, такъ какъ самоубійство почему бы то ни было не состоялось. Въ подобныхъ случаяхъ нельзя, конечно, не признать непримѣнимость уголовной реакціи. То основаніе тому заключается вовсе не въ согласіи жертвы, а въ чистотѣ побужденій преступника, опредѣлившихъ его дѣйствія. Можно представить себѣ и такой случай, что убійца, хотя дѣйствуетъ и съ согласія жертвы, но руководится при этомъ мотивами совершенно иного свойства, напр., корыстнымъ разсчетомъ. Въ подобныхъ случаяхъ ненаказуемость убійства никакъ не можетъ быть оправдана. Такимъ образомъ, согласіе жертвы при убійствѣ, а также и при нанесеніи вреда здоровью должно быть разсматриваемо само по себѣ лишь какъ обстоятельство, смягчающее наказуемость, а не какъ причина, уничтожающая противозаконность дѣянія.

Этимъ закончимъ ученіе объ объектѣ преступленія и приступимъ къ анализу третьяго элемента преступленія - къ изслѣдованію о самомъ преступномъ дѣяніи.

Г Л А В А IУ -я.

П Р Е С Т У П Н О Е Д Ѣ Я Н І Е.

При изслѣдованіи преступнаго дѣянія мы встрѣчаемся съ наиболѣе трудными проблемами философіи уголовнаго права. Проблемы эти, правда, получили весьма подробную обработку въ обширной нѣмецкой литературѣ, но нужно сознаться, что результаты, достигнутые германской наукой въ ученіи о преступномъ дѣяніи, представляются далеко неудовлетворительными. Во многихъ отдѣлахъ этого ученія нѣмецкіе

криминалисты еще не освободились отъ опеки метафизическихъ теорій; встрѣчается много фикцій и иныхъ положеній, противорѣчащихъ самымъ кореннымъ принципамъ уголовн... права. Поэтому при изслѣдованіи преступнаго дѣянія, нужно дется отвергнуть результаты нѣмецкой доктрины и попытаться установить въ этой области иное ученіе, болѣе правильное.

Въ ученіе о преступномъ дѣяніи входятъ слѣдующіе раздѣлы : 1) о формахъ виновности или иными словами о видахъ того психическаго настроенія, которое можетъ и должно вызывать уголовную реакцію ; 2) о необходимой для вмѣненія объективной связи между преступнымъ дѣйствіемъ лица и наступившимъ результатомъ : 3) о такъ назыв. преступномъ бездѣйствіи ; 4) о покушеніи и, наконецъ, 5) о той сложной формѣ преступности, гдѣ въ одномъ и томъ же дѣяніи участвуютъ нѣсколько лицъ, говоря короче, о соучастіи преступниковъ.

Ближайшимъ предметомъ нашего анализа будетъ ученіе о формахъ виновности.

О т д ѣ л е н і е I-е.

ФОРМЫ ВИНОВНОСТИ.

Виновность въ тѣсномъ смыслѣ есть психическое отношеніе субъекта къ совершаемому имъ преступному дѣянію; она можетъ представить различные виды. Въ современной литературѣ формы виновности сводятся къ двумъ основнымъ типамъ: первый называется умысломъ (dolus), второй неосторожностью (Culpa). Разсмотримъ сначала первый.

I. УМЫСЕЛЪ.

Опредѣленія понятія умысла, встрѣчаемыя въ нашей наукѣ, представляютъ чрезвычайное разнообразіе. По формулѣ Фейербаха умыселъ есть воля, направленная на преступленіе, какъ на конечную цѣль. Такимъ образомъ, названный криминалистъ для бытія умысла требуетъ, чтобы правонарушеніе было конечною цѣлью преступника. Но чѣмъ можетъ быть оправдано подобное требованіе ? Справедливо замѣчаетъ Бауеръ, что, слѣдуя опредѣленію Фейербаха, мы могли бы признавать злой умыселъ только въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ, такъ какъ цѣль преступника, по большей части можно даже сказать почти всегда, лежитъ внѣ самаго правонарушенія.

Столь же несостоятельнымъ является и требованіе Кестлина, по которому для умысла требуется, чтобы виновный, предпринимая дѣйствіе, предвидѣлъ необходимость противозаконнаго результата. Мы не можемъ признать такое требованіе уже въ виду того, что человѣкъ никогда не можетъ съ полною несомнѣнностью разсчитывать на послѣдствіе, такъ какъ наступленіе его въ громадномъ большинствѣ случаевъ не зависитъ исключительно отъ его воли, бываютъ случаи, что самый сильный ядъ не производитъ желаемаго дѣйствія. Если бы законъ требовалъ для умысла убѣжденія со стороны виновнаго въ необходимости противозаконнаго результата, то преступникъ всегда могъ бы сослаться на то, что результатъ не представлялся ему неизбѣжнымъ. Далѣе, не-

возможно принять и ту формулу, по которой умыселъ есть рѣшимость направленная на осуществленіе того или другого деликта. Подъ рѣшимостью, какъ указано было мною при анализѣ волевого процесса, можно разумѣть лишь хотѣніе, одобренное разумомъ. Ясно, однако же само собою, что умыселъ вполнѣ допустимъ и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ субъектъ вполнѣ сознаетъ неразумность возникшей въ немъ преступной воли.

Наконецъ, мы должны отвергнуть и то опредѣленіе умысла, которое встрѣчается у большинства современныхъ ученыхъ. По ихъ формулѣ преступленіе признается умышленнымъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ субъектъ или прямо хочетъ правонарушенія, или же по крайней мѣрѣ допускаетъ его, относясь къ нему индифферентно. Противъ такой формулы я долженъ замѣтить, что индифферентное отношеніе къ преступному результату, обозначаемое обыкновенно терминомъ "dolus eventualis", или иначе-преступное безразличіе" - является психическою невозможностью. Въ самомъ дѣлѣ, при какихъ именно условіяхъ господствующая доктрина предполагаетъ въ субъектѣ индифферетное отношеніе къ преступному послѣдствію? Говоря объ этой формѣ умышленной виновности, криминалисты имѣютъ въ виду тѣ случаи, гдѣ субъектъ, обусловившій преступный результатъ, дѣйствовалъ хотя и ради иной цѣли, но съ сознаніемъ его вѣроятности; напр., субъектъ насилуетъ беременную женщину, сознавая, что послѣдствіемъ этого можетъ быть выкидышъ. Позволительно, однако, спросить: почему же именно при означенныхъ условіяхъ мы-

новный долженъ относится безразлично къ предвидѣнному имъ послѣдствію ? Если сознаніе вѣроятности преступнаго результата не удержало виновнаго отъ выполненія предположенныхъ актовъ, то изъ этого еще вовсе не слѣдуетъ, чтобы преступникъ относился къ этому результату индифферентно. На мой взглядъ въ субъектѣ, находящемся въ состояніи вмѣняемости безразличное отношеніе къ противозаконному послѣдствію является вообще совершенно немыслимымъ. Уже обыденный опытъ показываетъ, что мы можемъ относиться индифферентно лишь къ такимъ фактамъ, отъ которыхъ намъ, какъ говорится, ни тепло, ни холодно. Но, очевидно, само собою, что человѣкъ, психически здоровый, сознательно обусловливая преступный результатъ, не можетъ не понимать, что послѣдній является для него въ извѣстномъ отношеніи невыгоднымъ, хотя бы уже потому, что за наступившее послѣдствіе онъ можетъ подвергнуться уголовной карѣ. Ясно поэтому, что со стороны субъекта, удовлетворяющаго условіямъ вмѣненія, принимаемый доктриной индифферентизмъ относительно преступнаго послѣдствія, долженъ быть признанъ совершенно невозможнымъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, очевидно, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ опровергаемое мною ученіе принимаетъ, такъ назыв. "преступное безразличіе" - во всѣхъ такихъ случаяхъ виновный на самомъ дѣлѣ прямо желаетъ, чтобы преступное послѣдствіе, такъ или иначе было избѣгнуто, отклонено тѣмъ или другимъ способомъ. Такимъ образомъ. dolus eventualis существуетъ только въ романахъ криминалистовъ, а не есть что либо существующее

въ дѣйствительной жизни.

Изъ всѣхъ опредѣленій злого умысла я нахожу наиболѣе удовлетворительной слѣдующую безыскусственную формулу, встрѣчаемую у Лилліенталя: умыселъ, по его словамъ, есть хотѣніе, направленное на тотъ или другой наказуемый результатъ. Я сдѣлаю поправку: вмѣсто результатъ скажу дѣяніе, такъ какъ о результатѣ въ юридическомъ смыслѣ можетъ быть рѣчь только въ преступленіяхъ матеріальныхъ. Что слѣдуетъ разумѣть подъ терминомъ""хотѣніе" и чѣмъ оно отличается отъ желанія это достаточно выяснено въ общемъ очеркѣ волевого процесса.

ВИДЫ УМЫСЛА. Умыселъ можетъ быть трехъ видовъ: вопервыхъ, dolus impetus ,т.е. умыселъ, возникшій въ состояніи душевнаго волненія, которое, однако, же не должно достигать степени аффекта, потому что аффектъ исключаетъ вмѣняемость. Поэтому общепринятое названіе"умыселъ аффектированный"представляется не совсѣмъ точнымъ.

Во 2-хъ, тѣ случаи, когда преступная воля, хотя и складывается въ совершенно спокойномъ состояніи духа, но приводится въ исполненіе немедленно по ея возникновеніи. Это внезапный, но хладнокровный умыселъ (dolus repentinus).

Въ 3-хъ, когда виновный заранѣе обдумалъ всѣ предпринимаемыя имъ дѣйствія и ихъ результаты, сдѣлалъ всесторонюю оцѣнку преступнаго плана. Это умыселъ заранѣе обдуманный или придуманный - dolus praemeditatus, praemeditatio. Наличность предумышленія доказывается по большей части тѣмъ, что совершеніе преступленія отдѣлено отъ умысла дол-

гимъ промежуткомъ времени; но иногда лицо можетъ надолго удерживаться отъ преступленія, оставаясь въ возбужденномъ состояніи, поэтому болѣе точнымъ признакомъ является всесторонняя оцѣнка задуманнаго. Несомнѣнно, что большая обдуманность и оцѣнка плана указывая на большую энергію воли, могутъ сдѣлать предумышленіе обстоятельствомъ, усиливающемъ вину, но признаніе умысла обдуманнаго всегда болѣе тяжкою формою виновности могло-бы привести къ несправедливости. Легко представить и такіе случаи, когда лицо, долго обдумывавшее преступленіе, заслуживаетъ снисхожденія, въ которомъ отказывается человѣку, дѣйствующему подъ вліяніемъ внезапнаго порыва, напр., убійство изъ ревности, изъ мести, очень часто предполагаетъ обдуманность, а между тѣмъ они всего чаще заставляютъ признавать виновнаго заслуживающимъ снисхожденія и нерѣдко оправдывать его; убійство же изъ корысти всегда считается тяжкимъ преступленіемъ, хотя бы преступникъ и дѣйствовалъ въ силу внезапнаго порыва.

Кромѣ указаннаго раздѣленія существуетъ немало и другихъ раздѣленій злого умысла, но ни одно изъ нихъ не выдерживаетъ критики. Устанавливая различные виды умысла, нѣмецкіе ученые старались выяснить различные оттѣнки умышленной вины, имѣющіе значеніе при опредѣленіи мѣры наказанія. Они основывались при этомъ, главнымъ образомъ, на различномъ отношеніи преступнаго результата къ опредѣленію и желанію преступника, но они не выработали никакихъ общихъ положеній и безчисленные контраверзы, по

поводу этихъ дѣленій, не привели ни къ какимъ результатамъ. Спрашивается, въ чемъ же заключается причина такой безрезультатности усилій нѣмецкихъ ученыхъ? Ее объясняютъ обыкновенно невыполнимостью той задачи, которую они преслѣдовали, т. к. разграниченіе оттѣнковъ умысла, по ихъ словамъ, не допускаетъ никакого общаго опредѣленія, что тотъ или другой оттѣнокъ долженъ быть констатируемъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ лишь на основаніи его индивидуальныхъ условій. Но съ этимъ мнѣніемъ врядъ ли можно согласиться. Въ судебной практикѣ уже давно ощущается недостатокъ общихъ раціональныхъ началъ по разбираемому вопросу и наука не должна навсегда отказываться отъ установленія такихъ началъ. Необходимо только избрать для этого иной путь, а не тотъ, по которому слѣдовали доселѣ. Надо отказаться отъ попытокъ найти руководящее начало по данному вопросу путемъ формальнаго логическаго метода, которымъ руководствовались нѣмецкіе ученые, и перенести его разрѣшеніе на почву опытной психологіи. Послѣдній путь и есть единственно вѣрный, по которому должны идти криминалисты въ данномъ вопросѣ. Впрочемъ, нельзя не признать, что при современномъ положеніи психологіи криминалисты едва ли найдутъ въ ней вполнѣ достаточный матеріалъ для выполненія этой трудной задачи.

КОНСТАТИРОВАНІЕ УМЫСЛА. Несомнѣнно, что признаніе умысла въ каждомъ данномъ случаѣ требуетъ точныхъ доказательствъ. Противъ ученія средневѣковыхъ криминалистовъ

по которому въ процессѣ установлялась презумпція этого умысла (praesumptio doli),противъ такого ученія возстали еще французскіе юристы конца прошлаго вѣка. По современнымъ началамъ, какъ я уже не разъ указывалъ, всякое сомнѣніе должно быть обращено въ пользу подсудимаго. Вслѣдствіе этого для отрицанія умысла не требуется необходимо несомнѣнныхъ доказательствъ случая неосторожности но достаточно простого сомнѣнія въ томъ, что субъектъ, нарушившій юридическія нормы, дѣйствовалъ съ сознаніемъ и волей, т.е. хотѣлъ этого нарушенія. Въ существованіи dolus' a мы убѣждаемся по большей части уже и въ разсмотрѣніи свойствъ самаго преступнаго дѣйствія. Есть не мало преступленій, которыя уже по самому составу своему предполагаютъ необходимо умышленность; такъ клевета, различные виды похищенія чужой собственности, изнасилованіе - всѣ эти преступленія, очевидно, могутъ быть только умышленными : res ipsa in se dolum habet.

Теперь нѣсколько словъ объ опредѣленіи степени наказуемости при умышленныхъ преступленіяхъ.

Что вообще должно служить здѣсь масштабомъ при опредѣленіи степени вины и наказуемости преступника ?

Многіе криминалисты ставятъ рѣзкую грань между вмѣненіемъ юридическимъ и нравственнымъ, утверждая, что при вмѣненіи уголовнымъ масштабомъ виновности должно быть, главнымъ образомъ, свойство преступнаго намѣренія и степень энергіи преступной воли, но никакъ не мотивы, руководившіе преступникомъ. Г. Вульфертъ въ его недавно из-

данномъ трудѣ "Антропологопозитивная школа уголовнаго права въ Италіи", высказывается, что мотивъ играетъ въ уголовномъ правѣ вообще низшую роль.

Не отрицая того важнаго значенія, какое имѣютъ свойства намѣренія и рѣшимости воли при юридической оцѣнкѣ преступнаго дѣйствія, я никакъ не могу согласиться съ указаннымъ положеніемъ. Во 1-хъ, чувство возмездія опредѣляется мотивами въ немньшей мѣрѣ, чѣмъ свойствомъ намѣренія и степенью энергіи; во-вторыхъ, если вѣрно, что наказаніе въ его намѣреніи имѣетъ главною цѣлью исправленіе преступника, то мѣра наказуемости должна зависѣть по преимуществу отъ степени его испорченности, мѣра же испорченности опредѣляется, иногда, не столько свойствомъ намѣренія, обдуманности дѣйствія и т.д. сколько свойствами мотивовъ, которые и получаютъ нерѣдко при опредѣленіи мѣры наказуемости первенствующее значеніе. Сознаніе необходимости обращать самое строгое вниманіе на мотивы давно уже ясно выразилось въ практикѣ народныхъ судовъ.

Перейдемъ къ законодательнымъ постановленіямъ по этому вопросу въ отечественномъ правѣ.

ПОСТАНОВЛЕНІЯ РУССКАГО ПРАВА ОТНОСИТЕЛЬНО УМЫШЛЕННЫХЪ ДЕЛИКТОВЪ. Наше Уложеніе не опредѣляетъ понятія злого умысла. Какъ видно изъ нѣкоторыхъ статей особенной части, напр., изъ статьи 1480, отличительнымъ признакомъ умысла считается предвидѣніе виновнымъ противозаконныхъ послѣдствій, но такой взглядъ не можетъ быть

признанъ вѣрнымъ, потому, что такое предвидѣніе встрѣчается и при нѣкоторыхъ формахъ неосторожности. Умышленныя преступныя дѣйствія раздѣляются Уложеніемъ на двѣ категоріи: 1) заранѣе обдуманныя, совершенныя подъ вліяніемъ заранѣе обдуманнаго намѣренія и 2) совершенныя подъ вліяніемъ умысла внезапнаго. Въ преступленіяхъ и проступкахъ различаются двѣ степени : 1-я когда противозаконное дѣйствіе учинено вслѣдствіе не внезапнаго, а заранѣе обдуманнаго умысла или намѣренія ; 2-ая, когда оное учинено, хотя и съ намѣреніемъ, но по внезапному побужденію,"безъ предумышленія" (ст. 4). Установленное въ этой статьѣ дѣленіе преступленій, очевидно, вполнѣ соотвѣтствуетъ дѣленію умысла на dolus praemeditatus и d. repentinus. Первый видъ умысла, то есть, умыселъ заранѣе обдуманный, Уложеніе разсматриваетъ, какъ наиболѣе наказуемый. За преступленіе, учиненное вслѣдствіе намѣренія заранѣе преступникомъ обдуманнаго, опредѣляется всегда высшая мѣра наказаній, за то преступленіе положенныхъ, если въ законахъ не поставлены именно или различныя наказанія, или же разныя степени наказаній на случай, когда сіе преступленіе было ПРЕДУМЫШЛЕННОЕ, и на тѣ, когда оное учинено по внезапному побужденію, безъ предварительнаго на то умысла ст. 105 . Наконецъ, Уложеніе въ ст..ст.108 и 109 упоминаетъ объ умыслѣ неположительномъ непрямомъ. Ст.108 содержитъ слѣдующее постановленіе :"если по обстоятельствамъ, сопровождавшимъ его дѣяніе, подсудимый МОГЪ и ДОЛЖЕНЪ былъ предвидѣть, что послѣдствіемъ онаго должно

быть не одно, а нѣсколько преступленій разной важности то хотя бы онъ и не имѣлъ положительнаго намѣренія совершить именно важнѣйшее изъ сихъ преступленій, мѣра его наказанія опредѣляется всегда по сему важнѣйшему изъ преступленій, долженствовавшихъ быть послѣдствіемъ его дѣянія". Нельзя сказать, чтобы постановленіе это отличалось ясностью. Въ началѣ ея говорится: "если подсудимый могъ и долженъ былъ предвидѣть, т.е. для вмѣненія умысла требуется лишь возможность и обязанность предвидѣть его послѣдствія ; если же это такъ, то вмѣненіе возможно и при отсутствіи дѣйствительнаго предвидѣнія результата, что противорѣчитъ простому здравому смыслу.

Далѣе, въ этой статьѣ говорится объ отсутствіи положительнаго намѣренія; но что такое положительное и неположительное намѣреніе- Уложеніе не опредѣляетъ. Такія же точно недоумѣнія возбуждаетъ ст. 109: "если подсудимый при содѣяніи какого либо преступленія тѣмъ самымъ хотя и безъ прямого на сіе умысла, учинитъ еще и другое, болѣе тяжкое, то мѣра его наказанія опредѣляется по правиламъ о совокупности преступленій, кромѣ лишь случаевъ, въ коихъ закономъ опредѣляется за сіе именно другое наказаніе, болѣе строгое": Что же должно здѣсь подразумѣвать подъ умысломъ непрямымъ, законъ также не опредѣляетъ. Кассаціонный департаментъ Сената въ большинствѣ рѣшеній толкуетъ указанный терминъ въ смыслѣ преступнаго безразличія, котораго въ дѣйствительности никогда не существуетъ.

Къ сожалѣнію и Новый Уголовный Кодексъ въ ст. 48 оставляетъ это допущеніе"преступнаго безразличія".

Ст. 48 гласитъ:"Преступное дѣяніе почитается умышленнымъ не только когда виновный желалъ его учиненія, но также ,когда онъ сознательно допускалъ наступленіе послѣдствія,обусловливающаго преступность его дѣянія".

Это опредѣленіе совпадаетъ съ несостоятельной формулой, принятой большинствомъ криминалистовъ; говоря о тѣхъ случаяхъ, когда субъектъ не желаетъ, а только допускаетъ преступленіе, этотъ кодексъ имѣетъ въ виду преступное безразличіе, которое представляется психической невозможностью. Другихъ постановленій относительно умысла въ общей части въ отдѣлѣ о видахъ виновности не встрѣчается. -

2. НЕОСТОРОЖНОСТЬ.

Разсмотримъ теперь другой типъ вины, извѣстный подъ именемъ неосторожной.

Неосторожность есть такая форма виновности, при которой субъектъ, не имѣя преступной воли, то есть воли, направленной на результатъ, обнаруживаетъ въ своей дѣятельности непростительную небрежность или легкомысленное отношеніе къ интересамъ другихъ лицъ, которымъ онъ причиняетъ вредъ. Первый отрицательный признакъ (отсутствіе преступной воли,направленной на результатъ), отличаетъ неосторожность отъ умысла (dolus) ,второй признакъ положительный (непростительная небрежность или легкомысліе) отграничиваетъ неосторожный delictum

отъ преступленія случайнаго casus , при которомъ субъектъ причиняетъ другому вредъ безъ всякой вины, благодаря лишь несчастному стеченію внѣшнихъ обстоятельствъ.

Большинство новѣйшихъ криминалистовъ сводятъ всѣ виды неосторожной вины къ двумъ главнымъ категоріямъ: безпечности (negligentia) и самонадѣянности (luxuria).

Первый видъ неосторожности опредѣляется обыкновенно, какъ такая форма неумышленной вины, при которой субъектъ, хотя и не предвидѣлъ преступнаго послѣдствія, но могъ и долженъ былъ его предвидѣть.

Не трудно однако-же убѣдиться, что такое опредѣленіе заключаетъ въ себѣ неразрѣшимое внутреннее противорѣчіе Если въ данномъ случаѣ виновный не предусматривалъ противозаконнаго результата, то это значитъ, конечно, что при конкретныхъ условіяхъ онъ и не могъ предусмотрѣть его: отсутствіе предвидѣнія , несомнѣнно, всегда обусловливается съ необходимостью, съ одной стороны, извѣстными внутренними психическими качествами преступника, а съ другой - тѣми обстоятельствами, при которыхъ совершается его дѣятельность, утверждать противное - значитъ отвергать въ психическомъ мірѣ господство закона причинной связи.

Отличительный признакъ безпечности опредѣляется всего лучше слѣдующей формулой: negligentia существуетъ

-.-.-.-.-.-.-.-.-

Уголовное Право .Лекціи Пр. Колоколова . Листъ 17 - Литографія Простакова.

тамъ, гдѣ субъектъ не сознавалъ возможности преступнаго результата, но долженъ былъ бы предвидѣть послѣдній, если бы дѣйствовалъ съ обязательною для каждаго осторожностью. Неосторожность этого типа, непосредственно, примыкаетъ къ такъ называемому случаю (casus), который мы имѣемъ тамъ, гдѣ вредный результатъ не могъ быть избѣгнутъ и при надлежащей осмотрительности, то есть, тамъ гдѣ о наказаніи не можетъ быть и рѣчи.

Что касается самонадѣянности (luxuria), то теорія принимаетъ ее во всѣхъ тѣхъ комбинаціяхъ, когда преступникъ сознавалъ возможность правонарушающаго послѣдствія но разсчитывалъ его избѣжать, легкомысленно надѣясь, напримѣръ, на свое искусство, ловкость, знаніе или даже на извѣстныя внѣшнія условія.

Самонадѣянность вполнѣ справедливо разсматривается большинствомъ ученыхъ, какъ такая форма неосторожной вины, которая заслуживаетъ in abstracto большаго наказанія, чѣмъ безпечность. Правда, такое ученіе встрѣтило рѣшительную оппозицію со стороны извѣстнаго криминалиста Бури, но доводы этого криминалиста представляются мнѣ далеко не убѣдительными.

Онъ пытается показать несостоятельность общепринятой доктрины на нижеслѣдующемъ примѣрѣ: "Представимъ себѣ, говоритъ Бури, что двѣ няньки А и В гуляютъ вечеромъ съ маленькими дѣтьми на берегу озера. Имъ встрѣчаются 2 знакомыхъ молодыхъ людей, которые и приглашаютъ ихъ танцовать на ближайшій Tanzplatz.

Няньки соглашаются и оставляютъ дѣтей однихъ подлѣ озера. При этомъ одна изъ нихъ, предвидя, что дитя ея можетъ свалиться въ воду, сажаетъ его въ кустарникъ въ нѣкоторомъ разстояніи отъ берега; другая же, которая не сознаетъ такой возможности, оставляетъ своего ребенка на самомъ берегу. Во время ихъ отсутствія дѣти сваливаются въ озеро и утопаютъ. Нянька, посадившая своего ребенка въ кустарникъ, является виновной въ самонадѣянности (luxuria), на долю же другой выпадаетъ безпечность (negligentia); но не очевидно - ли, говоритъ Бури, что вторая подлежитъ не меньшему, если не большему наказанію, чѣмъ первая? Изъ этого Бури и выводитъ, что luxuria не можетъ быть признана вообще болѣе наказуемымъ видомъ неосторожной вины, чѣмъ negligentia .

Нельзя не согласиться, что въ приведенномъ примѣрѣ преступленіе няньки, предвидѣвшей результатъ, дѣйствительно не заслуживаетъ наказанія большаго, чѣмъ какому подлежитъ другая, которая не сознавала возможности случившагося несчастья. Ясно, однако, само собою, что это зависитъ исключительно отъ того, что первая, предвидя возможность наступившаго послѣдствія, старалась по мѣрѣ своихъ силъ устранить его ; но подобное обстоятельство, несомнѣнно, имѣетъ совершенно самостоятельное значеніе. Если бы въ данномъ случаѣ нянька, предвидѣвшая результатъ, и не приняла никакихъ мѣръ предосторожности, вина ея все-таки представлялась бы какъ luxuria. Очевидно, такимъ образомъ, что примѣръ Бури пом-

се не достигаетъ своей цѣли - доказать несостоятельность той доктрины, по которой in abstracto самонадѣянность подлежитъ большему наказанію, чѣмъ безпечность.

Надо замѣтить, что указанныя формы вины не исчерпываютъ вполнѣ той сферы, которую занимаетъ culpa. По моему мнѣнію, сюда слѣдуетъ отнести еще одинъ видъ виновности, который совершенно игнорируется литературой. Я говорю, именно о тѣхъ комбинаціяхъ, когда субъектъ, сознаетъ вѣроятность преступнаго результата и въ то же время желаетъ, чтобы какая -либо счастливая случайность его отклонила. Что такая форма виновности вполнѣ возможна, въ этомъ мы убѣдились при разборѣ общепринятаго ученія о, такъ называемомъ,"преступномъ безразличіи"(dolus eventualis); она существуетъ, какъ мы видѣли, во всѣхъ тѣхъ комбинаціяхъ, гдѣ криминалисты неосновательно приписываютъ виновному индифферентное отношеніе къ предвидимому имъ противозаконному послѣдствію. Представимъ себѣ, напр такой случай: нѣкто, чтобы отомстить своему врагу, поджигаетъ его домъ, въ верхнемъ этажѣ котораго помѣщается больной, разбитый параличемъ ; сознавая вѣроятность погибели несчастнаго, поджигатель искренно желаетъ, чтобы какая -либо счастливая случайность отклонила ее, но желаніе его не осуществляется и больной во время пожара погибаетъ. Невозможность отнести подобныя комбинаціи къ области умысла очевидна сама собою : если преступникъ желаетъ ненаступленія правонарушающаго результата, то приписывать ему dolus было бы, по меньшей мѣрѣ, стран-

нымъ. Поэтому, указанные случаи должны быть подведены подъ понятіе вины неосторожной, причемъ лишь приходится нѣсколько раздвинуть тѣ рамки, которыя установлены для culpa въ современной литературѣ.

Несомнѣнно, что только что указанная форма неосторожности должна по своей наказуемости занимать среднее мѣсто между умысломъ и luxuria . Ввиду существующаго у преступника желанія избѣгнуть результата онъ, конечно, заслуживаетъ болѣе мягкаго наказанія, чѣмъ субъектъ, дѣйствующій cum dolo . Но съ другой стороны, наказуемость здѣсь должна быть все же значительно выше, чѣмъ при luxuria , такъ какъ въ разсматриваемомъ случаѣ субъектъ уже не можетъ имѣть разсчета избѣжать послѣдствія; выражаясь языкомъ теоріи вѣроятности, мы должны сказать, что у виновнаго существуетъ здѣсь относительно отклоненія результата лишь надежда НРАВСТВЕННАЯ, но отнюдь не МАТЕМАТИЧЕСКАЯ.

По поводу изложеннаго ученія мнѣ возражали, что признаки, отличающіе установленную нами форму неосторожности отъ умысла, съ одной стороны, и отъ luxuria съ другой, не легко констатировать съ достаточной достовѣрностью, а потому принятіе въ законодательствѣ такого вида неосторожной вины создало бы значительныя затрудненія въ судебной практикѣ. Но противъ этого я замѣчу слѣдующее:

Во-первыхъ, трудности практическаго примѣненія извѣстнаго начала еще не оставляютъ достаточнаго основа-

нія для того, чтобы это начало было отвергнуто. Если примѣненіе даннаго вѣрнаго принципа затруднительно, то теорія, не отступая отъ него, должна лишь попытаться облегчить по возможности дѣло суда, предложивъ ему извѣстныя болѣе частныя правила, которыя могли бы служить руководствомъ при анализѣ отдѣльныхъ случаевъ.

Во-вторыхъ, практическія затрудненія, къ которымъ ведетъ принятіе установленной нами формы неосторожности, на самомъ дѣлѣ вовсе уже не такъ велики, какъ это кажется съ перваго взгляда. Такъ вполнѣ соглашаясь, что наличность желанія избѣжать результата преступнаго дѣянія рѣдко можетъ быть доказана въ строгомъ смыслѣ этого слова, - вполнѣ соглашаясь съ этимъ, я долженъ, однако- же указать на то, что точное констатированіе такого принципа вовсе не требуется для принятія въ конкретномъ случаѣ высшей формы неосторожной воли. Дѣло въ томъ, что въ силу основного уголовно-процессуальнаго принципа, по которому всякое сомнѣніе обращается въ пользу подсудимаго, въ виду такого принципа - судъ, несомнѣнно долженъ предполагать въ преступникѣ желаніе избѣгнуть противозаконнаго результата всякій разъ, когда только не доказано, что онъ стремился къ этому результату.

Что касается, далѣе констатированія того психическаго элемента, который отличаетъ наиболѣе наказуемую форму неосторожности отъ luxuria, то и здѣсь едва ли бы стали возникать какія либо затрудненія въ судебной практикѣ. Въ большинствѣ случаевъ уже изслѣдованіе фактическихъ

условій, при которыхъ совершалась преступная дѣятельность, достаточно выясняетъ намъ, могъ ли виновный разсчитывать на отклоненіе преступнаго результата или нѣтъ

Въ ученіи о неосторожности важное значеніе имѣетъ вопросъ о неосторожныхъ дѣйствіяхъ, которыя, благодаря счастливой случайности, не повлекли за собой вреднаго результата.

По общепризнанному въ наукѣ началу безрезультатная неосторожность не должна вообще подлежать уголовной реакціи.

Но съ такою доктриной, выставляемой обыкновенно безъ всякихъ аргументовъ, согласиться нельзя. На мой взглядъ, между видами неосторожности нѣтъ ни одного, относительно котораго можно было бы признать вѣрнымъ указанное начало. Въ самомъ дѣлѣ, какая бы форма неосторожной вины ни выпадала на долю даннаго субъекта, признаніе его, несомнѣнно, опаснымъ для общественнаго порядка вполнѣ мыслимо и при отсутствіи вреднаго послѣдствія. Пускай неосторожная дѣятельность, благодаря тѣмъ или инымъ условіямъ, не причинила въ данномъ случаѣ никакого вреда, но развѣ подобная дѣятельность не можетъ уже сама по себѣ указывать на такія же психическія свойства, какія проявляются и при неосторожности, влекущей за собою преступный результатъ ? Развѣ неосторожность безрезультатная не подаетъ повода къ серьезнымъ опасеніямъ, что субъектъ снова совершитъ неосторожное дѣйствіе, которое уже не будетъ имѣть столь благопріятнаго исхода? Оче-

видно, такимъ образомъ, что признаніе человѣка, совершившаго неосторожное дѣйствіе, несомнѣнно способнымъ на нарушеніе общественнаго порядка, вовсе не предполагаетъ необходимо дѣйствительнаго причиненія вреда. Но разъ мы признаемъ въ субъектѣ подобную способность на основаніи совершеннаго имъ неосторожнаго дѣйствія - наказуемость его является eo ipso уже вполнѣ обоснованной : вѣдь и при умыслѣ уголовная отвѣтственность за неоконченное дѣяніе, какъ мы видѣли, покоится исключительно на признаніи субъекта, несомнѣнно, способнымъ дѣйствительно нарушить извѣстную правовую норму.

Мнѣ думѣется, что при неосторожности безрезультатной субъектъ является даже болѣе опаснымъ для правового порядка, чѣмъ при неосторожности, повлекшей за собой вредный результатъ. Такое положеніе можетъ показаться на первый взглядъ парадоксальнымъ, но въ дѣйствительности оно основано на несомнѣнныхъ психологическихъ данныхъ. Если неосторожная дѣятельность привела къ вредному результату, то этотъ фактъ уже самъ по себѣ помимо его юридическихъ послѣдствій является для субъекта полезнымъ урокомъ впредь быть осмотрительнѣе въ своихъ поступкахъ. Напротивъ того, при неосторожности безрезультатной счастливая случайность служитъ какъ бы поощреніемъ его легкомыслія, вслѣдствіе чего онъ легко можетъ потомъ совершить еще болѣе неосторожное дѣйствіе.

Попытка обосновать ненаказуемость безрезультатной неосторожности представляется мнѣ крайне неудачной,

Такъ, Таганцевъ говоритъ, что при culpa направленіе воли дѣйствующаго само по себѣ не имѣетъ преступнаго значенія, потому для отвѣтственности за неосторожность необходимо, чтобы отъ нея произошелъ дѣйствительный вредъ. Но такая аргументація не можетъ быть признана состоятельной, такъ какъ она вводитъ въ доказательство доказываемое, что составляетъ, такъ назыв. petitio principii.

Также неосновательна и аргументація Гельшнера, который ссылается на то, что при безрезультатной неосторожности нѣтъ правонарушенія. Но отсутствіе послѣдняго не составляетъ препятствія къ примѣненію уголовной реакціи, иначе нельзя было бы наказывать и умышленное неоконченное дѣяніе, покушеніе, при которомъ также правонарушенія не существуетъ.

Наконецъ, несостоятельность господствующей доктрины, согласно которой безрезультатная неосторожность не должна подлежать наказанію, обнаруживается какъ нельзя яснѣе, на оцѣнкѣ отдѣльныхъ казусовъ изъ судебной практики. Мнѣ припоминается ужасный случай, происшедшій нѣсколько лѣтъ тому назадъ съ преподавателемъ Лазаревскаго института, имѣвшимъ несчастье попасть подъ сани лихача, между полозьями саней и ногами лошади. Лихачъ вмѣсто того, чтобы остановить лошадь, еще пуще погналъ ее, но былъ остановленъ и профессоръ, благодаря своей шубѣ, отдѣлался весьма благополучно для своего здоровья.

Спрашивается не существуетъ ли здѣсь достаточнаго основанія вмѣнить извозчику неоконченную culpa, относящуюся къ

области преступленій противъ жизни? Что такой вопросъ наперекоръ господствующей доктринѣ, долженъ быть рѣшенъ утвердительно, это безспорно, такъ какъ лихачъ вполнѣ проявилъ своимъ дѣйствіемъ здѣсь ту преступную деморализацію, противъ которой и реагируетъ уголовный законъ, направленный противъ неосторожнаго убійства. Виновный погоняя свою лошадь, не могъ не сознавать, какой опасности подвергалась жизнь попавшаго подъ его сани человѣка.

Итакъ, для уголовной отвѣтственности въ одной изъ формъ уголовной вины не требуется непремѣнно наличности вреднаго результата.

Разсмотримъ теперь постановленія положительныхъ законодательствъ относительно неосторожности. Что касается уголовныхъ кодексовъ, то они въ общей части ограничиваются однимъ только опредѣленіемъ неосторожной вины, какъ напримѣръ, Саксонскій кодексъ 1855 - го года, или же совершенно не упоминаетъ о ней, относя ее къ части особенной, гдѣ указываются видъ наказуемой неосторожности при отдѣльныхъ видахъ преступленій; послѣдней системы держится, напримѣръ, французскій кодексъ 1810-го года, баварскій 1861 -го года, итальянскій 1859-го года и общегерманскій 1871-го года.

Общаго опредѣленія неосторожности мы не находимъ и въ нашемъ уложеніи. По статьѣ 3 преступленія и проступки раздѣляются на умышленные и неумышленные. По статьѣ 5 зло, сдѣланное случайно, не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны учинившаго оное неосторожности, не

считается виною". Затѣмъ, въ отдѣленіи о мѣрѣ наказанія по большей или меньшей умышленности преступленія, мы встрѣчаемъ въ статьѣ 10 слѣдующія слова: "строгость опре дѣленнаго въ законѣ наказанія за преступленіе, учиненное безъ намѣренія, увеличивается, когда учинившій оное по званію своему или обстоятельствамъ былъ обязанъ дѣйствовать съ особенною осмотрительностью; сія строгость уменьшается, когда дѣяніе подсудимаго по существу своему было не противозаконное, а вредныя онаго послѣдствія не могли быть имъ легко предвидѣны или же, когда онъ въ семъ случаѣ увлекался излишнею въ исполненіи возложенныхъ на него обязанностей ревностью. Когда же неосторожность дѣянія бывшаго причиной сдѣланнаго зла, оправдывается обстоятельствами, по коимъ никакъ нельзя было ожидать и предполагать вредныхъ онаго послѣдствій, то виновному въ сей неосторожности дѣлается только приличное насчетъ оной внушеніе". Надо замѣтить, что прочитанная статья относится лишь къ тѣмъ случаямъ неосторожности, которые прямо опредѣляются въ особенной части Уложенія, такъ какъ въ нашемъ кодексѣ не установлено наказаніе за неосторожность вообще. Нельзя не видѣть, что въ данномъ постановленіи смѣшивается неосторожность съ преступленіемъ чисто случайнымъ. Тамъ, гдѣ обстоятельства были таковы, что предвидѣть преступный результатъ не было вообще никакой возможности, тамъ, очевидно, существуетъ просто casus , а никакъ не culpa. Если бы признать, что субъектъ не могъ предвидѣть результатъ неосторожности, то

за что дѣлать ему внушеніе ?

Въ уставѣ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, различаются три категоріи неосторожныхъ преступленій : 1) совершеніе безъ умысла какого либо проступка, влекущаго за собою выговоръ, замѣчаніе или внушеніе; 2) совершеніе дѣйствій, подлежащихъ наказанію, опредѣляемому въ особенной части, именно, за неосторожность, и 3) неисполненіе велѣдствіе небрежности особыхъ обязанностей возлагаемыхъ закономъ.

Новое Уголовное Уложеніе опредѣляетъ неосторожность въ той же статьѣ, гдѣ умыселъ, т.е. въ статьѣ 48-ой: "Преступное дѣяніе почитается неосторожнымъ не только когда виновный его не предвидѣлъ, но также когда онъ, хотя и предвидѣлъ наступленіе послѣдствія, обусловливающаго преступность сего дѣянія, но легкомысленно предполагалъ такое послѣдствіе предотвратить".

Въ первой части этой статьи опредѣляется безпечность, а во второй - самонадѣянность, но какъ та, такъ и другая категорія неосторожной вины характеризованы Новымъ Уголовнымъ Уложеніемъ неправильно. Установленная въ этомъ кодексѣ характеристика безпечности вызываетъ слѣдующія возраженія : случаи, когда субъектъ не предвидитъ, но можетъ предвидѣть преступное послѣдствіе, такіе случаи не допустимы ; далѣе, согласно точному смыслу этой статьи - словъ "могъ или долженъ былъ предвидѣть", субъектъ является виновнымъ въ небрежности и тогда, когда онъ не долженъ, т.е. не обязанъ предвидѣть преступное послѣд-

ствіе, но это неправильно: наказуемость мыслима лишь тамъ, гдѣ существуетъ нарушеніе той или другой обязанности. Не удачно опредѣленіе и другого вида неосторожной вины : по ст. 48 при самонадѣянности субъектъ, сознавая возможность вреднаго результата, легкомысленно предполагаетъ его предотвратить; такимъ образомъ это понятіе обнимаетъ лишь тѣ случаи, когда виновный разсчитываетъ предотвратить преступное послѣдствіе, легкомысленно надѣясь на свое искусство, ловкость, знаніе, но самонадѣянность допустима и тамъ, гдѣ субъектъ разсчитываетъ на силы природы. Такимъ образомъ было бы правильнѣе , если бы редакторы Нов. Уг. Ул. вмѣсто слова "предотвратить" поставили слово"избѣжать".

Въ заключеніе теоріи виновности остается сказать нѣсколько словъ о совпаденіи двухъ видовъ вины, то есть, о тѣхъ комбинаціяхъ, гдѣ мы видимъ при одномъ и томъ же дѣяніи совпаденіе двухъ различныхъ формъ дѣятельности умысла и неосторожности.

3. СОВПАДЕНІЕ УМЫСЛА И НЕОСТОРОЖНОСТИ ПРИ ОДНОМЪ И ТОМЪ ЖЕ ДѢЯНІИ.

Сюда относятся слѣдующіе случаи.

1) Когда къ преднамѣренному преступному послѣдствію присоединяется другое непреднамѣренное, которое преступникъ или предвидѣлъ, но надѣялся избѣжать, или же, по крайней мѣрѣ, долженъ былъ предвидѣть при обязательной для каждаго осмотрительности и вдумчивости.

Такъ, умышленное поджигательство влечетъ за собой, по-

ложимъ, погибель домохозяина, возможность которой виновный хотя сознавалъ, но разсчитывалъ избѣжатьее. Подобные случаи, не смотря на единичность дѣйствія, очевидно, должны разсматриваться, какъ два совершенно самостоятельныя преступленія - одно умышленное, а другое - неосторожное.

2) Совпаденіе умысла и неосторожности можетъ быть и въ случаяхъ совершенно иного рода, - именно въ тѣхъ комбинаціяхъ, когда преступленіе выполняется надъ другимъ объектомъ, чѣмъ какой былъ предположенъ преступникомъ. Такъ, жертвой убійства вмѣсто А падаетъ В; подобный исходъ можетъ быть обусловленъ или, такъ назыв. "уклоненіемъ дѣйствія" (aberratio delicti), или же ошибкой въ объектѣ (error in obiecto). Обѣ эти комбинаціи заслуживаютъ подробнаго анализа.

1) Остановимся сначала на случаяхъ уклоненія дѣйствія

Представимъ себѣ, что субъектъ А мѣтится въ В, но промахнулся и попалъ въ стоящее неподалеку лицо С. Какъ опредѣлить здѣсь отвѣтственность преступника?

По воззрѣнію, господствовавшему въ старинной литературѣ, преступникъ отвѣчаетъ при aberratio delicti такъ, какъ если бы дѣяніе было дѣйствительно выполнено надъ предполагаемымъ субъектомъ. Тотъ же взглядъ проводятъ и нѣкоторые новые криминалисты, напр., Вехтеръ, Нури и др. Согласно ихъ доктринѣ виновный отвѣчаетъ при aberratio delicti за умышленное оконченное преступленіе.

Нетрудно, однако же, показать ошибочность такой доктри-

рины; умышленное оконченное преступленіе безспорно можетъ быть принято только тамъ, гдѣ существуетъ извѣстная гармонія между наступившимъ результатомъ и преступною волею. То ли мы видимъ при aberratio delicti? Если субъектъ мѣтился въ одного, а убилъ другого, то дѣйствительный результатъ совершенно не соотвѣтствуетъ преступному намѣренію. Правда, вмѣняя въ подобныхъ случаяхъ наступившее послѣдствіе какъ умышленное, криминалисты пытаются уничтожить эту дисгармонію между фактомъ и волею. Виновный, говорятъ они, имѣлъ намѣреніе направленное на осуществленіе законнаго состава убійства и составъ этотъ, дѣйствительно осуществленъ его дѣйствіемъ : онъ хотѣлъ убить человѣка, и убійство на самомъ дѣлѣ не можетъ имѣть никакого значенія, такъ какъ законъ одинаково охраняетъ жизнь каждаго человѣка. Но противъ такого пріема слѣдуетъ замѣтить, что онъ основываетъ юридическую оцѣнку на понятіяхъ чисто абстрактныхъ. между тѣмъ, въ каждомъ данномъ случаѣ рѣчь можетъ итти только о конкретномъ результатѣ и о конкретной же волѣ.

Гораздо вѣрнѣе рѣшается вопросъ о господствующемъ нынѣ ученіи которое принимаетъ при aberratio delicti два дѣянія : неоконченное умышленное дѣяніе или иначе покушеніе относительно того, на кого въ данномъ случаѣ направлялось намѣреніе и неосторожность или случай (casus), по отношенію къ тому, кто дѣйствительно пострадалъ. Очевидно само собою, что если имѣть въ виду умыселъ и послѣдствіе, какъ они представляются in concreto, а

abstracto, то къ иному результату прійти невозможно.

Такимъ образомъ, при aberratio delicti преступникъ отвѣчаетъ или за неоконченное умышленное преступленіе, т.е. за покушеніе, или за покушеніе плюсъ неосторожность.

II. Перехожу къ анализу случаевъ, гдѣ преступникъ выполняетъ преступленіе за другимъ объектѣ, чѣмъ какой предполагался, вслѣдствіе ошибки, заблужденія (error in objecto). Такъ А, рѣшившійся на убійство В, принимаетъ за В другое лицо С (напр., вслѣдствіе своей близорукости), которое и дѣлается жертвой убійства. Какъ обсуждать этотъ случай?

Старинные ученые при ошибкѣ въ объектѣ, какъ и при уклоненіи дѣйствія, разсматривали виновнаго такъ, какъ если бы результатъ осуществленъ былъ на томъ самомъ объектѣ, какой предполагался. На этой же точкѣ зрѣнія относительно ошибки въ объектѣ стоятъ и многіе новѣйшіе криминалисты : Цахаріэ, Кестлинъ, Гельшнеръ, Вальтеръ, Бури и др.

Криминалисты старинные, а также и тѣ изъ новѣйшихъ, которые держатся указаннаго стариннаго взгляда относительно уклоненія дѣйствія, поступаютъ, конечно, вполнѣ послѣдовательно, признавая такую же отвѣтственность и при error in obiecto . Если имѣть въ виду умыселъ и послѣдствіе, какъ они являются in abstracto , то, очевидно, при error in obiecto существуетъ то самое основаніе для принятія умышленнаго совершенія, какъ и при aberratio delicti. Выпадаетъ ли на долю убійцы уклоненіе дѣй-

ствія или же ошибка въ объектѣ, въ обоихъ случаяхъ мы съ одинаковымъ правомъ можемъ сказать: виновный хотѣлъ убить человѣка и дѣйствительно человѣкъ убитъ. Понятно, поэтому, что ученые, ставшіе на неправильную абстрактную точку зрѣнія при оцѣнкѣ случаевъ уклоненія дѣйствія, должны были послѣдовательно придти къ невѣрному результату относительно ошибки въ объектѣ. Но къ числу криминалистовъ, защищающихъ указанный взглядъ на отвѣтственность лица при error in obiecto принадлежатъ и нѣкоторые изъ тѣхъ, которые признаютъ при aberratio delicti покушеніе, неосторожность или-случай (напримѣръ, Пахаріе, Гельшнеръ, Бернеръ). Ученые эти въ своей теоріи относительно error in obiecto впадаютъ, очевидно, въ неразрѣшимое противорѣчіе съ тѣмъ началомъ, изъ котораго они сами же исходятъ въ ученіи объ уклоненіи дѣйствія.

Нѣсколько иную доктрину встрѣчаемъ мы у другихъ новѣйшихъ криминалистовъ, одинаково отвергшихъ абстрактный взглядъ какъ при оцѣнкѣ случаевъ уклоненія дѣйствія, такъ и при обсужденіи ошибки въ объектѣ.

Правда, и эти ученые принимаютъ обыкновенно при error in obiecto оконченное умышленное преступленіе, но они стоятъ при этомъ уже на совершенно иной точкѣ зрѣнія, чѣмъ указанные криминалисты. Они отнюдь не уста

навливаетъ той фикціи, по которой виновный въ случаѣ ошибки, разсматривается такъ, какъ если бы онъ выполнилъ преступленіе на предположенномъ объектѣ; напротивъ того они принимаютъ результатъ въ его дѣйствительномъ, конкретномъ видѣ, находя вполнѣ возможнымъ признавать его соотвѣтствующимъ конкретной волѣ и потому вмѣнять какъ умышленное.

Такое воззрѣніе формулировано Гейбомъ въ его учебникѣ слѣдующимъ образомъ: "Преступленіе, которое совершается вслѣдствіе ошибки въ объектѣ, говоритъ Гейбъ, не есть сложное (изъ dolus и culpa или изъ двойного dolus), но простое и именно чисто умышленное однако же этотъ (единственно здѣсь наказуемый) умыселъ не есть тотъ, въ силу котораго преступный результатъ долженъ былъ осуществиться на объектѣ, первоначально предположенномъ, но тотъ, по которому результатъ воспроизводится на объектѣ, встрѣченномъ въ дѣйствительности".

Изложенное ученіе имѣетъ, кромѣ Гейба, не мало и другихъ защитниковъ, къ числу которыхъ принадлежатъ, напр. Биндингъ, Баръ, Будзинскій.

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія изложенной теоріи, если А убиваетъ изъ револьвера В, принявши его за С, то, не смотря на ошибку, существуетъ достаточное основаніе для отвѣтственности преступника за дѣйствительно осуществленный имъ результатъ, какъ за умышленный. Защищая такой взглядъ, ученые ссылаются на то, что хотя первоначальное намѣреніе преступника и напра-

влялось на другой объектъ, чѣмъ какой сдѣлался жертвой, однако же, говорятъ они, въ моментъ самаго дѣйствія воля во всякомъ случаѣ была направлена не на то самое лицо, которое передъ виновнымъ, дѣйствительно, находилось.

Но можно ли согласиться съ такимъ аргументомъ ?Развѣ А не продолжалъ хотѣть убійства С и въ ту самую минуту, когда стрѣлялъ въ стоявшаго передъ нимъ В, котораго онъ принялъ за С ? Если же это такъ, то мы,конечно, не можемъ сказать, что воля преступника въ моментъ дѣйствія была устремлена на объектъ, находившійся передъ нимъ въ дѣйствительности; на этотъ объектъ было направлено лишь внѣшнее дѣйствіе, но никакъ не преступная воля. Виновный спуская курокъ хотѣлъ убить не того, кто стоялъ передъ нимъ,на самомъ дѣлѣ, но другого, котораго онъ только мнилъ видѣть передъ собою. Отсюда ясно, что при error in obiecto , мы не имѣемъ никакого права разсматривать наступившее послѣдствіе, какъ умышленное.

Убѣдившись въ несостоятельности господствующихъ взглядовъ, нетрудно видѣть, что вѣрное рѣшеніе вопроса можетъ состоять только въ признаніи относительно ошибки въ объектѣ тѣхъ же самыхъ началъ, какія приняты нами по отношенію къ aberratio delicti Дѣйствительно, между случаями первой и второй категоріи нѣтъ никакого существеннаго различія. И тамъ, и тутъ виновный не осуществляетъ своего намѣренія, хотя и обнару-

живаетъ вполнѣ преступную энергію; и тамъ, и тутъ наступающее въ дѣйствительности послѣдствіе не соотвѣтствуетъ его волѣ. Къ обѣимъ категоріямъ прилагаются, поэтому, одни и тѣ же положенія. Если при aberratio delictiпреступникъ отвѣчаетъ за неоконченное умышленное преступленіе, - иначе за покушеніе, - то, тоже самое должно имѣть мѣсто и при error in obiecto. . Что въ этомъ случаѣ предположеннаго объекта въ моментъ дѣйствія на мѣстѣ не оказывается ,это обстоятельство вопреки мнѣнію Таганцева, отнюдь не составляетъ препятствія къ принятію покушенія,если только не держаться относительно послѣдняго чисто объективнаго взгляда, въ несостоятельности котораго и постараюсь убѣдить васъ при ознакомленіи съ существующей литературой по данному вопросу. Затѣмъ обращаясь къ дѣйствительно осуществленному при error in obiecto результату, необходимо признать. что послѣдній какъ и при aberratio delicti долженъ быть разсматриваемъ или какъ casus , какъ чисто случайное, или ,какъ culpa.

Многіе криминалисты признаютъ совпаденіе умысла и неосторожности и въ тѣхъ случаяхъ, которые извѣстны подъ именемъ dolus generalis.

Представьте себѣ, что дѣятельность,котор ая разсчитываютъ непосредственно воспроизвести преступный результатъ, не достигаетъ своей цѣли, но послѣдствіе все - таки наступаетъ, благодаря другимъ актамъ винов-

наго, предпринятымъ съ какимъ -либо инымъ намѣреніемъ, напр., для скрытія слѣдовъ преступленія. Чтобы иллюстрировать возможность подобныхъ случаевъ, я приведу слѣдующій примѣръ изъ судебной практики. Одна дѣвушка, посягнувши на жизнь своего ребенка, бросила его въ воду, думая, что задушила его ; но впослѣдствіи оказалось, что онъ умеръ отъ утопленія. Первое дѣяніе разсматривается какъ покушеніе; послѣдствіе же второго дѣйствія Бернеръ разсматриваетъ, какъ неосторожное.

Къ принятію въ данномъ случаѣ неосторожности вслѣдъ за нимъ склоняются и многіе нѣмецкіе ученые, какъ напр., Миттермейеръ, Кестлинъ; Рельшнеръ и др. Но противъ такого ученія слѣдуетъ замѣтить слѣдующее. Если субъектъ, совершая второй актъ, непосредственно ведущій къ преступному послѣдствію, увѣренъ, что оно уже наступило, то можно ли допустить здѣсь неосторожность. Очевидно, осуществляющійся результатъ можетъ быть разсматриваемъ лишь, какъ casus ,какъ преступленіе случайное : ни"luxuria" ни"negligentia" не имѣютъ здѣсь мѣста. Ясно, поэтому, что при dolus generalis принятіе наряду съ покушеніемъ еще неосторожной вины является психологически невозможнымъ.

Этимъ я и заканчиваю общее ученіе о формахъ виновности.

О т д ѣ л е н і е II -е.

СВЯЗЬ ПРЕСТУПНАГО РЕЗУЛЬТАТА СЪ ДѢЙСТВІЕМЪ.

I. ФИЛОСОФСКОЕ УЧЕНІЕ О ПРИЧИННОЙ СВЯЗИ.

Всѣ новѣйшіе криминалисты признаютъ единогласно то начало, что отвѣтственность за вредный результатъ дѣйствій предполагаетъ прежде всего совершеніе субъектомъ извѣстнаго положительнаго дѣйствія, такъ или иначе СВЯЗАННАГО съ сопровождаемымъ его преступнымъ явленіемъ.

Но чрезвычайно спорнымъ является вопросъ, въ чемъ именно должна состоять необходимая для вмѣненія СВЯЗЬ между дѣятельностью лица, съ одной стороны, и преступнымъ послѣдствіемъ - съ другой ? Правда, всѣ ученые выставляютъ одну и ту же общую формулу, по которой въ дѣйствіи субъекта должна заключаться ПРИЧИНА вмѣняемаго результата ;но какъ скоро рѣчь заходитъ о томъ, что должно разумѣть подъ причиной, тотчасъ же начинаются споры. Чтобы пріобрѣсти твердую точку опоры для оцѣнки существующихъ по этому предмету теорій, необходимо выяснить вѣрное ученіе о причинной связи, установленное положительной философіей. Безъ философскаго опредѣленія причины не обходятся, какъ мы увидимъ, даже тѣ ученые, которые созлаютъ для уголовнаго права особое техническое понятіе причинной связи.

Наблюдая происходящія передъ нами явленія, мы видимъ, что каждому изъ нихъ предшествуютъ тѣ и другіе

факты, безъ которыхъ явленіе не могло бы произойти. По укоренившемуся въ человѣчествѣ взгляду, не всѣ изъ этихъ антецедентовъ находятся въ одинаковомъ отношеніи къ наблюдаемой перемѣнѣ: между тѣмъ какъ одни изъ нихъ составляютъ простыя лишь УСЛОВІЯ результата, другіе являются истиннымъ его ПРОИЗВОДИТЕЛЕМЪ ; и вотъ въ этихъ то факторахъ и лежитъ ПРИЧИНА явленій. Такимъ образомъ, понятіе причины сводится къ понятію СИЛЫ, въ смыслѣ ОСОБАГО ДѢЯТЕЛЬНАГО НАЧАЛА.

Не трудно однако же убѣдиться, что такое представленіе о причинѣ не имѣетъ подъ собою опытной основы: Ни въ одномъ изъ фактовъ сопослѣдовательности явленій мы не въ состояніи раскрыть того таинственнаго принципа, о которомъ говоритъ господствующее убѣжденіе.

Спрашивается, какъ могло возникнуть такое убѣжденіе, не имѣющее основанія въ опытныхъ данныхъ ? Извѣстный астрономъ Гершель отвѣчаетъ на это слѣдующимъ образомъ :" наше непосредственное сознаніе УСИЛІЯ , когда мы употребляемъ силу, чтобы привести матерію въ движеніе или чтобы воспрепятствовать движенію и нейтрализовать силу такое сознаніе усилія и даетъ намъ внутреннее убѣжденіе въ существованіи СИЛЫ или ПРИЧИННОСТИ, насколько это относится къ матеріальному міру, и побуждаетъ насъ вѣрить, что вездѣ, гдѣ происходитъ переходъ тѣла изъ состоянія покоя въ состояніе движенія, вездѣ, гдѣ замѣчается уклоненіе съ прямого пути, ускореніе или же замедленіе

движенія- повсюду это есть слѣдствіе подобнаго же нашему усилія, гдѣ либо приложеннаго, хотя и не сопровождаемаго нашимъ сознаніемъ".

Слѣдовательно, источникъ господствующей идеи причинности - заключается, по ученію Гершеля, въ опытахъ произвольныхъ движеній. Вполнѣ соглашаясь съ этимъ, мы должны однако же замѣтить, что и при означенныхъ опытахъ наблюдается въ сущности одна лишь послѣдовательность различаемыхъ здѣсь фактовъ воли, усилія и движенія. Опровергая теорію воли, какъ единственной ДѢЙСТВУЮЩЕЙ причины, Милль справедливо указываетъ на то, что наша воля производитъ движенія исключительно въ томъ же самомъ смыслѣ, въ какомъ холодъ производитъ ледъ, или искра производитъ взрывъ пороха. Если опыты произвольныхъ движеній и могли послужить источникомъ для господствующаго представленія о причинности, то отнюдь не потому, чтобы мы ощущали здѣсь какую либо особую связь; идея о такой связи могла возникнуть лишь благодаря той быстротѣ и непосредственности, съ какою за волей слѣдуетъ усиліе, а за усиліемъ движеніе.

Какимъ образомъ, идея силы, въ смыслѣ особаго дѣятельнаго начала, была перенесена изъ нашихъ внутреннихъ опытовъ въ область внѣшнихъ явленій - это объясняется наклонностью человѣческаго ума сводить менѣе знакомое къ болѣе знакомому. Вслѣдствіе такой наклонности люди первоначально вполнѣ уподобили явленія внѣшняго міра своимъ собственнымъ произвольнымъ движеніямъ: во всѣхъ происхо-

дящихъ передъ нами перемѣнахъ они увидѣли проявленіе различныхъ СИЛЪ, управляемыхъ ВОЛЕЙ особыхъ разумныхъ существъ - БОГОВЪ. Съ успѣхами цивилизаціи взглядъ на явленія природы, какъ на дѣйствія воли боговъ не могъ не уступить своего мѣста другому воззрѣнію, болѣе трезвому. Что же касается понятія силы, какъ особаго дѣятельнаго принципа, то оно еще недавно господствовало какъ у философовъ, такъ и у натуралистовъ. Строго различая ФИЗИЧЕСКІЯ силы отъ МЕХАНИЧЕСКИХЪ, ученые разумѣли подъ первыми не самыя явленія, подлежащія нашимъ опытамъ, но тѣ скрытыя начала, которыя ихъ производятъ - какой то таинственный источникъ движенія. Только въ послѣднее время для физиковъ стало ясно, что, такъ какъ источникъ движенія недоступенъ для нашего познанія, о немъ не должно быть и рѣчи въ положительной наукѣ. Дѣйствительно, что выигрываетъ ученый, относя извѣстную группу фактовъ къ той или другой физической силѣ, какъ къ скрытому отъ насъ источнику наблюдаемаго движенія ? Помогаетъ ли это дѣлу научнаго изслѣдованія ?

Итакъ, укоренившійся въ человѣчествѣ динамическій взглядъ на причинность не можетъ быть принятъ положительной наукой. Спрашивается, въ чемъ состоитъ вѣрное пониманіе причинной связи, построенное на почвѣ опыта и наблюденій.

Твердое основаніе опытному ученію о причинности положено, какъ извѣстно, еще знаменитымъ скептикомъ Юмомъ изслѣдованія котораго проникнуты духомъ истиннаго по -

зитивизма.

Опытъ показываетъ намъ, говоритъ Юмъ, что одно явленіе ПОСТОЯННО СЛѢДУЕТЪ за другимъ и въ этой постоянной послѣдовательности фактовъ заключается все, что мы познаемъ нашими внѣшними чувствами. Основываясь на этомъ, Юмъ приходитъ къ выводу, что, не выходя за предѣлы опыта, мы можемъ видѣть въ причинности только ПОСТОЯННОЕ ПРЕЕМСТВО явленій.

Такое опытное ученіе о причинной связи получило подробную обработку у Дж. Ст. Милля въ его знаменитой "Системѣ Логики".

Разсматривая причинность согласно съ ученіемъ Юма, - какъ НЕИЗМѢННУЮ ПОСЛѢДОВАТЕЛЬНОСТЬ ЯВЛЕНІЙ, Милль указываетъ на то, что такая послѣдовательность весьма рѣдко бываетъ между послѣдующимъ фактомъ и ОДНИМЪ предшествующимъ, такъ какъ обыкновенно мы наблюдаемъ ее между слѣдствіемъ и СУММОЮ нѣсколькихъ предшествующихъ, совокупность которыхъ является необходимой для неизмѣннаго слѣдованія результата. Существующій обычай называть причиной лишь одинъ изъ предшествующихъ фактовъ, разсматривая другіе, какъ условія- такой обычай находитъ у Милля рѣзкое порицаніе. Всѣ предшествующіе факты, отъ которыхъ зависитъ неизмѣнность послѣдовательности, находятся, по вѣрному замѣчанію Милля, въ совершенно одинаковомъ отношеніи къ слѣдствію. Опредѣленіе причины, по словамъ Милля, неполно, пока мы не внесемъ въ него всѣхъ безъ исключенія условій, поэтому ,причина есть

СОВОКУПНОСТЬ ВСѢХЪ ПРЕДШЕСТВУЮЩИХЪ ФАКТОВЪ, НАСТУПЛЕНІЕ КОТОРЫХЪ НЕИЗМѢННО СОПРОВОЖДАЕТСЯ ДАННЫМЪ РЕЗУЛЬТАТОМЪ.

Опредѣливъ сначала причину, какъ совокупность всѣхъ безъ исключенія условій, Миллъ однако же находитъ потомъ возможнымъ нѣсколько видоизмѣнить это понятіе, ограничивая его совокупностью однихъ ПОЛОЖИТЕЛЬНЫХЪ УСЛОВІЙ. По его справедливому замѣчанію условія отрицательныя, подробное перечисленіе которыхъ было бы въ большей части случаевъ чрезвычайно затруднительно, могутъ быть обозначены однимъ общимъ выраженіемъ: ОТСУТСТВІЕ ПРИЧИНЪ ПРОТИВОДѢЙСТВУЮЩИХЪ. Въ доказательство правильности такого способа выраженія Милль ссылается на тотъ несомнѣнный фактъ, что когда одна причина противодѣйствуетъ другой, то это совершается по тѣмъ же самымъ законамъ, по какимъ первая производитъ и свое собственное дѣйствіе. Въ виду этого, говоритъ Милль, мы можемъ признать общимъ правиломъ, что всѣ причины могутъ взаимно противодѣйствовать одна другой; правило же это даетъ намъ возможность ограничить понятіе причины суммою однихъ положительныхъ условій: при наличности послѣднихъ для наступленія результата требуется лишь одно, всегда подразумѣваемое условіе - именно отсутствіе причинъ противодѣйствующихъ.

Отвергнувъ затѣмъ существенное различіе между началомъ дѣятельнымъ (agens) и страдательнымъ (patiens) Миллъ переходитъ къ уясненію понятія причины. Если опре

дѣлить причину, какъ "предыдущее, за которымъ явленіе неизмѣнно слѣдуетъ", то такое выраженіе, по словамъ Милля, вовсе не будетъ синонимомъ съ другимъ выраженіемъ:"предыдущее, за которымъ явленіе неизмѣнно слѣдовало въ нашихъ прошлыхъ опытахъ".Если бы указанное опредѣленіе причины имѣло такой смыслъ, то оно подлежало бы, говоритъ Милль, благовидному возраженію Рида, что согласно съ такойдоктриной - ночь должна быть причиной дня, а день причиной ночи, потому что явленія эти отъ начала міра неизмѣнно слѣдовали одно за другимъ. Чтобы употребить терминъ"причина"въ его настоящемъ смыслѣ, мы должны быть убѣждены н е только въ томъ, что за даннымъ предшествующимъ всегда СЛѢДОВАЛО извѣстное явленіе, но также и въ томъ, что за первымъ всегда БУДЕТЪ СЛѢДОВАТЬ второе, пока продолжается настоящій порядокъ вещей, т.е. пока дѣйствуютъ существующіе основные законы природы. Но такое утвержденіе совершенно неосновательно относительно дня и ночи: мы не можемъ утверждать, что день всегда будетъ слѣдовать за ночью; мы увѣрены, что это будетъ такъ лишь при условіи восхожденія солнца. Поэтому, заключаетъ Миллъ, причину явленія мы можемъ опредѣлить какъ СОВОКУПНОСТЬ ПРЕДШЕСТВУЮЩИХЪ, ЗА КОТОРЫМИ ЯВЛЕНІЕ НЕИЗМѢННО И БЕЗУСЛОВНО СЛѢДУЕТЪ ; принимая же указанную выше модификацію понятія причины, должно замѣнить слово"безусловно" выраженіемъ "НЕ ТРЕБУЯ БОЛѢЕ НИКАКИХЪ ИНЫХЪ УСЛОВІЙ, КРОМѢ ОТРИЦАТЕЛЬНЫХЪ".

Таково вѣрное опытное ученіе о причинной связи положенное Миллемъ въ основаніе индуктивной логики. Ученіе это и послужитъ для насъ базисомъ при оцѣнкѣ философскихъ опредѣленій причины, установленныхъ криминалистами въ ихъ теоріяхъ причинной связи, къ обзору которыхъ мы теперь и переходимъ.

2. КРИТИЧЕСКІЙ ОБЗОРЪ ВАЖНѢЙШИХЪ ТЕОРІЙ ПО ВОПРОСУ ПРИЧИННОЙ СВЯЗИ ВЪ УГОЛОВНОМЪ ПРАВѢ. (БУРИ, БИНДИНГЪ, БАРЪ, СЕРГѢЕВСКІЙ).

Всѣ ученые, какъ я уже говорилъ, выставляютъ то положеніе, что отвѣтственность за наступившее послѣдствіе можетъ имѣть мѣсто лишь тамъ, гдѣ дѣйствіе субъекта является ПРИЧИНОЙ этого послѣдствія; но они далеко не согласны между собой въ разрѣшеніи вопроса: когда именно дѣйствіе составляетъ причину осуществившагося вреднаго результата.

Наибольшей простотой отличается то ученіе, по которому причиной происшедшаго послѣдствія должно быть признаваемо каждое дѣйствіе, такъ или иначе способствовавшее его наступленію. Главнымъ представителемъ этой доктрины является Бури.

Въ одномъ изъ новѣйшихъ изслѣдованій, наиболѣе обстоятельномъ, Бури формулируетъ основаніе своей теоріи слѣдующимъ образомъ :"Подъ причинной связью, говоритъ онъ, разумѣется процессъ образованія явленія. Если хотятъ изслѣдовать причинную связь конкретнаго явленія, то слѣдуетъ опредѣлить всѣ тѣ силы, которыя

оказали какое бы то ни было содѣйствіе къ осуществленію даннаго факта. Вся совокупность этихъ силъ и должна - быть разсматриваема какъ причина явленія. Но съ тѣмъ же самымъ правомъ можно разсматривать какъ причину явленій и каждую изъ содѣйствовавшихъ силъ въ отдѣльности, такъ какъ бытіе факта настолько зависитъ отъ каждой отдѣльной силы, что если исключить изъ причинной связи лишь какой нибудь одинъ факторъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ уничтожится и самое явленіе".

Первое положеніе Бури, устанавливающее понятіе причины, какъ совокупность факторовъ, должно- быть признано, очевидно, совершенно вѣрнымъ: оно вполнѣ соотвѣтствуетъ изложеннымъ нами ученіемъ Милля. Но, начавши съ правильнаго положенія, Бури тотчасъ же выставляетъ другое, представляющее несомнѣнное противорѣчіе первому. Въ самомъ дѣлѣ, можно ли называть причиной въ одно и то же время и совокупность всѣхъ факторовъ, и каждый изъ нихъ въ отдѣльно ? Если совокупность содѣйствующихъ силъ есть причина, а не сумма причинъ, то отдѣльная сила можетъ быть разсматриваема только какъ часть причины. Утверждая, что каждый факторъ въ отдѣльности можетъ быть названъ причиной результата, Бури ссылается, какъ мы видѣли, на ту зависимость, въ какой находится бытіе явленія отъ каждой изъ содѣйствующихъ силъ. Безспорно, каждый факторъ НЕОБХОДИМЪ для конкретнаго результата, но отсюда еще отнюдь нельзя сдѣлать того вывода, какой дѣлаетъ Бури. Причинность, какъ указано

еще Юмомъ, есть отношеніе НЕИЗМѢННАГО слѣдованія, а въ такомъ отношеніи результатъ находится лишь ко всей суммѣ содѣйствующихъ силъ, почему только всѣ эти силы въ совокупности и могутъ быть названы причиной явленія.

Такимъ образомъ, ясно, что теорія, защищаемая Бури основана на совершенно неправильномъ примѣненіи философскаго понятія причины.

Разсмотримъ теперь другія теоріи, выставляемыя въ литературѣ по тому же вопросу.

Всѣ эти теоріи въ противоположность только что изложенному ученію одинаково признаютъ, что не всякое дѣйствіе, относящееся къ числу факторовъ результата, можетъ быть признано причиной послѣдняго, что понятіе дѣйствія - причины, установленное Бури и его послѣдователями, необходимо ограничить. Въ чемъ же, спрашивается, должно состоять такое ограниченіе ?На этотъ вопросъ криминалисты отвѣчаютъ различно. Одна группа ученій пытается указать ограничивающій признакъ въ ОБЪЕКТИВНОМЪ свойствѣ дѣйствія, другая же напротивъ полагаетъ ограниченіе въ элементахъ СУБЪЕКТИВНЫХЪ. -

Между ученіями первой группы необходимо различить: 1) теоріи, основывающія ограниченіе понятія дѣйствія-причины, на тѣхъ или другихъ ЕСТЕСТВЕННЫХЪ свойствахъ человѣческой дѣятельности, 2) ученіе Вара, который полагаетъ ограничивающій признакъ въ ЮРИДИЧЕСКОМЪ свойствѣ дѣянія.

Съ понятіемъ дѣйствія - причины, какъ фактора имѣющаго особыя естественныя свойства, мы встрѣчаемся, напр. въ теоріи Биндинга.

Въ основаніи теоріи Биндинга лежитъ та идея, что всякому явленію внѣшняго міра предшествуетъ борьба между силами, содѣйствующими результату съ одной стороны и силами, противодѣйствующими съ другой, борьба, которая завершается побѣдою первыхъ надъ вторыми, иными словами: измѣненіемъ РАВНОВѢСІЯ между указанными противоположными силами въ пользу факторовъ содѣйствующихъ наступленію результата. Такое измѣненіе равновѣсія между условіями противоположнаго направленія и составляетъ по Биндингу такъ назыв. ПРИЧИНЕНІЕ. Такимъ образомъ, понятіе причины сводится Биндингомъ къ понятію фактора который производитъ перевѣсъ условій содѣйствующихъ надъ противодѣйствующими посредствомъ усиленія первыхъ или ослабленія вторыхъ.

Если и согласиться съ его основнымъ воззрѣніемъ, по которому всякій внѣшній фактъ возникаетъ вслѣдствіе нарушенія равновѣсія между противоположными силами, теорія Биндинга все же не можетъ быть признана состоятельной. Выставленное ею опредѣленіе причины столь же мало соотвѣтствуетъ вѣрной Миллевской доктринѣ, какъ и опредѣленіе Бури. Называя причиной послѣдній факторъ дающій перевѣсъ содѣйствующимъ условіямъ, Биндингъ, очевидно, придаетъ такому фактору большее значеніе для послѣдствія, чѣмъ какое имѣютъ другія содѣйствующія си-

ле;между тѣмъ послѣднія точно такъ же необходимы для наступленія факта, какъ и условіе, окончательно рѣшающее дѣло. Чрезвычайно наглядно выясняется это примѣромъ приводимымъ проф. Сергѣевскимъ въ его монографіи о причинной связи:"мы часто говоримъ, что перевѣсъ одного голоса въ коллегіи рѣшаетъ дѣло; но развѣ этотъ одинъ голосъ, давшій перевѣсъ извѣстному мнѣнію имѣетъ большее значеніе , чѣмъ всякій другой голосъ ? Если,напр., для законности рѣшенія требуется присутствіе двухъ третей членовъ собранія, то изъ числа этихъ двухъ третей послѣдній пришедшій придаетъ собранію законную силу;но, очевидно, что присутствіе каждаго изъ остальныхъ членовъ имѣетъ точно такое же значеніе и будетъ точно такою же причиною полноты и законности собранія".

Наконецъ, не трудно видѣть, что, слѣдуя теоріи Биндинга, невозможно вмѣнить послѣдствія ни въ одномъ конкретномъ случаѣ, такъ какъ послѣднимъ по времени фактомъ, обусловливающимъ наступленіе результата, являются всегда силы природы, но никакъ не дѣйствіе человѣка.

Обратимся теперь къ теоріи Бара, который ограничиваетъ понятіе дѣйствія - причины особымъ КРИМИНАЛЬНЫМЪ характеромъ человѣческой дѣятельности ея отношеніемъ къ НОРМАМЪ ЖИЗНИ. ( ).По основному взгляду этого криминалиста разграниченіе причины отъ другихъ условій зависитъ вполнѣ отъ цѣли изслѣдованія: въ одномъ и томъ же случаѣ можно признавать причиной

или то, или другое условіе, смотря по цѣли, которую мы имѣемъ въ виду."Если мы хотимъ изслѣдовать законы природы, говоритъ Баръ, то все, что сдѣлано руками человѣка, - есть условіе, а не причина ; если же мы хотимъ обсуждать случай юридически или морально, то всѣ законы природы и общія предположенія человѣческой дѣятельности, напримѣръ; существованіе матеріи, свѣта, атмосферы, извѣстной степени теплоты воздуха, - все это условія, а не причины человѣческаго дѣйствія".Вотъ общее положеніе, которымъ Баръ начинаетъ свое изслѣдованіе. Защищая взглядъ, противорѣчащій ученію Милля, Баръ, полемизируютъ противъ этого ученія,но доводы его не представляются сколько нибудь убѣдительными.

Вѣрную критическую оцѣнку основного воззрѣнія Бара мы находимъ у Вуои, который справедливо замѣчаетъ, что причинная связь - сцѣпленіе внѣшнихъ факторъ - не можетъ быть изслѣдуема юридически или морально и что если въ одномъ и томъ же случаѣ называть причиной то одно, то другое явленіе, сообразуясь съ цѣлью изслѣдованія, то это будетъ исключительно одна игра словами.

Обращаясь къ дальнѣйшимъ положеніямъ Бара, мы находимъ слѣдующее опредѣленіе причины въ сферѣ права:"человѣкъ есть причина въ юридическомъ смыслѣ постольку, поскольку онъ представляется условіемъ, которое измѣняетъ НОРМАЛЬНОЕ теченіе фактовъ человѣческой жизни. Такимъ образомъ, для существованія причинной связи необходимо, чтобы дѣйствіе уже САМО - ПО - СЕБѢ

ПРОТИВОРѢЧИЛО НОРМАМЪ ЖИЗНИ.[x] Невозможность принятія причиннаго отношенія тамъ, гдѣ такого противорѣчія нѣтъ, Баръ иллюстрируетъ слѣдующимъ примѣромъ: добываніе желѣза, приготовленіе оружія изъ него, а также и дозволенная продажа послѣдняго, - всѣ эти занятія составляютъ необходимыя условія нашего бытія и остаются поэтому въ сферѣ нормальнаго теченія человѣческой жизни; поэтому то ни рудокопъ, ни фабрикантъ, ни купецъ не могутъ быть признаны причиной убійства, совершеннаго ихъ оружіемъ".

Изложенное ученіе является результатомъ того общаго взгляда, по которому между дѣйствіями, ведущими къ запрещеннымъ послѣдствіямъ, необходимо различать ПРЕСТУПНЫЯ и НЕПРЕСТУПНЫЯ (психическія средства). Несостоятельность такого взгляда уже достаточно выяснена Таганцевымъ и Сергѣевскимъ. Съ правильной точки зрѣнія для отвѣтственности за результатъ совершенно безразлично, соотвѣтствуетъ или нѣтъ дѣйствіе САМО - ПО - СЕБѢ руководящимъ нормамъ. Кромѣ того, замѣтимъ, что если бы указанный Баромъ признакъ и былъ необходимъ для вмѣненія результата то все же было бы невозможно включить этотъ признакъ въ опредѣленіе самой причинности, которое должно намъ указать лишь предполагаемую вмѣненіемъ объективную связь между дѣйствіемъ и преступнымъ послѣдствіемъ. Требуя не

---

x) Прод. нормами жизни Баръ разумѣетъ вообще правила, соблюденіе которыхъ предполагаетъ "diligentia cives bonus paterfamilias.

соотвѣтствія дѣйствія нормамъ жизни для бытія самой причинной связи, Баръ совершенно смѣшиваетъ два различныя понятія: причинность и отвѣтственность. Такое смѣшеніе рѣзко выступаетъ и въ нѣкоторыхъ другихъ положеніяхъ Бара. Такъ, онъ защищаетъ между прочимъ ту мысль, что если между дѣйствіемъ, противорѣчащимъ нормамъ жизни, и результатомъ имѣютъ мѣсто неправильныя посредствующія причины, то для причинной связи необходимо, чтобы субъектъ ИХЪ ПРЕДВИДѢЛЪ. Такимъ образомъ, бытіе необходимой для вмѣненія ВНѢШНЕЙ связи Баръ ставитъ въ зависимость въ извѣстныхъ случаяхъ отъ элемента чисто психическаго, который можетъ быть принимаемъ въ разсчетъ лишь при рѣшеніи совершенно иного вопроса – вопроса о наличности условій, необходимыхъ для вмѣненія результата со стороны СУБЪЕКТИВНОЙ. –

Требуя при извѣстныхъ условіяхъ предвидѣнія посредствующихъ факторовъ, Баръ нѣсколько приближается уже къ теоріямъ тѣхъ криминалистовъ, которые, ограничивая понятіе дѣйствія – причины, основываются исключительно на признакахъ субъективныхъ. Подобное ограниченіе даннаго понятія мы встрѣчаемъ въ теоріи Сергѣевскаго, изложенной въ его безспорно талантливой монографіи "о значеніи причинной связи".

Основной вопросъ о томъ, когда дѣйствія человѣка бываютъ причиной явленія, распадается, по ученію Сергѣевскаго, на слѣдующіе элементарные вопросы: 1) существуетъ ли предѣлъ причинной цѣпи и если да, то гдѣ

онъ находится и какъ опредѣляется ? 2) Производитъ -ли на положеніе дѣйствующаго лица, какъ причины, какое либо вліяніе присоединеніе самостоятельныхъ силъ и если да, то при какихъ условіяхъ и какое ?3) имѣетъ ли какое либо значеніе то обстоятельство, что эти самостоятельныя силы образуются дѣйствіемъ второго лица и если да, то какое значеніе, каковы должны быть эти дѣйствія и каково ихъ взаимное отношеніе ?

Изслѣдованіе перваго вопроса Сергѣевскій начинаетъ съ уясненія философскаго понятія причинной связи. Здѣсь устанавливаются имъ прежде всего слѣдующія положенія: "каждый элементъ предыдущаго является безусловно необходимымъ для послѣдующаго; всѣ они въ совокупности суть причины явленія". Далѣе, Сергѣевскій,слѣдуя взгляду Бури, находитъ, что причиной явленія можетъ быть признана и каждая отдѣльная сила, содѣйствующая наступленію результата."По отношенію къ каждой отдѣльной причинѣ, говоритъ онъ, всѣ остальныя суть условія ея дѣйствія; изолированная отъ нихъ, она не производитъ ничего;окруженная ими она производитъ явленіе". Исходя изъ такого взгляда, Сергѣевскій приходитъ къ положенію,"что всякое дѣйствіе человѣка, служащее условіемъ явленія, есть въ то же время и его причина". Ближайшее опредѣленіе причинящей дѣятельности формулируется слѣдующимъ образомъ:"становясь въ причинное отношеніе къ извѣстному послѣдствію, человѣкъ или поставляетъ для него положительныя условія, вызывая новыя силы, или устраняя си-

лы ему противодѣйствующія". Но установивъ, такимъ образомъ, философское понятіе причинной связи, Сергѣевскій указываетъ на то, что въ области уголовнаго права оно не имѣетъ никакого непосредственнаго значенія: "вмѣнены могутъ быть далеко не всѣ явленія, стоящія въ причинной связи съ дѣйствіями человѣка: будучи совершенно правильнымъ, это общее не совпадаетъ съ областью уголовнаго вмѣненія". Такимъ образомъ, говоритъ онъ далѣе, выдѣляются два понятія причины и соотвѣтственно этому двѣ причинныя зависимости явленій отъ дѣятельности человѣка, двѣ причинныя связи: общая и спеціальная, логическая и въ смыслѣ уголовнаго права. Задача сводится къ отысканію того элемента или признака, который полагаетъ предѣлъ между общимъ и ограниченнымъ понятіемъ причины". Къ силу того, что для уголовнаго права причинная связь между дѣйствіями и явленіемъ имѣетъ значеніе лишь настолько, насколько подставляется возможность вмѣненія этого явленія субъекту этихъ дѣйствій- въ силу такого соображенія, Сергѣевскій утверждаетъ, что понятіе причины въ смыслѣ уголовнаго права должно быть ограничено" тѣми дѣйствіями, которыя, во -первыхъ, являются причинами въ общемъ смыслѣ, и, во-вторыхъ, причиняютъ явленіе не выходящее изъ области возможнаго вмѣненія. Что же, именно, спрашивается, опредѣляетъ эту область ? Она опредѣляется по ученію Сергѣевскаго, возможностью ПРЕДВИДѢНІЯ преступнаго результата. Отсюда выводъ: "причиной

въ смыслѣ уголовнаго права должно считать такое дѣйствіе, которое , во-первыхъ, является причиной въ обѣмъ смыслѣ для запрещеннаго явленія, и, во-вторыхъ, совершилось при возможности предвидѣнія этого явленія, какъ послѣдствія". Изъ сдѣланныхъ въ этой общей формулѣ разъясненій мы узнаемъ, что "подъ возможностью предвидѣнія мы должны разумѣть практическую возможность комбинаціи, въ которую входятъ его дѣйствія". Что же касается того условія, что предвидѣніе или его возможность должны совпадать съ дѣйствіемъ во времени, то истинный смыслъ такого требованія опредѣляется слѣдующимъ положеніемъ : предвидѣніе "должно возникнуть во время дѣйствованія до его окончанія, т.е. до той минуты, когда явленіе сдѣлается необходимостью и отклоненіе его уже не будетъ болѣе во власти субъекта. На основаніи всего изложеннаго, Сергѣевскій приходитъ къ тому результату, что "предѣлъ причинной цѣпи для уголовнаго права устанавливается возможностью предвидѣнія послѣдствій въ періодѣ дѣйствія ; дѣйствіе же оканчивается тогда, когда явленіе становится неотклонимымъ".

Покончивъ съ первымъ элементарнымъ вопросомъ, Сергѣевскій переходитъ ко второму – къ вопросу о томъ вліяніи, какое оказываютъ на положеніе субъекта приходящія къ его дѣйствію самостоятельныя силы . Отправляясь отъ той мысли, что "предвидѣть послѣдствіе значитъ предусматривать комбинацію предыдущаго", Сергѣевскій выставляетъ общее правило, что "если послѣдствіе, кото-

бы и задуманное, произведется такою комбинаціей, кот. субъектъ не предусматривалъ и не могъ предусмотрѣть, то это послѣдствіе ставится внѣ предѣловъ вмѣненія". "При подобныхъ условіяхъ остается лишь общая причинная связь, но прерывается то отношеніе между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ, которое мы назвали причинной связью въ смыслѣ уголовнаго права". "Однако, говорится далѣе въ исторіи каждаго явленія, иначе говоря, въ составѣ послѣдующаго каждаго послѣдствія входитъ масса такихъ силъ и факторовъ которые вовсе не могутъ быть предусмотрѣны и познаны въ отдѣльности". Требовать для вмѣненія предвидѣнія каждой изъ этихъ силъ Сергѣевскій находитъ невозможнымъ уже потому, что тогда, какъ замѣтилъ еще Гейевъ, "пришлось бы наказывать какъ убійцу только того, кто имѣетъ правильныя понятія о физіологическомъ значеніи тѣлесныхъ поврежденій и т.п." "Затѣмъ, указывается тообстоятельство, что "въ дѣйствительности каждый человѣкъ, предпринимая какое бы то ни было дѣйствіе съ задуманнымъ послѣдствіемъ, всегда разсчитываетъ на эти силы и во всякомъ случаѣ долженъ предвидѣть ихъ присоединеніе, если послѣдствіе не было задумано, а возникло черезъ culpa. Подобныя силы, не сознаваемыя въ отдѣльности, всегда представляются субъекту въ ихъ совокупности, "какъ сумма условій, необходимыхъ для того, чтобы дѣйствіе его могло имѣть значеніе". Относительно этихъ силъ, называемыхъ Сергѣевскимъ "СОВПАДАЮЩИМИ", устанавливается общее положеніе, что предвидѣніе ихъ въ отдѣльности

не требуется для причинной связи въ смыслѣ уголовнаго права. Совершенно иное значеніе приписывается силамъ "ПРИСТУПАЮЩИМЪ",т.е. такимъ, которыя хотя производятъ то же самое послѣдствіе, которое было задумано субъектомъ, но производятъ его какимъ путемъ. По словамъ Сергѣевскаго "значеніе этихъ приступающихъ силъ заключается не въ содѣйствіи возбужденной силѣ, а въ замѣщеніи ея собою; онѣ не совпадаютъ съ нею, а принимаютъ лишь ея дѣйствіе, какъ условіе своего преступленія".(Къ этой категоріи силъ Сергѣевскій относитъ.напр.,дѣйствіе пожара, "если раненый погибъ отъ пожара, сгорѣлъ или задохся въ томъ домѣ, куда былъ принятъ на излѣченіе". Предусмотрѣніе привступающихъ силъ признается необходимымъ условіемъ предвидѣнія результата : поэтому непредвидѣніе (или невозможность предвидѣнія) одной изъ такихъ силъ разсматривается, какъ обстоятельство, безусловно прерывающее причинную связь. Въ силу указанныхъ положеній второй изъ элементарныхъ вопросовъ (вопросъ о вліяніи присоединяющихся силъ),получилъ разрѣшеніе въ слѣдующей формулѣ:"присоединеніе различныхъ совпадающихъ силъ не производитъ никакого вліянія; присоединеніе привступающихъ силъ прерываетъ причинную связь, если онѣ не были предусмотрѣны и не могли быть предусмотрѣны дѣйствующимъ".

Обратимся, наконецъ, къ разсмотрѣнію третьяго элементарнаго вопроса,(именно о вліяніи присоединяющагося дѣйствія другого лица) Сергѣевскій замѣчаетъ, что "мы

не имѣемъ никакихъ основаній устанавливать для случаевъ присоединенія человѣческой дѣятельности какія -либо особыя правила : общіе принципы вмѣненія остаются одни и тѣ же ; предвидѣніе или его возможность вмѣстѣ съ причинной связью остаются и здѣсь единственными рѣшающими моментами ". Поэтому весь вопросъ сводится къ опредѣленію того, какъ можетъ и должно относиться сознаніе одного человѣка къ будущимъ дѣйствіямъ другого". Установивъ, такимъ образомъ, задачу, изслѣдованія, Сергѣевскій дѣлитъ всѣ человѣческія дѣйствія на три категоріи 1) дѣйствія безсознательныя (2) дѣйствія сознательныя, но совершаемыя безъ предвидѣнія тѣхъ запрещенныхъ послѣдствій, которыя изъ нихъ проистекаютъ (т.е. внѣ условій вмѣненія); 3) дѣйствія съ предвидѣніемъ послѣдствія или съ возможностью этого предвидѣнія(,т.е. при наличности условій вмѣненія). Въ дѣйствіяхъ первыхъ двухъ категорій Сергѣевскій не находитъ по отношенію къ предвидѣнію ихъ субъектомъ первоначальной дѣятельности - никакихъ особенностей сравнительно съ силами природы: "какъ присоединеніе силъ природы, такъ и присоединеніе такой человѣческой дѣятельности можетъ одинаково входить въ разсчетъ первоначальнаго дѣятеля;по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ человѣкъ предусматриваетъ присоединеніе силъ природы или получаетъ возможность предусмотрѣть ихъ, хотя и не предусматриваетъ въ дѣйствительности по тѣмъ же самымъ соображеніямъ, онъ можетъ стать въ такое отношеніе и къ этому роду

человѣческой дѣятельности:онъ можетъ или ихъ дѣйствительно предусматривать, или имѣть лишь возможность предусмотрѣть. Приравнивая, такимъ образомъ,первыя двѣ категоріи къ силамъ природы, Сергѣевскій считаетъ вполнѣ возможнымъ относить одни изъ дѣйствій этого рода къ разряду силъ совпадающихъ, предусмотрѣніе которыхъ въ отдѣльности не требуется для причинной связи, другія же къ разряду силъ привступающихъ, которыя при отсутствіи ихъ предвидѣнія безусловно прерываютъ причинную связь. Иныя положенія выставляются относительно дѣйствій третьей категоріи, совершаемыхъ при условіяхъ вмѣненія. Сергѣевскій утверждаетъ, что"эти дѣйствія по общему правилу не подлежатъ разсчетамъ и соображеніямъ постороннихъ лицъ". По его мнѣнію, предвидѣніе преступной дѣятельности другого лица возможно только при условіи "особыхъ, спеціальныхъ на каждый случай указаній". Такія указанія сводятся къ четыремъ формамъ: 1) уговоръ между первоначальнымъ и вторымъ дѣятелемъ 2)подстрекательство 3) знаніе, полученное изъ удостовѣренія, заявленія. обѣщаній, выраженій рѣшимости и т.п. со стороны дѣятеля непосредственно или по завѣщанію третьяго лица 4) свидѣтельство нашихъ чувствъ - зрѣнія, слуха и т.д. о томъ, что дѣятельность совершается. Тамъ, гдѣ существуетъ одно изъ такихъ указаній, "устанавливается вполнѣ причинная связь между послѣдствіемъ и субъектомъ первоначальной дѣятельности;вмѣненіе послѣдствія второму дѣятелю нисколько не исклю-

чаетъ возможности вмѣненія его первому ? Напротивъ того въ случаяхъ когда не имѣетъ мѣста ни одно изъ перечисленныхъ указаній, - первоначальная дѣятельность не можетъ находиться въ причинной связи съ результатомъ, который поэтому и вмѣняется только дѣятелю второму. Установивъ изложенныя положенія. Сергѣевскій замѣчаетъ, что они образуютъ собою основу ученія о совокупности преступниковъ (о соучастіи).

Такова теорія причинной связи, выставленная профессоромъ Сергѣевскимъ. По нашему мнѣнію, она заключаетъ въ себѣ слѣдующія ошибки.

1) Въ своихъ разсужденіяхъ о причинной связи "въ общемъ смыслѣ" Сергѣевскій, подобно Буси, признаетъ возможнымъ назвать причиной какъ совокупность всѣхъ содѣйствующихъ результату силъ, такъ и каждую изъ нихъ взятую отдѣльно. Но такой взглядъ какъ я уже указалъ при разборѣ теоріи нѣмецкаго ученаго, представляетъ неразрѣшимое внутреннее противорѣчіе : „Съ правильной точки зрѣнія причиною "въ общемъ смыслѣ" можетъ быть названа только вся сумма необходимыхъ предшествующихъ.

2) При опредѣленіи причины "въ смыслѣ уголовнаго права" Сергѣевскій вноситъ въ это понятіе признакъ чисто субъективный (возможность предвидѣнія результата); ученіе это страдаетъ поэтому тѣмъ же смѣшеніемъ понятій, какъ и теорія Бара. Изъ того, что возможность предвидѣнія послѣдствія необходима для вмѣненія, еще отнюдь не

слѣдуетъ, чтобы это субъективное условіе было необходимо и для бытія причинной связи. Вѣдь Сергѣевскій и самъ признаетъ, что вопросъ о причинности есть только "составная часть вопроса о вмѣненіи", тачасть, приба - вляю я отъ себя, , гдѣ дѣло идетъ лишь объ ОБЪЕКТИВНОМЪ отношеніи дѣйствія къ результату. Внося въ понятіе причины указанный признакъ, Сергѣевскій выходитъ изъ предѣловъ постановленной имъ же задачи выработать такую формулу, посредствомъ которой можно было бы опредѣлить наличность между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ необходимой для вмѣненія связи". Если причинность должна означать не что иное, какъ необходимую для отвѣтственности СВЯЗЬ МЕЖДУ ДѢЙСТВІЕМЪ И РЕЗУЛЬТАТОМЪ, то очевидно, понятіе это можетъ быть лишь чисто-объективнымъ.

3) На этомъ основаніи слѣдуетъ признать невѣрнымъ и ученіе Сергѣевскаго "о перерывѣ причинной связи въ смыслѣ уголовнаго права". Онъ принимаетъ какъ мы видѣли, такой перерывъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ ПРИВСТУПАЮЩІЯ силы "не были преду смотрѣны и не могли быть предусмотрѣны дѣйствующимъ". Между тѣмъ, согласно съ правильнымъ взглядомъ на причинность, какъ на понятіе объективное, бытіе причинной связи ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ того, предвидѣлъ ли субъектъ присоединившіяся къ его дѣйствію силы или нѣтъ

4) Наконецъ, невозможно согласиться и съ тѣми положеніями которыя выставляются Сергѣевскимъ, какъ "одно-

ва ученія о совокупности преступниковъ". Въ самомъ дѣлѣ, имѣетъ ли за себя достаточныя основанія то "общее правило", что дѣйствія, совершаемыя при условіяхъ невмѣненія, "не подлежатъ разсчетамъ и соображеніямъ посторонннихъ лицъ ? Чѣмъ можно мотивировать такое правило, если по признанію самого же Сергѣевскаго, "въ общемъ совершеніе преступленій подлежитъ весьма твердымъ законамъ ? "Мы очень хорошо знаемъ, говоритъ Сергѣевскій, что живущіе въ домѣ отворяютъ двери и окна; мы можемъ разсчитывать именно на это, когда производимъ поджогъ; но мы не можемъ сказать утвердительно, что такое то лицо откроетъ окно, зная о поджогѣ и сознавая, что это дѣйствіе поджогу способствуетъ. Мы можемъ предвидѣть это только тогда, когда имѣемъ спеціальныя указанія; безъ этого условія мы не можемъ разсчитывать на содѣйствіе даже завзятаго поджигателя". Но почему же, спрашивается, такой разсчетъ невозможенъ при отсутствіи спеціальныхъ указаній ? Этого Сергѣевскій не объясняетъ. Я думаю, напротивъ, что наличность того или другого изъ перечисленныхъ Сергѣевскимъ указаній вовсе не составляетъ необходимаго условія для предвидѣнія преступной дѣятельности другого лица. Такое предвидѣніе можетъ быть основано и на другихъ данныхъ : знаніи характеровъ извѣстнаго субъекта, его настроеніе и интересы, а также тѣ обстоятельства, въ которыхъ онъ будетъ въ опредѣленный моментъ находиться, мы, конечно, можемъ разсчитывать на его преступное дѣйствіе и помимо всякихъ спеціальныхъ указаній. Если же это такъ,

то необходимо допустить отвѣтственность первоначальнаго дѣятеля и при отсутствіи тѣхъ условій, какія исчисляются у Сергѣевскаго.

3. КОНЕЧНЫЕ ВЫВОДЫ ПО ВОПРОСУ О СВЯЗИ ВМѢНЯЕМАГО РЕЗУЛЬТАТА СЪ ДѢЙСТВІЕМЪ.

Итакъ, ни въ одной изъ выставленныхъ въ литературѣ теорій мы не нашли удовлетворительнаго рѣшенія вопроса. Главный источникъ недоразумѣній и ошибокъ, указанныхъ мною въ изслѣдованіяхъ криминалистовъ, лежитъ, какъ мнѣ думается, въ принятіи a priori той формулы, по которой для отвѣтственности за результатъ необходимо, чтобы дѣйствіе было его ПРИЧИНОЙ. При вѣрномъ пониманіи требованій методологіи подобная общая формула могла бы быть дана только въ концѣ изслѣдованія; установленная же съ самаго начала, она должна была, естественно, только запутать дѣло, такъ какъ съ принятіемъ a priori такой формулы первоначальный вопросъ о необходимомъ для отвѣтственности объективномъ отношеніи дѣйствія къ результату, сведенъ былъ тотчасъ же на другой вопросъ: когда дѣйствіе бываетъ ПРИЧИНОЙ результата? вопросъ, заключающій въ себѣ спорное философское понятіе.

Послѣ всего нами изложеннаго вѣрное рѣшеніе задачи уже не представляетъ никакихъ затрудненій.

Всякій, конечно, согласится, что отвѣтственность за результатъ не можетъ имѣть мѣста въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣйствіе лица не входитъ въ число факторовъ, содѣйствующихъ [illegible] послѣдствія. Такъ, если субъектъ, ко-

торому былъ данъ ядъ, умираетъ отъ разрыва сердца, происшедшаго совершенно независимо отъ принятія яда, то вмѣненіе окончательнаго убійства было бы совершенно абсурдомъ. Такимъ образомъ, можно признать безспорно, что для отвѣтственности за результатъ необходимо, чтобы дѣйствіе виновнаго было однимъ изъ факторовъ, вызвавшихъ къ бытію данное явленіе. Вопросъ слѣдовательно, можетъ состоять лишь въ томъ : можно ли удовлетвориться такимъ требованіемъ" другими словами, не слѣдуетъ ли признать необходимымъ еще какое либо иное условіе для обоснованія отвѣтственности со стороны объективной.

При разсмотрѣніи этого вопроса должно имѣть въ виду слѣдующее:

1) Всѣ факторы даннаго результата, какъ указано Миллемъ, имѣютъ по отношенію къ результату совершенно одинаковое значеніе, такъ какъ каждый изъ нихъ является необходимымъ предшествующимъ. Отсюда невозможно требовать, чтобы дѣйствіе, обнаруживавшее отвѣтственность за результатъ, имѣло для послѣдняго особую важность сравнительно съ другими факторами.

2) Для вмѣненія даннаго послѣдствія, какъ мы видѣли при разборѣ теоріи Бара, совершенно безразлично то отношеніе, въ какомъ дѣйствіе находится САМО ПО СЕБѢ къ руководящимъ нормамъ. Отсюда невозможность ограниченія отвѣтственности тѣмъ или другимъ юридическимъ свойствомъ совершеннаго дѣйствія.

Въ силу этихъ положеній мы должны признать, что ука-

занное выше требованіе есть единственное, которое можно выставить при опредѣленіи необходимой для отвѣтственности связи между дѣйствіемъ и результатомъ. Стало быть для вмѣненія даннаго послѣдствія можно требовать съ объективной стороны лишь одного: чтобы дѣйствіе лица было однимъ изъ факторовъ наступившаго результата, иначе — однимъ изъ его необходимыхъ предшествующихъ.

Такое начало, какъ мы видѣли, лишь сознается нѣкоторыми нѣмецкими криминалистами, во главѣ которыхъ стоитъ Бури. Вотъ почему эти ученые и принимаютъ причинную связь во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣйствіе лица какимъ бы то ни было образомъ способствуетъ наступленію результата. Но вмѣсто того, чтобы извращать философское понятіе причины, какъ это дѣлаетъ Бури, не слѣдуетъ ли скорѣе отвергнуть общепринятую формулу и замѣнить ее другою, болѣе соотвѣтствующей сущности дѣла ? Вѣдь причиной въ смыслѣ философскомъ можно назвать только всю совокупность необходимыхъ предшествующихъ. Что же можетъ оправдать употребленіе этого термина въ уголовномъ правѣ въ иномъ смыслѣ, какой придается ему у Бури? Если въ юриспруденціи и можетъ быть допущено примѣ-

-.-.-.-.-.-.-

ченіе общихъ терминовъ въ особомъ техническомъ смы-
слѣ,то развѣ въ тѣхъ лишь случаяхъ,когда для дан-
наго понятія, входящаго въ юридическую формулу, не
существуетъ готоваго термина въ другихъ областяхъ;
между тѣмъ для обозначенія того, что разумѣетъ Бу-
ръ подъ "причиной"есть особенный терминъ, именно
"условіе". Этотъ простой, для каждаго ясный терминъ
и долженъ быть подставленъ въ формулу вмѣненія вмѣ-
сто спорнаго термина "причина", какъ скоро мы при-
шли къ тому выводу, что со стороны объективной от-
вѣтственность за послѣдствіе обосновывается каждымъ
дѣйствіемъ, которое принадлежитъ только къ числу
необходимыхъ предшествующихъ.Намъ скажутъ, пожалуй,
что терминологія не имѣетъ особаго значенія. Напро-
тивъ, отвѣтимъ мы, значеніе терминологіи чрезвычай-
но важно. Если бы не существовало формулы, по ко-
торой дѣйствіе , обосновывающее вмѣненіе, должно
быть ПРИЧИНОЙ результата, если бы , говорю я, не бы-
ло такой формулы, кому бы пришло въ голову требовать
для отвѣтственности за послѣдствіе, чтобы дѣятель-
ность субъекта была послѣднимъ по времени факторомъ,
какъ этого требуетъ Биндингъ. Не очевидно ли, что
подобная теорія можетъ быть объяснена только вліяні
емъ неудачной терминологіи ?

Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ установленію
слѣдующей формулы : для того, чтобы обосновывать

съ объективной стороны отвѣтственность лица за данный результатъ, дѣйствіе лица должно быть однимъ изъ условій осуществленія этого результата въ его конкретномъ видѣ. Практическія правила, вытекающія изъ этой формулы , таковы : 1) если, мысленно исключивъ дѣйствіе изъ суммы предшествующихъ, мы находимъ, что и помимо его произошло бы то же самое послѣдствіе и притомъ тѣмъ же самымъ путемъ, то вмѣненіе результата должно быть рѣшительно отвергнуто; въ подобныхъ случаяхъ можно говорить лишь о покушеніи но отнюдь не о законченномъ преступленіи ; 2) напротивъ того, если мы находимъ, что при устраненіи дѣйствія изъ суммы антецедентовъ послѣдствіе или вовсе не произошло бы или, по крайней мѣрѣ, произошло бы инымъ путемъ, то отвѣтственность за результатъ со стороны объективной должна быть признана совершенно обоснованной Что касается до промежуточныхъ фактовъ, лежащихъ между дѣйствіемъ и результатомъ, то очевидно, само собою, что ни количество, ни свойство этихъ фактовъ не можетъ имѣть никакого значенія ; для насъ совершенно безразлична большая или меньшая осложненность образуемой ими цѣпи; безразлично также и то, являются ли посредствующими факторами исключительно силы природы или же на ряду съ послѣдними и дѣйствія другихъ лицъ, какъ это бываетъ при соучастіи.

Нельзя пройти молчаніемъ того возраженія, которое дѣлаетъ Таганцевъ, противъ теоріи Бури, такъ какъ возраженіе это можетъ быть обращено съ одинаковымъ правомъ и противъ ученія, защищаемаго мною. По мнѣнію Таганцева, если держаться того взгляда,что вмѣненіе обусловливается съ объективной стороны каждымъ дѣйствіемъ, такъ или иначе обусловливающимъ результатъ, то придется прійти къ абсурднымъ выводамъ при обсужденіи отдѣльныхъ случаевъ.

Представимъ себѣ, говоритъ Таганцевъ, что кто либо выстрѣлилъ въ другого съ цѣлью лишить его жизни; выстрѣлъ причинилъ легкую рану ,но это обстоятельство заставило раненаго остаться еще на день въ томъ городѣ, изъ котораго онъ хотѣлъ уѣхать; затѣмъ передъ самымъ отъѣздомъ это лицо, проходя по улицѣ, было задавлено обвалившимся карнизомъ. Въ чемъ будемъ мы обвинять выстрѣлившаго: въ покушеніи на убійство или въ убійствѣ оконченномъ ? По теоріи Бури, говоритъ Таганцевъ, нужно принять убійство оконченное, такъ какъ, не будь раны, умершій уѣхалъ бы днемъ раньше и несчастье не воспослѣдовало бы.

Насколько, спрашивается, справедливо такое возраженіе ?Точно ли опровергаемая Таганцевымъ теорія ведетъ неизбѣжно къ указанному выводу относительно приведеннаго случая ? Исходя изъ теоріи Бури,нельзя ,конечно, не признать въ приведенномъ примѣрѣ наличности необходимой для вмѣненія ОБЪЕКТИВНОЙ

связи между результатомъ и дѣятельностью лица; но, признавая такую связь, мы еще отнюдь не констатируем ею ipso отвѣтственности виновнаго за наступившее по слѣдствіе. Напротивъ, мы такъ же, какъ и Таганцевъ, считаемъ рѣшительно невозможнымъ обвинять выстрѣливш аго въ оконченномъ убійствѣ, - я основываюсь при этомъ лишь на другихъ соображеніяхъ : обстоятельствомъ, исключающимъ отвѣтственность за результатъ, является въ моихъ глазахъ не отсутствіе необходимой для вмѣненія внѣшней связи, но недостатокъ совершенно иного условія, необходимаго для отвѣтственности со стороны СУБЪЕКТИВНОЙ. Какое же это условіе ?Съ точки зрѣнія господствующей доктрины, ПРЕДВИДѢНІЕ субъектомъ посредствующихъ факторовъ вовсе не составляетъ необходимаго условія для вмѣненія результата. "Ни законъ, ни теорія, говоритъ Таганцевъ, не требуютъ, чтобы вредное послѣдствіе было вызвано именно тѣмъ соединеніемъ силъ, на которое разсчитывалъ виновный". Но съ такимъ взглядомъ согласиться невозможно. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ результатъ осуществляется, лишь благодаря такому сцѣпленію обстоятельствъ какое вовсе не входило въ разсчетъ преступника, въ подобныхъ случаяхъ, по справедливому замѣчанію Бури, наступающее in concreto явленіе не есть то самое послѣдствіе, котораго дѣйствительно желалъ преступникъ, но имѣетъ лишь съ этимъ послѣдствіемъ одинаковое законное свойство, а потому здѣсь можетъ -

быть рѣчь лишь о покушеніи, но никакъ не о преступленіи оконченномъ. Слѣдовательно, со стороны субъективной для вмѣненія результата безусловно необходимо, чтобы промежуточные факторы ПРЕДВИДѢЛИСЬ субъектомъ. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ, какъ мы видѣли, и проф. Сергѣевскій. Ошибка его заключается въ томъ, что требованіе предвидѣнія промежуточныхъ силъ онъ вноситъ въ понятіе причинной связи, которое по самой природѣ своей можетъ быть только чисто - объективнымъ. Но это не значитъ, конечно, чтобы каждая промежуточная сила должна была предусматриваться въ отдѣльности : требуя предвидѣнія посредствующихъ факторовъ, я вполнѣ принимаю изложенное выше ученіе Сергѣевскаго о двухъ различныхъ категоріяхъ присоединяющихся силъ - ученіе , по которому лишь силы "привступающія" должны быть предусмотрѣны преступникомъ въ отдѣльности, силы же "совпадающія", могутъ и должны сознаться только въ ихъ суммѣ.

Возвращаясь къ примѣру,приведенному Таганцевымъ, мы видимъ, что желаемый результатъ воспроизводится здѣсь такой "привступающей" силой, на которую преступникъ, очевидно, никакимъ образомъ не могъ разсчитывать; и вотъ на этомъ то основаніи (и только на этомъ) я и отвергаю въ данномъ случаѣ отвѣтственность за послѣдствія.

4. ПОСТАНОВКА ДАННАГО ВОПРОСА ВЪ ПОЛОЖИТЕЛЬНЫХЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАХЪ.

Остается теперь сказать какъ рѣшается вопросъ о причинной связи въ положительныхъ законодатель - ствахъ. Постановленія о причинной связи появились только въ началѣ XVIII вѣка и то исключительно по отношенію къ убійству.

Въ русскомъ законодательствѣ первыя постановленія на этотъ счетъ были установлены въ толкованіи на воинскіе артикулы. Здѣсь говорится именно слѣдующее :" Надлежитъ подлинно вѣдать, что смерть всеконечно ли отъ битья приключилась ? А ежели сыщется, что убіенный былъ битъ, а не отъ тѣхъ побоевъ, а отъ другихъ случаевъ, которые къ тому и присовокупились,умре, то надлежитъ убійцу не животомъ, а по разсмотрѣнію судебному наказать:или тюрьмою или денежнымъ штрафомъ, шпицрутеномъ и проч. Того ради зѣло потребно есть,чтобы коль скоро кто умретъ,который въ дракѣ былъ и поколотъ или порубленъ, потребно есть лѣкарей опредѣлить, которые бы мертвое тѣло взрѣзали и подлинно розыскали, что какая причина къ смерти его была и о томъ имѣютъ свидѣтельство въ судъ на письмѣ подать и оное присягою своей подтвердить". Подобныя же постановленія мы встрѣчаемъ и въ "Уставѣ Морскомъ ".

Такимъ образомъ, законодательство наше усвоило

первоначально западную доктрину, по которой для вѣненія результата необходимо, чтобы дѣятельность субъекта привела къ послѣдствію непосредственно безъ помощи всякихъ посторонніхъ фактовъ. Такое начало господствовало у насъ до 1828 года, когда по Высочайшему повелѣнію изданы были медицинскимъ совѣтомъ особыя правила для руководства судебнымъ врачамъ, правила, вошедшіе въ XIII т. Свод. Зак. и сохраняющія силу и до настоящее время. Медицинскій уставъ исходитъ изъ того вѣрнаго принципа, что смертельность поврежденій должна быть опредѣляема не a priori, а сообразно съ конкретными условіями каждаго даннаго случая. Если уставъ и различаетъ виды поврежденій по степени вѣроятности смертельнаго исхода, то онъ дѣлаетъ это исключительно въ виду того соображенія, что вѣроятность результата можетъ служить средствомъ для распознаванія преступнаго умысла. Говоря о тѣхъ случаяхъ, когда къ дѣятельности субъекта присоединяются постороннія силы, Уставъ прямо постановляетъ, что этимъ нисколько не устраняется отвѣтственность лица за наступившее послѣдствіе. Такимъ образомъ, правила медицинскаго устава въ существѣ своемъ вполнѣ гармонируютъ съ доктриной, установленной мною раньше.

Ученіе Шварце отнесено Сергѣевскимъ къ теоріямъ различенія причины и повода, которыя характе

ризуются, какъ попытки ограничить понятіе причины извѣстнымъ объективнымъ отношеніемъ дѣйствія къ результату. Но такое пониманіе теоріи Шварце, отличающейся, правда, крайней спутанностью изложенія, представляется мнѣ невѣрнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, сопоставимъ разсматриваемыя Шварце частныя положенія, чтобы выяснить изъ нихъ его основной взглядъ.

Разсматривая случаи, гдѣ дѣятельность лица отдѣляется отъ результата какими -либо посредствующими фактами, Шварце различаетъ здѣсь прежде всего двѣ комбинаціи : 1) когда посредствующія силы вызваны къ жизни дѣйствіемъ субъекта. Къ этимъ случаямъ примѣняются правило : causa causae est causa causati, 2) Когда посредствующія силы возникаютъ самостоятельно, и субъектъ опредѣляетъ лишь направленіе дѣятельности. Здѣсь различаются слѣдующіе случаи: а) когда дѣйствіе субъекта уже само по себѣ могло привести къ результату и присоединившійся фактъ лишь ускорилъ это ; 2) когда при конкретныхъ условіяхъ дѣятельность человѣка не могла повлечь результата и привела къ нему лишь, благодаря содѣйствію присоединившагося фактора, и д) когда промежуточная сила, осуществляющая результатъ, хотя и обусловливается дѣйствіемъ, но прерываетъ его и является такимъ образомъ причиной вполнѣ самостоятельной. Изъ дальнѣйшаго изложенія видно, что въ послѣднемъ изъ указанныхъ трехъ случаевъ Шварце допускаетъ причинную связь только при одномъ условіи, именно:

если субъектъ предвидѣлъ возникновеніе той силы, которая вызвала непосредственно преступный результатъ. Напротивъ того, въ первыхъ двухъ случаяхъ Шварце признаетъ возможнымъ констатировать причинную связь и при отсутствіи предвидѣнія промежуточной силы, если только такая сила не представляетъ ничего необычайнаго или если субъектъ, оставляя мѣсто дѣйствія, былъ вполнѣ убѣжденъ въ осуществленіи результата. Но, допускаяя здѣсь причинную связь при отсутствіи предвидѣнія, Шварце ссылается на то, что при указанныхъ условіяхъ (т,е. если посредствующій факторъ былъ явленіемъ нормальнымъ или если дѣйствующій имѣлъ увѣренность въ достиженіи послѣдствія)промежуточная сила можетъ - быть всегда сведена к ъ в о л ѣ субъекта, хотя бы послѣдній и не предвидѣлъ ея въ отдѣльности.

Въ виду изложенныхъ положеній ,мы имѣемъ полное право сказать, что Шварце принимаетъ причинную связь только тамъ, гдѣ промежуточные силы или прямо предвидятся субъектомъ, или, если и не предвидятся, то все же могутъ быть отнесены къ его волѣ, въ виду тѣхъ или другихъ обстоятельствъ конкретнаго случая. Такимъ образомъ, если бы Шварце потрудился прямо формулировать свое воззрѣніе на причинность, то онъ долженъ былъ бы опредѣлить дѣйствіе - причину, какъ такое дѣйствіе, которое

обусловливаетъ результатъ черезъ посредство силъ, обнимаемыхъ волею субъекта.

Очевидно, что теорія Шварце покоится на такомъ-же смѣшеніи понятій, какое мы встрѣтили въ ученіи Бара. Причинность - повторяемость, мыслима только какъ понятіе объективное ; поэтому подъ причинностью мы можемъ разумѣть лишь извѣстную внѣшнюю связь между дѣйствіемъ лица и преступнымъ результатомъ; но такая связь, очевидно, отнюдь не можетъ зависѣть отъ того или другого отношенія воли къ промежуточнымъ факторамъ; обнимаются - ли послѣдніе волей субъекта или нѣтъ, - это можетъ имѣть значеніе лишь тогда, когда заходитъ рѣчь о субъективныхъ условіяхъ для вмѣненія результата; для бытія же причинной связи означенное обстоятельство должно быть признано совершенно безразличнымъ.

---ooOoo---

О т д ѣ л е н і е III-е.

П Р Е С Т У П Н О Е Б Е З Д Ѣ Й С Т В І Е.

I. УЧЕНІЕ О ПРЕСТУПНОМЪ БЕЗДѢЙСТВІИ ВЪ СТАРИННОЙ ЛИТЕРАТУРѢ И ЕГО НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ.

Старинные криминалисты единогласно высказываются, что если субъектъ, будучи въ состояніи воспрепятствовать преступленію, не дѣлаетъ этого, то онъ подлежитъ совершенно одинаковой отвѣтственности съ исполнителемъ преступнаго дѣйствія. Устанавливая

какую отвѣтственность за невмѣшательство или без-
-дѣйствіе, ученіе ссылаются на то, что рядомъ съ
отрицательнымъ принципомъ " neminem laedere",
въ государствѣ является необходимымъ другое поло-
жительное начало, начало взаимной помощи, по кото-
рому каждый по мѣрѣ силъ долженъ предотвращать не
счастія, угрожающія его согражданамъ.

Но противъ этого слѣдуетъ замѣтить, что на ос-
нованіи необходимости въ государственной жизни ука
заннаго положительнаго начала еще невозможно при-
равнивать одно невмѣшательство къ самому исполне-
нію преступнаго дѣянія. Въ силу принципа взаимной
помощи, государство можетъ требовать отъ гражданъ
извѣстныхъ положительныхъ дѣйствій, можетъ обязы-
вать ихъ къ предотвращенію несчастій, угрожающихъ
другимъ лицамъ, но неисполненіе подобной обязанно-
сти ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть приравнива-
емо къ преступному содѣянію (delictum commissionis
Кто, имѣя возможность предотвратить лишеніе жизни
другого, не дѣлаетъ этого, тотъ, конечно, можетъ
быть наказанъ лишь, какъ нарушитель требовательной
нормы, какъ виновный въ извѣстномъ упущеніи, но
его нельзя разсматривать какъ убійцу, нарушающаго
запретъ "не убей".

2. НОВѢЙШІЯ ДОКТРИНЫ ПО ТОМУ ЖЕ ВОПРОСУ.

Въ новѣйшей литературѣ признается несомнѣннымъ

что такъ называемое "чистое бездѣйствіе", никогда не обосновываетъ отвѣтственности за нарушеніе запрета del commissionis. Говоря о преступномъ невмѣшательствѣ, какъ средствѣ нарушенія запрета, они имѣютъ въ виду тѣ смѣшанныя формулы, гдѣ бездѣйствію предшествуетъ дѣятельность положительная, благодаря которой между невмѣшательствомъ и результатомъ устанавливается причинная связь.

Эта точка зрѣнія принимается и Таганцевымъ. При этомъ, подобно большинству германскихъ криминалистовъ онъ полагаетъ, что для наказуемости невмѣшательства необходимо только, чтобы первоначальная дѣятельность имѣла извѣстныя объективныя свойства". По его ученію дѣятельность эта должна "создать такой порядокъ вещей, при которомъ извѣстная дальнѣйшая дѣятельность обвиняемаго была бы необходима, чтобы устранить правонарушительный результатъ" утверждая, что "юридическій центръ въ случаяхъ этого рода составляетъ невмѣшательство, бездѣйствіе". Таганцевъ, замѣчаетъ: "характеристикой воли виновнаго въ этотъ моментъ опредѣляется субъективное значеніе всего факта. Со стороны же объективной, это состояніе недѣятельности должно только свидѣтельствовать о наличности преступной воли и о возможности предотвратить вредный результатъ.

По поводу изложенной теоріи я долженъ сдѣлать слѣдующее замѣчаніе: въ тѣхъ смѣшанныхъ формахъ

гдѣ доктрина принимаетъ нарушеніе запрета посредствомъ бездѣйствія, необходимо строго различать случаи двоякаго рода : 1) преступное направленіе воли существуетъ уже въ моментъ предшествующаго активнаго поведенія субъекта или же 2) является лишь потомъ во время бездѣйствія.

Въ случаяхъ перваго рода отвѣтственность лица за результатъ должна быть признана несомнѣнной, такъ какъ мы имѣемъ здѣсь дѣйствіе, которое съ одной стороны, находится съ наступившимъ результатомъ въ необходимой для вмѣненія объективной связи, а съ другой - является продуктомъ наказуемой воли. Но можно ли утверждать, что въ подобныхъ случаяхъ "юридическій центръ" лежитъ въ бездѣйствіи", Возьмемъ приводимый Таганцевымъ примѣръ, "нѣкто уговорилъ другого заплыть въ глубину, обѣщая ему помощь и затѣмъ умышленно оставилъ его и тотъ утонулъ". Предположимъ, что умыселъ существовалъ у виновнаго уже въ тотъ моментъ, когда онъ уговаривалъ жертву заплыть въ глубину; не очевидно ли, что если здѣсь существуетъ отвѣтственность за убійство, то юридическое основаніе ея лежитъ всецѣло въ положительной дѣятельности лица ? Бездѣйствіе является, здѣсь, правда, условіемъ наступленія результата; но точно такую же роль оно играетъ, напр., въ случаяхъ умышленнаго отравленія, когда преступникъ имѣлъ возможность дать противоядіе и не далъ его. Неужели же и здѣсь бездѣй-

ствіе составляетъ"юридическій центръ"? Ясно, что средствомъ нарушенія запрета является здѣсь при указанномъ условіи не бездѣйствіе, но дѣятельность положительная, такъ какъ центръ тяжести лежитъ несомнѣнно, въ послѣдней.

Перехожу къ другой комбинаціи, гдѣ предшествующее дѣйствіе не имѣло съ субъективной стороны преступнаго характера и необходимый для отвѣтственности психическій моментъ появился лишь во время бездѣйствія. По моему крайнему разумѣнію, отвѣтственность за результатъ должна быть здѣсь рѣшительно отвергнута, и притомъ въ силу того же самаго соображенія, по какому она отрицается тамъ, гдѣ бездѣйствію не предшествовала никакая положительная дѣятельность. Въ самомъ дѣлѣ, почему нарушеніе запрета является въ случаяхъ подобнаго рода ? Отвѣчая на этотъ вопросъ, новѣйшая теорія исходитъ изъ вѣрнаго положенія, что для того, чтобы вмѣнить человѣку нарушеніе какого либо запрета, необходимо доказать, что это нарушеніе есть продуктъ его воли, выразившейся во внѣ". То же самое препятствіе къ признанію нарушенія запрета видимъ мы и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ бездѣйствію предшествовала положительная дѣятельность, хотя и обусловившая результатъ, но не соединившаяся съ преступнымъ настроеніемъ. Въ подобныхъ случаяхъ мы точно также не можемъ разсматривать результатъ, какъ продуктъ воли, выразившейся во-

внѣ, потому что дѣятельность, обусловившая результатъ не могла быть выраженіемъ воли, которая возникла уже послѣ нея во время бездѣйствія. Съ правильной точки зрѣнія, предшествующее дѣйствіе субъекта, не соединенное съ преступнымъ настроеніемъ, вовсе не можетъ имѣть приписываемой ему юридической силы. Если съ момента возникновенія преступной воли субъект отнюдь не способствовалъ положительнымъ образомъ наступленію результата, а только не препятствовалъ бездѣйствіемъ, какова бы ни была положительная дѣятельность, предшествовавшая преступному настроенію. Слѣдовательно, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ необходимый для отвѣтственности субъективный моментъ возникаетъ уже послѣ положительной дѣятельности, мы можемъ признать лишь нарушеніе приказа, точно такъ же какъ и тамъ, гдѣ мы имѣемъ дѣло исключительно съ бездѣйствіемъ. Предшествующая положительная дѣятельность лишенная съ внутренней стороны всякаго преступнаго характера, можетъ быть признана лишь обстоятельствомъ, увеличивающимъ наказуемость. Понятно, что если бездѣйствующій самъ, хотя и невиннымъ образомъ, поставилъ другое лицо въ опасное положеніе, то нарушеніе обязанности предотвратить результатъ предстаавляется болѣе наказуемымъ, чѣмъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ опасность отнюдь не обусловлена виновнымъ.

Такимъ образомъ, смѣшанная форма представляетъ намъ одно изъ двухъ: или нарушеніе запрета посред-

ствомъ дѣятельности положительной (то же самое что и въ простыхъ формахъ преступнаго содѣянія), или же нарушеніе приказа(delictum omissionis то же, что и при чистомъ бездѣйствіи) ; но мы ни въ какомъ случаѣ не имѣемъ здѣсь нарушенія запрета посредствомъ бездѣйствія, какъ это принимается Таганцевымъ,

Отсюда ясно, что вопреки господствующей доктринѣ, о бездѣйствіи, какъ средствѣ нарушенія запрета, не можетъ быть вообще и рѣчи, Замѣтимъ кстати, что как ответственность за нарушеніе запрета можетъ вытекать только изъ дѣятельности положительной,точно также ответственность за нарушеніе приказа можетъ быть обоснована исключительно бездѣйствіемъ.Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно вникнуть въ тѣ примѣры, которые приводятся криминалистами въ доказательство противоположнаго взгляда. Возьмемъ случай, приводимый Таганцевымъ, по его словамъ,"содержатель трактира, прибивающій свой торговый патентъ на задней сторонѣ буфетнаго шкафа, хотя несомнѣнно совершаетъ нѣчто, дѣйствуетъ, но тѣмъ не менѣе является виновнымъ въ неисполненіи требованія закона о помѣщеніи патента на видномъ мѣстѣ". Имѣемъ ли мы право сказать вмѣстѣ съ Таганцевымъ, что въ приведенномъ случаѣ средствомъ нарушенія приказа служитъ

Уголовное Право. Лек. Колоколова. Листъ 21-.
Литографія Простакова.

дѣйствіе положительное ? Не трудно видѣть, что положительная дѣятельность, совершаемая трактирщикомъ вовсе не имѣетъ юридическаго значенія: прибивается ли патентъ на задней сторонѣ буфетнаго шкафа, вѣшается ли онъ въ кухнѣ, кладется ли въ сундукъ, для существа дѣла - это совершенно безразлично. Для отвѣтственности за нарушеніе приказа существенно лишь то, чтобы патентъ не былъ прибитъ на видномъ мѣстѣ. Слѣдовательно, въ сущности основаніе вмѣненія лежитъ исключительно въ невыполненіи требуемаго акта, т.е, въ бездѣйствіи, но отнюдь не въ совершаемой трактирщикомъ положительной дѣятельности, которая поэтому и не составляетъ средства нарушенія приказа.

Если, такимъ образомъ, запретъ можетъ быть нарушенъ лишь посредствомъ положительной дѣятельности, а приказъ, только бездѣйствіемъ, то, очевидно, новѣйшее разграниченіе содѣянія и упущенія, основанное на свойствѣ нарушаемыхъ нормъ, въ сущности вполнѣ совпадаетъ съ разграниченіемъ старинным, основаннымъ на различіи въ формѣ исполненія. Иными словами: различіе между указанными типами преступленій покоится въ одно и то же время какъ на различіи нарушаемыхъ нормъ, такъ и на различіи самыхъ способовъ правонарушенія.

Въ теоріи преступленія намъ осталось разсмотрѣть еще два вопроса : 1) о покушеніи и 2) о соучастіи.

О т д ѣ л е н і е IУ- е.

П О К У Ш Е Н І Е .

ПСИХОЛОГИЧЕСКІЯ ПРИЧИНЫ, ОБУСЛОВЛИВАЮЩІЯ СОБОЮ НЕДОВЕРШЕНІЕ НАЧАТОЙ РЕАЛИЗАЦІИ ВОЛИ.

Приступая къ ученію о покушеніи, я укажу на тѣ психологическія причины, которыя могутъ обусловливать собою недовершеніе начатой реализаціи воли. Опытъ говоритъ намъ, что предпринимаемая человѣкомъ дѣятельность не всегда доводится имъ до конца. Между обстоятельствами, отъ которыхъ можетъ зависѣть недовершеніе предположеннаго, мы различаемъ условія двоякаго рода : а) физическія и в) психическія.

Къ первой категоріи относятся : 1) встрѣчаемыя субъектомъ во время исполненія его дѣйствій внѣшнія препятствія, которыя ставятъ его въ физическую невозможность осуществить вполнѣ свою волю и 2) физическое обезсиленіе дѣйствующаго лица. Каждое произвольное движеніе, какъ учитъ физіологія, требуетъ извѣстнаго количества живой силы, извлекаемой изъ общаго запаса потенціальныхъ силъ организма. Понятно, поэтому, что истощеніе запаса такихъ силъ должно обусловливать собою пріостановку предпринятыхъ дѣйствій Между случаями, гдѣ недовершеніе начатой дѣятельности зависитъ отъ причинъ психическихъ, мы должны различать также двѣ категоріи : 1) когда у субъекта

уничтожается самая воля, которую онъ началъ осуществлять и 2) когда прекращается лишь воздѣйствіе воли на мускулы, хотя воля и остается.

Что осуществляемая воля можетъ исчезнуть ранѣе окончанія предположенныхъ актовъ - это не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію.

Такъ, прежде всего, при осуществленіи воли, возникшей подъ вліяніемъ аффекта и тотчасъ же начавшей переходить въ соотвѣтствующую дѣятельность, при осуществленіи такой воли у дѣйствующаго, какъ показываетъ опытъ, очень часто является та или другая мысль, которая мгновенно заставляетъ его"опомниться", -сознать свою безнравственность *или рискованность* выполняемаго и отказаться отъ продолженія начатой дѣятельности. Это объясняется весьма просто. Состояніе аффекта, исключающее критическое отношеніе къ волѣ, длится обыкновенно чрезвычайно краткое время; но какъ скоро оно прекращается, переходя въ простое волненіе, - разумъ, естественно, вступаетъ въ свои права.

Равнымъ образомъ, уничтоженіе воли во время ея реализаціи представляется вполнѣ возможнымъ и тамъ, гдѣ субъектъ дѣйствуетъ подъ вліяніемъ хотѣнія, которое онъ призналъ неразумнымъ и старался подавить, но безуспѣшно. Въ подобныхъ случаяхъ, при самомъ исполненіи предположеннаго, сознаніе неразумности поступка становится нерѣдко несравненно болѣе яркимъ, нежели оно было прежде до начала дѣятельности; но чѣмъ

ярче такое сознаніе, тѣмъ сильнѣе стимулъ, заставляющій насъ подавить наше хотѣніе. Вотъ почему мы и видимъ, что хотѣніе, не одобренное разумомъ, подавляется иногда лишь послѣ того, какъ субъектъ приступилъ къ его осуществленію.

Наконецъ, даже и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ выполняемая дѣятельность является результатомъ рѣшимости, т.е. хотѣнія, одобреннаго разумомъ, даже и здѣсь нельзя отрицать возможности уничтоженія воли ранѣе окончанія предположенныхъ актовъ, хотя рѣшимость и разсматривается у многихъ психологовъ обыкновенно какъ нѣчто непоколебимое. Дѣло въ томъ, что наше рѣшеніе осуществить предположенную дѣятельность далеко не всегда основывается на всестороннемъ обсужденіи ея; подвергая критической оцѣнкѣ возникшее въ насъ хотѣніе, мы нерѣдко упускаемъ изъ виду то или другое изъ невыгодныхъ послѣдствій предположеннаго поступка, имѣющее однако существенное значеніе. Но мысль о подобномъ обстоятельствѣ, очевидно, легко можетъ возникнуть у насъ въ то время, когда мы уже начали дѣйствовать, что и обусловитъ уничтоженіе рѣшимости во время ея реализаціи.

Перейдемъ къ случаямъ, гдѣ недовершеніе дѣятельности зависитъ отъ уничтоженія не самой воли, но лишь воздѣйствія ея на мускулы.

Человѣкъ, остановившійся на полдорогѣ при осу

дествленіи своей воли, говоритъ,что "у меня не хватило духу довести дѣло до конца".Подобное выраженіе мы можемъ услышать,напр., отъ субъекта,который,рѣшившись на самоубійство,уже направляетъ на себя револьверъ, но не спустилъ курка.Спрашивается,что же именно это значитъ,когда человѣкъ говоритъ, что у него"не хватило духу" довести до конца предпринятую дѣятельность? Можно ли понимать эти слова въ томъ смыслѣ,что начавшаяся осуществляться воля была уничтожена во время ея реализаціи ? Что они вовсе не имѣютъ такого значенія- это ясно само собою. Употребляя данное выраженіе,человѣкъ всегда хочетъ имъ прямо указать на то что волянего въ моментъ прекращенія дѣятельности отнюдь не была уничтожена,а лишь не имѣла болѣе власти надъ тѣлесными движеніями.На подобный же фактъ указываютъ и многія другія, употребляющіяся въ обыденной жизни, выраженія;такъ,напр.,мы нерѣдко слышимъ:"я хотѣлъ сказать то-то, но у меня языкъ не повернулся".

Итакъ,недовершеніе начатой реализаціи воли можетъ обусловливаться тѣмъ,что эта воля,продолжая существовать,перестаетъ оказывать воздѣйствіе на наши мускулы,которые и не выполняютъ требуемыхъ движеній,не смотря на употребляемыя человѣкомъ усилія.

Разсматривая подобные случаи,нельзя не прійти къ выводу,что психическимъ факторомъ,отъ котораго зависитъ здѣсь безсиліе воли, является всегда то или

другое чувствованіе, охватывающее человѣка во время исполненія предположенныхъ актовъ.

Какимъ путемъ чувствованія могутъ парализовать волевое дѣйствіе воли на мускулы, на это, какъ мнѣ думается, проливаетъ нѣкоторый свѣтъ психологическое ученіе "о волевыхъ элементахъ чувствованія".

Правда, я не раздѣляю мнѣнія проф. Владиславлева, что "въ каждомъ чувствованіи есть непремѣнно и возбужденіе воли". На мой взглядъ существуютъ, несомнѣнно, и такія чувствованія, въ которыхъ при самомъ тщательномъ анализѣ невозможно открыть никакого волевого элемента Напр., чувство грусти, тѣмъ не менѣе по отношенію къ большинству чувствованій, выставленное г. Владиславлевымъ начало является вполнѣ вѣрнымъ. Такъ, при анализѣ такихъ чувствованій, каковы любовь, дружба, гнѣвъ, ненависть, антипатія - нельзя не признать вмѣстѣ съ Владиславлевымъ, что въ положительныхъ чувствованіяхъ этой категоріи существуетъ "элементъ влеченія одного существа къ другому, въ отрицательныхъ - отвращеніе", и что элементы эти "столь тѣсно связаны съ самими чувствованіями, что если отдѣлить первые отъ вторыхъ, то совершенно исказятся состоянія сердца". "Что станется, напр., съ любовью замѣчаетъ Владиславлевъ, если изъ нея исключить влеченіе любящаго къ любимому существу, и что такое будетъ ненависть, если изъ нея изъять отвращеніе и отталкиваніе ?

Какъ бы то ни было, но безспорно, что многимъ чувствованіямъ присущъ "значительный волевой элементъ, не просто слѣдующій за чувствомъ, а входящій въ него, какъ существенная составная часть". Вотъ здѣсь -то на мой взглядъ, и слѣдуетъ искать ключъ къ объясненію того факта, что "движеніе сердца" прекращаетъ иногда вліяніе воли на тѣлесныя движенія.

Дѣйствительно, ввиду указанныхъ волевыхъ элементовъ, присущихъ большинству чувствованій, такой фактъ представляется какъ нельзя болѣе понятнымъ. Если въ данномъ чувствованіи, возникающемъ во время исполненія преднамѣренныхъ актовъ, заключается извѣстный волевой элементъ, опредѣленное стремленіе, которое влечетъ субъекта въ совершенно иную сторону, чѣмъ осуществляемая воля и при томъ не уступаетъ послѣдней въ энергіи, если въ чувствованіи, возникающемъ во время начатой дѣятельности, заключается подобный волевой элементъ, то естественно, что, благодаря такому импульсу, она парализуетъ воздѣйствіе хотѣнія на мускулы, вслѣдствіе чего предположенные акты и не доводятся до конца.

Прекращается ли въ разсматриваемыхъ случаяхъ самое возбужденіе, такъ назыв. психомоторныхъ нервовъ или же только передача его мускуламъ, - опредѣлить это я не берусь.

-.-.- -.-.-.-

I. КРИТИЧЕСКІЙ ОБЗОРЪ НОВѢЙШИХЪ УЧЕНІЙ ОТНОСИТЕЛЬНО ПОКУШЕНІЯ.

А. ОТГРАНИЧЕНІЕ ПОКУШЕНІЯ ОТЪ ДѢЙСТВІЙ ПРИГОТОВИТЕЛЬНЫХЪ.

Въ уголовно-правовой литературѣ, какъ и въ современныхъ законодательствахъ, подъ терминомъ "покушеніе" (conatus)разумѣется та стадія преступнаго умышленнаго дѣянія, которая занимаетъ среднее мѣсто между преступленіемъ оконченнымъ (delictum consummatum) и дѣйствіями приготовительными (del. praeparatum). Поэтому то опредѣленіе conatus'a и сводится у современныхъ ученыхъ къ указанію признаковъ, отличающихъ его отъ del.consummatum съ одной стороны и отъdel. praeparatum съ другой.

Разсмотримъ сначала ученіе криминалистовъ о той границѣ, которая отдѣляетъ покушеніе отъ дѣйствій приготовительныхъ. Опредѣленіе такой границы имѣетъ безспорно громадную важность не только въ теоретическомъ, но и практическомъ отношеніи: какъ въ теоріи, такъ и въ законодательствахъ дѣйствія приготовительныя приз-

наются по общему правилу не подлежащими уголовной реакціи; покушеніе же, напротивъ, считается дѣйствіемъ наказуемымъ, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ полной реализаціи умысла препятствуютъ условія внѣшнія, не зависящія отъ воли преступнаго субъекта.

По данному вопросу литература выставила множество самыхъ разнообразныхъ теорій, но всѣ онѣ могутъ-быть сведены къ тремъ главнымъ группамъ: 1) теоріи субъективныя, которыя отграничиваютъ покушеніе отъ дѣйствій приготовительныхъ на основаніи момента внутренняго, психологическаго и 2) теоріи объективныя, основывающія разграниченіе данныхъ понятій на чисто внѣшнихъ свойствахъ преступной дѣятельности, 3) теоріи соединительныя или смѣшанныя, которыя стараются примирить критерій субъективный съ объективнымъ.

Изъ первой группы теорій я ограничусь разборомъ теоріи Бауэра, которая имѣетъ весьма много послѣдователей среди нѣмецкихъ ученыхъ.

Бауэръ выставляетъ слѣдующую формулу опредѣленія покушенія: "покушеніе есть такое, умышленное направленное на извѣстный деликтъ, внѣшнее дѣйствіе, которое уже само по себѣ (an sich) позволяетъ распознать преступное намѣреніе (Absicht).

"Для распознаваемости противоположнаго умысла, продолжаетъ онъ далѣе, требуется по большей части такое дѣйствіе, которое заключаетъ въ себѣ уже начало исполненія преднамѣреннаго деликта". Но, если внести

такой признакъ въ самое понятіе покушенія, то понятіе это не будетъ исчерпывающимъ, потому что злой умыселъ можетъ быть распознаваемъ и изъ нѣкоторыхъ дѣйствій, которыя не могутъ быть разсматриваемы какъ начало исполненія. Такъ, подстреканіе еще не составляетъ начала исполненія, а между тѣмъ въ дѣятельности подстрекателя, который, напр., подговорилъ наемнаго убійцу, преступный умыселъ проявляется уже съ достаточной ясностью. То же самое имѣетъ силу и относительно заговора, приготовленія орудій для поддѣлки монеты и т.д.

Начало исполненія, конечно, всегда обнаруживаетъ преступный умыселъ, но было бы невѣрно утверждать, что всякое дѣйствіе, проявляющее умыселъ, заключаетъ въ себѣ въ то же время и начало исполненія. Напротивъ того, установленный выше признакъ, - распознаваемость злого умысла изъ существа самаго дѣйствія, - является не только исчерпывающимъ и удобнымъ для болѣе вѣрнаго и легкаго примѣненія на практикѣ, но и соотвѣтствуетъ основанію наказуемости покушенія, состоящему въ проявившейся во внѣ злой волѣ.

При дальнѣйшемъ развитіи своего взгляда Бауэръ указываетъ нѣсколько категорій дѣйствій, которыя ни при какихъ условіяхъ не могутъ проявлять злой воли и должны, слѣдовательно, всегда разсматриваться, какъ простое приготовленіе.

Онъ причисляетъ сюда : 1) разнообразныя дѣянія, подготовляющія исполненіе деликта , а 2) тѣ и другія мѣры, принимаемыя субъектомъ на случай реализаціи умысла. Къ первому разряду относятся : а) собираніе свѣдѣній о предметѣ, времени, мѣстѣ, средствѣ и т.д, в) пріобрѣтеніе и приспособленіе необходимыхъ для преступнаго дѣянія средствъ и орудій, которыя могутъ быть годны и для другого дозволеннаго употребленія; таковы : оружіе,ядъ, ключи, веревки и т.д.;с) предотвращеніе препятствій,напр., когда субъектъ удаляетъ извѣстную личность, могущую помѣшать преступленію. Что касается приготовительныхъ дѣйствій на случай реализаціи умысла,то они могутъ имѣть цѣлью или скрытіе слѣдовъ преступленія или безпрепятственное пользованіе его плодами.

На мой взглядъ теорія Бауэра должна быть отвергнута уже ввиду невозможности допустить такія дѣйствія,которыя бы сами по себѣ,т.е.независимо отъ окружающихъ условій,проявляли съ несомнѣнностью преступное намѣреніе.

Если мы возьмемъ даже такое,напр., дѣйствіе,какъ выстрѣлъ,направленный въ человѣка,то и подобный актъ взятый отдѣльно отъ обстановки, при которой онъ совершается, не можетъ быть признанъ настолько характернымъ, чтобы мы имѣли право заключить изъ него о несомнѣнномъ существованіи злого умысла. При извѣстныхъ условіяхъ, такой актъ конечно, можетъ свидѣтель

ствовать съ полной достовѣрностью о преступномъ намѣреніи: но легко представить себѣ и такую обстановку, при которой выстрѣлъ, направленный въ человѣка, еще отнюдь не доказываетъ злого умысла, напр., если подобное дѣйствіе совершается ночью близоруким охотникомъ въ такомъ мѣстѣ, гдѣ онъ легко могъ встрѣтить медвѣдя. То же самое слѣдуетъ замѣтить и относительно фактовъ, приводимыхъ въ примѣрѣ самимъ Бауэромъ. Такъ, подстреканіе вовсе не доказываетъ безусловно преступнаго намѣренія: подстрекающій можетъ имѣть, пожалуй, цѣлью лишь испытать, согласит ся ли подстрекаемый совершить данное преступленіе. Точно также и пріобрѣтеніе инструментовъ для поддѣлки ассигнацій отнюдь не имѣетъ того характера, какой приписываетъ подобной дѣятельности Бауэръ. По мѣткому замѣчанію Таганцева, легко можетъ быть, что это пріобрѣтеніе сдѣлано граверомъ, имѣвшимъ единственное намѣреніе - доказать степень своего искусства. Вообще, наше заключеніе о наличности dolus'a, злого умысла не можетъ быть основано на томъ или другомъ дѣйствіи, взятомъ отдѣльно отъ конкретныхъ условій, при такомъ выводѣ мы всегда принимаемъ въ расчетъ, кромѣ самого дѣйствія, еще и другія обстоятельства, напр., субъективныя свойства исполнителя, время, мѣсто и т.п.

Такимъ образомъ, оказывается, что руководясь этой те-

оріей, невозможно принять покушенія ни въ одномъ конкретномъ случаѣ.

2. ТЕОРІИ ОБЪЕКТИВНЫЯ.

У всѣхъ почти сторонниковъ объективнаго взгляда мы встрѣчаемъ одну и туже формулу, по которой покушеніе, въ отличіе отъ дѣйствій приготовительныхъ, предполагаетъ "начало исполненія"(commencement d'exécution.).

Но спрашивается, что именно слѣдуетъ понимать подъ даннымъ терминомъ? На этотъ вопросъ объективисты отвѣчаютъ далеко неодинаково.

По ученію Шахаріэ, начало исполненія существуетъ только тогда, когда субъектъ уже приступилъ къ акту, который можетъ быть признанъ дѣйствительною составной частью угрожаемаго въ законѣ дѣянія, когда, слѣдовательно, начато уже самое нарушеніе закона. Если же субъектъ, стремящійся къ осуществленію злого умысла, еще не началъ самаго правонарушенія, то дѣйствіе его можетъ быть разсматриваемо лишь какъ простое приготовленіе.

Спрашивается теперь, насколько состоятельно его основное положеніе, въ силу котораго признаніе дѣйствія наказуемымъ или ненаказуеммымъ должно зависѣть отъ того, содержитъ ли оно въ себѣ какой-либо изъ объективныхъ признаковъ преднамѣреннаго деликта или нѣтъ ?

На мой взглядъ ,такому обстоятельству никакъ нельзя придавать рѣшающаго значенія, Абстрактное вліяніе деликта представляетъ, безспорно,недѣлимое цѣлое; а потому наличность одного или даже нѣсколькихъ признаковъ, входящихъ въ "corpus delicti",отнюдь не можетъ вліять на юридическую оцѣнку дѣйствія,"Если въ данномъ случаѣ, справедливо замѣчаетъ Бури,недостаетъ хотя самаго ничтожнаго момента, необходимаго для объективнаго состава преступленія, то дѣятельность субъекта, со стороны внѣшней, является лишенной всякаго значенія;она не составляетъ ни цѣлаго правонарушенія, ни половины,ни, вообще,какой бы то ни было части его". Отсюда ясно, что основное положеніе разсматриваемой теоріи должно быть признано совершенно невѣрнымъ.

Невозможность принять выставленный у Цахарі э критерій раскрывается съ очевидностью и изъ тѣхъ послѣдствій, къ какимъ ведетъ его доктрина въ ея практическомъ примѣненіи.Представимъ себѣ,напр., такой случай: субъектъ задумалъ совершить убійство изъ засады, составляющее по нашему кодексу, особый квалифицированный видъ лишенія жизни; но едва онъ хотѣлъ при лечь въ кустахъ откуда намѣревался выстрѣлить въ свою жертву,какъ его схватили и онъ долженъ здѣсь былъ отказаться отъ преступнаго плана. Такъ какъ здѣсь осуществленъ, несомнѣнно,одинъ изъ признаковъ предна[м]ѣреннаго дѣянія (именно засада), то согласно

съ основной формулой Цахаріэ, слѣдуетъ вмѣнить субъекту покушеніе. Ясно, однако же, само собою, насколько несостоятеленъ подобный выводъ.

Другой ученый Бернеръ при ограниченіи дѣйствій исполненія отъ дѣйствій приготовительныхъ устанавливаетъ слѣдующія положенія :

"Прежде всего, говоритъ онъ, представляется несомнѣннымъ, что дѣйствіе, въ которомъ состоитъ самое преступленіе, а равно и всякая дѣятельность, обосновывающая составъ послѣдняго, относятся всегда къ области исполненія. Равнымъ образомъ, несомнѣнно, и то, что одно пріобрѣтеніе и приготовленіе средствъ должны быть всегда разсматриваемы лишь какъ дѣйствія приготовительныя".

Что же касается обширной области дѣйствій промежуточныхъ, имѣющихъ мѣсто между приготовленіемъ средствъ и обоснованіемъ самаго состава преступленія, то относительно этой средней области Бернеръ отказывается установить какое либо общее начало; теорія, по его мнѣнію, можетъ дать здѣсь лишь нѣкоторыя правила по отношенію къ отдѣльнымъ видамъ преступныхъ дѣяній.

Чтобы иллюстрировать эту мысль, Бернеръ останавливается между прочимъ на дѣйствіяхъ взлѣзанія и взлома. По его мнѣнію, если дѣло идетъ о субъектѣ, имѣвшемъ цѣлью совершеніе убійства или прелюбодѣянія, то указанныя дѣйствія ни въ какомъ случаѣ не должны быть разсматриваемы, какъ начало исполненія;

во -1-хъ, въ нихъ не проявляется полной преступной энергіи., во 2-хъ, мы не видимъ въ нихъ и той особой окраски, которая запечатляетъ главное дѣйствіе при означенныхъ преступленіяхъ. Напротивъ того, взлѣзаніе или взломъ, совершаемые съ цѣлью воровства, могутъ быть относимы и къ дѣйствіямъ приготовительнымъ и къ исполненію, смотря по конкретнымъ условіямъ даннаго случая.

Если подобныя дѣйствія не представляютъ никакой трудности и если притомъ совершающій ихъ субъектъ, является робкимъ новичкомъ въ дѣлѣ воровства, то они отнюдь не обнаруживаютъ полной преступной рѣшимости, а потому и должны быть признаваемы лишь простымъ приготовленіемъ; Если же взлѣзаніе или взломъ сопряжены съ большими трудностями и притомъ виновный воръ по ремеслу, то необходимо признать здѣсь - покушеніе на воровство.

Подвергнувъ затѣмъ подобному же анализу и нѣкоторыя другія промежуточныя дѣйствія, Вернеръ приходитъ къ тому выводу, что оцѣнка такихъ дѣйствій должна зависѣть вообще отъ разрѣшенія слѣдующихъ вопросовъ : 1)находится ли совершенная субъектомъ дѣятельность въ тѣсной связи съ главнымъ дѣйствіемъ ? 2)Носитъ ли она на себѣ особую окраску послѣдняго"; а 3) обнаруживается ли въ ней полная преступная энергія?

Вотъ сущность доктрины, развиваемой Вернеромъ. Остановимся прежде всего на сдѣланной этимъ уче

Юридическая библиотека. Коломенов. Лекціи Фойницкаго. Часть 2-я.

нымъ характеристикѣ тѣхъ дѣйствій, которыя безусловно относятся къ исполненію.

Между такими дѣйствіями Бернеръ, какъ указано, различаетъ двѣ категоріи: а) составляющія самое преступленіе и в) обосновывающія его составъ. Нельзя однако же не признать, что подъ послѣднюю категорію можетъ быть подведена всякая вообще, дѣятельность, которая обусловливаетъ собою осуществленіе преступнаго результата. Вполнѣ справедливо замѣчаетъ Бури, что "corpus delicti" обосновывается и простымъ приготовленіемъ средствъ, такъ какъ, если бы, напр., убійца не зарядилъ своего оружія, то онъ и не могъ бы убить своей жертвы. Такимъ образомъ, сфера дѣйствій, принадлежащихъ, по доктринѣ Бернера, безусловно къ исполненію, сливается съ первоначальной стадіей преступной дѣятельности, гдѣ Бернеръ принимаетъ столь же безусловно лишь простое приготовленіе.

Обращаемся къ ученію Бернера с тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя занимаютъ среднее мѣсто между указанными областями.

Для того, чтобы подобныя дѣйствія могли быть разсматриваемы, какъ покушеніе, Бернеръ требуетъ, какъ мы видѣли, слѣдующихъ условій: со стороны объективной - они должны находиться въ тѣсной связи съ главнымъ дѣйствіемъ и носить на себѣ свойственную ему окраску. съ субъективной же стороны-они должны проявлять полную преступную энергію.

Относительно перваго изъ этихъ условій я вполнѣ согласенъ съ Бури, что оно формулировано крайне неопредѣленно.

Я считаю указанный Бернеромъ субъективный критерій совершенно непримѣнимымъ въ области промежуточныхъ дѣйствій - и вотъ на какомъ основаніи,

Подъ терминомъ"полная преступная энергія" мы должны понимать,конечно,не что иное,какъ сумму всѣхъ психическихъ силъ,какія необходимы для преодолѣнія встрѣчающихся при реализаціи умысла препятствій.(Я имѣю здѣсь въ виду какъ неблагопріятныя внѣшнія условія,такъ и внутренніе факторы,способные уничтожить преступное хотѣніе или, по крайней мѣрѣ,парализовать его воздѣйствіе на мускулы).Но если совокупность такихъ силъ и можетъ быть констатирована при неоконченномъ деликтѣ, то развѣ въ тѣхъ лишь случаяхъ,которые разсматриваются доктриной, какъ"conatus perfectus", т.е. только тогда,когда субъектъ дѣйствительно выполнилъ всѣ предположенные акты. Гдѣ виновный не совершилъ еще всѣхъ тѣхъ дѣйствій, какія представлялись ему необходимыми для реализаціи умысла, тамъ не можетъ быть и рѣчи о проявленіи полной преступной энергіи: наличность послѣдней въ подобныхъ случаяхъ позволительно лишь предполагать съ большею или меньшею степенью вѣроятности. Очевидно, такимъ образомъ,что установленный Бернеромъ для промежуточныхъ дѣйствій субъективный критерій представляется требованіемъ,ко-

торому они ни при какихъ условіяхъ удовлетворять не могутъ.

Б, ОТГРАНИЧЕНІЕ ПОКУШЕНІЯ ОТЪ ПРЕСТУПЛЕНІЯ ОКОНЧЕННАГО.

Въ понятіе покушенія, кромѣ признака положительнаго, отличающаго его отъ дѣйствій приготовительныхъ, входитъ еще признакъ отрицательный, указывающій на ту черту, за которую покушеніе не должно переходить, чтобы не превратиться въ преступленіе оконченное, или иначе въ совершеніе (delictum consummatum).

Это послѣднее понятіе характеризуется учеными далеко неодинаково. Одни изъ нихъ даютъ опредѣленія чисто формальныя, другія же, напротивъ, пытаются опредѣлить delictum consummatum и со стороны матеріальной.

Остановимся сначала на опредѣленіяхъ первой группы.

Сюда слѣдуетъ отнести прежде всего ту формулу, по которой преступленіе оконченное, въ отличіе отъ покушенія предполагаетъ полную гармонію, безусловное равновѣсіе между внутренней и внѣшней стороной дѣянія. Въ этомъ смыслѣ высказался впервые Бернеръ.

Ко второй группѣ формулъ, къ опредѣленіямъ тѣхъ ученыхъ, которые не считаютъ возможнымъ ограничиться при характеристикѣ оконченнаго деликта одной формальной стороною дѣла, относятся опредѣленія Кестлина и Таганцева.

По теоріи Кестлина, оконченное преступленіе харак-

теризуется съ одной стороны полнымъ равновѣсіемъ между внутренней и внѣшней стороной дѣянія, а съ другой дѣйствительнымъ нарушеніемъ того права, которое составляетъ предметъ даннаго деликта.

Опредѣленіе Таганцева формулировано такъ :"Съ практической точки зрѣнія, преступленіе считается оконченнымъ, какъ скоро виновнымъ воспроизведенъ его законный составъ; а съ теоретической - какъ скоро нарушена норма въ ея реальномъ бытіи".

Таковы различныя формулы, опредѣляющія тотъ признакъ, который отличаетъ del. consummatum отъ покушенія. На мой взглядъ ни одна изъ нихъ не можетъ быть признана удовлетворительной.

По поводу первой изъ указанныхъ формулъ(Бернера), по которой del.consummatumпредполагаетъ полную гармонію между внутреннею и внѣшнею стороною дѣянія, т,е. между намѣреніемъ субъекта и дѣйствительнымъ фактомъ, по поводу такой формулы я долженъ замѣтить, что установленное ею понятіе оконченнаго преступленія является несомнѣнно слишкомъ узкимъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если требовать для совершенія del. consummatum полнаго соотвѣтствія между происшедшимъ и предположеннымъ, то придется послѣдовательно констатировать лишь покушеніе во множествѣ случаевъ, гдѣ это прямо противорѣчитъ здравому смыслу. Такъ, исходя изъ указаннаго начала, придется, напр;, утверждать, что субъектъ, который прицѣливался въ високъ, а попалъ

въ сердце своей жертвы, долженъ отвѣчать только за покушеніе на убійство, но отнюдь не за убійство оконченное. Равнымъ образомъ, держась разсматриваемой формулы, необходимо отвергнуть del. consummatum и въ томъ, напр. случаѣ, когда отравитель разсчитываетъ, что жертва его умретъ чрезъ нѣсколько часовъ, на самомъ же дѣлѣ такой результатъ наступаетъ лишь чрезъ нѣсколько дней.

Очевидно, что теорія, которая ведетъ къ подобнымъ нелѣпымъ выводамъ, не можетъ быть признана состоятельной.

Вмѣстѣ съ разсмотрѣнной характеристикой оконченнаго преступленія мы должны, очевидно, отвергнуть и формулу Кестлина, который выставляетъ, между прочимъ, то же самое несообразное требованіе.

Что касается опредѣленія Таганцева, то оно вызываетъ упрекъ уже совершенно противоположнаго свойства: данное понятіе слишкомъ расширяется Таганцевымъ на счетъ области покушенія.

Чтобы иллюстрировать мою мысль, я воспользуюсь примѣромъ, приведеннымъ у Таганцева въ его ученіи о причинной связи. "Нѣ то выстрѣлилъ въ другого съ цѣлью лишить его жизни; выстрѣлъ причинилъ лишь легкую рану, но это обстоятельство заставило раненаго остаться еще на день въ томъ городѣ, изъ котораго онъ хотѣлъ уѣхать; затѣмъ, передъ самымъ [illegible]здомъ проходя по улицѣ, это лицо было задавлено обвалившимся карнизомъ".

Въ приведенномъ примѣрѣ мы имѣемъ безспорно полное осуществленіе понятія убійства и вмѣс[illegible]

съ тѣмъ нарушеніе нормы:"не убей",Поэтому, здѣсь на лицо всѣ тѣ условія,которыя требуются въ разбираемыхъ формулахъ для del. consummatum.

Но спрашивается, не будетъ ли это просто-напросто абсурдомъ констатировать въ данномъ случаѣ оконченное убійство?Не возстаетъ ли противъ этого уже простой здравый смыслъ?

Ясно, такимъ образомъ,что формула,принимаемая многими, ведетъ къ признанію оконченнаго деликта въ такихъ комбинаціяхъ, гдѣ можетъ быть рѣчь только о покушеніи.

IV ОБЛАСТЬ ПРИМѢНЕНІЯ ПОНЯТІЯ "CONATUS".

Вслѣдъ за формулировкой отличительныхъ признаковъ покушенія,криминалисты опредѣляютъ обыкновенно границы той области,гдѣ не можетъ быть допущено примѣненіе этого понятія.При этомъ господствующая доктрина указываетъ какъ цѣлый рядъ преступленій, такъ и извѣстныя формы соучастія, гдѣ данное понятіе является безусловно непримѣнимымъ.Подобныя ограниченія основываются или на внутренней психологической сторонѣ наказуемой дѣятельности, или - же, напротивъ на ея внѣшнихъ свойствахъ.Съ точки зрѣнія субъективной,новѣйшая доктрина справедливо исключаетъ примѣненіе понятія"conatus" при той формѣ вины, которая извѣстна подъ именемъ неосторожности(culpa).При этомъ криминалисты вполнѣ основательно указываютъ на то, что данное понятіе,т е."conatus предполагаетъ необходимо наличность ум-

сла, почему о "покушеніи", неосторожности не можетъ быть и рѣчи.

Къ сожалѣнію, большинство ученыхъ, не довольствуясь ссылкой на понятіе "conatus", выводятъ указанное начало еще и изъ того якобы безспорнаго положенія, что неосторожная вина можетъ подлежать уголовной реакціи только при наличности вреднаго результата. Но такое положеніе не можетъ быть признано состоятельнымъ.

Что касается внѣшнихъ свойствъ, то большинство криминалистовъ указываетъ прежде всего на невозможность примѣнять данное понятіе при такъ называемыхъ упущеніяхъ (delicta omissionis). При этомъ утверждаютъ, что въ случаяхъ бездѣйствія, гдѣ не существуетъ полнаго состава деликта, субъектъ долженъ безусловно признаваться ненаказуемымъ. Однако такое положеніе едва-ли можетъ быть признано вѣрнымъ. На нашъ взглядъ, оно совершенно несправедливо относительно всѣхъ тѣхъ упущеній, при которыхъ понятіе деликта обнимаетъ собою кромѣ бездѣйствія еще зависящій отъ послѣдняго вредный результатъ. Возьмемъ хотя - бы такой случай: задумавъ довести своего ребенка до голодной смерти, мать въ теченіе нѣсколькихъ дней не даетъ ему пищи; ребенокъ доходитъ до полнаго истощенія, и мать считаетъ его уже умершимъ, но въ это самое время постороннія лица спасаютъ ему жизнь своимъ вмѣшательствомъ.

Нельзя не согласиться, что если законъ говоритъ лишь о такомъ бездѣйствіи, которое, дѣйствительно, прив-

ло къ желаемому результату, то въ приведенномъ случаѣ полнаго состава деликта еще не существуетъ;но можно-ли признать здѣсь виновную совершенно ненаказуемой, какъ это вытекаетъ изъ господствующей доктрины ? Развѣ въ ея бездѣйствіи не выразилось вполнѣ то преступное настроеніе,противъ котораго реагируетъ уголовный законъ?

Ясно,такимъ образомъ,что въ упущеніяхъ предполагающихъ по закону тѣ или другія вредныя послѣдствія,наказуемость вовсе не предполагаетъ необходимо наличности всѣхъ легальныхъ признаковъ преступнаго дѣянія,такъ какъ она вполнѣ возможна и при отсутствіи вреднаго результата въ corpus delicti.

Допуская покушенія лишь при деликтахъ положительнаго характера,господствующая доктрина находитъ и среди послѣднихъ такія дѣянія,которыя исключаютъ по своей внѣшней формѣ примѣненіе даннаго понятія.Сюда относятся всѣ тѣ деликты,которые совершаются посредствомъ слова,каковы,напримѣръ,словесныя обиды,богохульство,-кощунство, оскорбленіе Величества и т.д.

Не трудно видѣть,что выводы,приводимые криминалистами въ пользу исключенія такихъ дѣяній изъ области покушенія,не выдерживаютъ критики.Въ самомъ дѣлѣ,мотивируя свой взглядъ,криминалисты ссылаются на то,что намѣреніе дѣйствующаго при указанныхъ деликтахъ обнаруживается только тамъ,гдѣ преступный актъ уже вполнѣ оконченъ.Такой аргументъ представляется однако совершенно невѣрнымъ.Представимъ себѣ, что субъектъ,рѣшив-

шійся оскорбить другого, перерванъ былъ на половинѣ фразы;; развѣ намѣреніе его не можетъ ясно распознаваться изъ произнесенныхъ имъ словъ, хотя-бы сами по себѣ они и не заключали въ себѣ ничего оскорбительнаго?- Ясно, такимъ образомъ, что преступленія, совершаемыя посредствомъ слова, вовсе не представляютъ той особенности ,какая приписывается имъ криминалистами.

Въ теоріи"conatus"а входятъ еще : 1) виды покушенія, 2) наказуемость его и 3) преступныя дѣйствія съ негодными средствами надъ негоднымъ объектомъ.

С. ВИДЫ ПОКУШЕНІЯ.

По ученію современныхъ криминалистовъ,покушеніе раздѣляется на два вида: во-1-хъ, покушеніе въ тѣсномъ смыслѣ или неоконченное conatus remotus и во 2--хъ,покушеніе оконченное или иначе неудавшееся преступленіе (conatus perfectus). Покушеніе неоконченное распадается въ свою очередь на : а) добровольно оставленное и в) воспрепятствованное.

Какъ покушеніе оконченное, такъ и воспрепятствованное составляютъ,по господствующей доктринѣ,безспорно наказуемыя стадіи реализаціи преступной воли,но второе подлежитъ болѣе мягкому наказанію,чѣмъ первое.

Что же касается покушенія добровольно оставленнаго, то оно признается безусловно ненаказуемымъ.

Такимъ образомъ,отнесеніе даннаго дѣйствія къ той или другой изъ означенныхъ категорій предопредѣляетъ и его юридическую оцѣнку; поэтому,точное разграниче

ніе этихъ категорій получаетъ большую практическую важность.

Посмотримъ сначала, какъ отграничивается conatus perfectus отъ conatus remotus покушенія неоконченнаго.

На этотъ счетъ чаще всего мы встрѣчаемъ въ литературѣ такую формулу: покушеніе оконченное, въ противоположность неоконченному, предполагаетъ выполненіе всѣхъ тѣхъ дѣйствій, которыя были необходимы для воспроизведенія преступнаго результата. Всматриваясь въ такую формулу, не трудно замѣтить, что для покушенія оконченнаго въ ней требуется такое условіе, какое необходимо исключительно для совершенія(del. consummatum). Въ самомъ дѣлѣ, только при осуществленіи преступнаго результата мы можемъ сказать, что преступникомъ сдѣлано все, что требовалось для реализаціи преднамѣреннаго послѣдствія: если же результатъ почему бы то ни было не наступилъ, то о выполненіи субъектомъ всѣхъ необходимыхъ дѣйствій не можетъ быть и рѣчи. Представимъ себѣ, что нѣтко угостилъ другого отравленнымъ напиткомъ, но тотъ во время принялъ противоядіе и спасъ, такимъ образомъ, свою жизнь. Вправѣ ли мы сказать, что виновный совершилъ здѣсь все, что было нужно для осуществленія его умысла? Очевидно, нѣтъ, преступнику необходимо было въ данномъ случаѣ для достиженія результата, еще помѣшать своей жертвѣ принять противоядіе, чего однако же онъ не сдѣлалъ.

Гораздо болѣе удачной представляется мнѣ слѣдующая формула (Романьози)":conatus perfectus"въ отличіе отъ покушенія неоконченнаго существуетъ тамъ, гдѣ виновный выполнилъ всѣ тѣ дѣйствія, которыя онъ считалъ необходимыми для достиженія преступнаго результата.

Переходимъ къ господствующему ученію о тѣхъ границахъ, которыя отдѣляютъ покушеніе добровольно оставленное отъ воспрепятственнаго.

По формулѣ большинства криминалистовъ, покушеніе добровольно оставленное, въ отличіе отъ воспрепятственаго, существуетъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ преступная дѣятельность прерывается субъектомъ по его собственному свободному побужденію.

Выставляя такую формулу, ученые однако же отнюдь не хотятъ ограничить добровольно оставленное покушеніе тѣми случаями, гдѣ пріостановка дѣятельности вовсе не зависитъ ни отъ какого внѣшняго обстоятельства, напротивъ того, при анализѣ отдѣльныхъ казусовъ онъ прямо высказывается въ томъ смыслѣ, что добровольно оставленное покушеніе зависитъ отъ тѣхъ или другихъ внѣшнихъ фактовъ, лишь бы послѣдніе не опредѣляли съ необходимостью воли субъекта. Такъ, Будзинскій, приводитъ слѣдующій примѣръ :"жена приготовляетъ мужу ядъ и уже подаетъ его мужу, находящемуся въ безпамятствѣ, но вдругъ выливаетъ ядъ за окно вслѣдствіе угроженія со стороны служанки, что она донесетъ о томъ полиціи". Слѣдуя Ranter, Будзинскій находитъ вполнѣ возможнымъ

принимать здѣсь покушеніе добровольно оставленное, такъ какъ "отступленіе отъ покушенія, хотя и вызванное внѣшнимъ вліяніемъ, было свободно: несмотря на угрозу, жена все-таки могла отравить мужа".

Изложенная доктрина является совершенно несостоятельной уже въ виду того, что предполагаемые ею случаи, гдѣ пріостановка дѣянія, хотя и зависитъ отъ тѣхъ или другихъ внѣшнихъ условій, но тѣмъ не менѣе не опредѣляется ими съ необходимостью, подобные случаи съ правильной точки зрѣнія совершенно немыслимы. Въ самомъ дѣлѣ, о зависимости пріостановки дѣянія отъ извѣстнаго внѣшняго обстоятельства можетъ быть рѣчь лишь тамъ, гдѣ такое обстоятельство является однимъ изъ условій отказа субъекта отъ дальнѣйшей дѣятельности; но если вникнуть глубже въ понятіе "условіе", то нельзя не согласиться, что всякое необходимое предшествующее, взятое въ связи съ конкретными обстоятельствами, ведетъ съ необходимостью къ зависящему отъ него результату. Ясно, поэтому, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда пріостановка дѣянія зависитъ отъ того или другого внѣшняго обстоятельства, мы имѣемъ полное право разсматривать ее, какъ необходимый продуктъ даннаго внѣшняго условія. Возвращаясь къ приведенному Будзинскимъ примѣру, нельзя не признать, что если жена отказалась отъ преступнаго плана вслѣдствіе угрозы служанки, то, стало-быть, при данномъ условіи она и НЕ МОГЛА поступить иначе. Утверждать против-

ное, значитъ отвергать господство въ психическомъ мірѣ закона причинности и противорѣчитъ, такимъ образомъ, одному изъ результатовъ опытной психологіи.

Д. НАКАЗУЕМОСТЬ ПОКУШЕНІЯ.

Намъ слѣдуетъ теперь подвергнуть критикѣ существующіе въ литературѣ взгляды относительно наказуемости тѣхъ дѣйствій, которыя обнимаются понятіемъ "conatus".

Остановимся прежде всего на ученіи криминалистовъ объ "абсолютной наказуемости покушенія"-другими словами о тѣхъ основаніяхъ, на которыхъ покоится вообще уголовная отвѣтственность, какъ за покушеніе оконченное, такъ и за воспрепятствованное.

По этому вопросу мы встрѣчаемъ въ литературѣ различные взгляды.

По господствующей доктринѣ, наказуемость покушенія вытекаетъ изъ задачи государства-предупреждать нарушенія правового порядка. При этомъ, ученые обыкновенно имѣютъ въ виду какъ частное предупрежденіе преступленій (со стороны лицъ, совершившихъ уже то или другое преступное дѣяніе), такъ и общее предупрежденіе ихъ (со стороны всякаго, у кого только можетъ возникнуть злой умыселъ).

Такое начало было формулировано съ достаточной ясностью еще Фейербахомъ: "кто вступилъ на путь, говоритъ онъ, ведущій къ преступленію, тотъ рѣдко возвращается назадъ, потому что при началѣ исполненія самая рѣши-

мость получаетъ новую силу...Кто стоитъ уже одной ногой на границѣ права,тому чрезвычайно легко перешагнуть эту границу.Поэтому,если государство должно предупреждать посредствомъ уголовныхъ законовъ преступныя дѣянія,то оно должно горзить наказаніемъ,между прочимъ и за такія дѣйствія,которыя,хотя и не составляютъ собою самаго деликта,но являются или приготовленіемъ или началомъ совершенія".

По поводу этого ученія я долженъ замѣтить,что уголовная реакція,поражающая conatus,едва ли можетъ содѣйствовать общему предупрежденію преступныхъ дѣйствій Дѣло въ томъ,что субъектъ,у котораго возникъ преступный умыселъ,въ большинствѣ случаевъ вовсе не предполагаетъ остановиться на полдорогѣ,но разсчитываетъ непремѣнно осуществить вполнѣ свое намѣреніе; когда же онъ и сознаетъ,что,быть можетъ, умыселъ его не получитъ полной реализаціи,то и здѣсь уголовная кара за "conatus",едва ли можетъ создать достаточный стимулъ для подавленія преступной воли : если человѣка не удерживаетъ отъ правонарушающей дѣятельности страхъ предъ названіемъ, слѣдующимъ за delictum consummatum,то онъ и подавно не можетъ быть остановленъ страхомъ предъ уголовной карой за покушеніе,которая является во всякомъ случаѣ далеко не столь суровой.

Теперь намъ слѣдуетъ перейти къ ученію криминалистовъ объ "относительной наказуемости покушенія".

Господствующая доктрина выставляетъ на этотъ счетъ слѣдующія три начала : 1) покушеніе подлежитъ вообще меньшему наказанію, чѣмъ del. consummatum, 2) покушеніе оконченное заслуживаетъ болѣе строгой кары, чѣмъ неоконченное и 3) покушеніе добровольно оставленное безусловное не подлежитъ уголовной реакціи.

Мотивируя меньшую наказуемость покушенія сравнительно съ деликтомъ оконченнымъ, криминалисты обыкновенно выставляютъ 2 основанія : 1) о б ъ е к т и в н о е, которое одинаково относится ,какъ къ"conatus perfectus" такъ и къ покушенію неоконченному, и 2) субъективное, имѣющее силу лишь относительно второго вида покушенія, т.е. неоконченнаго.

1) Основаніе о б ъ е к т и в н о е формулируется криминалистами далеко неодинаково.Такъ,по формулѣ однихъ,оно состоитъ въ отсутствіи при покушеніи вреда или ущерба.Другіе,приводя объективное основаніе для умственной наказуемости покушенія, ссылаются просто на то,что, "conatus" никогда не заключаетъ въ себѣ всѣхъ тѣхъ признаковъ,которые образуютъ собою дѣяніе,обложенное полнымъ наказаніемъ. Наконецъ,нѣкоторые криминалисты въ доказательство того - же самаго начала,указываютъ на то, что при покушеніи не существуетъ равновѣсія между преступной волей и объективной стороной дѣянія.

Ни одну ,однако, изъ изложенныхъ формулъ нельзя считать удовлетворительной. Относительно первой надо за-

до замѣтить слѣдующее: если ограничить понятіе вреда исключительно ущербомъ имущественнымъ и страданіями физическими, то придется признать, что вредныя послѣдствія отсутствуютъ нерѣдко и при"delictum consummatum" (напр., при словесныхъ обидахъ). Если-же понимать вредъ въ болѣе широкомъ смыслѣ,относя сюда и нравственныя страданія, причиняемыя преступникомъ жертвѣ, то нельзя не согласиться, что и покушеніе можетъ быть дѣйствіемъ въ высшей степени вреднымъ.Такъ, субъектъ, стрѣляющій въ другого и дѣлающій промахъ,можетъ вызвать въ своей жертвѣ сильнѣйшее нравственное потрясеніе,вполнѣ подходящее подъ понятіе вреда въ обширномъ смыслѣ.

Остальныя формулы имѣютъ чисто формальный характеръ. Напрасно стали-бы мы искать у защитниковъ этихъ формулъ отвѣта на вопросъ почему-же именно должна быть уменьшена наказуемость при отсутствіи того или другого изъ внѣшнихъ признаковъ, входящихъ въ составъ преступленія,при недостаткѣ равновѣсія между объективной стороной дѣянія и преступной волей.

2) Основаніе с у б ъ е к т и в н о е ,относящееся исключительно къ покушенію неоконченному, формулируется обыкновенно такъ:какова бы ни была преступная дѣятельность субъекта,прерванная вслѣдствіе,внѣшнихъ препятствій, - она ни въ какомъ случаѣ не заключаетъ въ себѣ несомнѣннаго доказательства той - же самой преступной энергіи, которая объектируется въ де-

Русское Право. Архивъ. Архивъ. Архивъ

ликтѣ оконченномъ : мы никогда не можемъ быть вполнѣ увѣрены,что преступникъ довелъ -бы свою дѣятельность до конца,если бы не встрѣтилъ внѣшнихъ препятствій.Поэтому,принимая при воспрепятственномъ покушеніи наличность полной преступной энергіи,не слѣдуетъ забывать,что это не болѣе,какъ презумпція,необходимая для обоснованія наказуемости этого вида покушенія; но само собою очевидно, что тѣ случаи,гдѣ полная преступная энергія только предполагается,не могутъ быть приравнены деликтамъ оконченнымъ, при которыхъ наличность такой энергіи является фактомъ,вполнѣ достовѣрнымъ (Росси, Бауэръ, Шварце, Ламатъ, Спасовичъ,Будзинскій,Кистяковскій,Таганцевъ).

Приводя субъективное основаніе для меньшей наказуемости воспрепятствованнаго покушенія сравнительно съ delictum consummatum,криминалисты сознаются,что въ основаніе отвѣтственности за этотъ видъ покушенія полагается ими не что иное,какъ презумпція,по которой виновный довелъ - бы непремѣнно до конца свою дѣятельность, если бы не встрѣтилъ внѣшнихъ препят - ствій:

Позволительно - ли однако основывать наказуемость дѣянія на какой - бы то ни было презумпціи?Вопросъ долженъ быть безспорно рѣшенъ отрицательно , - это вытекаетъ съ логической необходимостью изъ основного начала уголовно-процессуальнаго права, въ силу котораго всякое сомнѣніе должно быть истолковано въ поль-

зу преступнаго субъекта, Исходя изъ этого начала и отвергая наказуемость покушенія добровольно оставленнаго, необходимо признать ненаказуемымъ и покушеніе воспрепятствованное, такъ какъ мы не вправѣ исключать здѣсь возможность доборовольнаго отступленія. -

Перехожу ко второму принципу, установленному криминалистами въ ученіи объ "относительной наказуемости покушенія" къ той формулѣ, по которой покушеніе воспрепятствованное подлежитъ вообще болѣе мягкому наказанію, чѣмъ "conatus perfectus".

Большинство криминалистовъ, защищающихъ такое начало, находитъ излишнимъ приводить въ его пользу какія бы то ни было доказательства. Не подлежитъ сомнѣнію, что исходнымъ пунктомъ здѣсь служитъ для нихъ тотъ же самый моментъ, характеризующій покушеніе воспрепятствованное, который составляетъ по господствующей доктринѣ субъективное основаніе для смягченія отвѣтственности за этотъ видъ conatus сравнительно съ del. consummatum. Дѣйствительно, этотъ моментъ, состоящій въ возможности добровольнаго отступленія, одинаково чуждъ какъ совершенію, такъ и покушенію оконченному, которое, со стороны субъективной, представляется вообще совершенно тождественнымъ съ del. consummatum Такимъ образомъ, въ виду даннаго субъективнаго признака воспрепятствованнаго покушенія, криминалисты должны были, естественно, смягчить его наказуемость сравнительно съ "conatus perfectus".

Другіе ученые, выставляя ту же самую формулу, ссылаются на общее начало, по которому наказуемость покушенія должна быть тѣмъ выше, чѣмъ ближе оно стоитъ къ деликту оконченному.

Въ заключеніе мнѣ остается разсмотрѣть тѣ основанія, на которыхъ покоится господствующая доктрина о ненаказуемости покушенія добровольно оставленнаго.

Въ пользу такой доктрины приводятся различные аргументы: одни изъ криминалистовъ мотивируютъ ее соображеніями уголовной политики; другіе приводятъ доказательства правового характера; наконецъ, третьи ссылаются, какъ на основанія политическія, такъ и на правовыя.

Остановимся на попыткахъ криминалистовъ вывести ненаказуемость покушенія доборовольно оставленнаго изъ основаній юридическихъ. Они указываютъ на слѣдующее. чтобы данное дѣяніе подлежало наказанію, какъ покушеніе, необходима наличность проявившейся въ немъ преступной воли; но при добровольномъ прекращеніи дѣятельности, воплотившаяся въ ней воля берется обратно, а потому первая и утрачиваетъ характеръ покушенія.

Но подобная аргументація не выдерживаетъ критики. Можно -ли, спрашивается, признать, что въ моментъ добровольнаго отступленія субъектъ беретъ обратно свою волю, воплотившуюся въ совершенныхъ имъ дѣйствіяхъ, иными словами, дѣлаетъ ее какъ бы несуществовавшей ?

Согласно съ изложенными мною въ введеніи психологи-

чесскими данными, мы должны различать между случаями добровольно оставленнаго покушенія двѣ категоріи: а) когда субъектъ не довершаетъ предположенныхъ актовъ вслѣдствіе уничтоженія самой преступной воли и в)когда недовершеніе предпринятой дѣятельности обусловливается прекращеніемъ воздѣйствія воли на мускулы.

Что въ случаяхъ второго рода о взятіи субъектомъ обратно своей воли не можетъ быть и рѣчи,-это очевидно само собою.Но то же самое необходимо признать и относительно случаевъ первой категоріи,гдѣ у виновнаго уничтожается самое преступное хотѣніе или рѣшимость.Въ самомъ дѣлѣ возникновеніе преступной воли,какъ и всякій совершившійся фактъ,никакими послѣдующими усиліями не можетъ быть стерто, сдѣлано несуществовавшимъ.Надъ прошедшимъ, вѣрно замѣчаетъ Озенбрюленъ,субъектъ не можетъ имѣть никакой власти,ибо факты неумолимы".

Если же это такъ,то добровольное отступленіе,очевидно, вовсе не можетъ уничтожить преступнаго характера совершенной дѣятельности,наперекоръ разсматриваемой доктринѣ.

Е. ПРЕСТУПНЫЯ ПРЕДПРІЯТІЯ СЪ НЕГОДНЫМИ СРЕДСТВАМИ И НАДЪ НЕГОДНЫМЪ ПРЕДМЕТОМЪ.

Юридическая оцѣнка тѣхъ комбинацій случаевъ,гдѣ преступленіе не осуществляется вслѣдствіе негодности средствъ или объекта, принадлежитъ къ наиболѣе спорнымъ пунктамъ въ теоріи покушенія.

Вопросъ этотъ выдвинутъ былъ впервые въ началѣ минувшаго столѣтія извѣстными нѣмецкими криминалистами Фейербахомъ и Титманномъ.

Приступая къ обзору господствующихъ ученій по данному предмету мы остановимся прежде всего на различныхъ взглядахъ относительно покушенія "съ негодными средствами". При раздѣленіи относящихся сюда случаевъ на двѣ категоріи : наказуемые и ненаказуемые, криминалисты основываются на различныхъ моментахъ. Одни изъ нихъ выставляютъ критерій чисто - объективнаго характера; другіе же, напротивъ, указываютъ исключительно на различіе, относящееся къ сферѣ субъективной. Отсюда двѣ группы теорій: а) объективныя и в) субъективныя.

1. Т Е О Р І И О Б Ъ Е К Т И В Н Ы Я .

Къ первому разряду ученій относится прежде всего та весьма распространенная доктрина, по которой негодныя средства раздѣляются на а) абсолютно-негодныя и в) относительно-негодныя.

Подъ именемъ "абсолютно-негодныхъ средствъ" разумѣются такія, которыя ни при какихъ условіяхъ не способны привести къ осуществленію умышленнаго деликта; напротивъ того, ко второй категоріи принадлежатъ такія средства, которыя, будучи in abstracto вполнѣ цѣлесообразными, оказываются недѣйствительными лишь благодаря тѣмъ или другимъ конкретнымъ условіямъ.

Преступныя предпріятія "съ относительно-негодными средствами" разсматриваются излагаемой доктриной, какъ наказуемое покушеніе, въ случаяхъ же, гдѣ принимаемыя субъектомъ средства абсолютно-негодны принимается полная ненаказуемость. При этомъ криминалисты обыкновенно приводятъ слѣдующіе доводы: А) Уголовная реакція можетъ имѣть мѣсто тамъ, гдѣ совершаемое субъектомъ дѣйствіе представляетъ объективную опасность, которой не существуетъ при абсолютной негодности средствъ; В) Наказуемое покушеніе предполагаетъ необходимо начало исполненія, но гдѣ исполненіе является вообще немыслимымъ, тамъ не можетъ быть и рѣчи о наличности указаннаго признака, стало быть, нельзя говорить и о началѣ исполненія.

Итакъ, съ точки зрѣнія указанной доктрины, наказуемость или ненаказуемость негоднаго покушенія зависитъ отъ того, можетъ ли употребляемое средство in abstracto привести къ преступному результату или нѣтъ ?

Но противъ этого я замѣчу прежде всего, что въ области уголовнаго права абстрактная точка зрѣнія, какъ мы имѣли уже случай указать, является совершенно недопустимой; при анализѣ преступныхъ дѣйствій криминалистъ долженъ всегда разсматривать ихъ по связи со всей конкретной обстановкой. Затѣмъ, судебная практика, строго говоря, не представляетъ намъ ни одного случая, гдѣ употребленное виновнымъ средство было бы in abstracto негоднымъ, т.е. не могло бы ни при ка-

кихъ условіяхъ привести къ осуществленію преступной цѣли. Такъ, возьмемъ случай, который чаще всего приводится въ примѣръ преступнаго предпріятія съ абсолютно негоднымъ средствами : субъектъ, задумавшій отравить другого, подмѣнилъ по ошибкѣ въ поданное ему питье вмѣсто мышьяка -сахаръ. Имѣемъ ли мы право сказать, что употребленное здѣсь средство ни при какихъ условіяхъ не можетъ вызвать преднамѣреннаго послѣдствія ?Нѣтъ, этого сказать нельзя,такъ какъ при сахарномъ мочеизмуреніи,напр., пріемъ сахара даже въ незначительномъ количествѣ можетъ повлечь за собою смерть.Или другой случай, гдѣ пускается въ ходъ средства суевѣрія:субъектъ, желая причинить своему врагу разстройство здоровья, даетъ ему выпить наговоренной воды. Тутъ мы опять не можемъ сказать вообще, что примѣняемое средство ни при какихъ условіяхъ не можетъ вызвать результата.Предположимъ,что субъектъ,которому дали наговоренной воды, отличается самъ крайнимъ суевѣріемъ и страдаетъ притомъ нервнымъ разстройствомъ ; развѣ не можетъ онъ дѣйствительно заболѣть,когда узнаетъ, что выпилъ наговоренной воды ? Такимъ образомъ, ясно, что абсолютно-негодныхъ средствъ въ томъ смыслѣ, въ какомъ употребляется этотъ терминъ разбираемымъ ученіемъ на самомъ дѣлѣ не существуетъ.

2. Т Е О Р І И О С У Б Ъ Е К Т И В И З М А .

Сторонники субъективизма, взгляда отграничивая наказуемые случаи негоднаго покушенія отъ ненаказуемыхъ,

принимаютъ за основаніе исключительно психологическую причину, отъ которой зависитъ примѣненіе нецѣлесообразныхъ средствъ.

При этомъ одни изъ [illegible] освобождаютъ наказуемость только тамъ, гдѣ употребленіе негоднаго средства объясняется крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ субъекта. Другіе же исключаютъ уголовную реакцію вообще во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ выборъ даннаго средства обусловливается совершенно неправильнымъ представленіемъ объ его свойствахъ.

Главнымъ защитникомъ первой доктрины въ русской литературѣ является Таганцевъ. Такъ какъ для покушенія не требуется, говоритъ Таганцевъ, чтобы дѣяніе, совершенное виновнымъ, непосредственно связывалось съ результатомъ, а необходимо только, чтобы входило оно въ составъ преступленія, то негодность выбранныхъ средствъ сама по себѣ не устраняетъ возможности признать данное дѣйствіе покушеніемъ; а такъ какъ съ другой стороны, по общему правилу, и понятіе умышленной вины не устраняется, хотя бы дѣйствующій и ошибочно представлялъ себѣ значеніе и порядокъ дѣйствія употребляемыхъ имъ средствъ, то негодность этихъ средствъ не исключаетъ умышленной виновности и, слѣдовательно, наказуемости".

Установивъ такое начало, Таганцевъ однако тотчасъ же дѣлаетъ оговорку, что оно не примѣняется къ преступнымъ предпріятіямъ со средствами суевѣрными.

"Съ объективной стороны, говоритъ онъ, и эти дѣянія, конечно, могутъ подойти подъ понятіе покушенія, но съ субъективной- подобная воля не можетъ сохранить эпитета злой, не заключаетъ въ себѣ такихъ условій, которые дѣлали бы ее опасной для общества и оправдывали бы примѣненіе наказанія". При этомъ Таганцевъ находитъ необходимымъ указать на то, что самое рѣшеніе вопроса о томъ, объясняется ли выборъ извѣстныхъ средствъ крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ лица, можетъ быть сдѣлано не a priori, а только при разборѣ судомъ каждаго отдѣльнаго факта".

Итакъ, отстаивая ненаказуемость покушенія съ суевѣрными средствами, Таганцевъ, какъ мы видѣли, ссылается на то, что въ подобныхъ случаяхъ "воля не можетъ сохранить эпитета злой, не заключаетъ въ себѣ такихъ условій, которыя бы сдѣлали ее опасной для общества". Но интересно было бы узнать: почему именно выборъ суевѣрныхъ средствъ исключаетъ наличность злой и опасной воли ? Если субъектъ пытается осуществить какимъ бы то ни было способомъ вредный и противозаконный результатъ напр., лишить кого нибудь жизни, то воля его, конечно, ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть названа доброю и безразличною, хотя бы онъ и выбралъ, благодаря невѣжеству или суевѣрію совершенно нелѣпыя средства. Равнымъ образомъ, несомнѣнно и то, что субъекта, избравшаго для осуществленія умысла суевѣрныя средства,

отнюдь нельзя считать неопаснымъ для общества въ будущемъ. Весьма возможно, что разъ убѣдившись собственнымъ опытомъ въ недѣйствительности сверхестественныхъ средствъ, такой субъектъ вооружится впослѣдствіи иными средствами, вполнѣ способными къ преступной цѣли.

Представителемъ другой доктрины, отвергающей наказуемость во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ субъектъ обнаруживаетъ ложный взглядъ на существо примѣняемаго средства, - является нѣмецкій ученый Варъ. По его словамъ "всеобщіе законы мышленія и наблюдаемая въ обыденной жизни причинность явленій знакомы каждому человѣку, находящемуся въ состояніи вмѣняемости. Развитіе способности ко вмѣненію и состоитъ именно въ возрастающемъ знакомствѣ съ указанными законами и причинной связью фактовъ. Способный ко вмѣненію субъектъ знаетъ, такимъ образомъ, какъ онъ долженъ дѣйствовать при посредствѣ законовъ природы. Но знакомство съ послѣдними вовсе не исключаетъ возможности ошибки относительно существованія и свойствъ отдѣльныхъ объектовъ, посредствомъ которыхъ приходится дѣйствовать. Поэтому, если такіе объекты перемѣшиваются съ дѣйствующимъ, то это происходитъ отъ недостатка знаній, но вовсе не отъ недостатка воли: въ виду этого и нельзя не признать здѣсь дѣйствительнаго нападенія на правовой порядокъ, если только объектъ преступнаго посягательства пользуется правовой

защитой. Если - же, напротивъ, субъектъ примѣняетъ такое средство, которое при конкретныхъ, извѣстныхъ ему условіяхъ, на основаніи общихъ законовъ мышленія и ежедневнаго опыта, не можетъ ни въ какомъ случаѣ вызвать предполагаемаго результата, то мы видимъ здѣсь уже недостатокъ воли. Въ подобныхъ случаяхъ не существуетъ дѣйствительнаго покушенія: "д ѣ й ствующій, можетъ - быть, х о т ѣ л ъ данныхъ послѣдствія, но не имѣетъ смѣлости х о т ѣ т ь его". Въ подтвержденіе своего взгляда Варъ ссылается, между прочимъ, на Фейербахова баварца. Что послѣдній желалъ смерти своего сосѣда это, по словамъ Вара, представляется несомнѣннымъ; но точно такъ же несомнѣнно и то, что дѣйствительной воли, направленной на убійство, у него не было, такъ какъ иначе онъ прибѣгнулъ - бы къ другимъ средствамъ.

Варъ приходитъ, такимъ образомъ, къ выводу, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо изслѣдовать, какъ представлялъ себѣ субъектъ тѣ обстоятельства, при которыхъ онъ долженъ былъ дѣйствовать. Если дѣятельность субъекта такова, что при наличности предполагаемыхъ имъ условій, она дѣйствительно можетъ на основаніи законовъ логики и ежедневнаго опыта, вести къ осуществленію преступной цѣли, то необходимо признать наказуемое покушеніе; въ противномъ случаѣ уголовная отвѣтственность не можетъ имѣть мѣста. Вотъ сущность теоріи Вара.

Отвергая наказуемость во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ

воззрѣніе субъекта на свойство употребляемаго имъ средства не соотвѣтствуетъ логикѣ и ежедневному опыту. Баръ сознается, какъ мы видѣли, на то, что при подобныхъ условіяхъ позволительно допустить въ субъектѣ лишь преступное желаніе, но отнюдь не х о т ѣ н і е , направленное на противозаконный результатъ. Ясно, однако - же, само собою, что такая аргументація далеко не согласуется съ изложенной мною во введеніе психологической доктриной относительно средства хотѣнія въ отличіе отъ желанія. По этой доктринѣ, для наличности хотѣнія необходимо только, чтобы къ волѣ, направленной на извѣстный результатъ, присоединилось стремленіе къ тѣмъ средствамъ, которыя по разсчету субъекта должны вести къ осуществленію данной цѣли. Но если это такъ, то несомнѣнно, что въ указанныхъ случаяхъ, вопреки теоріи Бара, мы имѣемъ полное право говорить о преступномъ хотѣніи. Что выборъ средствъ не соотвѣтствуетъ здѣсь логикѣ и ежедневному опыту- это обстоятельство очевидно, отнюдь не можетъ низвести существующей у субъекта воли на степень простого желанія.

2) Посмотримъ теперь, какъ рѣшается въ новѣйшей литературѣ вопросъ о другомъ видѣ негоднаго покушенія, о покушеніи надъ такимъ предметомъ, надъ которымъ умышленный деликтъ выполненъ быть не можетъ. Напр., субъектъ, рѣшившійся убить своего врага, принимаетъ за него воронье пугало и стрѣляетъ.

Обращаясь къ теоріямъ по этому вопросу, мы видимъ

что криминалисты, считающіе покушеніе надъ негоднымъ объектомъ безусловно ненаказуемымъ, мотивируютъ такой взглядъ далеко неодинаково.

Большинство изъ нихъ ссылается на аналогію покушенія даннаго вида съ такъ назыв. "мнимымъ преступленіемъ" (delictum putativum), т.е. съ тѣми случаями, гдѣ субъектъ совершая дѣяніе дозволенное, считаетъ его вслѣдствіе юридическаго заблужденія (error iuris), противозаконнымъ и наказуемымъ, напр.: тайный провозъ такихъ вещей, которыя на самомъ дѣлѣ вовсе не запрещены, но которыя субъектъ считаетъ запрещенными. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ Таганцевъ.

По поводу этого я долженъ возразить слѣдующее: между покушеніемъ надъ негоднымъ объектомъ и преступленіемъ мнимымъ существуетъ весьма важное различіе, которое нельзя игнорировать при юридической оцѣнкѣ этихъ случаевъ. Въ самомъ дѣлѣ при delictum putativum субъектъ стремится къ дѣянію, которое не заключаетъ въ себѣ ничего противозаконнаго ; если же это такъ, то здѣсь не можетъ быть и рѣчи о преступномъ намѣреніи, предполагающемъ необходимое послѣдствіе, благодаря error iuris, представляется субъекту въ разсматриваемыхъ случаяхъ противозаконнымъ, - это, очевидно, еще не даетъ намъ права констатировать наличность преступнаго умысла. Совершенно иное мы видимъ при покушеніи надъ негоднымъ объектомъ: дѣяніе, къ которому стремится здѣсь виновный имѣетъ дѣйствительно

противозаконный характеръ, почему мы и не можемъ не признать наличности преступнаго умысла; бытіе котораго, конечно, отнюдь не устраняется существующей у субъекта чисто фактической ошибкой (error facti). Ясно, такимъ образомъ, что данный видъ покушенія по своей субъективной структурѣ существенно отличается отъ iel putativum, ясно, что между этими случаями отнюдь не существуетъ той аналогіи, какую признаетъ господствующая доктрина.

Этимъ я и заканчиваю критическій обзоръ господствующихъ теорій по главнымъ пунктамъ теоріи покушенія. Теперь перехожу къ изложенію своихъ собственныхъ выводовъ по тому же вопросу и начну съ понятія покушенія.

2. ОКОНЧАТЕЛЬНЫЕ ВЫВОДЫ ПО ОСНОВНЫМЪ ВОПРОСАМЪ ТЕОРІИ ПОКУШЕНІЯ.

1 ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПОНЯТІЯ "C O N A T U S"

Понятіе покушенія слагается изъ двухъ элементовъ положительнаго и отрицательнаго. Первый изъ нихъ указываетъ на признакъ, отличающій покушеніе отъ дѣйствій приготовительныхъ, второй же обозначаетъ тотъ порогъ, за который преступное дѣяніе не должно переходить, чтобы не превратиться изъ покушенія въ преступленіе оконченное (deliotum consummatum).

Попытаемся сначала отыскать границу между покушеніемъ и дѣйствіями приготовительными.

Ясно само собою, что установить такую границу

значить въ сущности опредѣлить тотъ пунктъ, котораго должно достигнуть часто-очтенное преступное дѣяніе, чтобы мы могли признать его наказуемымъ. Но при отысканіи такого пункта слѣдуетъ, очевидно, основываться на общемъ ученіи о задачахъ карательныхъ мѣръ: только здѣсь можемъ мы найти необходимый базисъ для опредѣленія теоріи наказуемости частозначительнаго деликта.

Конечныя цѣли института наказанія, какъ мы видѣли состоятъ въ слѣдующемъ:

1) Въ устраненіи, или, по крайней мѣрѣ, въ ограниченіи частной мести (посредствомъ удовлетворенія, возбуждаемаго преступнымъ дѣйствіемъ чувства возмездія) 2) въ такъ назыв. "общемъ предупрежденіи преступленій" (осуществляемомъ уже посредствомъ уголовной угрозы) и 3) въ устраненіи опасности угрожающей обществу отъ лицъ, которыя уже совершили извѣстное преступное дѣяніе (что достигается лишь при исправительномъ характерѣ карательныхъ мѣръ)

Безспорно, всѣ эти задачи настолько важны для общественной жизни, что уже каждая изъ нихъ въ отдѣльности можетъ вполнѣ оправдать примѣненіе уголовной реакціи. Если бы мы признавали наказуемыми только такія дѣянія, которыя должны подлежать уголовной карѣ во имя всѣхъ указанныхъ цѣлей, въ ихъ совокупности, то карательныя мѣры не могли бы, напр. примѣняться ни въ одномъ изъ тѣхъ случаевъ, гдѣ обиженъ

ные и близкіе ему лица примиряются съ преступникомъ, такъ какъ частная месть не имѣетъ здѣсь мѣста и при отсутствіи наказанія.

Несомнѣнно, однако, что первыя двѣ изъ указанныхъ цѣлей карательныхъ мѣръ отнюдь не требуютъ необходимо наказуемости неоконченнаго деликта.

Дѣйствительно, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, гдѣ преднамѣренное правонарушеніе остается неосуществленнымъ, возбуждаемое преступною дѣятельностью чувство возмездія вовсе не является настолько сильнымъ, чтобы требовать во что бы то ни стало своего удовлетворенія. Нельзя поэтому не согласиться, что при неоконченномъ преступномъ дѣяніи карательныя мѣры не составляютъ вообще необходимаго средства для устраненія частной мести.

Равнымъ образомъ, принципъ наказуемости неоконченнаго деликта не можетъ быть выведенъ и изъ задачи "общаго предупрежденія преступленія" такъ какъ я уже выяснилъ выше, уголовная реакція, поражающая покушеніе, вовсе неспособна служить подобной цѣли.

Ясно, такимъ образомъ, что наказуемость неоконченнаго преступнаго дѣянія можетъ быть установлена лишь во имя устраненія опасности, угрожающей отъ его совершителя въ будущемъ.

Но если это такъ, то отысканіе момента, когда неоконченное преступное дѣяніе пріобрѣтаетъ наказуемый характеръ, сводится къ слѣдующему вопросу, какъ ли

леко долженъ зайти субъектъ при реализаціи злого умысла, чтобы на основаніи выполненныхъ имъ дѣйствій мы могли признать его опаснымъ для общества?

Не подлежитъ и спору, что объ угрожающей отъ даннаго субъекта опасности мы можемъ серьезно говорить въ тѣхъ лишь случаяхъ, гдѣ существуетъ основаніе съ несомнѣнностью утверждать, что этотъ субъектъ по своимъ психическимъ свойствамъ способенъ не только посягнуть на общественный порядокъ, но и дѣйствительно нарушить его.

Спрашивается теперь, какого же именно момента должно достигнуть преступное дѣяніе, чтобы мы имѣли право признать субъекта, несомнѣнно способнымъ на дѣйствительное нарушеніе той нормы, на которую онъ посягаетъ?

По моему мнѣнію, такого права мы не можемъ имѣть во обще ни въ одномъ изъ тѣхъ случаевъ, гдѣ субъектъ, по какимъ бы то ни было причинамъ не доканчиваетъ предпринятыхъ имъ актовъ.

Въ самомъ дѣлѣ, указанные мною психическіе факты, уничтожающіе осуществляемую волю или парализующіе ея воздѣйствіе на мускулы, - такіе факты могутъ возникать безсознательно какъ въ началѣ, такъ и въ самомъ концѣ преступной дѣятельности, въ тотъ моментъ когда субъекту остается выполнить послѣдній изъ предположенныхъ актовъ. Поэтому, какъ бы близко ни стояло неоконченное дѣяніе къ delictum consummatum, но если предпринятая дѣятельность, хотя бы и по причинамъ внѣшнимъ оста

лась недовершенной, то мы никакъ не можемъ быть увѣрены, что преступникъ непремѣнно довелъ бы ее до конца, если бы ему не воспрепятствовали данныя объективныя условія. Напротивъ, намъ вполнѣ позволительно предположить, что субъектъ быть можетъ не докончилъ бы своей дѣятельности и при отсутствіи внѣшнихъ препятствій, благодаря извѣстной перемѣнѣ въ своей психической сферѣ. Возьмемъ, напр., такой случай, человѣкъ, рѣшившійся убить своего врага, уже прицѣлился въ него, но въ этотъ моментъ его схватили за руку, и преступная дѣятельность осталась, такимъ образомъ, недоконченной. Субъекту здѣсь только и оставалось спустить курокъ, но можемъ ли мы быть увѣрены, что онъ непремѣнно выстрѣлилъ бы, если бы ему не помѣшали ? Развѣ рѣшимость его, направленная на убійство, не могла исчезнуть, благодаря тому или другому мгновенно возникшему у него представленію? Развѣ имъ не могло овладѣть извѣстное чувствованіе, способное парализовать дѣйствіе рѣшимости на мускулы ? Ясно, поэтому, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ субъектъ, хотя бы и по причинамъ внѣшнимъ, прекратилъ преступную дѣятельность раньше ея окончанія, во всѣхъ подобныхъ случаяхъ вполнѣ возможно сомнѣваться въ способности виновнаго дѣйствительно нарушить ту норму, на которую онъ посягалъ. Принимать здѣсь въ субъектѣ такую способность - значитъ строить для обоснованія уголовной отвѣтственности извѣстную презумпцію; но такой пріемъ рѣзко дисгармониру-

етъ съ тѣмъ основнымъ началомъ уголовно-процессуальнаго права, по которому всякое сомнѣніе должно быть истолковано въ благопріятномъ для преступника смыслѣ. (Признавая такое начало, уголовное право, если и можетъ устанавливать извѣстныя презумпціи, то отнюдь не во вредъ преступнымъ субъектамъ, а развѣ въ ихъ пользу, такова напр., презумпція невмѣняемости, имѣющая силу по отношенію къ малолѣтнимъ).

Итакъ, наказуемость неоконченнаго деликта, какъ такового, предполагаетъ необходимо констатированіе въ данномъ субъектѣ способности сдѣлаться дѣйствительнымъ нарушителемъ правовой нормы, признаніе же такой способности возможно только тамъ, гдѣ субъектъ доводитъ до конца предпринятую имъ преступную дѣятельность , другими словами, изъ области наказуемыхъ неоконченныхъ дѣяній, подлежащихъ уголовной реакціи въ качествѣ conatus'a, должны быть рѣшительно исключены всѣ тѣ случаи, которые разсматриваются криминалистами, какъ покушеніе неоконченное (Если преступная дѣятельность и можетъ здѣсь подлежать наказанію, то лишь какъ "delictum sui generis").

На основаніи всего изложеннаго, я прихожу къ слѣдующему результату : П о к у ш е н і е , въ отличіе отъ delictum praeparatum , предполагаетъ дѣйствительное выполненіе субъектомъ всѣхъ тѣхъ актовъ которые онъ считалъ необходимыми съ своей

стороны для реализаціи преступнаго плана.

Въ пользу такой формулы, кромѣ приведенныхъ основаній, говоритъ еще одно весьма важное соображеніе, относящееся къ области уголовной политики. Дѣло въ томъ, что, угрожая наказаніемъ за покушеніе воспрепятствованное, уголовный законъ побуждаетъ его іpso субъекта, встрѣтившаго при реализаціи злого умысла внѣшнія препятствія, стараться ихъ пре одолѣть или же возобновить свою попытку вторично; виновный здѣсь знаетъ, что, если онъ и откажется отъ преступнаго плана, то это все же не избавитъ его отъ наказанія. Я полагаю поэтому, что установленіе въ законодательствѣ защищаемаго мною принципа было бы какъ нельзя болѣе цѣлесообразнымъ; чмѣ кажется, что принципъ безнаказанности воспрепятствованнаго покушенія былъ бы болѣе плодотворнымъ, чѣмъ допущеніе его при добровольномъ отказѣ. При послѣднемъ субъектъ всегда можетъ уничтожить слѣды своей дѣятельности и, слѣдовательно, избавиться отъ наказанія даже въ томъ случаѣ, если бы этотъ видъ покушенія былъ по закону наказуемъ. Напротивъ того, если преступникъ прекращаетъ свою дѣятельность вслѣдствіе внѣшнихъ препятствій, то при наказуемости, субъекту нѣтъ никакой возможности избѣжать уголовной кары.

Покончивъ съ вопросомъ о границѣ, отдѣляющей покушеніе отъ дѣйствій приготовительныхъ, мы переходимъ къ изслѣдованію того часто отрицательнаго признака, который отличаетъ conatus отъ del consu- atum

Не подлежитъ спору, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ отсутствуетъ результатъ, требуемый легальнымъ понятіемъ преднамѣреннаго деликта, во всѣхъ подобныхъ случаяхъ принятіе совершенія (del. consummatum) является безусловно невозможнымъ. Такъ, если раненый остался живъ, то признаніе оконченнаго убійства было бы просто-на-просто абсурдомъ. Ясно, стало быть, что del. consummatum мыслимо только при наступленіи того послѣдствія, какое необходимо по закону для бытія даннаго деликта.

Теперь рождается вопросъ, нельзя ли сказать и наоборотъ, что при наличности обусловленнаго виновнымъ преступнаго результата, мы можемъ принимать только del. consummatum ? Вопросъ этотъ долженъ быть рѣшенъ отрицательно, ибо существуетъ масса комбинацій, гдѣ не смотря на наличность вреднаго результата, признаніе деликта оконченнаго представляется положительно немыслимымъ. Я имѣю здѣсь въ виду двѣ группы случаевъ: въ 1-хъ, когда жертвой преступленія становится другое лицо, чѣмъ какоебыло намѣчено преступникомъ и во 2-хъ, когда преступный результатъ осуществляется хотя и на томъ же лицѣ, но совершенно инымъ путемъ, чѣмъ какъ предполагалъ виновный. Такъ какъ первая группа случаевъ была разсмотрѣна мною въ ученіи о формахъ, то я остановлюсь здѣсь только на комбинаціяхъ второй группы.

Между комбинаціями второй группы мы должны разли-

чать слѣдующія два случая: а) когда дѣятельность субъекта приводитъ къ предна[м]ѣренному результату, благодаря совершенно непредвидѣннымъ постороннимъ факторамъ ; в) когда дѣйствіе, которымъ субъектъ надѣется непосредственно осуществить результатъ, не достигаетъ своей цѣли, но преступное послѣдствіе все-таки осуществляется, благодаря дальнѣйшей дѣятельности виновнаго, предпринятой имъ уже совершенно въ иныхъ видахъ, напр., для скрытія слѣдовъ преступленія и пр. (Эти послѣдніе случаи извѣстны подъ именемъ "dolus generalis".

Остановимся сначала на комбинаціяхъ перваго рода.

Представимъ себѣ, напр., такой случай: А, съ намѣреніемъ убить В, стрѣляетъ въ него, но даетъ промахъ; обезумѣвъ отъ страха, ничего не видя предъ собою, В пускается бѣжать и попадаетъ въ прорубь, гдѣ и гибнетъ. Спрашивается, какъ слѣдуетъ опредѣлить при подобныхъ условіяхъ отвѣтственность виновнаго ?

При анализѣ предполагаемыхъ случаевъ мы не можемъ не признать здѣсь наличности всѣхъ тѣхъ фактовъ, которые требуются закономъ для бытія преднамѣреннаго деликта. Такъ, въ только что приведенномъ примѣр , гдѣ субъектъ, вознамѣрившись убить другого, дѣйствительно обусловливаетъ своею злоумышленною дѣятельностью лишеніе жизни въ такомъ примѣрѣ, несомнѣнно имѣются на лицо всѣ легальные признаки убійства. Не смотря, однако же на это, ни одинъ изъ современныхъ криминалистовъ не рѣшается признавать при данныхъ условіяхъ del conseq

matum .такъ какъ вмѣненіе наступившаго результата было бы здѣсь по меньшей мѣрѣ страннымъ.

Къ сожалѣнію, господствующая доктрина, принимая въ разсматриваемыхъ случаяхъ лишь conatus,приводитъ въ пользу такого взгляда совершенно неосновательные доводы.Именно, большинство криминалистовъ утверждаютъ, будто въ этихъ случаяхъ между дѣятельностью субъекта и противозаконнымъ результатомъ не существуетъ той объективной связи, какая необходима для вмѣненія противозаконнаго послѣдствія.Они основываются при Этомъ на господствующихъ теоріяхъ причинности, по которымъ преступная дѣятельность,чтобы обосновывать отвѣтственность за результатъ, должна представлять нѣчто большее, чѣмъ простое условіе послѣдняго;но мы,уже видѣли, что ни одна изъ этихъ теорій не можетъ быть признана состоятельной. Вообще,съ правильной точки зрѣнія,для вмѣненія вусбъекту даннаго результата можно требовать со стороны объективной лишь одного,чтобы дѣйствіе виновнаго представлялось однимъ изъ факторовъ осуществившагося послѣдствія въ его конкретномъ видѣ. Поэтому, если мы находимъ, что, при устраненіи дѣйствія изъ суммы предшествующихъ, преступный результатъ или вовсе не наступилъ бы или по крайней мѣрѣ,осуществился бы инымъ путемъ, то вмѣненіе послѣдствія со стороны объективной является вполнѣ обоснованнымъ.Ясно, однако же, само собою, что подобно связи между злоумышленной дѣятельностью и противозаконнымъ результа-

томъ нельзя отвергать и въ разсматриваемыхъ комбинаціяхъ. Такъ, въ приведенномъ примѣрѣ погибель В обусловливается несомнѣнно выстрѣломъ А. Но, если это такъ, то при отрицаніи въ обсуждаемыхъ случаяхъ уголовной отвѣтственности за осуществившійся результатъ невозможно ссылаться на то, будто послѣдній не находится здѣсь съ преступной дѣятельностью въ необходимой для вмѣненія объективной связи.

Гораздо вѣрнѣе смотрятъ на дѣло тѣ ученые, которые, признавая при данныхъ условіяхъ лишь покушеніе, основываются на томъ, что конкретное послѣдствіе далеко не совпадаетъ здѣсь съ намѣреніемъ субъекта. Дѣйствительно, во всѣхъ тѣхъ комбинаціяхъ, гдѣ преднамѣренный результатъ наступаетъ лишь благодаря такому сцѣпленію обстоятельствъ, какое вовсе не входило въ разсчетъ виновнаго, во всѣхъ подобныхъ комбинаціяхъ, по вѣрному замѣчанію Бури, осуществляющееся in concreto послѣдствіе отнюдь не можетъ быть разсматриваемо какъ тотъ самый результатъ, какого хотѣлъ преступникъ, почему о преступленіи оконченномъ здѣсь не можетъ быть и рѣчи. Такимъ образомъ, необходимость принимать въ разбираемыхъ случаяхъ лишь conatus , а не del. consummatumвытекаетъ просто — на -просто изъ того обстоятельства, что между дѣятельностью субъекта и противозаконнымъ послѣдствіемъ лежатъ здѣсь такіе посторонніе факторы, которыхъ виновный вовсе не предполагалъ. Присоединяясь къ той доктринѣ, которая считаетъ пред-

видѣніе промежуточныхъ факторовъ необходимымъ условіемъ для вмѣненія противозаконнаго результата,присоединяясь къ такой доктринѣ, я однако же отнюдь не думаю утверждать, чтобы отвѣтственность за наступившее послѣдствіе имѣла мѣсто лишь тамъ,гдѣ конкретныя условія его осуществленія предусматриваются субъектомъ во всѣхъ ихъ подробностяхъ. Подобное положеніе могло бы быть выставлено развѣ лишь сторонникомъ той теоріи по которой del. consummatum въ отличіе отъ покушенія, предполагаетъ полную гармонію между внутренней и внѣшней стороной дѣянія;но такая теорія, какъ я указывалъ выше, является совершенно несостоятельной. Ясно потому, что требованіе соотвѣтствія между намѣреніемъ субъекта и промежуточными факторами не можетъ имѣть у меня указаннаго смысла. Принимая такое требованіе, я ограничиваю его тѣми же самыми предѣлами,какіе установлены проф. Сергѣевскимъ въ его прекрасной монографіи "О значеніи причинной связи". Сущность его доктрины, различающей два вида промежуточныхъ силъ :"совпадающія" и"привступающія", уже изложена въ ученіи о причинной связи.

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію тѣхъ случаевъ, когда дѣятельность,которою субъектъ разсчитываетъ непосредственно достигнуть преступнаго результата, не достигаетъ своей цѣли, но послѣдствіе все-таки наступаетъ, благодаря другимъ актамъ виновнаго,предпринятымъ уже съ какимъ либо инымъ намѣреніемъ.

Чтобы иллюстрировать возможность подобныхъ случаевъ, обозначаемыхъ обыкновенно терминомъ "dolus generalis",я воспользуюсь слѣдующимъ примѣромъ, приведеннымъ въ "Архивѣ прусскаго уголовнаго права" Гольтдаммера, за 1879 годъ.

Однажды,усмотрѣнъ былъ въ Шлезвигѣ, въ неглубокомъ ручьѣ,трупъ мужчины, голова котораго погружена была въ воду,спина же и колѣна были внѣ воды.При изслѣдованіи трупа на головѣ оказалось пять ранъ,нанесенныхъ тупымъ орудіемъ; три изъ нихъ проникали до самыхъ костей черепа; дыхательныя вѣтви и желудокъ содержали въ себѣ значительное количество воды и пѣны; въ мозгу же былъ констатированъ сильный приливъ крови. Экспертиза привела къ тому выводу,что смерть послѣдовала не отъ ранъ, но отъ апоплексическаго удара, который былъ вызванъ погруженіемъ головы въ воду,обусловившимъ замкнутіе дыхательныхъ путей.Подозрѣніе въ убійствѣ пало на нѣкоего Кранца, который вскорѣ и сознался,что онъ умышленно лишилъ жизни Лимберга въ то время, когда тотъ спалъ на берегу рѣки,убійство совершено было по словамъ виновнаго,рукояткою палки, найденной на мѣстѣ преступленія съ явными слѣдами крови. Къ этому преступникъ прибавилъ, что Л, получивши ударъ, моментально скатился внизъ, но попалъ на сухое мѣсто, откуда былъ перетащенъ въ ручей самимъ К, предполагавшимъ, что жертва его была уже мертва.

Не трудно убѣдиться, что при "dolus generalis" какъ и въ случаяхъ, только что нами разобранныхъ, принятіе деликта оконченнаго представляется совершенно невозможнымъ.

Правда, есть немало ученыхъ, которые держатся противоположнаго взгляда, но ихъ аргументы не выдерживаютъ критики.

Такъ, одни, признавая при данныхъ условіяхъ умышленное оконченное преступленіе, ссылаются на то, что при "dolus generalis", ввиду тѣсной связи между отдѣльными дѣйствіями виновнаго, слѣдуетъ принимать общее намѣреніе, охватывающее какъ первоначальный преступный актъ, такъ и послѣдующую дѣятельность, которая непосредственно приводитъ къ преднамѣренному результату.

Ясно, однако-же, что такая доктрина устанавливаетъ предположеніе, которое прямо противорѣчитъ дѣйствительнымъ условіямъ разбираемыхъ случаевъ. Если субъектъ, предпринимая второе дѣйствіе, полагаетъ, что преступный результатъ осуществился, то онъ, очевидно, не можетъ уже болѣе имѣть намѣренія, направленнаго на реализацію этого результата.

Такимъ образомъ, изложенная доктрина рѣшаетъ вопросъ на основаніи чистѣйшей фикціи. Но можно-ли чѣмъ либо оправдать подобный пріемъ ? Не находится ли онъ въ явномъ противорѣчіи съ общимъ духомъ современнаго уголовнаго права ? - Съ правильной точки

зрѣнія несомнѣнно уголовно-правовая оцѣнка можетъ по-
коится лишь на анализѣ его элементовъ, какъ они суще-
ствуютъ въ дѣйствительности.

Другіе криминалисты, мотивируя то - же самое на-
ло, указываютъ на то, что dolus generalis", первона-
чальная дѣятельность субъекта, хотя и не воспроизво-
дитъ непосредственнаго преступнаго результата, но
является тѣмъ не менѣе его необходимымъ предшествую-
щимъ; почему виновный и долженъ отвѣчать за наступив-
шее послѣдствіе и притомъ, какъ за умышленное.

Въ этомъ смыслѣ высказался еще Штюбель въ его
"Thatbestand". Онъ разсматриваетъ здѣсь, между прочимъ
слѣдующій случай, обсуждавшійся въ Вюртембергскомъ
Юридич. Факультетѣ. Нѣкто обвинялся въ томъ, что на-
несъ женѣ cum animo accidendi ударъ, и считая ее
мертвой, повѣсилъ ее на дерево съ цѣлью симулировать
самоубійство: эксперты - же констатировали, что она
умерла отъ повѣшенія. Признавая здѣсь "delictum con
summatum", Штюбель разсуждаетъ такъ: если бы винов-
ный не нанесъ своей женѣ удара, который лишилъ ее
чувствъ, то она не была - бы повѣшена и сохранила -
бы жизнь; поэтому нанесенный ей ударъ, является од-
ной изъ причинъ ея смерти, и виновный долженъ под-
лежать отвѣтственности за умышленное оконченное
убійство.

Такая аргументація представляется мнѣ однако не
убѣдительной. Конечно, самый фактъ, на которомъ она

основывается, не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію. Что направленная на преступный результатъ дѣятельность составляетъ въ разбираемомъ случаѣ одно изъ условій его осуществленія - этого, понятно, никто отрицать не будетъ. Но дѣло въ томъ, что наличность подобнаго факта еще вовсе не даетъ намъ права констатировать "delictum consummatum", иначе слѣдовало - бы прійти къ тому - же выводу и относительно комбинацій, разсмотрѣнныхъ нами выше, чего однако - же, не дѣлаетъ ни одинъ изъ современныхъ ученыхъ.

При вѣрномъ взглядѣ на дѣло, принятіе въ разсматриваемыхъ случаяхъ деликта оконченаго является совершенно недоступнымъ и притомъ въ силу тѣхъ же самыхъ соображеній, какъ и тамъ, гдѣ преступная дѣятельность приводитъ къ результату, благодаря непредвидѣннымъ посторонннимъ факторамъ. Въ самомъ дѣлѣ, если дѣйствіе лица, направленное на непосредственное осуществленіе результата, въ дѣйствительности привело къ нему лишь чрезъ посредство другого акта, предпринятаго виновнымъ уже съ иною цѣлью, то мы, очевидно, можемъ съ полнымъ правомъ сказать, что конкретный результатъ настолько же противорѣчитъ здѣсь предположеніямъ преступника, какъ и въ случаяхъ реализаціи послѣдствія, благодаря совершенно неожиданному сцѣпленію внѣшнихъ обстоятельствъ. Ясно, такимъ образомъ, что при "dolus generalis" существуетъ то же самое препятствіе къ признанію оконченаго деликта, какъ и въ комбинаціяхъ послѣдней категории

горіи.

Невозможность принимать въ разсматриваемыхъ случаяхъ del.consummatum признается и многими изъ нѣмецкихъ ученыхъ,какъ напр., Миттермейеромъ, Кестлиномъ, Гельшнеромъ и др. Въ ученіи этихъ криминалистовъ я усматриваю лишь одну ошибку. Именно, отвергая при "dolus generalis "наличность умышленнаго оконченнаго преступленія, они находятъ,однако же, при извѣстныхъ условіяхъ вполнѣ возможнымъ вмѣнять здѣсь наступившее послѣдствіе,, какъ culpa .Но противъ этого слѣдуетъ замѣтить слѣдующее: во всѣхъ разбираемыхъ случаяхъ при совершеніи втсрого акта, непосредственно ведущаго къ преступному послѣдствію, у субъекта существуетъ увѣренность,что вредное послѣдствіе уже наступило; если же это такъ, то осуществившійся результатъ, очевидно, можетъ быть разсматриваемъ лишь, какъ casus : ни" luxuria", ни" negligentia" не имѣютъ здѣсь мѣста.Ясно поэтому, что при"dolus generalis", мы никогда не можемъ констатировать наряду съ покушеніемъ еще неосторожность,наперекоръ доктринѣ указанныхъ криминалистовъ.На основаніи этого здѣсь слѣдуетъ принимать покушеніе,но отнюдь не del. consummatum

Въ виду этихъ комбинацій,граница между покушеніемъ и деликтомъ оконченнымъ должна быть опредѣлена слѣдующимъ образомъ : conatus въ отличіе отъ del. consummatum предполагаетъ или отсутствіе противозаконнаго результата,или, по крайней мѣрѣ, осуществленіе послѣд-

няго инымъ путемъ или на иномъ лицѣ, чѣмъ какое намѣтилъ преступникъ.

Послѣ всего изложеннаго, мы уже можемъ установить и полное опредѣленіе разсматриваемаго понятія, Соединяя только что сдѣланный нами выводъ съ результатомъ предыдущаго изслѣдованія относительно границы ,отдѣляющей conatus отъ дѣйствій приготовительныхъ, мы получаемъ такую формулу :

«ПОКУШЕНІЕ СУЩЕСТВУЕТЪ ВО ВСѢХЪ ТѢХЪ СЛУЧАЯХЪ, ГДѢ ХОТЯ СУБЪЕКТЪ И ВЫПОЛНИЛЪ ВСѢ ПРЕДПОЛОЖЕННЫЕ ИМЪ АКТЫ ПО ПРЕДНАМѢРЕННЫЙ ПРЕСТУПНЫЙ РЕЗУЛЬТАТЪ ИЛИ ВОВСЕ НЕ ОСУЩЕСТВЛЯЕТСЯ, ИЛИ ЖЕ, ПО КРАЙНЕЙ МѢРѢ, ВОСПРОИЗВОДИТСЯ ИНЫМЪ ПУТЕМЪ ИЛИ НА ИНОМЪ ЛИЦѢ, ЧѢМЪ КАКОЕ ПРЕДПОЛАГАЛОСЬ ВИНОВНЫМЪ.

II ДЕЛИКТЫ. НЕ ДОПУСКАЮЩІЕ ПРИМѢНЕНІЯ ПОНЯТІЯ - CONATUS.

Опредѣливши понятіе "conatus", мы должны теперь изслѣдовать, въ какой именно сферѣ оно можетъ имѣть примѣненіе.

Прежде всего несомнѣнно, что данное понятіе совер шенно непримѣнимо въ области винъ неосторожной (culpa) Принимать"неосторожное покушеніе- значило бы противорѣчить одному изъ самыхъ элементарныхъ требованій логики, такъ какъ подобное выраженіе представляетъ,очевидно, con tradictio in ad jecto(внутр; прот.).

Такимъ образомъ, согласно съ господствующей доктриной, мы должны признать, что conatus можетъ

имѣть мѣсто только при деликтахъ умышленныхъ.

Посмотримъ теперь, какіе деликты по своей внѣшней структурѣ не допускаютъ примѣненія понятія "conatus".

Прежде всего сюда относятся безусловно всѣ преступленія упущенія (delicta omissionis),т.е. всѣ тѣ преступныя дѣянія,которыя нарушаютъ нормы повелительныя,несомнѣнно,что покушеніе мыслимо только въ преступленіяхъ, совершаемыхъ посредствомъ дѣятельности положительной; преступное же упущеніе совершается всегда посредствомъ бездѣйствія.

Теперь возникаетъ вопросъ:не существуетъ ли и среди деликтовъ положительнаго характера такихъ преступленій,при которыхъ данное понятіе является непримѣнимымъ въ виду тѣхъ или другихъ объективныхъ свойствъ преступнаго дѣянія ?

По установленной мной формулѣ,для бытія покушенія требуется съ одной стороны выполненіе субъектомъ всѣхъ предположенныхъ актовъ,а съ другой - отсутствіе преступнаго результата или, по крайней мѣрѣ, осуществленіе его другимъ путемъ,или же на иномъ лицѣ,чѣмъ такое имѣлъ въ виду преступникъ. Ясно, однако же, само собою,что подобные случаи могутъ имѣть мѣсто лишь при тѣхъ изъ положительныхъ деликтовъ,которые принадлежатъ къ разряду преступленій матеріальныхъ, т.е. прод

полагающихъ по закону наличность извѣстнаго вреднаго послѣдствія. Въ преступленіяхъ же формальныхъ легальное понятіе которыхъ не требуетъ наступленія какого бы то ни было вреднаго результата, между областью дѣйствій приготовительныхъ и del. consummatum, нѣтъ ничего посредствующаго : del. praeparatum непосредственно переходитъ здѣсь въ преступленіе оконченное.

На основаніи всего изложеннаго, изъ сферы примѣненія понятія " conatus" исключаются слѣдующіе деликты: во 1-хъ, всѣ преступленія неумышленныя, во 2-хъ, всѣ преступныя упущенія и въ 3-хъ, всѣ тѣ преступныя содѣйствія, которыя относятся къ категоріи деликтовъ формальныхъ.

Перехожу теперь къ вопросу о наказуемости покушенія и объ его видахъ.

III. НАКАЗУЕМОСТЬ И ВИДЫ ПОКУШЕНІЯ.

На какомъ основаніи conatus подлежитъ вообще уголовной реакціи, это было уже указано мною при отграниченіи отъ дѣйствій приготовительныхъ.

Согласно съ вышеизложеннымъ, наказуемость покушенія мотивируется слѣдующимъ образомъ :

Субъектъ, совершившій conatus , является несомнѣнно способнымъ на нарушеніе извѣстной юридической нормы и представляетъ, слѣдовательно, серьезную опасность для правового порядка. Чтобы оградить общество отъ рецидива со стороны подобнаго субъекта, государство должно попытаться исправить послѣдняго; но при

этомъ невозможно обойтись безъ тѣхъ или другихъ принудительныхъ мѣръ, имѣющихъ характеръ уголовной репрессіи.

Таковы, на мой взглядъ, истинныя основанія, на которыхъ покоится наказуемость" conatus'a".

Переходя затѣмъ къ"относительной наказуемости покушенія"мы должны разрѣшить два вопроса: а) подлежитъ ли и conatus одинаковому наказанію съ деликтомъ оконченнымъ или же наказуемость должна быть уменьшена? и б) не слѣдуетъ ли разграничивать, съ точки зрѣнія наказуемости, нѣсколько различныхъ видовъ покушенія?

Что conatus требуетъ вообще несравненно болѣе легкаго наказанія, чѣмъ del. consummatum - это должно быть признано безспорнымъ.

Устанавливая карательныя мѣры за дѣйствительныя нарушенія правового порядка, государство, какъ мы видѣли, на ряду съ предупрежденіемъ рецидива преслѣдуетъ еще и другія задачи, а именно: 1) такъ наз. Общее предупрежденіе преступныхъ дѣяній и 2) устраненіе частной мести, что достигается посредствомъ удовлетворенія вызываемаго деликтомъ чувства возмездія. Понятно, однако же само собою, что успѣшное достиженіе указанныхъ цѣлей причиняетъ ему достаточное количество страданій. При слабости уголовной репрессіи угроза наказаніемъ не имѣетъ необходимой, устрашающей силы; чувство же возмездія, не получая удовлетворенія со стороны государства, проявляется въ формѣ частной расправы съ наруши

тоями общественнаго порядка

Иное дѣло - карательныя мѣры, примѣняемыя къ виновному въ покушеніи. Какъ я говорилъ уже, уголовная реакція имѣетъ здѣсь своей единственной задачей - предупрежденіе рецидива, достигаемое посредствомъ нравственнаго перевоспитанія преступника. Но осуществленіе подобной цѣли вовсе не находится въ зависимости отъ опредѣленнаго количества страданій причиняемыхъ виновному посредствомъ уголовной кары ; можно даже, пожалуй, сказать, что, напротивъ, указанная задача достигается всего успѣшнѣе при наиболѣе мягкихъ карательныхъ мѣрахъ.

Ясно, такимъ образомъ, что наказаніе, налагаемое за " conatus" должно быть вообще несравненно легче уголовной кары за" del. consummatum. . Не могу къ этому не прибавить, что для виновныхъ въ покушеніи всего цѣлесообразнѣе было бы устроить особыя исправительныя заведенія съ чисто-семейнымъ режимомъ въ родѣ тѣхъ, какія существуютъ для преступниковъ малолѣтнихъ .(Я имѣю въ виду ремесленные пріюты и земледѣльческія колоніи - въ особенности послѣднія, о которыхъ я буду говорить подробнѣе въ ученіи о наказаніи). Нравственное перевоспитаніе преступныхъ субъектовъ достигалось бы въ подобныхъ заведеніяхъ, несомнѣнно, съ гораздо большимъ успѣхомъ, чѣмъ въ тюрьмѣ, какова бы ни была ея организація.

Обращаясь теперь къ вопросу о раздѣленіи conatus'a

на извѣстные различные по наказуемости, виды:

При моемъ взглядѣ на тѣ условія, которыя необходимы для бытія conatus'a, вообще, я, естественно, должен отвергнуть общепринятое раздѣленіе покушенія на оконченное (conatus perfectus) и неоконченное(conatus remotus.) Дѣйствительно, если покушеніе согласно установленной мною формулѣ, существуетъ только тамъ, гдѣ субъектъ доводитъ до конца предположенную имъ дѣятельность, то очевидно, что всѣ тѣ случаи, которые разсматриваются господствующей доктриной, какъ покушеніе неоконченное"conatus remotus", отходятъ, съ моей точки зрѣнія въ область дѣйствій приготовительныхъ, не подлежащихъ уголовной реакціи.

Тѣмъ не менѣе и я признаю возможнымъ разграничить два вида покушенія съ различною наказуемостью. Дѣло вотъ въ чемъ : разсматривая тѣ случаи, гдѣ виновный хотя и воспроизводитъ всѣ предположенные имъ акты, но не осуществляетъ противозаконнаго результата, мы видимъ, что причина тому бываетъ двоякаго рода : она заключается или въ условіяхъ, независящихъ отъ воли преступника или же въ его собственной дѣятельности, предпринятой имъ именно съ тѣмъ, чтобы отклонить вредное послѣдствіе Случай послѣдняго рода, несомѣнно, долженъ наиболѣе часто повторяться тамъ, гдѣ субъектъ выполняетъ преступную дѣятельность подъ вліяніемъ сильнаго душевнаго волненія (аффекта), другими словами- гдѣ преступное хотѣніе не подвергается критической оцѣнкѣ разума. Аф-

фектированное состояніе, какъ я уже имѣлъ случай замѣтить, исчезаетъ въ здоровомъ человѣкѣ вообще очень быстро, особенно, если оно проявляется въ тѣхъ или другихъ дѣйствіяхъ, которыя всегда способствуютъ развитію аффекта. Неудивительно поэтому что съ окончаніемъ преступной дѣятельности нерѣдко проходитъ и вызвавшее ее аффектированное состояніе. При этомъ виновный обыкновенно тотчасъ же раскаивается въ своемъ поступкѣ и принимаетъ мѣры къ предотвращенію противозаконнаго результата, если только находитъ это возможнымъ. Было бы однако же, ошибочно думать, что усилія преступника отклонить правонарушающее послѣдствіе могутъ имѣть мѣсто только тамъ, гдѣ виновный дѣйствуетъ подъ вліяніемъ аффекта. Напротивъ, иногда мы видимъ то же самое и въ тѣхъ случаяхъ, когда преступной дѣятельности предшествуетъ процессъ обдумыванія. Старанія предотвратить результатъ вполнѣ возможны даже со стороны субъекта, который выполнилъ преступную дѣятельность подъ вліяніемъ рѣшимости, т.е. хотѣнія, одобреннаго его разумомъ. Вѣдь и рѣшимость, какъ я уже указалъ вамъ при изслѣдованіи волевого процесса, не представляетъ воли непоколебимой. Такимъ образомъ, нѣтъ ничего мудренаго, если, по окончаніи предположенныхъ актовъ, у субъекта возникаетъ новая мысль, подъ вліяніемъ которой онъ убѣждается въ невѣрности сдѣланнаго имъ разсчета, что и влечетъ за собою попытку устранить преднамѣренное послѣдствіе.

Какъ бы то ни было, не подлежитъ спору, что, если преступникъ самъ предотвратилъ вредный результатъ, то онъ не можетъ быть поставленъ на одну доску съ тѣмъ, кто не осуществилъ преднамѣреннаго послѣдствія лишь благодаря внѣшнимъ, не зависѣвшимъ отъ его воли условіямъ.

Правда, отклоненіе послѣдствія самимъ преступникомъ еще не обосновываетъ для послѣдняго полной ненаказуемости. Разъ субъектъ довелъ до конца свою преступную дѣятельность, онъ представляетъ несомнѣнно, серьезную опасность для общественнаго порядка, хотя бы нарушеніе и было устранено имъ же самимъ. Но, съ другой стороны, нельзя не признать, что виновный предотвращающій собственными усиліями преступный результатъ, является далеко не настолько деморализованнымъ, какъ тотъ, кто не достигъ преступнаго послѣдствія, лишь по независѣвшимъ отъ его воли внѣшнимъ условіямъ. Въ виду этого, наказуемость перваго, безспорно должна быть значительно меньше. Если уголовная реакція, поражающая покушеніе, имѣетъ своею исключительною цѣлью перевоспитаніе преступника, то, очевидно, что опредѣленіи мѣры наказуемости здѣсь все должно зависѣть отъ степени обнаруженной виновнымъ демо-ралиэаціи

Мнѣ остается теперь сдѣлать лишь нѣсколько замѣчаній о преступныхъ предпріятіяхъ, не увѣнчавшихся по негодности средства или предмета.

IV ПРЕСТУПНЫЯ ПОНЯТКИ СЪ НЕГОДНЫМИ СРЕДСТВАМИ И НАДЪ НЕГОДНЫМЪ ПРЕДМЕТОМЪ.

Остановимся сначала на вопросѣ: можетъ ли имѣть какое нибудь вліяніе на юридическую оцѣнку покушенія негодность употребленныхъ виновнымъ средствъ ?

Что на такой вопросъ слѣдуетъ отвѣтить отрицательно, это, полагаю, уже достаточно выяснено мной при разборѣ выставленныхъ въ литературѣ по данному предмету теорій.

Дѣйствительно, между преступнымъ предпріятіемъ съ негодными средствами и обыкновеннымъ случаемъ покушенія, conatus'a, невозможно установить никакого существеннаго различія, которое оправдывало бы примѣненіе къ первому иного начала, чѣмъ какое имѣетъ силу относительно послѣднихъ.

Такъ прежде всего, въ нормальныхъ случаяхъ conatus'a дѣятельность преступника отнюдь не имѣетъ большаго объективнаго значенія, чѣмъ при покушеніи съ негодными средствами.

Какъ бы ни было цѣлесообразно употребленное виновнымъ средство, но разъ преступный результатъ остался почему бы то ни было неосуществленнымъ, мы имѣемъ полное право сказать, что при КОНКРЕТНЫХЪ УСЛОВІЯХЪ выполненные субъектомъ акты и НЕ МОГЛИ привести къ предположенному послѣдствію. Ясно, стало быть, что такъ называемая объективная опасность дѣйствія должна-быть одинаково отвергнута какъ въ случаяхъ употребленія

средствъ негодныхъ, такъ и при покушеніи нормальномъ.

Что касается затѣмъ субъективной стороны сопоставляемыхъ мною случаевъ, то въ этомъ отношеніи тождественность ихъ еще рѣзче и рельефнѣе. Если субъектъ выполнилъ все то, что считалъ нужнымъ для реализаціи преступнаго умысла, то хотя бы употребленныя имъ средства и были совершенно несообразны, дѣяніе его, съ субъективной точки зрѣнія, представляетъ намъ тѣ же самые элементы, что и покушеніе нормальное. Другими словами: при преступномъ предпріятіи съ негодными средствами, мы можемъ констатировать несомнѣнную способность субъекта на данное преступленіе и, слѣдовательно, серьезную опасность его для общества съ такимъ же точно правомъ, какъ и въ обыкновенныхъ случаяхъ (conatus'a) покушенія.

Такимъ образомъ, необходимо прійти къ выводу, что преступныя попытки, неудавшіяся по негодности употребленныхъ средствъ, должны быть обсуждаемы по общимъ правиламъ о покушеніи.

Считаю, впрочемъ, не лишнимъ сдѣлать одну оговорку относительно тѣхъ случаевъ, гдѣ виновный прибѣгаетъ къ средствамъ суевѣрнымъ, напр., нацептыванію, заклинаніямъ и т.п.

Находя невозможнымъ установлять для этихъ случаевъ НЕЗОТВѢТСТВЕННОСТЬ ВЪ ВИДѢ ОБЩАГО правила, какъ то дѣлаютъ криминалисты, и однако же отнюдь не упуская изъ виду того обстоятельства, что примѣненіе су-

евѣрныхъ средствъ обусловливается по большей части или психическимъ разстройствомъ или идіотизмомъ : слѣдовательно, такими причинами, которыя совершенно исключаютъ вмѣняемость. Если не это такъ, то очевидно, было бы вполнѣ раціонально установить относительно покушенія съ суевѣрными средствами презумпцію невмѣняемости, но ПРЕЗУМПЦІЮ НЕ БЕЗУСЛОВНУЮ, А ЛИШЬ ОТНОСИТЕЛЬНУЮ, которая требуетъ особой провѣрки въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, короче :" praesumptio iuris". а не praesumptio iuris et de iure. Подобная презумпція заставила бы судъ каждый разъ тщательно изслѣдовать психическія свойства преступника и ставить присяжнымъ особый вопросъ : доказано ли, что виновный находится въ состояніи вмѣняемости ? При утвердительномъ отвѣтѣ, преступникъ, конечно, подлежалъ бы наказанію по общимъ правиламъ о покушеніи, при отрицательномъ же онъ былъ бы вполнѣ ненаказуемъ

Теперь одно замѣчаніе о преступныхъ предпріятіяхъ надъ негоднымъ предметомъ. Напр., изгнаніе плода женщиной небеременной.

Послѣ всего изложеннаго, для васъ думается мнѣ, должно быть уже совершенно ясно, какъ я смотрю на случаи подобнаго рода.

Съ установленной мною точки зрѣнія, такіе случаи, какъ и преступныя попытки съ негодными средствами, должны быть вполнѣ приравнены къ покушенію нормальному. Вѣдь, очевидно само собою, что

негодность предмета, надъ которымъ виновный преступная дѣятельность, откуда не лишаетъ насъ права признавать виновнаго несомнѣнно способнымъ къ совершенію преступнаго дѣянія, и констатировать, такимъ образомъ, серьезную опасность его для общества. Ясно поэтому, что, согласно съ правильнымъ взглядомъ на основаніи наказуемости неоконченнаго деликта, уголовная реакція не является вполнѣ примѣнимой и въ случаяхъ покушенія надъ негоднымъ предметомъ. Этимъ я и заканчиваю теорію покушенія.

3. ПОСТАНОВЛЕНІЯ О ПОКУШЕНІИ ВЪ РУССКОМЪ ПРАВѢ.

Прежде всего, говоря о ПРИГОТОВЛЕНІИ, наше Уложеніе различаетъ два вида приготовительныхъ дѣйствій: 1) приготовительныя дѣйствія, соединенныя съ употребленіемъ противозаконныхъ или опасныхъ средствъ; такія дѣйствія наказуемы при всѣхъ вообще преступленіяхъ, и 2) приготовленіе простое, наказуемое лишь въ случаяхъ, прямо обозначенныхъ въ особенной части кодекса.

Что касается приготовительныхъ дѣйствій перваго рода, то характеристика ихъ весьма неопредѣленна и, по вѣрному замѣчанію Кистяковскаго, можетъ подать поводъ къ широкимъ и несправедливымъ толкованіямъ. Кромѣ того, говоря о приготовительныхъ дѣяніяхъ, недлежащихъ наказанію при всѣхъ преступленіяхъ, законъ долженъ былъ бы назначить и общую мѣру наказанія за

такія дѣянія;между тѣмъ на этотъ счетъ у насъ въ Уложеніи нѣтъ никакого постановленія.

Къ деликтамъ,при которыхъ и простое приготовленіе должно подлежать наказанію,относятся преступленія государственныя,означенныя въ ст.ст. 241.244,249, 252 и преступленія поджога и убійства (ст. 1457 и 1611 Улож. о нак.). Въ нѣкоторыхъ видахъ государственныхъ преступленій приготовительныя дѣйствія подлежатъ наказанію одинаковому съ совершеніемъ,т.е. смертной казни. Здѣсь даже карается и голый умыселъ; признакомъ умысла является выраженное въ словахъ или въ письмѣ намѣреніе учинить преступленіе.

Обращаясь далѣе къ постановленіямъ нашего Уложенія, относящимся къ покушенію, мы находимъ слѣдующія статьи:

По ст. 9 п"покушеніемъ на преступленіе"признается всякое дѣйствіе, коимъ начинается или продолжается приведеніе злого умысла въ исполненіе". Изъ этого видно, что законодательство наше усвоило чисто объективное опредѣленіе даннаго понятія - опредѣленіе, которое мы нашли несостоятельнымъ.

По толкованію Сената законодатель имѣетъ въ этой статьѣ въ виду исключительно дѣйствія, относящіяся къ самому составу преступленія, это"дѣйствія, входящія въ составъ преступленія",какъ говоритъ Сенатъ. Нельзя не одобрить это толкованіе,иначе по другому толкованію приведеніе въ дѣйствіе относилось

- бы къ дѣйствіямъ приготовительнымъ.

Въ ст.ст. 113,114, 115 законодатель различаетъ покушеніе оконченное отъ неоконченнаго и дѣлитъ послѣднее на два вида: добровольно оставленное и прерванное по независѣвшимъ отъ преступника обстоятельствамъ.

При покушеніи добровольно оставленномъ, по ст. 113, подсудимый подвергается наказанію лишь въ томъ случаѣ, когда содѣянное имъ при семъ покушеніи дѣяніе есть само по себѣ преступленіе и только за сіе преступленіе, а не за то, которое онъ намѣренъ былъ прежде совершить.

Далѣе, за покушеніе воспрепятствованное Уложеніе караетъ двумя,тремя, или четырьмя степенями ниже противъ наказанія, поставленнаго за самое совершеніе преступленія, смотря по большей или меньшей близости такого покушенія къ совершенію преступленія (ст. 114). Относительно покушенія оконченнаго ст. 115 устанавливаетъ слѣдующее :"когда при покушеніи на преступленіе подсудимымъ сдѣлано все, что онъ считалъ нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе, и предпамѣренное имъ зло не совершилось только по особеннымъ непредвидѣннымъ имъ обстоятельствамъ, или же вслѣдствіе безвредности употребленныхъ имъ средствъ,то онъ подвергается, смотря по обстоятельствамъ дѣла, наказанію одною, двумя или тремя степенями ниже противъ наказанія, постановленнаго за самое совершеніе пре-

ступленія" Изъ этой статьи видно, что законодатель нашъ не послѣдовалъ тому распространенному въ литературѣ мнѣнію взгляду, по которому негодность употребленныхъ средствъ дѣлаетъ покушеніе ненаказуемымъ Согласно буквальному смыслу ст. 115 Улож. преступныя предпріятія, не достигшія результата по негодности употребленныхъ средствъ, должны быть обсуждаемы по тѣмъ же началамъ, какъ и преступныя попытки не удавшіяся по независящимъ отъ преступника обстоятельствамъ. Затѣмъ въ примѣчаніи къ ст. 115 сдѣлано исключеніе изъ общаго правила для преступныхъ предпріятій съ суевѣрными средствами; законъ гласитъ здѣсь: " если при покушеніи на преступленіе подсудимымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію употреблены были только средства вполнѣ и очевидно недѣйствительныя для совершенія преступленія, какъ то: нашептыванія, наговоры, заклинанія и проч, то онъ подвергается наказанію ,какъ за преступный полный умыселъ по ст. 111 сего Уложенія, т.е. лишь въ случаяхъ, прямо означенныхъ въ особенной части.

Въ Новомъ Уголовномъ Уложеніи правила о покушеніи изложены въ отдѣлѣ о видахъ виновности.Покушеніе въ этотъ отдѣлъ входить не должно ,такъ какъ понятіе виновности обнимается только умысломъ и неосторожностью.Законодатель, желая соединить умыселъ,неосторожность и покушеніе въ одинъ отдѣлъ,долженъ бы дать этому отдѣлу другое заглавіе.

Въ статьѣ 49-ой мы читаемъ:"Дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія, учиненія коего желалъ виновный, не довершеннаго по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему, почитается покушеніемъ".

Очевидно, эта статья повторяетъ несостоятельную формулу дѣйствующаго уложенія съ той лишь разницей, что изъ понятія покушенія исключаются тѣ случаи, когда недовершеніе преступнаго дѣянія обусловливается волей преступника. Но спрашивается, какимъ образомъ одно и то же дѣйствіе и подходитъ подъ понятіе покушенія и не подходитъ подъ него, смотря потому, прекращаетъ ли субъектъ свою дѣятельность добровольно или же подъ вліяніемъ внѣшнихъ препятствій. Къ сожалѣнію, въ объяснительной запискѣ редакторовъ Новаго Уголовнаго Уложенія мы не находимъ отвѣта на этотъ вопросъ, да и едва ли на него можно отвѣтить удовлетворительно.

Далѣе въ той же статьѣ мы читаемъ:"Покушеніе на тяжкія преступленія, а въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, и на преступленія-наказуемо, но наказанія, положенныя въ законѣ за сіи преступныя дѣянія, смягчаются на основаніяхъ, ст. 53 установленныхъ. Покушеніе на проступки ненаказуемо". Такимъ образомъ, по поводу кодекса покушеніе на тяжкія преступленія безусловно наказуемо, покушеніе на нетяжкія въ однихъ случаяхъ карается въ другихъ нѣтъ, покушеніе на проступки бе-

безусловно ненаказуемо. Если имѣть въ виду слишкомъ широкое понятіе покушенія, которое установлено 49 статьей, то указанное ограниченіе сферы наказуемости можно только привѣтствовать; но если стать на почву болѣе вѣрной доктрины, по которой покушеніе предполагаетъ дѣйствительное выполненіе всѣхъ предположенныхъ актовъ преступной дѣятельности, то необходимо признать что покушеніе должно быть наказуемо при всѣхъ деликтахъ независимо отъ большей или меньшей тяжести преступленія. Въ той же 49 статьѣ законодатель устанавливаетъ принципъ относительно преступныхъ попытокъ съ негодными средствами: "Покушеніе учинить преступное дѣяніе очевидно негоднымъ средствомъ, выбраннымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію, ненаказуемо". Это значитъ другими словами, что по общему правилу покушеніе съ негодными средствами должно подлежать уголовной карѣ за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда выборъ негодныхъ средствъ обусловливается крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ. Здѣсь такая же ошибка, какая и въ дѣйствующемъ уложеніи- при наличности преступныхъ попытокъ съ негодными средствами законодатель долженъ установить относительную презумпцію виновности.

Что касается дѣйствій приготовительныхъ, то о нихъ говорится въ статьѣ 50 -ой. Эта статья состоитъ изъ двухъ частей : въ первой части опредѣляется понятіе

дѣйствій приготовительныхъ, во второй - сфера наказуемости ихъ."Пріобрѣтеніе или приспособленіе средствъ для приведенія въ исполненіе умышленнаго преступнаго дѣянія почитается приготовленіемъ. Приготовленіе наказывается въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, и если при томъ оно было остановлено по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему".

Едва ли нужно распространяться о томъ, что такое опредѣленіе является слишкомъ узкимъ ; съ точки зрѣнія моей доктрины понятіе приготовительныхъ дѣйствій обнимаетъ не только пріобрѣтеніе и приспособленіе средствъ, но и всякую вообще и неоконченную преступную дѣятельность, такъ какъ примѣненіе уголовной кары оправдывается только тамъ, гдѣ субъектъ выполнилъ всѣ тѣ акты, которые считалъ необходимыми для реализаціи умысла. Если неоконченная преступная дѣятельность и можетъ подлежать наказанію, то лишь тогда, когда она заключаетъ въ себѣ наличный составъ какого-либо другого самостоятельнаго деликта.

Поэтому, нельзя одобрить и второй части этой статьи, которая допускаетъ наказуемость приготовительныхъ дѣйствій, какъ таковыхъ, а не какъ самостоятельнаго деликта.

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

Постановленія о преступныхъ попыткахъ надъ негодным объектомъ заключается въ отдѣлѣ объ условіяхъ вмѣненія въ ст. 47 :"не почитается преступнымъ дѣяніе направленное на предметъ несуществующій или очевидно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое замышлено". Относительно преступныхъ попытокъ съ негодными средствами Новый Кодексъ слѣдуетъ очень распространенной доктринѣ, о несостоятельности которой я уже говорилъ при критикѣ теоріи Таганцева. -

---oOoo---

ОТДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

СОУЧАСТІЕ.

I. СОУЧАСТІЕ ВООБЩЕ.

До сихъ поръ мы имѣли въ виду случаи, гдѣ преступленіе совершается однимъ лицомъ, но въ дѣйствительной жизни болѣе 60 % преступленій выполняются совокупными усиліями многихъ лицъ. Къ разсмотрѣнію этой сложной формы преступленій, извѣстной подъ именемъ соучастія, мы теперь и перейдемъ.

Теорія соучастія составляетъ вѣнецъ общаго ученія о преступленіи и справедливо считается труднѣйшимъ отдѣломъ уголовнаго права. Вотъ почему, не смотря на массу потраченныхъ усилій, криминалисты до сихъ поръ не пришли въ этой области къ сколько -нибудь удовлетворительнымъ результатамъ.

А. ПОНЯТІЕ СОУЧАСТІЯ.

Прежде всего намъ необходимо точно опредѣлить понятіе соучастія . Какъ при concursus delictorum одно и то же лицо отвѣчаетъ за нѣсколько отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, такъ при соучастіи, наоборотъ, единичный результатъ вмѣняется нѣсколькимъ лицамъ. Мы можемъ поэтому опредѣлить соучастіе, какъ такую форму преступности, при которой ЗА ОДНО И ТО ЖЕ

ВОСПРЕПЕННОЕ ПОСЛѢДСТВІЕ ОТВѢЧАЮТЪ НѢСКОЛЬКО СИВѢЕ-ТОВЪ. Но подобное опредѣленіе, очевидно, есть чисто формальное, оно, естественно, вызываетъ вопросъ : при какихъ же именно условіяхъ единичный результатъ можетъ быть вмѣненъ нѣсколькимъ лицамъ ? иными словами: въ какомъ отношеніи къ преступному послѣдствію долженъ стоять каждый изъ соучастниковъ ?

Обращаясь къ объективной сторонѣ соучастія, нельзя не признать безспорнымъ, что каждое изъ участвующихъ лицъ должно СОДѢЙСТВОВАТЬ ПОЛОЖИТЕЛЬНЫМЪ ОБРАЗОМЪ наступленію результата: преступное послѣдствіе, какъ мы видѣли, можетъ быть вообще вмѣнено только тому, кто обусловилъ его посредствомъ того или другого положительнаго дѣйствія. Такимъ образомъ СО СТОРОНЫ ВНѢШНЕЙ СОУЧАСТІЕ ПРЕДПОЛАГАЕТЪ НЕОБХОДИМО ПОЛОЖИТЕЛЬНОЕ СОДѢЙСТВІЕ НѢСКОЛЬКИХЪ ЛИЦЪ КЪ ОСУЩЕСТВЛЕНІЮ ЕДИНИЧНАГО РЕЗУЛЬТАТА.

Посмотримъ теперь, что требуется для соучастія со стороны субъективной.

Въ новѣйшее время въ литературѣ утвердился взглядъ по которому соучастіе предполагаетъ наличность умысла у каждаго изъ дѣйствующихъ лицъ и, кромѣ того, единеніе воли, или, попросту, соглашеніе между ними. Выставляя такое требованіе, криминалисты отвергаютъ ее ipso соучастіе во многихъ комбинаціяхъ, гдѣ мы имѣемъ виновное содѣйствіе нѣсколькихъ лицъ при еди-

нѣчномъ преступномъ результатѣ.

Такъ ,согласно съ господствующимъ взглядомъ,соучастіе исключается въ слѣдующихъ случаяхъ : 1) когда лица, совмѣстно совершающія преступленіе, являются виновными въ неосторожности (culpa). Таганцевъ приводитъ слѣдующій примѣръ: двое изъ шутки раскачали на рѣкѣ лодку такъ неосторожно, что она опрокинулась и кто -нибудь утонулъ . 2) Когда одно изъ дѣйствующихъ лицъ обусловливаетъ результатъ умышленно, другое же неосторожно. Такъ , А съ преступнымъ намѣреніемъ подстерегаетъ В выстрѣлить въ ближайшій кустарникъ, гдѣ спитъ врагъ ихъ общаго С, котораго В по близорукости не видитъ. На долю А выпадаетъ злѣйшій преступный умыселъ, на долю В неосторожность . 3) Когда преступники дѣйствуютъ сами dolo, т.е. умышленно, но безъ всякаго соглашенія между собою. При этомъ возможны три комбинаціи: а) когда ни одинъ изъ виновныхъ не знаетъ о намѣреніи и дѣятельности другихъ. Такъ, представимъ себѣ, что нѣкто умеръ отъ двухъ пріемовъ отравы, данныхъ ему умышленно двумя лицами, которыя однако не ничего не знали другъ о другѣ; в) когда изъ двухъ злоумышленниковъ лишь одинъ знаетъ объ умыслѣ и дѣятельности другого. Примѣръ : А случайно узнаетъ, что В хочетъ убить въ извѣстное время ихъ общаго врага С : чтобы обезпечить исполненіе такого плана А, безъ вѣдома В, напаиваетъ С пьянымъ въ тотъ именно вечеръ, когда В долженъ явиться для совершенія убій-

ства ; с) когда дѣйствующія лица знаютъ другъ о другѣ, но каждое изъ нихъ ошибочно полагаетъ, что ни умыселъ, ни дѣятельность его неизвѣстны другому. Что подобные случаи возможны, это иллюстрируется у Нютце, слѣдующимъ примѣромъ :А съ цѣлью произвести наводненіе, приходитъ ночью прорывать плотину; помѣстившись на одномъ изъ ея откосовъ, онъ вскорѣ слышитъ шумъ, происходящій на откосѣ противоположномъ. А осторожно приподнимается и видитъ В, занятаго точно такой же работой. Ободренный неожиданной помощью, А съ удвоенной энергіей снова приступаетъ къ дѣлу. Между тѣмъ В, услышавъ въ свою очередь шумъ, производимый А, также приподнимается и усматриваетъ своего сотрудника. Проработавъ извѣстное время, каждый изъ нихъ уходитъ своей дорогой, будучи увѣренъ, что онъ не былъ замѣченъ другимъ. Спустя нѣсколько часовъ, плотина дѣйствительно уступаетъ напору воды и желаемый результатъ , такимъ образомъ, осуществляется.

Итакъ, господствующая доктрина ведетъ къ отрицанію соучастія въ цѣлой массѣ случаевъ, гдѣ единичный результатъ воспроизводится виновными дѣйствіями нѣсколькихъ субъектовъ. Но спрашивается, на чемъ основана такая доктрина ? Почему для соучастія непремѣнно требуется dolus? Почему соучастіе невозможно безъ соглашенія между дѣйствующими лицами?

Основанія, на которыхъ покоится господствующее

ученіе, выставляемое обыкновенно безъ всякихъ аргументовъ, указывается довольно обстоятельно въ курсѣ Таганцева.

Оставляя установившійся въ литературѣ взглядъ, Таганцевъ начинаетъ свое разсужденіе слѣдующимъ образомъ: "внѣшнихъ признаковъ, отличающихъ соучастіе отъ другихъ случаевъ совпаденія въ виновности, указываютъ обыкновенно два: первый - отвѣтственность каждаго за все преступленіе, совершенное общими силами; второй - общая подсудность".

Признавъ этотъ второй, процессуальный признакъ "весьма второстепеннымъ", Таганцевъ продолжаетъ: "Итакъ признакомъ соучастія является солидарная отвѣтственность всѣхъ за каждаго и каждаго за всѣхъ:". Въ этомъ смыслѣ мы и противополагаемъ преступленіе, совершенное однимъ лицомъ, преступленію, совершенному соучастниками. Не могутъ быть соучастниками лица, отвѣчающія каждый только за свои дѣйствія, каково бы ни было отношеніе между ними съ матеріальной или процессуальной стороны. Если кто нанесъ рану, а затѣмъ, раненый былъ задушенъ третьимъ лицомъ, то между ними нѣтъ соучастія, хотя бы возможность задушенія обусловливалась, напр., нанесеніемъ, обезсиливщимъ жертву: ихъ дѣятельность представляетъ два соприкасающіяся преступленія, но не соучастіе въ преступленіи".

Солидарность отвѣтственности предполагаетъ для

условія : объективное - причинную связь и субъективное- общность вины. Никто не можетъ, какъ мы видѣли, быть виновникомъ преступленія, какъ скоро онъ стоитъ совершенно въ сторонѣ отъ самаго дѣянія; онъ долженъ быть одною изъ силъ, вкладывающихся въ преступленіе, оттого и самое ученіе о соучастіи можетъ быть разсматриваемо только въ соотношеніи съ теоріей причинной связи.Но, съ другой стороны, отвѣтственность за совершенное вообще не мыслима безъ наличности субъективной виновности, а отвѣтственность солидарная - безъ общности этой вины, связывающей всѣхъ вкладывающихся лицъ въ единое цѣлое".

"Такое общеніе, естественно, предполагаетъ извѣстное обоюдное вліяніе - взаимодѣйствіе, въ чемъ бы ни выражалась эта доля участія, какъ бы ни была сравнительно мала его интенсивность. Взаимность и общность вины существуетъ и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ одно лицо является преобладающимъ, направляющимъ, а другія сознательно подчиняющимися ему, и въ тѣхъ, гдѣ энергія и вліяніе каждаго приблизительно равны. Внѣшнимъ выраженіемъ такой зависимости и общенія является соглашеніе соединяющихся лицъ. Соглашеніе составляетъ поэтому коренное условіе соучастія. Пока это не доказано по отношенію къ каждому изъ лицъ, привлекаемыхъ къ совмѣстной отвѣтственности, до тѣхъ поръ немыслимо и говорить о соучастіи, какъ о спеціальномъ типѣ виновности".

Установивъ такое положеніе; Таганцевъ дѣлаетъ отсюда выводъ, что каждое изъ дѣйствующихъ лицъ должно дѣйствовать необходимо съ умысломъ (cum dolo). "Наличность соглашенія, говоритъ онъ, предполагаетъ, что каждый изъ участвующихъ сознаетъ не только свойство совершаемаго имъ проступка, но и существо дѣятельности другихъ лицъ, съ которыми онъ соглашается, т.е. предполагаетъ умышленность дѣйствія каждаго изъ соучастниковъ. Сообразно съ этимъ, по самому существу понятія о соучастіи, не можетъ быть и рѣчи о неосторожныхъ правонарушеніяхъ".

Таковы основанія, приводимыя Таганцевымъ въ пользу господствующаго въ современной литературѣ взгляда. Несомнѣнно, что изъ тѣхъ же соображеній исходятъ и другіе сторонники того же взгляда, которые лишь не находятъ нужнымъ вдаваться въ аргументацію. Точкой отправленія послужило, конечно, и для нихъ то общепризнанное начало, что каждый соучастникъ отвѣчаетъ за все преступленіе въ полномъ объемѣ, начало, подсказанное криминалистами уже простымъ здравымъ смысломъ, который говоритъ, что частичное вмѣненіе преступнаго результата невозможно уже потому, что такой результатъ, безспорно, представляетъ недѣлимое цѣлое. При господствѣ теорій причинной связи, по которымъ дѣйствіе, обосновывающее вмѣненіе результата, должно представлять нѣчто большее, чѣмъ простое условіе послѣдняго при господствѣ такихъ

теорій, указанное вѣрное начало неминуемо должно было привести ученыхъ къ установленію при соучастіи"солидарной отвѣтственности всѣхъ за каждаго и каждаго за всѣхъ ", а затѣмъ и къ требованію"единенія воли". Дѣйствительно, держась одной изъ означенныхъ теорій причинной связи, едва ли возможно признать, что каждый соучастникъ создаетъ для себя отвѣтственность за весь результатъ уже своимъ собственнымъ дѣйствіемъ, Отсюда ясно, что послѣдователямъ господствующихъ воззрѣній на причинную связь, сознавшимъ необходимость вмѣненія каждому изъ участвующихъ лицъ всего послѣдствія въ полномъ объемѣ, ничего болѣе не оставалось, какъ установить между соучастниками особую круговую поруку, въ силу которой совершенное однимъ лицомъ вмѣняется и всѣмъ остальнымъ. Но такъ какъ подобную круговую поруку нужно же было чѣмъ нибудь обосновать, то и явилось ученіе, по которому соучастіе предполагаетъ необходимо"общность вины", а вмѣстѣ съ тѣмъ"извѣстное обоюдное вліяніе, взаимодѣйствіе", словомъ - соглашеніе. Но солидарная отвѣтственность соучастниковъ не можетъ быть допущена ни при какихъ условіяхъ. Не противорѣчитъ ли признаніе такой отвѣтственности одному изъ коренныхъ началъ уголовнаго права, по которому никто не можетъ быть отвѣтственъ за другого ? Конечно, Таганцевъ увѣряетъ, что противорѣчіе здѣсь лишь "кажущееся", мнимое. Онъ говоритъ

"хотя такая солидарная отвѣтственность, повидимому, противорѣчитъ основному принципу права уголовнаго, что каждый отвѣчаетъ только за себя и за свои дѣйствія, но при внимательномъ разсмотрѣніи мы убѣдимся, что это отступленіе кажущееся, такъ какъ и здѣсь каждый изъ соучастниковъ отвѣчаетъ только за то, что совершилъ онъ или непосредственно, или черезъ другихъ лицъ, съ которыми согласился дѣйствовать, и въ этомъ отношеніи принципъ отвѣтственности соучастниковъ покоится на томъ же основаніи причинной связи совершившагося съ его волей дѣйствія, которое опредѣляетъ отвѣтственность и каждаго единичнаго преступника".

Такъ пытается Таганцевъ согласить солидарную отвѣтственность соучастниковъ съ указаннымъ основнымъ принципомъ уголовнаго права.

Не трудно однако - не видѣть, что въ приведенной цитатѣ относительно участвующихъ лицъ выставляется уже такое начало, при которомъ объ отвѣтственности солидарной не можетъ быть и рѣчи. Если при соучастіи вмѣненіе каждому лицу преступнаго результата покоится на томъ же самомъ основаніи, какъ и вмѣненіе послѣдствія преступнику одиночному, то гдѣ же тутъ мѣсто для отвѣтственности солидарной ?

Итакъ, господствующія теоріи причинной связи приводятъ въ ученіи о соучастіи къ такому началу, которое находится въ противорѣчіи съ однимъ изъ основныхъ принциповъ уголовнаго права. Иное дѣло, ес

ли исходитъ изъ той, установленной мною, доктрины, по которой всякое дѣйствіе, такъ или иначе обусловившее результатъ, заключаетъ въ себѣ уже вполнѣ достаточное объективное основаніе для вмѣненія лицу всего результата, при чемъ совершенно безразлично, являются ли содѣйствующими факторами исключительно силы природы или же, на ряду съ ними, и дѣйствія другихъ лицъ. Опираясь на такое ученіе, мы имѣемъ полную возможность вмѣнять каждому соучастнику все послѣдствіе въ цѣломъ составѣ - уже на основаніи его собственной дѣятельности, какъ бы, повидимому, незначительна она ни была, такъ какъ въ ней во всякомъ случаѣ лежитъ условіе осуществленія результата въ его конкретномъ видѣ. Намъ не зачѣмъ поэтому констатировать между соучастниками отвѣтственность солидарную - круговую поруку, въ силу которой каждый отвѣчаетъ не только за себя, но и за всѣхъ остальныхъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ,очевидно, для насъ исчезаетъ и всякій поводъ требовать для соучастія "общности вины" и предполагаемаго ею условія"единенія воли" иначе соглашенія между дѣйствующими лицами. Что же касается того начала, по которому соучастіе необходимо предполагаетъ наличность умысла въ дѣйствующихъ субъектахъ, то съ такимъ положеніемъ я не согласился бы даже и въ томъ случаѣ, если бы признавалъ необходимость"единенія воли". Дѣло въ томъ, что "единеніе воли", вопреки взгляду Таганцева, вполнѣ воз-

можно и при неосторожной дѣятельности нѣсколькихъ лицъ, обусловливавшихъ единичный преступный результатъ. Возьмемъ хотя бы примѣръ, приводимый самимъ Таганцевымъ :"двое изъ шутки раскачали на рѣкѣ лодку такъ неосторожно, что она опрокинулась и кто-нибудь утонулъ".Почему бы въ подобномъ случаѣ было невозможнымъ "извѣстное обоюдное вліяніе " ,виновныхъ лицъ ? Взаимное интеллектуальное воздѣйствіе здѣсь не только возможно, но даже, пожалуй, неизбѣжно,

Ясно, что если и признать существеннымъ признакомъ соучастія "единеніе воли", то изъ этого еще нельзя выводить необходимости умысла въ дѣйствующихъ лицахъ, какъ это дѣлаетъ Таганцевъ. Такимъ образомъ, СОУЧАСТІЕ НЕОСТОРОЖНОЕ, рѣшительно отвергаемое большинствомъ новѣйшихъ криминалистовъ является вполнѣ допустимымъ даже съ точки зрѣнія той доктрины, которая устанавливаетъ между соучастниками особую круговую поруку, основывая ее на "общности вины".

На основаніи всего изложеннаго, соучастіе, со стороны субъективной, предполагаетъ только, что каждое изъ участвующихъ лицъ дѣйствуетъ ВИНОВНЫМЪ ОБРАЗОМЪ)[x] при чемъ безразлично, винадаетъ ли на до-

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

x) По общепризнанному началу,вменяемое умышленно вообще только при наличности извѣстнаго субъективнаго элемента- элемента вины, отсюда слѣдуетъ, что субъ-

ли преступниковъ dolus или culpa, существуетъ ли между ними соглашеніе или нѣтъ. Поэтому, соучастіе не исключается ни въ одной изъ указанныхъ выше комбинацій; гдѣ его отвергаетъ господствующая доктрина.

Теперь мы уже можемъ сдѣлать и наше опредѣленіе разсматриваемаго понятія. Изъ установленныхъ нами положеній вытекаетъ само собою слѣдующая формула.-

СОУЧАСТІЕ ЕСТЬ ТАКОЕ ОТНОШЕНІЕ НѢСКОЛЬКИХЪ ЛИЦЪ КЪ ЕДИНИЧНОМУ РЕЗУЛЬТАТУ, ПРИ КОТОРОМЪ КАЖДОЕ ИЗЪ НИХЪ ВИНОВНЫМЪ ОБРАЗОМЪ ОБУСЛОВЛИВАЕТЪ ЭТОТЪ РЕЗУЛЬТАТЪ ПОСРЕДСТВОМЪ ИЗВѢСТНАГО ПОЛОЖИТЕЛЬНАГО ДѢЙСТВІЯ.

Не трудно видѣть, что, въ силу установленнаго опредѣленія, изъ понятія соучастія, исключаются всѣ тѣ дѣянія, которыя извѣстны въ нашемъ правѣ подъ именемъ "прикосновенности", а именно, попустительство, содѣйствующій преступному послѣдствію невиннымъ образомъ, не подлежитъ ни въ какомъ случаѣ отвѣтственности за это послѣдствіе, а стало быть, не можетъ быть признанъ и соучастникомъ. Нельзя поэтому не согласиться съ Таганцевымъ, что "не можетъ быть соучастникомъ не только лицо, находящееся въ состояніи невмѣняемости, но и дѣйствующее случайно". Вполнѣ справедливо и то замѣчаніе Таганцева, что "въ этихъ случаяхъ исключается возможность приложенія ученія о соучастіи не только къ лицу невѣдомому, а потому и безотвѣтственному, но и къ другому воспользовавшемуся его силами.

тельство, укрывательство и недонесеніе о преступленіи, совершенномъ другимъ лицомъ.

Въ самомъ дѣлѣ, разсмотримъ отдѣльные виды этихъ дѣяній. Начнемъ съ такъ называемаго "попустительства".

Попустителемъ называется тотъ, кто, получивъ достовѣрныя, или по крайней мѣрѣ, вѣроятныя свѣдѣнія о замышленномъ преступленіи, имѣетъ возможность безъ личной опасности воспрепятствовать ему собственными силами или донести начальству, но не дѣлаетъ ни того, ни другого.

Такимъ образомъ, попустительство является дѣяніемъ чисто отрицательнаго характера, между тѣмъ для соучастія, по нашей формулѣ, необходимо, чтобы субъектъ обусловилъ результатъ дѣйствіемъ положительнымъ. Отсюда ясно, что попуститель ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть разсматриваемъ, какъ соучастникъ преступленія. Равнымъ образомъ, попуститель не можетъ подлежать отвѣтственности за наступившій результатъ и въ качествѣ преступника самостоятельнаго.

Обратимся къ другому виду прикосновенности - КЪ УКРЫВАТЕЛЬСТВУ.

Сюда относятся : а) всякая дѣятельность, направленная къ тому, чтобы преступникъ избѣгнулъ наказанія, напр., скрытіе у себя виновнаго, истребленіе слѣдовъ преступленія ; в) способствова-

ніе преступнику при извлеченіи имъ выгодъ изъ совершеннаго преступнаго дѣянія, напр., сокрытіе или принятіе для продажи украденныхъ вещей.

Дѣятельность укрывателя, имѣя мѣсто уже послѣ совершенія преступнаго дѣянія, которое придаетъ ей уголовно-правовой характеръ, не относится къ числу факторовъ, обусловившихъ это дѣяніе, а потому и не можетъ быть признана соучастіемъ.

Необходимо замѣтить, что Каррара является защитникомъ - стариннаго взгляда лишь по отношенію къ тому виду укрывательства, который состоитъ въ содѣйствіи преступнику при извлеченіи имъ выгодъ изъ совершеннаго преступленія; что же касается сокрытія самого преступника, а равно изглаженія слѣдовъ преступленія, то итальянскій криминалистъ, согласно съ господствующей доктриной, принимаетъ здѣсь delictum sui generis.

Не могу не прибавить, что аргументы, приводимые Каррарой въ защиту его взгляда относительно укрывательства перваго вида, представляются явно несостоятельными. По его словамъ, "кто помогаетъ вору воспользоваться украденными вещами, тотъ содѣйствуетъ eo ipso окончательному нарушенію права собственности, а потому и долженъ быть признанъ соучастникомъ". Но развѣ право собственности не является уже вполнѣ нарушеннымъ съ того самаго момента, какъ скоро воръ совершилъ похищеніе ?

Наконецъ, Третій и послѣдній видъ прикосновенности составляетъ недонесеніе о преступномъ дѣяніи,совершенномъ другимъ лицомъ.

По старинной доктринѣ,всякій,узнавшій про совершенное преступленіе,обязанъ былъ донести о немъ и,въ случаѣ неисполненія этой обязанности, подлежалъ уголовному наказанію.Очевидно само собою, что если недоноситель и можетъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ подлежать отвѣтственности,то не иначе,какъ въ качествѣ виновнаго въ особомъ преступномъ упущеніи (delictum omissionis).

Итакъ, ни одно изъ дѣяній,обнимаемыхъ широкимъ понятіемъ"прикосновенности",не можетъ быть отнесено къ соучастію.Несомнѣнно,что дѣянія эти удерживаютъ за собою характеръ отдѣльныхъ преступленій и тогда,когда они соединяются съ обѣщаніемъ даннымъ преступнику заранѣе,хотя большинство криминалистовъ и утверждаетъ противное. Въ самомъ дѣлѣ,возьмемъ,напр., укрывательство. Можно ли согласиться съ господствующимъ ученіемъ что дѣятельность укрывателя, въ силу предварительнаго обѣщанія,сталовится соучастіемъ ?Такое ученіе заключаетъ въ себѣ, на мой взглядъ, весьма прозрачную логическую ошибку.Правда,нельзя не согласиться,что если субъектъ ,давшій предварительное обѣщаніе быть укрывателемъ,обусловилъ ео ipso исполненіе престу-

Уголовное право. Лекціи проф. Колоколова Листъ 27-й Литографія Простакова.

наго дѣянія, то мы можемъ, конечно, съ полнымъ правомъ признать его соучастникомъ; но дѣло въ томъ что соучастіе лежитъ здѣсь исключительно въ одномъ только актѣ обѣщанія, самое же укрывательство, какъ и всегда, представляется преступленіемъ отдѣльнымъ, ибо послѣдующее ни въ какомъ случаѣ не можетъ -быт разсматриваемо, какъ факторъ, обусловившій предыдущее. Такимъ образомъ, предварительное обѣщаніе укрывателя можетъ само составить соучастіе, но отнюдь не имѣетъ силы превратить въ таковое сопровождающихъ преступленіе дѣйствій. Ясно, поэтому, что тамъ гдѣ укрывательство соединяется съ даннымъ заранѣе обѣщаніемъ, обусловившимъ самое преступленіе, мы имѣемъ совокупность двухъ различныхъ дѣяній-укрывательства и соучастія. Та же точка зрѣнія должна, очевидно, имѣть мѣсто и въ случаяхъ обѣщаннаго заранѣе попустительства и недонесенія.

Перейду теперь къ раздѣленію соучастія на виды, какъ оно принимается господствующей доктриной.

В. РАЗДѢЛЕНІЕ СОУЧАСТІЯ.

А) СОУЧАСТІЕ СЛУЧАЙНОЕ И НЕОБХОДИМОЕ.

Новѣйшіе криминалисты раздѣляютъ соучастіе прежде всего на два вида : а) НЕОБХОДИМОЕ, Т.Е предполагаемое самой натурой преступленія (concursus necessarius) и в) СЛУЧАЙНОЕ или ВОЗМОЖНОЕ, т.е. такое, котораго самое понятіе преступнаго дѣянія вовсе не требуетъ (concursus facultativus).

Различая указанные виды соучастія, большинство ученыхъ утверждаютъ, что первый видъ-необходимое соучастіе-долженъ быть обсуждаемъ совершенно иначе, по другимъ началамъ, чѣмъ второй: по ихъ воззрѣнію, только соучастіе случайное подлежитъ разсмотрѣнію въ общей части уголовнаго права, изслѣдованіе же перваго вида соучастія, т.е. необходимаго, можетъ имѣть мѣсто лишь при анализѣ отдѣльныхъ родовъ и видовъ преступленій.

Посмотримъ сначала, при какихъ именно преступленіяхъ можно принимать соучастіе необходимое.

Большинство криминалистовъ признаетъ необходимое соучастіе (conc. necessarius) во всѣхъ тѣхъ дѣяніяхъ, которыя по самой природѣ своей требуютъ СОВМѢСТНОЙ ДѢЯТЕЛЬНОСТИ НѢСКОЛЬКИХЪ ЛИЦЪ. Такимъ образомъ, по господствующей доктринѣ, необходимое соучастіе имѣетъ мѣсто при возстаніи и другихъ родственныхъ преступленіяхъ, при подкупѣ, дуэли, дракѣ, прелюбодѣяніи, кровосмѣшеніи, мужеложствѣ, двоебрачіи.

Въ меньшемъ количествѣ случаевъ принимаютъ conc. necessarius Бернеръ и Темме.

По ученію Бернера необходимое соучастіе должно быть признаваемо лишь тамъ, гдѣ другой субъектъ необходимъ , какъ объектъ преступленія", поэтому при возстаніи, сопротивленіи властямъ и другихъ имъ подчиненныхъ преступленіяхъ необходимое соучастіе, по Бернеру, не имѣетъ мѣста. Напротивъ того, по ученію Темме, только при такихъ преступленіяхъ и можетъ

быть рѣчь о необходимомъ соучастіи,такъ какъ при другихъ дѣяніяхъ, относимыхъ господствующей доктриной къ con. necessarius,никогда не существуетъ соучастія въ собственномъ смыслѣ.

Ни ученіе большинства,ни теорія Вернера не могутъ быть признаны состоятельными.Въ самомъ дѣлѣ:точно ли при дуэли,подкупѣ и другихъ дѣяніяхъ, при которыхъ,по мнѣнію Вернера, соучастникъ является вмѣстѣ и объектомъ, - точно ли при такихъ преступленіяхъ мы имѣемъ необходимое соучастіе,какъ это утверждаетъ и Берберъ, и господствующая доктрина ?

Я отнюдь не отвергаю при означенныхъ дѣяніяхъ самой ВОЗМОЖНОСТИ соучастія, какъ это дѣлаетъ TEMME, но вполнѣ однако же согласенъ съ нимъ въ томъ, что о НЕОВХОДИМОМЪ соучастіи здѣсь не можетъ быть и рѣчи.

Возьмемъ,напр., прелюбодѣяніе.Преступленіе это конечно, предполагаетъ совмѣстную дѣятельность двухъ лицъ; но никакъ нельзя утверждать, чтобы каждое изъ этихъ лицъ необходимо должно было дѣйствовать ВИНОВНЫМЪ ОБРАЗОМЪ. Такъ можетъ случиться, что субъектъ, вступая въ связь съ чужою женою, считаетъ ее незамужней или находится въ состояніи невмѣняемости; виновною здѣсь можетъ быть признана лишь невѣрная супруга, а между тѣмъ понятіе прелюбодѣянія отнюдь не устраняется. Точно также и другія плотскія преступленія, а равно дуэль, подкупъ, драка

вовсе не требуютъ по своему понятію виновной дѣятельности нѣсколькихъ лицъ. Отсюда ясно, что при подобныхъ дѣяніяхъ невозможно говорить о необходимомъ соучастіи, такъ какъ подъ терминомъ "соучастіе" разумѣется именно виновное содѣйствіе нѣсколькихъ субъектовъ при единичномъ преступномъ результатѣ.

Иное дѣло такія преступленія, какъ возстаніе сопротивленіе и т.п. Здѣсь, дѣйствительно, является необходимымъ виновное содѣйствіе многихъ лицъ; а потому мы и можемъ говорить здѣсь съ полнымъ правомъ о необходимомъ соучастіи.

Теперь намъ слѣдуетъ разсмотрѣть, насколько основательно то ученіе, что conc. necessarius подлежитъ совершенно инымъ началамъ, чѣмъ соучастіе случайное (conc. facultativus).

Въ случаяхъ, гдѣ понятіе преступленія требуетъ дѣйствительно соучастія , а не простого содѣйствія нѣсколькихъ лицъ- въ подобныхъ случаяхъ примѣнимость общихъ началъ о соучастіи ясна съ перваго взгляда. Такъ, не можетъ быть ни малѣйшаго сомнѣнія, что соучастіе въ возстаніи вполнѣ подходитъ подъ общій типъ соучастія и должно, слѣдовательно, обсуждаться по тѣмъ же самымъ правиламъ, какъ и conc. facultativus . Въ самомъ дѣлѣ, въ пользу противоположнаго воззрѣнія невозможно было бы придумать рѣшительно никакого основанія. Вотъ почему мы и видимъ, что сторонники господствующей доктрины, от-

нося conc. necessarius вообще къ особенной части, находятъ однако необходимымъ установить изъятіе для соучастія въ возстаніи. Вотъ почему Бернеръ, не желая допускать какихъ бы то ни было изъятій изъ общаго правила относительно необходимаго соучастія, долженъ былъ исключить возстаніе и другія родственныя преступленія изъ самаго понятія conc. necessarius.

Итакъ, преступленія, при которыхъ мы имѣемъ на самомъ дѣлѣ conc. necessarius, допускаютъ несомнѣнно, полное примѣненіе къ нимъ общихъ понятій соучастія. Существуетъ ли достаточное основаніе утверждать противное относительно другихъ дѣяній, гдѣ господствующая доктрина признаетъ такое, хотя и неправильно, соучастіе необходимое?

Въ защиту взгляда, отвергающаго примѣнимость къ такихъ дѣяніяхъ общихъ началъ о соучастіи, въ литературѣ выставлены различные аргументы, изъ которыхъ однако же ни одинъ не выдерживаетъ критики. Не мудрено поэтому, что, при отсутствіи сколько нибудь удовлетворительной мотивировки, ученіе это, наконецъ, поколебалось.

Первымъ рѣшительнымъ противникомъ господствующей доктрины выступилъ Гельшнеръ. Криминалистъ этотъ высказался въ томъ смыслѣ, что основныя положенія, имѣющія силу относительно соучастія случайнаго, признаны въ той же самой мѣрѣ и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, которые разсматриваются господствующей, какъ

conc. necessarius, слѣдовательно, не только при возстаніи и преступленіяхъ родственныхъ, но и при дуэли, подкупѣ, дракѣ, двоебрачіи и проч.

Такому взгляду слѣдуетъ и нѣкоторые другіе ученые напр., Гейеръ, Бури, Шютце, а изъ русскихъ Таганцевъ.

Къ ученію Гельшнера присоединяясь и я, вполнѣ допуская примѣненіе общихъ понятій соучастія и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ природа преступленія требуетъ совмѣстной дѣятельности нѣсколькихъ лицъ, не предполагая необходимо соучастія. Въ самомъ дѣлѣ, въ подобныхъ случаяхъ мы или вовсе не встрѣчаемъ соучастія (когда виновнымъ является лишь одно изъ необходимыхъ дѣйствующихъ лицъ) или же находимъ соучастіе въ тѣхъ самыхъ формахъ, какія выступаютъ передъ нами и во всѣхъ другихъ преступленіяхъ. Такъ, когда оба лица, предполагаемыя самимъ понятіемъ преступленія дѣйствуютъ виновнымъ образомъ, то мы имѣемъ, несомнѣнно, ту форму соучастія, которая обозначается въ литературѣ терминомъ "совиновничество". Затѣмъ, когда при данномъ дѣяніи, кромѣ необходимыхъ дѣйствующихъ лицъ, фигурируютъ еще и другія лица, то соучастіе послѣднихъ является непремѣнно или пособничествомъ, или подстрекательствомъ. Но, если, такимъ образомъ, въ разсматриваемыхъ случаяхъ соучастіе представляетъ тѣ же самыя формы, какъ и "въ преступленіяхъ съ простымъ составомъ", то отсюда, очевидно, что случаи эти, во-

преки укоренившемуся въ наукѣ взгляду, подлежатъ оцѣнкѣ на основаніи общихъ началъ относительно соучастія, а не какихъ либо спеціальныхъ правилъ, установляемыхъ въ особенной части уголовнаго права.

в) СОУЧАСТІЕ ГЛАВНОЕ И ВТОРОСТЕПЕННОЕ.

Какъ въ законодательствахъ, такъ и въ наукѣ, различаются двѣ категоріи соучастниковъ : главные, болѣе наказуемые, и второстепенные, менѣе наказуемые. Первые извѣстны подъ именемъ виновниковъ (Urheber) вторые - подъ именемъ пособниковъ (Gehulfe) Литература предоставляетъ намъ множество самыхъ разнообразныхъ попытокъ принципіальнаго разграниченія соучастія главнаго и второстепеннаго. Одни изъ криминалистовъ видятъ различіе между виновникомъ и пособникомъ въ объективныхъ свойствахъ ихъ дѣйствій; по ученію другихъ, напротивъ, рѣшающимъ моментомъ является сторона субъективная, третьи, наконецъ, принимаютъ критеріемъ какъ субъективную сторону, такъ и объективную. Такимъ образомъ по вопросу о разграниченіи указанныхъ видовъ соучастія, мы имѣемъ три группы теорій : 1) объективныя, 2) субъективныя и 3) смѣшанныя или соединительныя.

Разсмотримъ сначала теоріи перваго рода :

I. Т Е О Р І И О Б Ъ Е К Т И В Н Ы Я .

Съ точки зрѣнія большинства объективныхъ теорій, къ виновникамъ относятся всѣ тѣ лица, которыя условливаютъ своими дѣйствіями составъ преступленія

(corpus delicti),напр., нанесшій смертельную рану; всѣ же остальные соучастники являются лишь пособниками.

Чрезвычайно мѣткія замѣчанія по поводу этихъ теорій находимъ мы у Таганцева. Прежде всего, говоритъ онъ, признакъ дѣленія представляется въ отдѣльномъ случаѣ измѣнчивымъ, завися или отъ способа дѣйствія выбраннаго виновнымъ,или отъ законнаго опредѣленія преступленія; съ другой стороны, на основаніи такого признака можно дѣлить соучастниковъ не только на двѣ, но на три, четыре и болѣе категорій, такъ какъ признакъ этотъ крайне дробный. Непринципіальный характеръ этого дѣленія представится еще наглядне ,если мы поставимъ вопросъ объ его значеніи для наказуемости обѣихъ категорій виновныхъ лицъ. Можемъ ли мы утверждать,что участникъ, выполнившій какое либо дѣйствіе, входящее въ составъ преступленія, болѣе преступенъ и заслуживаетъ высшаго наказанія, чѣмъ лицо, стоящее на сторожѣ, приготовившее отраву?Чѣмъ отличаются,съ точки зрѣнія преступности, дѣйствія лица, державшаго жертву за ноги, стоявшаго на карауле или положимъ,игравшаго на тромбонѣ для того, чтобы заглушить крики жертвы т.п. Можемъ ли мы отрицать, что иногда лицо, игравшее, повидимому, второстепенную роль, при внимательномъ разсмотрѣніи обстоятельствъ даннаго дѣл., окажется истинною душою предпріятія, лицомъ, несравненно болѣе преступнымъ, чѣмъ даже главный дѣятель?

2. Теоріи субъективныя

Сторонники этихъ теорій, размежевывая области соучастія главнаго и второстепеннаго, основываются исключительно на различіи психологическаго отношенія участвующихъ лицъ къ преступному результату. При этомъ одни изъ нихъ сводятъ все къ различію ВЪ ИНТЕРЕСАХЪ, или въ такъ называемомъ "МАТЕРІАЛЬНОМЪ НАМѢРЕНІИ СОУЧАСТНИКОВЪ"; другіе считаютъ истиннымъ критеріемъ лишь НАМѢРЕНІЕ ФОРМАЛЬНОЕ, иначе, намѣреніе въ тѣсномъ смыслѣ (предполагая, впрочемъ, извѣстныя различія и въ мотивахъ виновника и пособника). Отсюда два вида субъективныхъ теорій: а ((ТЕОРІИ ИНТЕРЕСА и в) ТЕОРІИ НАМѢРЕНІЯ ФОРМАЛЬНАГО.

I. Разсмотримъ въ теоріи ПЕРВАГО разряда теорію г. Кестлина.

По ученію Кестлина, виновникъ есть тотъ соучастникъ, который преслѣдуетъ собственный интересъ, поставляя такимъ образомъ, цѣлью себя самого; пособникомъ же является тотъ, кто дѣйствуетъ ради чужого интереса, служа простымъ средствомъ въ рукахъ другого. Вѣрный такой формулѣ, Кестлинъ признаетъ пособникомъ и непосредственнаго исполнителя, совершающаго преступленіе въ интересахъ подстрекателя.

Противъ изложенной теоріи, по которой второстепенный соучастникъ дѣйствуетъ исключительно въ

чужомъ интересѣ - противъ такой теоріи достаточно замѣтить, что она противорѣчитъ одной изъ несомнѣнныхъ психологическихъ истинъ. Въ самомъ дѣлѣ, можно ли представить себѣ такое человѣческое дѣйствіе, которое не сводилось бы въ концѣ концовъ къ эгоизму (въ широкомъ смыслѣ этого слова)?Если мы возьмемъ даже подвиги,такъ называемаго самопожертвованія, самоотреченія, то и здѣсь нетрудно открыть эгоистическій источникъ: къ подобнымъ подвигамъ человѣкъ опредѣляется во всякомъ случаѣ своими собственными потребностями, удовлетвореніе которыхъ составляетъ для него большее благо, чѣмъ приносимое имъ въ жертву.Нельзя поэтому не согласиться съ Вернеромъ, что"конечною цѣлью дѣйствующаго лица является всегда собственное субъективное удовлетвореніе". Ясно, такимъ образомъ, что содѣйствіе преступленію исключительно въ чужомъ интересѣ - психологически невозможно. Соучастникъ можетъ быть не заинтересованъ въ самомъ преступномъ результатѣ, но чтобы онъ дѣйствовалъ вообще безъ всякаго личнаго интереса это совершенно немыслимо.

II. Обращаемся ко второму разряду субъективныхъ теорій.

По ученію многихъ криминалистовъ, виновникъ имѣетъ намѣреніе , направленное НА САМОЕ ПРЕСТУПНОЕ ДѢЯНІЕ, пособникъ же хочетъ лишь СОДѢЙСТВОВАТЬ преступленію, задуманному виновникомъ.

"Соучастіе виновника и пособника, говоритъ Ба-

уеръ, не представляетъ различія ни въ родѣ, ни въ степени внѣшней дѣятельности; поэтому, признакъ отличающій виновника отъ пособника, должно искать въ сферѣ субъективной. Различіе между виновникомъ и пособникомъ заключается въ намѣреніи, при виновничествѣ послѣднее направлено на совершеніе самаго преступленія, при пособничествѣ же лишь на содѣйствіе преступленію, преднамѣренному другимъ. Въ томъ обстоятельствѣ, что" пособникъ не хочетъ самаго преступленія", Бауеръ и видитъ истинное основаніе меньшей наказуемости такого пособника.

Итакъ, по взгляду Бауера, какъ и нѣкоторыхъ другихъ ученыхъ, пособникъ не имѣетъ воли, направленной на самое преступное послѣдствіе. Спрашивается: какъ же, именно, пособникъ долженъ относиться къ вмѣняемому результату? Отрицая у второстепеннаго соучастника направленную на послѣдствіе волю, криминалисты принимаютъ тѣмъ не менѣе на его сторонѣ наличность злого умысла (dolus); для бытія же dolus'а необходимо или прямое хотѣніе послѣдствія, или, по крайней мѣрѣ, то безразличное, индифферентное отношеніе къ послѣдствію, какимъ характеризуется dolus eventualis Отсюда ясно, что защитники изложенной теоріи предполагаютъ въ пособникѣ умыселъ эвентуальный, или преступное безразличіе съ ихъ точки зрѣнія, это такой соучастникъ, который ни мало не заинтересованъ въ наступленіи результата и для котораго при этомъ

лнѣ безразлично, осуществит ся ли послѣдній или
ъ. Но мы уже видѣли, что подобное отношеніе къ
ступному послѣдствію является психически невозмож-
ъ, почему данная теорія не можетъ быть признана
стоятельной.

3. ТЕОРІИ СМѢШАННЫЯ.

Теоріи смѣшанныя представляютъ намъ попытку при-
рить взглядъ объективный съ критеріемъ субъектив-
мъ. Должно смотрѣть не только на внѣшнюю дѣятель-
сть и не исключительно на намѣреніе, говоритъ Вер-
ръ, но на дѣятельность, проникнутую намѣреніемъ-на
мѣреніе, воплощающееся въ дѣятельности, словомъ,-
характеръ дѣянія. Въ силу такого воззрѣнія, для ви-
вничества, какъ и для пособничества, требуется не
лько дѣятельность извѣстнаго объективнаго свойства,
и намѣреніе, соотвѣтствующее этой дѣятельности;
шеніе вопроса о характерѣ соучастія ставится, такимъ
разомъ, въ зависимость какъ отъ объективнаго, такъ
отъ субъективнаго момента. Требуя, чтобы роду дѣя-
ельности соотвѣтствовала воля субъекта, криминали-
ы имѣли въ виду исправить ошибку чисто объективнаго
гляда, по которому рѣшающимъ моментомъ является ис-
ючительно объективное свойство дѣйствія.

По поводу смѣшанныхъ теорій я замѣчу вообще, что
якая формула, которая соединяетъ объективный кри-
рій съ субъективнымъ, является уже несостоятельной
и вотъ на какомъ основаніи. Въ дѣйствительной жиз-

ными бываютъ случаи, гдѣ субъективный моментъ не совпадаетъ съ объективнымъ - другими словами, гдѣ выполняемая участникомъ дѣятельность не соотвѣтствуетъ его намѣренію. Напр., соучастникъ исполняетъ дѣйствіе побочное, ошибочно считая его за главное. Спрашивается, можно ли при подобныхъ условіяхъ разрѣшить вопросъ о свойствѣ соучастія на основаніи смѣшанной теоріи, въ какой бы формулѣ она ни выражалась? Ясно, само собою, что принимая при указанной комбинаціи соучастіе главное или второстепенное, мы необходимо должны основываться или на одной внѣшней сторонѣ, или же исключительно на моментѣ субъективномъ ; но какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ мы уже отступаемъ отъ основного принципа смѣшанныхъ теорій, по которому характеръ соучастія долженъ быть опредѣляемъ на основаніи обоихъ моментовъ въ совокупности.

Этимъ я и заканчиваю разборъ теорій по вопросу о видахъ соучастія.

Спрашивается теперь, въ чемъ же должно состоять вѣрное рѣшеніе занимающаго насъ вопроса ?

Что принципіальное разграниченіе соучастія главнаго и второстепеннаго не можетъ покоиться на различіи въ объективныхъ свойствахъ дѣйствій соучастниковъ - это должно быть признано безспорнымъ. Какъ бы ни была, повидимому, ничтожна дѣятельность участвующаго лица, какъ бы она ни была удалена отъ преступнаго результата/, - мы должны признать ее во всякомъ случа

толь же необходимой для послѣдняго, какъ и дѣятеля исполнителя непосредственнаго. Ясно поэтому, что о сторонѣ ОБЪЕКТИВНОЙ между соучастниками нѣтъ никакого ПРИНЦИПІАЛЬНАГО различія.

Такимъ образомъ, если существуетъ достаточное основаніе для принципіальнаго раздѣленія соучастниковъ, то такое основаніе можетъ лежать только въ различіи психическомъ - СУБЪЕКТИВНОМЪ. Признаніе этого вѣрнаго начала и послужило точкой отправленія для тѣхъ теорій,которыя мы отнесли къ разряду теорій субъективныхъ.Однако же ни одна изъ этихъ теорій какъ мы убѣдились,не указываетъ между соучастниками такого различія,на которомъ можно было бы основать раздѣленіе послѣднихъ на главныхъ и второстепенныхъ.Чѣмъ объясняется такая неудача ?На мой взглядъ она объясняется весьма просто. Дѣло въ томъ, что никакого принципіальнаго различія между соучастниками и быть не можетъ, если всѣ они для наличности соучастія должны дѣйствовать cum dolo,какъ это утверждаетъ господствующая доктрина . Конечно, изъ нѣсколькихъ злоумышленныхъ сопреступниковъ одни могутъ проявить значительно большую степень энергіи, напряженности воли, чѣмъ другіе; но подобное различіе является во всякомъ случаѣ только количественнымъ, а слѣдовательно и не даетъ достаточнаго основанія для принципіальнаго раздѣленія соучастниковъ. Поэтому, криминалитетъ, допускающимъ при соучастіи одну только

виновность умышленную, нечего было бы и пытаться констатировать между соучастниками искомое различіе. Слѣдуя господствующей доктринѣ необходимо признать, что принципіальное различіе между соучастниками ничѣмъ не можетъ быть обосновано. Къ такому выводу, дѣйствительно, и приходитъ, напр., Таганцевъ.

Иное дѣло, если требовать для соучастія лишь ВИНОВНОСТИ ВООБЩЕ, согласно съ формулой, установленной мной выше.

Съ этой точки зрѣнія, къ соучастію относятся между прочимъ, и такіе случаи, когда одно лицо дѣйствуетъ злоумышленно (cum dolo), на сторонѣ же другого существуетъ только неосторожность (culpa) Подстрекательство выстрѣлить въ кустарникъ, слѣдовательно, уже и есть такая комбинація, гдѣ въ субъективномъ отношеніи соучастниковъ къ результату, наблюдается важное качественное различіе, и гдѣ поэтому, можно съ полнымъ правомъ говорить о видахъ соучастія, безусловно различныхъ по наказуемости, т.е. о соучастіи главномъ и второстепенномъ.

Установившуюся въ наукѣ терминологію, по которой второстепенное соучастіе называется "пособничествомъ", а главное - "виновничествомъ "- такую терминологію мы должны рѣшительно отвергнуть, какъ совершенно несогласную съ существомъ дѣла.

Въ самомъ дѣлѣ, съ терминомъ "пособничество" соединяется представленіе о такой дѣятельности,

которая ведетъ къ результату лишь посредственно (т. е, черезъ посредство дѣйствій другого лица):но, ясно что съ моей точки зрѣнія, соучастникъ, выполняющій подобную дѣятельность, можетъ быть одинаково какъ второстепеннымъ, такъ и главнымъ дѣйствующимъ лицомъ-виновникомъ.(Напр., если субъектъ злоумышленно доставляетъ другому орудіе для неосторожнаго совершенія преступнаго дѣянія). Съ другой стороны, соучастіе второстепенное можетъ быть и при дѣйствіи, ведущемъ къ преступленію непосредственно.

Что же касается термина "виновничество", то, принимаемый въ его настоящемъ смыслѣ, онъ отнюдь не можетъ быть отнесенъ ко всякаго рода соучастію, такъ какъ каждый соучастникъ долженъ быть необходимо виновнымъ въ преступленіи. Если же отождествлять"вину" съ "причиной", такъ это дѣлаетъ Жиряевъ, то выраженіе "виновничество" нельзя примѣнить ни къ какому виду соучастія: въ чемъ бы ни состояла дѣятельность соучастника, она не можетъ быть признана причиной преступленія въ строгомъ смыслѣ этого слова.

Вотъ и все, что я имѣлъ сказать по вопросу о принципіальномъ раздѣленіи соучастія на главное и второстепенное.

За ученіемъ о соучастіи вообще долженъ слѣдовать анализъ главнѣйшихъ типовъ соучастія, различаемыхъ по свойству внѣшнихъ ролей участвующихъ лицъ. Хотя объективное свойство дѣятельности соучастника и ея

Уголовное право. Часть Общая. Проф. Коллонтай. Листъ 28.

опредѣляетъ само по себѣ наказуемости послѣдняго, нельзя однако же не согласиться съ Таганцевымъ, что различіе между участвующими лицами "по внѣшней характеристикѣ ихъ дѣятельности, несомнѣнно, имѣетъ свое значеніе для теоретическаго изученія оттѣнковъ соучастія". (Я надѣюсь, что это вполнѣ выяснится для васъ дальше). Имѣя въ виду распредѣленіе между соучастниками внѣшнихъ ролей, необходимо различать слѣдующія основныя комбинаціи:

1) Соучастіе непосредственнаго исполнителя и подстрекателя.

2) Соучастіе непосредственнаго исполнителя и пособника и

3) Соучастіе нѣсколькихъ непосредственныхъ исполнителей.

Начну, съ ученія о подстрекательствѣ.

2. П О Д С Т Р Е К А Т Е Л Ь С Т В О .

А. ПОНЯТІЕ ПОДСТРЕКАТЕЛЬСТВА.

Подстрекательство, называемое также "интеллектуальнымъ виновничествомъ" предполагаетъ такое психическое воздѣйствіе одного субъекта на другого, благодаря которому послѣдній воспроизводитъ тотъ или другой преступный результатъ. Чтобы оказать подобное воздѣйствіе на другого субъекта, необходимо вызвать въ немъ извѣстные мотивы къ правонарушающей дѣятельности. Поэтому, со стороны объективной, подстрекатель есть тотъ, кто вызываетъ въ другомъ лицѣ мо-

тивы, подъ вліяніемъ которыхъ это лицо опредѣляется къ преступленію.

Въ литературѣ въ прежнее время господствовало ученіе, что подстрекательство можетъ быть совершено только извѣстными опредѣленными способами. Отсюда проистекали нескончаемые споры о томъ, составляетъ ли тотъ или другой видъ интеллектуальнаго воздѣйствія достаточное средство для подстрекательства. Иначе смотрятъ на дѣло современные криминалисты."Для подстрекательства,говоритъ Таганцевъ, необходимо только доказанное вовлеченіе въ преступленіе,но безразлично, какими именно путями и средствами совершилось это вовлеченіе". Таковъ взглядъ новѣйшихъ ученыхъ. И точно, внѣшняя форма интеллектуальнаго воздѣйствія не имѣетъ никакого существеннаго значенія. Средства, съ помощью которыхъ субъектъ можетъ натолкнуть другого на преступленіе, являются разнообразными до безконечности.Нѣтъ такого вида нравственнаго воздѣйствія,который бы не могъ при извѣстныхъ условіяхъ послужить достаточнымъ средствомъ для подстрекательства. Такимъ средствомъ служитъ иногда прямое противорѣчіе намѣренію субъекта, притворное стараніе удержать его отъ преступнаго дѣйствія. Далѣе, орудіемъ подстрекательства могутъ быть не только слова, но такіе извѣстные знаки, жесты и т.п. Наконецъ, существуетъ еще такъ называемое"посредственное подстрекательство", т.е. подстрекательство совершаемое

чрезъ третье лицо. Большинство криминалистовъ обходятъ подобные случаи совершеннымъ молчаніемъ; тѣ же, которые указываютъ на возможность посредственнаго подстрекательства, имѣютъ въ виду исключительно такія комбинаціи, гдѣ посредствующее лицо дѣйствуетъ также cum dolo. Между тѣмъ, третье лицо можетъ дѣйствовать при подстрекательствѣ не только безъ умысла, но и быть совершенно невиннымъ. Такъ, представимъ себѣ, что А умышлечно опредѣлилъ В къ убійству жены, сообщивъ ему о невѣрности послѣдней черезъ третье лицо С, которое никакъ не могло предполагать, чтобы сообщеніе его могло повлечь за собою послѣдствіе, преднамѣренное первымъ. Очевидно, дѣйствіе А здѣсь должно быть обсуждаемо точно такъ же, какъ и въ томъ случаѣ, если бы С дѣйствовалъ съ преступнымъ умысломъ.

Итакъ, бытіе подстрекательства отнюдь не зависитъ отъ внѣшней формы интеллектуальнаго воздѣйствія; для отвѣтственности субъекта, въ качествѣ подстрекателя, за совершенное другимъ преступленіе необходимо, съ объективной стороны, лишь одно условіе : чтобы мотивы, побудившіе второго къ преступному дѣйствію, были вызваны въ немъ усиліями перваго.

Спрашивается теперь, какія условія предполагаются подстрекательствомъ со стороны субъективной?

Господствующее ученіе принимаетъ подстрекательство только тамъ, гдѣ оба дѣйствующія лица имѣютъ умыселъ и гдѣ, кромѣ того, между ними существуетъ соглашеніе

И это является вполнѣ понятнымъ, если припомнить установившійся въ наукѣ взглядъ на соучастіе вообще.- взглядъ, по которому умышленность и единеніе воли составляютъ необходимое условіе для бытія соучастія. Но такая доктрина, какъ мы видѣли, не можетъ быть признана состоятельной. Если же это такъ, то необходимо отвергнуть и указанныя требованія относительно подстрекательства.

Оставаясь вѣрнымъ своимъ взглядамъ, высказаннымъ въ ученіи о соучастіи вообще, я, естественно, долженъ допустить подстрекательство во множествѣ комбинацій, гдѣ оно рѣшительно отвергается господствующей доктриной.

Итакъ, прежде всего, я признаю примѣнимость понятія подстрекательства во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда оба дѣйствующія лица, хотя и имѣютъ преступный умыселъ но между ними нѣтъ "единенія воли". Весьма возможно, что субъектъ, вызывающій намѣренно въ другомъ извѣстные мотивы къ совершенію злого дѣянія, не только не указываетъ прямо на преступленіе, но и тщательно скрываетъ отъ подстрекаемаго свой умыселъ. Такимъ образомъ, непосредственный исполнитель можетъ и не догадываться, что, осуществляя свое намѣреніе, онъ реализуетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и волю лица, вызвавшаго въ немъ мотивы къ преступному дѣянію. При подобныхъ условіяхъ о"единеніи воли" между дѣйствующими лицами, конечно, не можетъ быть и рѣчи; поэтому, съ точки зрѣнія господ-

ствующей доктрины здѣсь неприменимо понятіе соучастія, а слѣдовательно, и понятіе подстрекательства. Позволительно однако же спросить, какъ же въ такомъ случаѣ разсматривать субъекта, обусловившаго преступный результатъ посредствомъ воздѣйствія на волю другого? Какъ преступника самостоятельнаго ? Но это значило бы констатировать два отдѣльныхъ преступленія при единичномъ преступномъ результатѣ. Или разсматривать его, какъ лицо ненаказуемое? Но это прямо противорѣчило бы здравому смыслу. Ясно, такимъ образомъ, что къ указаннымъ случаямъ, не смотря на отсутствіе "единенія воли", необходимо принять понятіе подстрекательства.

Та же точка зрѣнія должна имѣть мѣсто и относительно тѣхъ комбинацій, гдѣ на долю одного изъ дѣйствующихъ лицъ или даже на долю обоихъ выпадаетъ не умыселъ, но culpa (неосторожность).

Отвергая подстрекательство неосторожное, криминалисты обыкновенно утверждаютъ, что отвѣтственность интеллектуальнаго дѣятеля за culpa предоставляется вообще немыслимой.

Такъ, по словамъ Ланггебека, при неумышленномъ определеніи другого къ правонарушающему дѣйствію нельзя допустить необходимаго условія неосторожной вины, именно, возможности предвидѣнія противозаконнаго результата. Такое предвидѣніе Ланггебекъ допускаетъ лишь тамъ, гдѣ субъектъ воздѣйствуетъ на силы

природы физической, и рѣшительно отвергаетъ его воз ож
ность при интеллектуальномъ воздѣйствіи одного субъекта на другого. При этомъ онъ ссылается на то, что воля ловѣка вообще свободна, вслѣдствіе чего ея направленіе, обусловленное тѣмъ или другимъ внѣшнимъ вліяніемъ, и не можетъ быть предусмотрѣно напередъ.

Такую же точно аргументацію мы встрѣчаемъ и въ нашей литературѣ у Жиряева. "Виновная неосторожность, говоритъ онъ, состоитъ въ такомъ дѣйствованіи, при коемъ дѣйствующій, имѣя въ виду опредѣленные законы несвободной природы, долженъ былъ бы ожидать непосредственныхъ, отъ того худыхъ или вообще противозаконныхъ послѣдствій Но для случайныхъ дѣйствій людей нѣтъ никакихъ твердыхъ правилъ; отъ этого никто не въ состояніи опредѣлить даже съ вѣроятностью, какое вліяніе будетъ имѣть извѣстный его поступокъ, напр., извѣстныя слова, сказанныя въ чьемъ либо присутствіи, на другого человѣка. Вслѣдствіе этого никогда и никого нельзя обвинять въ неосторожномъ подстрекательствѣ, а потому и понятіе о немъ, возможное въ смыслѣ естественномъ, невозможно въ смыслѣ юридическомъ".

Такимъ образомъ, при отрицаніи и неосторожнаго подстрекательства названные криминалисты основываются на метафизическомъ ученіи о свободѣ воли, несостоятельность котораго я уже раньше подробно выяснилъ.

Посмотримъ теперь, какъ доказываютъ криминалисты невозможность подстрекательства при неумышленной дѣятель

ности непосредственнаго исполнителя.

Независимо отъ ссылки на понятіе о соучастіи вообще, криминалисты отвергаютъ въ указанномъ случаѣ подстрекательство еще на томъ основаніи, будто субъектъ, непосредственно выполняющій преступленіе, является здѣсь БЕЗВОЛЬНЫМЪ, *МЕХАНИЧЕСКИМЪ орудіемъ въ* рукахъ опредѣляющаго его *лица, почему послѣднее и* должно быть разсматриваемо, какъ непосредственный исполнитель.

Противъ этого нельзя не возразить, что отсутствіе умысла, какъ справедливо замѣчаетъ Ортманъ, еще не есть отсутствіе воли вообще. Тотъ, кто совершаетъ преступленіе подъ вліяніемъ интеллектуальнаго воздѣйствія со стороны другого, не есть механическое орудіе даже и тамъ, гдѣ на его долю выпадаетъ лишь casus; такимъ орудіемъ субъектъ можетъ быть вообще только въ одномъ случаѣ, когда онъ находится подъ дѣйствіемъ такъ называемаго ФИЗИЧЕСКАГО ПРИНУЖДЕНІЯ((vis absoluta). Напр. А схватываетъ руку В и, противъ воли послѣдняго, ударяетъ ею третье лицо С.

Согласно съ моимъ ученіемъ о соучастіи вообще, я вполнѣ допускаю какъ неосторожное подстрекательство къ умышленному дѣянію, такъ и, наоборотъ, умышленное подстрекательство, къ преступленію неосторожному. Итакъ, съ правильной точки зрѣнія, для существа дѣла совершенно безразлично, подъ какой бы типъ ни подходила виновность дѣйствующихъ лицъ; для призна-

нія въ данномъ случаѣ подстрекательства, необходимо, со стороны субъективной, только одно: чтобы на долю каждого изъ соучастниковъ выпадала та или другая форма вины.

На основаніи всего вышеизложеннаго я прихожу къ слѣдующему опредѣленію разсматриваемаго понятія: ПОДСТРЕКАТЕЛЬ ЕСТЬ ТОТЪ, КТО ВИНОВНЫМЪ ОБРАЗОМЪ ВЫЗЫВАЕТЪ ВЪ ДРУГОМЪ МОТИВЫ КЪ ВИНОВНОМУ СОВЕРШЕНІЮ ПРЕСТУПНАГО ДѢЯНІЯ.

Установивъ понятіе подстрекательства, намъ слѣдуетъ указать тѣ случаи, которые хотя и имѣютъ съ подстрекательствомъ внѣшнюю аналогію, но однако же не допускаютъ примѣненія этого понятія - случаи, получившіе въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ названіе КАЖУЩАГОСЯ ИЛИ МНИМАГО ПОДСТРЕКАТЕЛЬСТВА. Сюда должны быть отнесены слѣдующія комбинаціи :

1) Когда кто опредѣляетъ къ преступленію субъекта, находящагося въ состояніи невмѣняемости. Основаніе, по которому указанный случай не можетъ быть отнесенъ къ подстрекательству, состоитъ въ томъ, что мы имѣемъ здѣсь только одно виновное лицо, между тѣмъ какъ всякое вообще соучастіе, а слѣдовательно, и подстрекательство предполагаетъ наличность, по крайней мѣрѣ, двухъ отвѣтственныхъ лицъ.

2) Когда средствомъ для опредѣленія другого къ преступному дѣйствію служитъ ,такъ называемое психическое принужденіе (vis compulsiva). Непримѣнимость къ разбираемымъ нами комбинаціямъ понятія подстрекатель-

ства вытекаетъ, на мой взглядъ единственно изъ того, что мы имѣемъ здѣсь, какъ и въ комбинаціяхъ первой категоріи, лишь одного виновнаго субъекта(такъ какъ лицо , выполнившее преступный актъ подъ вліяніемъ психическаго принужденія, является во всякомъ случаѣ безотвѣтственнымъ).

На томъ же основаніи слѣдуетъ отвергнуть подстрекательство и въ случаяхъ слѣдующихъ трехъ категорій.

3) Когда кто опредѣляетъ другого къ преступному дѣйствію посредствомъ безусловнаго обязательнаго приказа.

4) Когда субъектъ, опредѣляемый другимъ къ преступленію, находится въ такихъ обстоятельствахъ или отношеніяхъ, которыя дѣлаютъ его дѣяніе извинительнымъ, (напр. состояніе крайней нужды, родственныя отношенія къ жертвѣ при такъ назыв. семейномъ воровствѣ).

Въ подобныхъ случаяхъ, вслѣдствіе безотвѣтственности непосредственнаго исполнителя, опредѣлившій его субъектъ не можетъ быть разсматриваемъ, какъ подстрекатель; но это не значитъ, чтобы онъ долженъ былъ оставаться ненаказуемымъ, какъ напр., въ томъ случаѣ, гдѣ опредѣляемый субъектъ находится въ состояніи необходимой обороны. При необходимой оборонѣ, какъ вамъ уже извѣстно, уничтожается самая противозаконность дѣянія, которое становится правомѣрнымъ; если же самое дѣяніе правомѣрно, то и опредѣленіе къ нему со стороны другого лица не можетъ имѣть преступнаго ха-

рактера. Напротивъ того, такія обстоятельства,какъ крайняя необходимость,заставляютъ насъ лишь извинять дѣяніе,отнюдь не уничтожая его неправомѣрности: они носятъ чисто субъективный характеръ и не могутъ поэтому обусловить безотвѣтственность другого, который лично ихъ не имѣетъ, а способны повліять лишь на мѣру его наказуемости.

5) Наконецъ, мы должны отвергнуть подстрекательство и въ тѣхъ случаяхъ, когда опредѣляемый къ дѣйствію субъектъ находится подъ вліяніемъ ошибки,исключающей всякую виновность.Если исходить изъ того положенія, что подстрекнутый долженъ необходимо дѣйствовать умышленно, то,очевидно, подстрекательство является немыслимымъ при всякой ошибкѣ непосредственнаго исполнителя, которая исключаетъ dolus.Но указанное положеніе, какъ мы видѣли, не можетъ быть признано состоятельнымъ ;съ правильной точки зрѣнія,на сторонѣ подстрекнутаго возможны и другія формы вины,кромѣ умысла. Поэтому,чтобы ошибка непосредственнаго исполнителя дѣлала непримѣнимымъ понятіе подстрекательства, она должна исключить не только умыселъ, но и вообще всякую вину: только въ этомъ случаѣ принятіе соучастія, а слѣдовательно, и подстрекательства,представляется невозможнымъ.

Перехожу теперь къ вопросу о наказуемости подстрекателя и подстрекнутаго.

В. НАКАЗУЕМОСТЬ ПОДСТРЕКАТЕЛЯ И ПОДСТРЕКНУТАГО.

Если мотивы, побудившіе субъекта къ преступленію, были вызваны въ немъ другимъ, то это обстоятельство, конечно, не можетъ ни увеличить, ни уменьшить наказуемости перваго. При опредѣленіи мѣры наказанія, мы принимаемъ въ разсчетъ только свойство и силу мотивовъ, но для насъ совершенно безразлично, подъ какимъ именно внѣшнимъ вліяніемъ они возникли у виновнаго субъекта. Отсюда ясно, что подстрекнутый подлежитъ вообще тому же самому наказанію, какъ и преступникъ одиночный.

Но какъ наказывать подстрекателя ? Какова должна быть мѣра его отвѣтственности сравнительно съ подстрекнутымъ ?

По этому вопросу литература выставила 4 различныхъ взгляда:

1. По мнѣнію нѣкоторыхъ старинныхъ криминалистовъ подстрекатель подлежитъ безусловно одинаковому наказанію съ подстрекнутымъ. Въ силу такой теоріи отвѣтственность подстрекателя должна опредѣляться исключительно обстоятельствами, лежащими на сторонѣ подстрекнутаго, условія же собственной дѣятельности перваго не могутъ имѣть ни малѣйшаго вліянія на его наказуемость. Несообразность такого ученія слишкомъ очевидна. Неудивительно поэтому, что въ новѣйшей литературѣ оно болѣе уже не встрѣчается.

2) Другіе старинные криминалисты полагали, что подстрекатель вообще подлежитъ большему наказанію, чѣмъ подстрекнутый. Такого же воззрѣнія держится изъ новѣйшихъ ученыхъ Гейеръ (герм.ученый).

Аргументація Гейера такова:"кто почерпаетъ рѣшимость изъ самого себя, не нуждаясь въ опредѣленіи со стороны другого, тотъ имѣетъ волю,связанную съ его собственнымъ "я" болѣе тѣснымъ образомъ,чѣмъ воля того, кто долженъ быть опредѣленъ къ рѣшимости другими, Вмѣненіе же вообще тѣмъ выше,чѣмъ тѣснѣе связано дѣйствіе съ волей, а эта послѣдняя съ собственнымъ "я" преступника".

Противъ этого я замѣчу слѣдующее. О всякомъ вообще преступникѣ, а, слѣдовательно, и о подстрекнутомъ,можно сказать съ полнымъ правомъ, что "онъ почерпаетъ преступную волю изъ самого себя";подъ какимъ бы внѣшнимъ вліяніемъ ни сложилась рѣшимость субъекта,она является во всякомъ случай продуктомъ совершившагося въ немъ самомъ психологическаго процесса. Интеллектуальное воздѣйствіе на виновнаго со стороны другого имѣетъ точно такое же значеніе, какъ и всякія другія внѣшнія вліянія, отъ которыхъ несвободенъ ни одинъ преступникъ. Если подстрекнутый опредѣляется къ преступленію благодаря мотивамъ, вызваннымъ въ немъ другимъ лицомъ, то изъ этого отнюдь еще не слѣдуетъ чтобы воля его была въ менѣе тѣсной связи съ его

собственнымъ "я",чѣмъ какая существуетъ между волей и личностью подстрекателя.Судебная практика представляетъ намъ не мало случаевъ,гдѣ подстрекатель находился подъ тяжелымъ давленіемъ внѣшнихъ обстоятельствъ, заставившихъ его измѣнить обычнымъ правиламъ и стремленіямъ; подстрекнутый же, напротивъ того, дѣйствовалъ вполнѣ согласно съ обыденнымъ строемъ своей психической жизни, съ глубоко укоренившимися въ немъ страстями и привычками. Можно ли послѣ этого согласиться съ тѣмъ общимъ правиломъ, которое выставляетъ Гейеръ ?

3. Въ видѣ реакціи только что разсмотрѣннаго ученія въ литературѣ явилась доктрина, по которой подстрекатель долженъ подлежать вообще меньшему наказанію чѣмъ подстрекнутый.

Главные представители этой доктрины - Миттермейеръ и К рминьяни.

Мотивируя свой взглядъ,ученые эти ссылаются преимущественно на то, чтодѣйствовать на словахъ гораздо легче,чѣмъ на дѣлѣ, что непосредственный исполнитель преодолѣваетъ различныя препятствія, не существующія для подстрекателя, и обнаруживаетъ, такимъ образомъ, большую преступную энергію, чѣмъ послѣдній.

Основательное возраженіе противъ такой аргументаціи находимъ мы у Жиряева."Подстрекатель-вполнѣ справедливо замѣчаетъ онъ - дѣйствуетъ не на однихъ только словахъ,хотя въ большей части случаевъ онъ дѣйствуетъ словами. Дѣйствовать только на словахъ зна-

читъ выражать лишь свое намѣреніе и ни мало не стремиться къ его осуществленію, между тѣмъ какъ интеллектуальный виновникъ дѣйствительно, хотя и непосредственно, вполнѣ или отчасти осуществляетъ свой преступный замыселъ, выраженный при подстрекательствѣ. Между нимъ и непосредственнымъ виновникомъ та только съ семъ отношеніи разница, что послѣдній для совершенія преступленія прибѣгаетъ къ посредству или силъ внѣшней природы или силъ своего собственнаго тѣла, тогда какъ интеллектуальный виновникъ дѣлаетъ своимъ орудіемъ другое мыслящее существо".

Кромѣ того, противъ Миттермайера и Карминьяни нельзя не замѣтить, что обстоятельства, представляющія особыя препятствія при реализаціи умысла, далеко не всегда выпадаютъ на долю непосредственнаго исполнителя: существуютъ ли подобныя обстоятельства или нѣтъ, - это составляетъ, по вѣрному замѣчанію Лангенбека, quaestio facti .Съ другой стороны особыя препятствія могутъ, несомнѣнно, встрѣчаться и на сторонѣ подстрекателя. Поэтому, едва ли можно утверждать, что подстрекнутый ВСЕГДА проявляетъ болѣе преступной энергіи, чѣмъ подстрекатель.

4) Наконецъ, по господствующему нынѣ взгляду, подстрекатель и подстрекнутый заслуживаютъ inabstracto ceteris paribus(при тождественныхъ условіяхъ), равнаго наказанія.

Большинство ученыхъ, мотивируя такое положеніе ссылаются на то, что подстрекатель долженъ быть во-

обще разсматриваемъ такъ, какъ будто бы онъ непосредственно совершилъ данное преступное дѣяніе. При этомъ криминалисты основываются на извѣстномъ юридическомъ правилѣ : quod quis fecit per alium , ipse fecisse videtur. Но подобная аргументація не выдерживаетъ критики. Правило, на которомъ она покоится, принадлежитъ къ сферѣ права гражданскаго и не можетъ имѣть примѣненія въ правѣ уголовномъ, гдѣ основаніемъ юридической оцѣнки долженъ служить всегда анализъ дѣйствительности, а отнюдь не какія либо фикціи. Что подстрекатель и подстрекнутый in abstracto ceteris paribus, подлежатъ одинаковому наказанію -это начало принимается и мною, какъ вполнѣ раціональное ; но я основываюсь совершенно на другихъ соображеніяхъ. Какимъ именно путемъ я пришелъ къ убѣжденію въ вѣрности указаннаго начала это вы сейчасъ увидите.

Уже при разборѣ теорій Гейера и Миттермейера мы должны были убѣдиться, что со стороны субъективной между подстрекателемъ и подстрекнутымъ невозможно установить in abstracto никакого существеннаго различія. Если же это такъ, то все сводится исключительно къ анализу объективной стороны дѣла. Какъ скоро мы найдемъ, что и съ этой стороны между подстрекателемъ и непосредственнымъ исполнителемъ преступнаго дѣянія нѣтъ никакого существеннаго различія, тогда очевидно, намъ остается лишь одно: признать обоихъ соучастниковъ in abstracto заслуживающими одинако-

ваго наказанія.

Итакъ, весь вопросъ сводится къ слѣдующему: не представляетъ ли подстрекательство, со стороны его внѣшней связи съ результатомъ, какой либо особый способъ совершенія дѣликта, который не можетъ быть приравненъ къ исполненію непосредственному ?

Однимъ изъ факторовъ, связующихъ дѣятельность подстрекателя съ преступнымъ результатомъ, является ВОЛЯ другого лица. Не трудно, поэтому, видѣть, что тотъ или другой отвѣтъ на нашъ вопросъ зависитъ отъ рѣшенія проблемы чисто психологической, - вопроса о томъ, существуетъ ли у человѣка свобода выбора или нѣтъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если мы станемъ на точку зрѣнія теоріи свободы выбора, то надо будетъ признать, что въ цѣпи явленій, чрезъ посредство которыхъ усилія подстрекателя ведутъ къ послѣдствію, существуетъ факторъ, не опредѣляемый съ необходимостью своими предыдущими. Но тогда и самое преступленіе не будетъ необходимымъ продуктомъ дѣятельности подстрекателя; тогда подстрекательство явится, несомнѣнно, совершенно особымъ, менѣе наказуемымъ, способомъ совершенія деликта.

Напротивъ того, если слѣдовать ученію детерминистовъ, то связь между результатомъ и усиліями подстрекателя получитъ характеръ НЕОБХОДИМОСТИ и подстрекательство представляется вполнѣ аналогичнымъ съ непосредственнымъ исполненіемъ преступнаго дѣянія.

Такимъ образомъ, въ ученіи о подстрекательствѣ

Типографія Правового Кабинета Профессора Л. Петражицкаго. 29-я Линія В.О., д. 6.

мы неизбѣжно наталкиваемся на психологическій вопросъ о свободѣ воли.

Большинство криминалистовъ, какъ извѣстно, слѣдуетъ системѣ свободы выбора. Вотъ почему они и утверждаютъ, что подстрекатель не имѣетъ ОПРЕДѢЛЯЮЩАГО вліянія на волю подстрекаемаго, что между дѣйствіями этихъ соучастниковъ не существуетъ ПРИЧИННОЙ связи. "Волю другого лица, замѣчаетъ Лангенбекъ, невозможно опредѣлить подобно физической силѣ; лицо можетъ только само себя опредѣлить къ дѣйствію". По словамъ Бернера, "если бы воля одного лица относилась къ волѣ другого, какъ причина къ слѣдствію, то вторая воля уже не была бы волей, потому что не была бы свободной. Причина дѣлаетъ необходимымъ слѣдствіе; воля же не можетъ ничѣмъ опредѣляться съ необходимостью". Въ этомъ же смыслѣ высказывается Шютце, Бури, Ортоланъ и многіе другіе. Но теорія свободы воли, какъ я старался доказать вамъ въ психологическомъ очеркѣ, не выдерживаетъ научной критики.

Я указывалъ вамъ, что въ каждомъ конкретномъ случаѣ ВОЛЮ ОПРЕДѢЛЯЮТЪ СЪ НЕОБХОДИМОСТЬЮ тѣ или другіе мотивы, которые являются, въ свою очередь столь же НЕОБХОДИМЫМЪ продуктомъ съ одной стороны, характера даннаго субъекта, а съ другой, - разнообразныхъ внѣшнихъ вліяній. Такимъ образомъ, волевые акты подчинены въ нашихъ глазахъ, столь же строгимъ законамъ, какъ и явленія природы физической.

Но ставши на почву такой доктрины, мы, естественно,

должны отвергнуть всякое сколько нибудь существенное объективное различіе между подстрекательствомъ и непосредственнымъ исполненіемъ дѣянія. Съ точки зрѣнія детерминизма, преступный результатъ находится съ дѣятельностью подстрекателя въ такой же необходимой связи, какъ и съ дѣйствіями исполнителя непосредственнаго.

Если же принять въ разсчетъ, что между подстрекателемъ и подстрекнутымъ невозможно признать in abstracto никакого различія и со стороны субъективной, то, конечно, не останется ничего болѣе, какъ установить для соучастниковъ in abstracto ceteris paribus одинаковую наказуемость.

Такимъ образомъ, оказывается, что начало формулированное господствующей доктриной, вполнѣ раціонально, хотя обоснованіе его, встрѣчаемое у большинства криминалистовъ, и было признано мною совершенно несостоятельнымъ.

С. ВЛІЯНІЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВЪ ОДНОГО СОУЧАСТНИКА НА ОТВѢТСТВЕННОСТЬ ДРУГОГО.

Какъ на сторонѣ непосредственнаго исполнителя, такъ и на сторонѣ подстрекателя могутъ быть особыя обстоятельства, имѣющія по закону, то или другое вліяніе на отвѣтственность виновнаго субъекта. Отсюда естественно возникаетъ слѣдующій вопросъ: должны ли подобныя обстоятельства вліять на наказуемость другого соучастника и если должны, то въ какой именно мѣрѣ?

Существуютъ группы условій, относительно которыхъ данный вопросъ разрѣшается чрезвычайно просто.

Такъ, если мы возьмемъ обстоятельства, имѣющія, очевидно, чисто личный характеръ, каковы, напр., малолѣтство, рецидивъ, то не можетъ быть никакого сомнѣнія, что такія условія, существуя на сторонѣ одного соучастника, не должны опредѣлять собою отвѣтственности другого. "Такъ какъ эти условія, справедливо замѣчаетъ Таганцевъ, никакого отношенія къ самому дѣянію не имѣютъ, то они и не могутъ распространять своего вліянія на другихъ соучастниковъ. Малолѣтнему преступнику должна быть, конечно уменьшена отвѣтственность, но его взрослые пособники будутъ отвѣчать по общимъ правиламъ ; точно также подстрекатель лица, оказавшагося рецидивистомъ, не можетъ быть подвергнутъ усиленной отвѣтственности".

Столь же просто рѣшается вопросъ и по отношенію къ тѣмъ условіямъ, которыя принадлежатъ къ обстановкѣ исполненія преступленія, напр., время и мѣсто, свойство употребляемыхъ средствъ и т.д. Подобныя обстоятельства, конечно, опредѣляютъ собою и отвѣтственность подстрекателя, если только послѣдній ихъ предвидѣлъ. Основное положеніе Тютце, по которому "дѣяніе непосредственнаго исполненія опредѣляетъ совершенное преступленіе и для подстрекателя", - такое положеніе можетъ быть признано безспорнымъ, если только прибавить къ нему оговорку: поскольку подстрекатель предусматривалъ составныя части дѣянія подстрекнутаго.

Иначе думаетъ Таганцевъ. По его словамъ :" если привходящія обстоятельства имѣютъ чисто объективный характеръ, вліютъ, такъ сказать, самимъ фактомъ своего существованія, какъ напр., совершеніе преступленія ночью въ публичномъ мѣстѣ, при многочисленномъ собраніи то они вліяютъ на отвѣтственность всѣхъ соучастниковъ, подстрекателей и пособниковъ, хотя бы эти условія во время соглашенія и не были предвидѣны". Такимъ образомъ, Таганцевъ допускаетъ вліяніе на отвѣтственность подстрекателя и такихъ обстоятельствъ, которыя послѣднимъ не предусматривались. Но такое положеніе противорѣчитъ основнымъ началамъ уголовнаго права.

Кромѣ указанныхъ группъ условій, вліяющихъ на отвѣтственность, есть еще другія группы, относительно которыхъ рѣшеніе вопроса является уже далеко не столь простымъ. Я имѣю въ виду слѣдующія двѣ комбинаціи: А) Когда самая наказуемость дѣянія, выполненнаго подстрекнутымъ, обусловливается его личными отношеніями, что мы видимъ при двоеженствѣ, прелюбодѣяніи, кровосмѣшеніи, а также въ преступленіяхъ должностныхъ. В) Когда на сторонѣ того или другого соучастника существуютъ такія личныя отношенія или обстоятельства, при которыхъ дѣяніе разсматривается какъ квалифицированное (подлежащее усиленной наказуемости - отцеубійство) (или привилегированное (подлежащее смягченному наказанію - дѣтоубійство).

Остановимся сначала на случаяхъ перваго рода (А).

Какъ разсматривать неслужащее лицо, которое побудило другого къ одному изъ преступленій по должности ? Какъ должень быть обсуждаемъ субъектъ опредѣлившій другого къ кровосмѣшенію?

На этотъ счетъ существуютъ различныя воззрѣнія ,

По ученію Россхирта, Кестлина и Таганцева, необходимо строго различать преступленія должностныя,' съ одной стороны, и плотскія - съ другой : лицо, неслужащее,подстрекнувшее другое на преступленіе по должности, должно быть признано безотвѣтственнымъ; напротивъ того всякій, кто побудилъ другого къ одному изъ преступленій плотскихъ, подлежитъ отвѣтственности, въ качествѣ подстрекателя, по тѣмъ же самымъ правиламъ, какія имѣютъ силу относительно дѣяній, не предполагающихъ никакихъ особыхъ отношеній со стороны непосредственнаго исполнителя.

Гораздо вѣрнѣе разрѣшается данный вопросъ господствующей доктриной, по которой интеллектуальный дѣятель можетъ отвѣчать, въ качествѣ подстрекателя, какъ за преступленіе плотское, такъ и за должностное, хотя бы онъ лично и не состоялъ въ тѣхъ особыхъ отношеніяхъ,отъ которыхъ зависитъ наказуемость непосредственнаго исполнителя.

Чтобы убѣдиться въ вѣрности указанной доктрины, стоитъ только вникнуть въ истинное значеніе тѣхъ особыхъ обстоятельствъ непосредственнаго исполнителя, о какихъ идетъ рѣчь при преступленіяхъ *плотскихъ и должностныхъ*, Дѣйствительно , можно ли отдѣлять подобныя обстоятель-

ства отъ преступнаго дѣянія ? Что отвѣтъ долженъ быть отрицательный - въ этомъ не можетъ быть никакого сомнѣнія : мысленно исключивъ данныя отношенія или обязанности исполнителя,мы получаемъ дѣянія ненаказуемое, Въ нарушеніи особыхъ обязанностей заключается здѣсь, такъ сказать, вся суть преступнаго дѣянія, Дѣятельность субъекта сама по себѣ здѣсь не имѣетъ преступнаго характера; она является наказуемой лишь потому, что субъектъ состоитъ въ извѣстныхъ отношеніяхъ. Такимъ образомъ, ясно, что особыя условія, какія мы находимъ на сторонѣ непосредственнаго исполнителя въ delict ' ахъ должностныхъ и плотскихъ,принадлежатъ къ самому преступному дѣянію, заключаютъ существенную часть его состава (corpus delicti).

Но если указанныя условія имѣютъ такой характеръ, то, естественно,что обусловливая наказуемость непосредственнаго исполнителя, они должны имѣть рѣшающее значеніе и для субъекта который значитъ въ первомъ преступную волю, зная объ этихъ обязанностяхъ или отношеніяхъ. Это прямо вытекаетъ изъ того безспорнаго начала что дѣяніе исполнителя опредѣляетъ собою и отвѣтственность побудившаго его къ преступленію лица, поскольку послѣднее хотѣло этого дѣянія. Вотъ почему я и считаю вполнѣ раціональной ту доктрину, по которой всякій, опредѣлившій другого къ преступленію плотскому, или должностному, отвѣчаетъ, въ качествѣ подстрекателя по тому же самому закону, какой примѣняется къ под-

стрекнутому. Пусть интеллектуальный дѣятель не состоитъ лично въ отношеніяхъ, предполагаемыхъ составомъ даннаго дѣянія; но, вѣдь онъ сознательно обусловилъ послѣдствіе, а поэтому и долженъ отвѣчать за него по общимъ правиламъ относительно подстрекательства,

Обратимся теперь къ комбинаціямъ другой категоріи (В), гдѣ на сторонѣ того или другого подстрекателя или подстрекнутаго, существуютъ особыя личныя отношенія при которыхъ дѣяніе считается квалифицированнымъ или привилегированнымъ (отцеубійство, домашнее воровство, дѣтоубійство).

Вопросъ о вліяніи подобныхъ отношеній одного соучастника на отвѣтственность другого является также чрезвычайно спорнымъ. Но всѣ разнообразныя ученія по этому вопросу сводятся къ тремъ доктринамъ.

1) Теоріи, которыя допускаютъ примѣненіе особаго закона только къ тому соучастнику, на чьей сторонѣ существуютъ указанныя обстоятельства ; 2) теоріи по которымъ личныя отношенія одного соучастника опредѣляютъ, при извѣстныхъ условіяхъ, и отвѣтственность другого; 3) ученія, которыя вполнѣ признаютъ опредѣляющее значеніе личныхъ условій подстрекнутаго для отвѣтственности подстрекателя, но не допускаютъ, чтобы отношенія второго, т.е. подстрекателя, могли опредѣлять наказуемость непосредственнаго исполнителя. Это ученіе Шютце, по которому подстрекатель всегда подводится подъ одинъ законъ съ подстрекнутымъ, на чьей бы сторонѣ ни находились особыя личныя обстоя-

тельства.

Какое же изъ этихъ ученій слѣдуетъ признать наиболѣе раціональнымъ ? Если слѣдовать господствующей доктринѣ, утверждающей, что отцеубійство, дѣтоубійство домашнее воровство и т.п. составляютъ особые виды дѣяній, совершенно отличныхъ отъ преступленій простыхъ или обыкновенныхъ, если слѣдовать такой доктринѣ, то необходимо вполнѣ согласиться съ ученіемъ Шютце:Вѣдь нельзя же, въ самомъ дѣлѣ, принимать при соучастіи нѣсколько различныхъ по составу преступленій (единственность преступнаго дѣянія составляетъ коренной признакъ соучастія).

Но формула Шютце ведетъ логически къ такимъ выводамъ, которые вызываютъ, по меньшей мѣрѣ, недоумѣнія.

Дѣйствительно, не странно ли признавать отцеубійство въ дѣйствіяхъ постороннаго лица, подстрекнувшаго сына къ убійству отца ? Не говоритъ ли намъ уже простой здравый смыслъ, что отцеубійцей можетъ быть названъ только тотъ, кто лишилъ жизни своего собственнаго отца ?

Не противорѣчитъ ли здравому смыслу и тотъ выводъ, что посторонній, подстрекнувшій мать къ убійству ея незаконнорожденнаго ребенка, долженъ отвѣчать по закону о дѣтоубійствѣ ? Смягчая наказаніе для матери, законъ имѣетъ въ виду отчасти особое свойство мотивовъ, побудившихъ ее къ преступленію,

отчасти - ненормальное психическое состояніе виновной. Но, вѣдь, эти условія не существуютъ на сторонѣ ея соучастника съ какой же стати они будутъ вліять на его наказуемость ?

Не менѣе странны и тѣ результаты, къ которымъ ведетъ теорія Шютце по отношенію къ случаямъ, гдѣ особыя обстоятельства выпадаютъ на долю подстрекателя Съ точки зрѣнія Шютце, сынъ, подстрекнувшій постороннято къ убійству своего отца, долженъ быть наказанъ, наравнѣ съ непосредственнымъ исполнителемъ дѣянія по закону о простомъ убійствѣ, а не по закону объ убійствѣ квалифицированномъ. Но развѣ узы крови не имѣютъ совершенно одинаковаго значенія, совершаетъ ли извѣстный субъектъ дѣяніе непосредственно или же посредствомъ другого лица ? Если родственныя отношенія къ жертвѣ создаютъ для преступника отвѣтственность по особому закону въ первомъ случаѣ, то не ясно ли, что они должны имѣть то же самое послѣдствіе и во второмъ ?

Наконецъ, сопоставимъ вмѣстѣ выводы данной доктрины относительно различныхъ комбинацій При такомъ сопоставленіи выходитъ, что посторонній, подстрекнувшій сына къ убійству его родителя, долженъ быть наказанъ несравненно строже, чѣмъ сынъ, подстрекнувшій постороннято къ убійству своего отца ; выходитъ далѣе, что мать, побудившая другого къ убійству своего незаконнорожденнаго ребенка, подлежитъ гораздо бо-

лѣе строгой отвѣтственности, чѣмъ посторонній, подстрекнувшій мать къ дѣтоубійству.

Вотъ каковы тѣ выводы, къ которымъ приводитъ насъ въ ученіи о подстрекательствѣ общераспространенная доктрина, разсматривающая отцеубійство, дѣтоубійство, домашнее воровство и т.п. какъ особые виды преступныхъ дѣяній. Естественно, что въ основательности такой доктрины у насъ возникаетъ сильное сомнѣніе.

Возьмемъ отцеубійство. Существуетъ ли достаточное основаніе видѣть здѣсь особый видъ убійства, отличный отъ убійства обыкновеннаго ? Что отцеубійца долженъ подлежать вообще высшему наказанію, чѣмъ преступникъ, лишающій жизни постороннаго, противъ этого споритъ не стану ; узы родства предстаютъ и мнѣ такимъ обстоятельствомъ, при которомъ убійство объективируетъ большую деморализацію виновнаго субъекта, а потому заслуживаетъ и болѣе тяжкой отвѣтственности. Но вѣдь такую же точно роль могутъ играть при убійствѣ и множество другихъ самыхъ разнообразныхъ условій. Поэтому если выдѣлять убійство отца въ особый видъ преступленія, то, для послѣдовательности, придется установить столько различныхъ видовъ убійства, сколько существуетъ особыхъ обстоятельствъ, способныхъ возвысить наказуемость преступника. Однако же ни въ кодексахъ, ни въ теоріи мы не встрѣчаемъ подобной попытки. Всѣ очень хорошо понимаютъ, что если, напр., жертвой убійства будетъ лицо, сдѣлавшее много добра

для преступника, то это обстоятельство отнюдь не измѣняетъ самаго дѣянія, не превращаетъ его въ особый видъ преступленія. Между тѣмъ, указанное условіе имѣетъ, очевидно, нисколько не меньшую важность при оцѣнкѣ виновности, чѣмъ узы родства, соединяющія преступника съ жертвой. Нельзя поэтому не согласиться, что нѣтъ никакого основанія принимать особый видъ убійства и въ томъ случаѣ, когда субъектъ лишаетъ жизни своего отца.

То же самое я долженъ сказать и относительно дѣтоубійства. Ненормальное состояніе матери, мотивы, побуждающіе ее къ преступленіе, все это не болѣе, какъ особыя обстоятельства, смягчающія наказуемость, но отнюдь неспособныя видоизмѣнить самаго дѣянія.

Та же точка зрѣнія должна быть установлена и относительно всѣхъ остальныхъ комбинацій, которыя имѣютъ въ виду при разрѣшеніи занимающихъ насъ вопросовъ Такъ, воровство домашнее не можетъ быть разсматриваемо, какъ особый видъ тайнаго похищенія чужой собственности: это просто на просто воровствосъ извѣстными смягчающими обстоятельствами.

Господство иного взгляда объяснить не трудно: криминалисты, очевидно, были сбиты съ толку положительными законодательствами, которыя заключаютъ относительно отцеубійства, дѣтоубійства и т. п. спеціальныя постановленія въ особенной части. Постановленія

эти - замѣчу кстати - совершенно утрачиваютъ свой raison dètre, если только законы ,относящіеся къ убійству и воровству, имѣютъ достаточно широкія рамки: въ этомъ случаѣ и при отсутствіи всякихъ особыхъ постановленій судъ имѣетъ полную возможность соразмѣрять наказаніе съ такими условіями, какови родственныя отношенія при отцеубійствѣ или же особые мотивы и ненормальное состояніе матери при дѣтоубійствѣ.

Но если занимаемое мною воззрѣніе вѣрно, то теорія Шютце теряетъ подъ собой всякую почву. Для того, кто принялъ мой взглядъ, не существуетъ уже никакого препятствія примѣнять въ разбираемыхъ случаяхъ къ подстрекателю иной законъ, чѣмъ къ подстрекнутому : съ установленной мной точки зрѣнія, это отнюдь не значитъ констатировать при соучастіи два различныхъ по составу преступленія, что,конечно, было бы нелѣпо; это значитъ только опредѣлять наказуемость каждаго соучастника по его личнымъ обстоятельствамъ. Такъ, если посторонній, подстрекнувшій сына къ убійству отца,подводится по законъ объ убійствѣ простомъ,то при вѣрномъ взглядѣ на отцеубійство, здѣсь нѣтъ,очевидно, ни малѣйшаго отступленія отъ того начала, по которому дѣяніе подстрекнутаго опредѣляетъ собою и дѣяніе подстрекателя: такое отступленіе можетъ - быть усмотрѣно здѣсь лишь тѣмъ, кто принимаетъ отцеубійство за особый видъ лишенія жизни. И не трудно убѣдиться , что подстрекатель въ данномъ случаѣ только

и можетъ быть подведенъ подъ законъ объ убійствѣ простомъ. Установляя за отцеубійство особое наказаніе, законодатель несомнѣнно имѣетъ въ виду лишь преступника, который лично связанъ узами родства съ жертвой преступленія и примѣнять тотъ же законъ къ лицу постороннему, участвовавшему въ деликтѣ было бы совершенно несправедливо. Если родственныя отношенія подстрекнутаго и могутъ возвышать наказуемость подстрекателя, то, конечно, далеко не въ той же самой мѣрѣ, въ какой они отягчаютъ наказаніе для самого исполнителя: посягать на жизнь постороннаго, дѣйствуя посредствомъ его сына, и посягать на жизнь своего собственнаго отца это совсѣмъ не одно и тоже.

Далѣе, подведеніе соучастниковъ подъ различные законы вполнѣ оправдывается и тамъ, гдѣ особыя условія той же категоріи выпадаютъ на долю подстрекателя. Такъ, когда слуга подстрекаетъ постороннее лицо къ воровству у своего хозяина, то исполнитель долженъ отвѣчать по закону о простомъ воровствѣ, подстрекатель же по закону о воровствѣ квалифицированномъ домашнемъ. Если слуга наказывается по особому закону за непосредственное совершеніе кражи у своего хозяина, то, очевидно, онъ подлежитъ такой же отвѣтственности и тогда, когда онъ подстрекнулъ къ тому лицо постороннее. И подводить здѣсь подстрекателя подъ законъ о воров-

ствѣ домашнемъ отнюдь не значитъ признавать за нимъ иное дѣяніе, чѣмъ за подстрекнутымъ ; кража домашняя, съ правильной точки зрѣнія, есть просто воровство съ извѣстными отягчающими вину обстоятельствами, а никакое не особый видъ тайнаго похищенія чужого имущества.

Л. ПОДСТРЕКАТЕЛЬСТВО НЕУДАВШЕЕСЯ.

Къ "подстрекательству неудавшемуся" въ обширномъ смыслѣ причисляютъ слѣдующіе случаи : 1) Когда со стороны субъекта, на котораго была направлена интеллектуальная дѣятельность, не послѣдовало ни какого наказуемаго дѣйствія ("подстрекательство неудавшееся" въ тѣсномъ смыслѣ); 2) Когда лицо, выполнившее преступленіе непосредственно, имѣло преступную рѣшимость уже раньше интеллектуальнаго воздѣйствія на него со стороны подстрекателя. (Это такъ называемое instigatio alias facturi).Каждая изъ указанныхъ комбинацій заслуживаетъ особаго разсмотрѣнія

а) ПОДСТРЕКАТЕЛЬСТВО НЕУДАВШЕЕСЯ ВЪ ТѢСНОМЪ СМЫСЛѢ.

Можетъ ли быть подвергнуто наказанію лицо, склонявшее другого къ преступленію, когда этотъ послѣдній не совершаетъ никакого наказуемаго дѣйствія, т.е, когда непосредственный исполнитель останавливается на приготовительныхъ дѣйствіяхъ или даже и ихъ не дѣлаетъ.

Одни изъ криминалистовъ (большинство : Лангенбекъ, Кестлинъ, Таганцевъ и др.) отвѣчаютъ на этотъ во-

просъ отрицательно: другіе же, (меньшинство - Кестлинъ, Бури и др.); напротивъ, находятъ вполнѣ возможнымъ признавать въ данномъ случаѣ наказуемое покушеніе на подстрекательство.

Ученые первой категоріи, отстаивая ненаказуемость неудавшагося подстрекательства въ тѣсномъ смыслѣ, ссылаются на то, что такое подстрекательство представляетъ не болѣе, какъ ДѢЙСТВІЕ ПРИГОТОВИТЕЛЬНОЕ, такъ какъ отнюдь не содержитъ въ себѣ НАЧАЛА ИСПОЛНЕНІЯ.

"Подстрекательство, говоритъ Лаппенбекъ, не наказуемо само по себѣ (sich), но становится наказуемымъ лишь тогда, когда подстрекнутый совершилъ, по крайней мѣрѣ дѣйствіе покушенія. До этого момента дѣятельность подстрекателя есть только приготовленіе, которое не относится къ области уголовной реакціи. Она не можетъ быть разсматриваема, какъ актъ исполненія, потому что послѣднее начинается только тамъ, гдѣ совершено нѣчто такое, что является дѣйствительною составною частью угрожаемаго въ законѣ дѣянія, гдѣ, такимъ образомъ, уже сдѣлано начало самого нарушенія закона. О примѣненіи средства, черезъ которое подстрекатель хочетъ совершить преступленіе, здѣсь еще не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ подстрекатель лишь старается добыть себѣ такое средство. Должно обратить вниманіе здѣсь именно на то обстоятельство, что избираемое средство есть свободная личность,

отъ которой вполнѣ зависитъ объективировать ли волю подстрекателя или нѣтъ; поэтому, подстрекаемый долженъ быть названъ не дѣйствительнымъ, но скорѣе лишь возможнымъ средствомъ. Даже при обѣщаніи подстрекаемаго, подстрекатель не имѣетъ еще средства, которое онъ могъ бы примѣнить. Но если бы даже мы и допустили противное, то все же здѣсь нельзя было бы говорить о наказуемомъ покушеніи, потому что пріобрѣтеніе или приспособленіе средствъ" есть только ненаказуемое приготовленіе".

Но такую доктрину я не могу принять. Въ самомъ дѣлѣ, въ чемъ состоитъ основаніе наказуемости покушенія. Оно состоитъ несомнѣнно въ томъ, что мы видимъ здѣсь дѣятельность, которая объективируетъ извѣстную степень ЭНЕРГІИ, необходимую для реализаціи умысла. Но подобная дѣятельность вовсе не должна заключать въ себѣ непремѣнно НАЧАЛО ИСПОЛНЕНІЯ.

Субъектъ можетъ проявить достаточную степень энергіи и въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя не содержатъ въ себѣ ни одного изъ моментовъ, составляющихъ законный составъ преступленія. Бываютъ случаи, гдѣ на пути къ исполненію встрѣчается столько различныхъ препятствій, что уже одна борьба съ ними даетъ намъ полное право заключить о существованіи у преступника достаточной напряженности воли.

Не болѣе счастливы, на мой взглядъ, и защитники ученія противоположнаго, которые принимаютъ въ раз-

Уголовное право. Лекціи проф. Кохановскаго. Изданіе 3-й. Литографія Профессора.

триваемыхъ случаяхъ наказуемое покушеніе, Такъ, нѣкоторые криминалисты, мотивируя такое начало, ссылаются на то, что подстрекательство имѣетъ ВПОЛНѢ САМОСТОЯТЕЛЬНЫЙ СОСТАВЪ: они исходятъ изъ того взгляда, что интеллектуальный виновникъ наказывается не за исполненіе преступленія, а исключительно за опредѣленіе къ преступному дѣйствію другого лица. Противъ этого нельзя не замѣтить, что если подстрекательство есть преступленіе самостоятельное (delictum sui generis), состоящее въ опредѣленіи воли другого къ правонарушающему дѣйствію, то, очевидно, въ случаѣ достиженія подстрекателемъ его ближайшей цѣли (т.е. въ случаѣ вызова въ подстрекаемомъ преступной рѣшимости), на долю подстрекателя выпадаетъ уже не покушеніе только, но дѣяніе оконченное. Такимъ образомъ, изложенная аргументація доказываетъ болѣе, чѣмъ сколько слѣдуетъ, а стало-быть - не доказываетъ ничего.

По моему мнѣнію вопросъ о вышедшемся подстрекательствѣ въ тѣсномъ смыслѣ не допускаетъ одного общаго рѣшенія относительно всѣхъ причисляемыхъ сюда случаевъ. Мнѣ думается, что въ массѣ этихъ случаевъ необходимо строго различать двѣ категоріи. 1) когда подстрекатель дѣйствительно употребляетъ всѣ тѣ средства, какія онъ считалъ необходимыми для того, чтобы вызвать въ другомъ преступную волю, но подстрекаемый не производитъ никакого наказуемаго дѣянія ; 2) когда дѣятельность подстрекателя не имѣетъ указаннаго

свойства.

Въ случаяхъ первой категоріи я, безъ малѣйшаго колебанія, признаю подстрекателя наказуемымъ и именно, какъ виновнаго въ покушеніи.

Въ самомъ дѣлѣ, предположимъ, что А употребилъ всевозможныя старанія, чтобы склонить В къ убійству своего врага, но В не могъ рѣшиться на такое дѣло, Что представляетъ здѣсь дѣятельность подстрекателя? А разсчитывалъ совершить преступленіе исключительно посредствомъ интеллектуальныхъ усилій, и такія усилія были имъ выполнены вполнѣ; если они не привели къ желаемому результату, то лишь благодаря обстоятельствамъ, нисколько не зависѣвшимъ отъ подстрекателя. Ясно, что А находится въ совершенно одинаковомъ положеніи съ непосредственнымъ исполнителемъ, совершившимъ такое воздѣйствіе на силы природы, вслѣдствіе котораго, по его предположенію, эти послѣднія должны были уже сами собой (т.е. помимо всякихъ новыхъ усилій съ его стороны) осуществить преступный результатъ. Подобно непосредственному исполнителю, предпринявшему указанныя дѣйствія А въ приведенномъ примѣрѣ сдѣлалъ все, что считалъ нужнымъ съ своей стороны для реализаціи своего умысла; поэтому, если первый, несомнѣнно, отвѣчаетъ за покушеніе, то не должны ли мы послѣдовательно прійти къ тому же выводу и относительно второго?

Признавая покушеніе лишь тамъ, гдѣ виновный выполнилъ всѣ предположенныя для реализаціи всвоего умысла дѣйствія, я, естественно, долженъ высказаться въ пользу ненаказуемости подстрекателя во всѣхъ тѣхъ случаяхъ гдѣ его дѣятельность осталась почему либо недокончен-ной.

Перехожу къ разсмотрѣнію другой комбинаціи неудавшагося подстрекательства, извѣстной подъ названіемъ : в) Instigatio alias facturi.

По поводу обозначаемыхъ этимъ терминомъ случаевъ въ литературѣ существуетъ множество контравезъ. Такъ, Бернеръ, напр., утверждаетъ, что подстрекательство должно быть разсматриваемо здѣсь во всякомъ случаѣ, какъ ВПОЛНѢ ДѢЙСТВИТЕЛЬНОЕ,ИВО ДО ИСПОЛНЕНІЯ дѣянія физическій виновникъ не можетъ имѣть РѢШИМОСТИ."Физическій виновникъ, говоритъ Бернеръ, можетъ даже прямо заявить подстрекателю, что онъ уже подстрекнутъ другимъ лицомъ, или задумалъ преступное предпріятіе по собственному побужденію.Подстрекатель и здѣсь остается отвѣтственнымъ, въ качествѣ интеллектуальнаго виновника, за преступленіе, которое осуществляется отъ его имени виновникомъ физическимъ".

Такова теорія Бернера. Положимъ, что логикой въ ея основномъ взглядѣ, по которому рѣшимость непосредственнаго дѣятеля возникаетъ лишь при самомъ исполненіи дѣянія - предположимъ, что такой взглядъ вполнѣ справедливъ. Но можно ли изъ этого сдѣлать тотъ

выводъ, что въ разсматриваемыхъ случаяхъ рѣшимость исполнителя должна быть НЕПРЕМѢННО продуктомъ интеллектуальнаго воздѣйствія ? Очевидно, нѣтъ : если рѣшимость субъекта, самостоятельно задумавшаго преступленіе, возникла ПОСЛѢ подговора, то это еще не значитъ, что она была ВНЗВАНА послѣднимъ : она могла созрѣть и совершенно независимо отъ интеллектуальныхъ усилій подстрекателя.

Слѣдовательно, если и согласиться съ указаннымъ взглядомъ Бернера, то все же нельзя будетъ принять его ученія, по которому при" instigatio alias facturi' воздѣйствіе подстрекателя должно БЕЗУСЛОВНО РАЗСМАТРИВАТЬСЯ, КАКЪ ВПОЛНѢ ДѢЙСТВИТЕЛЬНОЕ.

Нѣсколько иное рѣшеніе вопроса мы находимъ у Лангенбека, по которому интеллектуальный дѣятель долженъ быть признаваемъ въ разсматриваемыхъ случаяхъ или вовсе ненаказуемымъ, или отвѣтственнымъ за результатъ въ качествѣ интеллектуальнаго виновника.

"Можетъ случиться, говоритъ Лангенбекъ, что уже существующіе у рѣшившагося на преступленіе мотивы вовсе не усиливаются вслѣдствіе дѣятельности подстрекателя; но точно также можетъ случиться и то, что мотивы, которые заставили подстрекаемаго рѣшиться теряютъ свое вліяніе прежде, чѣмъ онъ приступаетъ къ дѣйствію. Въ первомъ случаѣ мотивы, представляемые подстрекателемъ, являются совершенно излишними, онъ не можетъ быть названъ духовнымъ творцомъ дѣла и

долженъ быть признанъ, слѣдовательно, ненаказуемымъ, на - противъ, во второмъ случаѣ, гдѣ первоначальные мотивы перестаютъ быть достаточными, а между тѣмъ, наказуемое дѣяніе все таки совершается, подстрекатель долженъ быть наказанъ за послѣднее, такъ какъ физическій исполнитель приступаетъ здѣсь къ дѣятельности уже подъ вліяніемъ мотивовъ, вызванныхъ въ немъ подстрекателемъ".

Вотъ тѣ комбинаціи, которыя Лангенбекъ нашелъ необходимымъ строго разграничить при рѣшеніи занимающаго насъ вопроса. Не трудно видѣть, что начало, выставленное имъ относительно комбинаціи перваго рода, не можетъ быть признано вѣрнымъ. Не допуская при этой комбинаціи отвѣтственности интеллектуальнаго дѣятеля, Лангенбекъ, конечно, поступаетъ вполнѣ послѣдовательно : если безусловно отвергать покушеніе при неудавшемся подстрекательствѣ въ тѣсномъ смыслѣ, то необходимо прійти къ тому же выводу и относительно тѣхъ случаевъ, гдѣ преступленіе хотя и совершается, однако же воля исполнителя отнюдь не обусловлена дѣятельностью подстрекателя. Но я уже указалъ выше, на ошибочность ученія Лангенбека о неудавшемся подстрекательствѣ въ тѣсномъ смыслѣ. Съ установленной мною точки зрѣнія, такое подстрекательство представляетъ при извѣстныхъ условіяхъ вполнѣ достаточное основаніе для рѣшенія наказуемаго покушенія. Придя же къ подобному выводу, нельзя не примѣнить того же самаго начала и къ первой изъ означенныхъ комбинацій, гдѣ Лангенбекъ бе-

условно отвергаетъ наказуемость подстрекателя, Одн[illegible], же нельзя не согласиться, что общая мысль, лежащая въ основаніи этихъ теорій, совершенно вѣрна при "instigatio alias facturi", дѣйствительно, возможны различные случаи, не допускающіе одного общаго рѣшенія.

Здѣсь прежде всего нужно различать слѣдующія двѣ комбинаціи: а) когда дѣятельность подговорщика остается безъ всякаго вліянія на волю исполнителя и в) когда исполнитель, утративъ первоначальные мотивы, опредѣляется снова къ преступленію уже вслѣдствіе вызванныхъ подговорщикомъ.

Въ случаяхъ послѣдней категоріи интеллектуальное воздѣйствіе является однимъ изъ необходимыхъ предшествующихъ наступившаго результата, а потому послѣдній и долженъ быть вмѣненъ не только исполнителю, но и подстрекателю.

Напротивъ того, въ случаяхъ перваго рода, т.е, когда дѣятельность подговорщика остается безъ всякаго вліянія на волю подстрекнутаго, о вмѣненіи подстрекателю послѣдствія, очевидно, не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ дѣяніе исполнителя здѣсь всвое не обусловливается интеллектуальнымъ воздѣйствіемъ.

Какъ же именно разсматривать въ подобныхъ случаяхъ дѣятельность подговорщика ?

Послѣ всего изложеннаго, надѣюсь, должно быть ясно, что и здѣсь невозможно установить одно общее начало, а необходимо опять таки видѣлить различныя

комбинаціи. При этомъ, очевидно, что комбинаціи эти тѣ же самыя, какія мы различили при неудавшемся подстрекательствѣ въ тѣсномъ смыслѣ, а именно: а) когда подстрекатель сдѣлалъ все, что онъ считалъ нужнымъ съ своей стороны и необходимымъ для того, чтобы опредѣлить исполнителя къ задуманному преступленію. Здѣсь, въ смыслу установленнаго выше начала, мы необходимо должны констатировать наказуемое покушеніе; в) когда подстрекатель не сдѣлалъ всего, что считалъ нужнымъ; здѣсь несомнѣнно, мы должны принять лишь дѣйствіе приготовительное, не заслуживающее уголовной реакціи.

Е. ОТВѢТСТВЕННОСТЬ ПОДСТРЕКАТЕЛЯ ПРИ ЭКСЦЕССѢ СО СТОРОНЫ ПОДСТРЕКНУТАГО.

Говоря объ "эксцессѣ" подстрекнутаго, криминалисты имѣютъ въ виду обыкновенно всѣ тѣ случаи, гдѣ результатомъ подговора является иное преступленіе, чѣмъ какого хотѣлъ подстрекатель.

Вопросъ объ эксцессѣ подвергнутъ подробному изслѣдованію еще Бернеромъ, установленныя имъ положенія и легли въ основаніе господствующей нынѣ доктрины. Господствующая доктрина строго различаетъ двѣ комбинаціи: а) когда дѣяніе, выполненное подстрекнутымъ, неоднородно съ тѣмъ, какого хотѣлъ подстрекатель, и в) когда означенныя дѣянія ОДНОРОДНЫ между собою. Однородными же преступленіями называютъ обыкновенно такія, которыя подходятъ подъ одно родовое понятіе: таковы, напр., воровство и мошенничество, подходя-

дящія подъ одно общее понятіе похищенія чужой собственности.

Относительно случаевъ первой категоріи криминалисты высказываются въ томъ смыслѣ, что подстрекатель долженъ быть обсуждаемъ здѣсь по общимъ правиламъ о вмѣненіи, при чемъ онъ можетъ быть признанъ или всѣ се безотвѣтственнымъ, или же наказуемымъ за одну только неосторожность. Въ случаяхъ второго рода господствующая доктрина примѣняетъ слѣдующія правила.

1) Если подстрекнутый совершаетъ преступленіе болѣе тяжкое, чѣмъ умышленное подстрекателемъ, то послѣдній долженъ отвѣчать за то преступленіе, къ которому онъ подстрекалъ. По словамъ Бернера,"это есть прямо право субъективности, которая признаетъ въ случившемся, какъ свое собственное , лишь то, что лежало въ сознаніи и волѣ". Такимъ образомъ,тотъ кто подстрекалъ,напр., къ воровству, долженъ и отвѣчать лишь за послѣднее, если подстрекнутый совершаетъ разбой, т.е. преступленіе однородное, но болѣе тяжкое.

2) Напротивъ того, когда подстрекнутымъ выполнено преступленіе менѣе тяжкое, нежели какого хотѣлъ подстрекатель, отвѣтственность послѣдняго опредѣляется тѣмъ, что дѣйствительно совершено. Тотъ, кто подстрекалъ къ воровству, въ случаѣ совершенія мошенничества отвѣчаетъ лишь за это менѣе тяжкое преступленіе. потому что меньшее (мошенничество) не можетъ заключать въ себѣ большее (воровство).

Вотъ начала, выставляемыя доктриной относительно эксцесса.

Остановимся прежде всего на томъ положеніи, что въ случаяхъ первой категоріи (т.е. при разнородности совершеннаго и подговора) подстрекатель или вовсе не отвѣчаетъ или отвѣчаетъ только за неосторожность.

Исключая такимъ положеніемъ отвѣтственность подстрекателя за проявленную имъ рѣшимость на то дѣяніе, къ которому онъ подстрекалъ, криминалисты поступаютъ, конечно, вполнѣ послѣдовательно. Если не допускать покушенія при неудавшемся подстрекательствѣ въ тѣсномъ смыслѣ, то необходимо прійти къ тому же результату и относительно разбираемыхъ случаевъ. Но господствующій взглядъ на неудавшееся подстрекательство въ тѣсномъ смыслѣ признанъ мною, какъ вы помните, неосновательнымъ. Я старался убѣдить васъ, что вездѣ, гдѣ подстрекатель употребляетъ серьезныя усилія къ опредѣленію другого лица, тамъ слѣдуетъ принимать наказуемое покушеніе, хотя бы осталась недостигнутой даже и ближайшая цѣль подстрекателя - возбужденіе въ другомъ преступной воли. Поэтому, и въ разсматриваемыхъ случаяхъ можно съ полнымъ правомъ вмѣнять подстрекателю покушеніе на то дѣяніе, къ которому онъ стремился.

Далѣе, господствующая доктрина допускаетъ вмѣненіе подстрекателю произведеннаго результата ЕЪ НЕОСТОРОЖНОСТЬ. Дѣйствительно, если подстрекатель

предвидѣлъ наступившій результатъ или, по крайней мѣрѣ, долженъ былъ предвидѣть при обязательной для каждаго предусмотрительности, то отвѣтственность для него за culpa является настолько же обоснованной, какъ и для непосредственнаго исполнителя, дѣйствовавшаго при подобныхъ же условіяхъ. Но, спрашивается, послѣдовательно ли такое воззрѣніе со стороны тѣхъ ученыхъ, которые ставятъ умышленность однимъ изъ признаковъ подстрекательства ? Очевидно, они впадаютъ въ неразрѣшимое противорѣчіе съ самими собою. Напрасно нѣкоторые изъ нихъ пытаются примирить это противорѣчіе, ссылаясь на то, что самое подстрекательство въ разбираемыхъ случаяхъ бываетъ умышленнымъ . Такая ссылка нисколько не помогаетъ дѣлу, такъ какъ остается совершенно непонятнымъ, какимъ образомъ отвѣтственность подстрекателя за наступившій результатъ, какъ за culpa, можетъ быть обоснована существованіемъ умысла, направленнаго на совершенно иное преступленіе. Послѣднее обстоятельство не можетъ имѣть ровно никакого вліянія на разрѣшеніе вопроса о томъ, слѣдуетъ ли вмѣнить подстрекателю произведенный результатъ въ неосторожность или нѣтъ. Если подстрекатель вообще не отвѣчаетъ за неосторожную вину, то онъ не долженъ отвѣчать за нее и при указанномъ условіи: наоборотъ, если признавать наказуемую неосторожность при послѣднемъ, то нельзя не допустить ее и тамъ, гдѣ

у подстрекателя никакого преступнаго умысла не существовало.

Равнымъ образомъ, не выдерживаютъ критики и тѣ правила, которыя приняты относительно случаевъ второй категоріи, когда преступное дѣяніе, совершенное подстрекнутымъ, является однороднымъ съ преступленіемъ, составлявшимъ цѣль подстрекателя. При установленіи этихъ правилъ, ученые исходятъ изъ того взгляда, что изъ преступленій однородныхъ болѣе тяжкое заключаетъ въ себѣ преступленіе менѣе тяжкое; такъ разбой содержитъ въ себѣ воровство, воровство содержитъ мошенничество и т.д. Основываясь на такомъ воззрѣніи, криминалисты и утверждаютъ, что если субъектъ, подстрекнутый другимъ къ воровству, совершаетъ разбой, то подстрекатель подлежитъ отвѣтственности за оконченное воровство. Въ подобныхъ случаяхъ, разсуждаютъ послѣдователи господствующей доктрины, хотя подстрекнутый выполняетъ и другое дѣяніе, чѣмъ такое ему было поручено, но дѣяніе это содержитъ въ себѣ, какъ часть, преступленіе, умышленное подстрекателемъ; а потому умыселъ послѣдняго и представляется вполнѣ осуществившимся. Изъ этого же взгляда исходятъ ученые и при обсужденіи того случая, когда подстрекнутымъ, вмѣсто воровства совершается мошенничество. Вмѣняя здѣсь

подстрекателю мошенничество, какъ dolus, они основываются на томъ, что умышленное подстрекателемъ преступленіе заключаетъ въ себѣ, какъ часть, то дѣяніе, которое выполнено въ дѣйствительности подстрекнутымъ.

На мой взглядъ такая доктрина должна быть признана, по меньшей мѣрѣ, странной. Въ самомъ дѣлѣ, если мы говоримъ, что преступленіе А содержитъ въ себѣ преступленіе В, то это можетъ имѣть лишь одинъ смыслъ: что понятіе перваго заключаетъ въ себѣ всѣ тѣ признаки, которые образуютъ понятіе второго. Спрашивается теперь, можно ли утверждать, что понятіе разбоя, похищенія насильственнаго, содержитъ въ себѣ понятіе воровства, похищенія тайнаго ? Такое положеніе является просто на просто абсурдомъ. То же самое должно сказать и о включеніи понятія мошенничества - похищенія посредствомъ обмана -въ понятіе воровства. Поэтому, невозможно принять и указанныхъ выше правилъ, примѣняемыхъ доктриной въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ умышленное подстрекателемъ преступленіе однородно съ выполненнымъ въ дѣйствительности. Тотъ, кто подстрекалъ къ воровству, не можетъ отвѣчать, въ случаѣ совершенія разбоя, за оконченное воровство: такъ какъ преступленіе, выполненное подстрекнутымъ, отнюдь не содержитъ здѣсь того дѣянія, къ которому онъ былъ подстрекаемъ, то въ данномъ случаѣ, очевидно, не можетъ

быть и рѣчи о полной реализаціи умысла подстрекателя. Равнымъ образомъ, подстрекателю, побуждавшему другого къ воровству, невозможно вмѣнить въ умышленное преступленіе, совершенное подстрекнутымъ мошенничество: подстрекатель хотѣлъ здѣсь совершенно иного дѣянія, которое при томъ вовсе не заключаетъ въ себѣ преступленія, выполненнаго подстрекнутымъ.

Итакъ, господствующая доктрина оказывается несостоятельной.

Сдѣланныя мною критическія замѣчанія относительно изложенныхъ теорій выяснили, полагаю, достаточно тѣ начала, въ которыхъ заключается, на мой взглядъ, вѣрное разрѣшеніе обсуждаемаго вопроса. Относительно всѣхъ тѣхъ случаевъ, гдѣ подстрекнутый, вмѣсто преступленія желаемаго подстрекателемъ, совершаетъ какое либо другое, будетъ ли послѣднее однородно съ первымъ или нѣтъ, болѣе серьезно или наоборотъ, относительно всѣхъ такихъ случаевъ я выставляю слѣдующія положенія: 1) подстрекатель отвѣчаетъ здѣсь за покушеніе на то дѣяніе, къ которому онъ подстрекалъ. Начало это находитъ полное оправданіе въ тѣхъ же самыхъ доводахъ, какъ и отвѣтственность за покушеніе въ извѣстныхъ случаяхъ подстрекательства неудавшагося. 2) Что касается преступленія, выполненнаго подстрекнутымъ, то оно вмѣняется подстрекателю лишь тогда, когда на долю послѣдняго выпадаетъ по отношенію къ совершенному дѣянію или неосторож-

ность (будетъ ли это luxuria или negligentia - все равно), или же установленная мною выше средняя форма вины.

Кромѣ разсмотрѣнныхъ уже типовъ соучастія, существуютъ еще и другія формы сопреступности: 1) стеченіе непосредственнаго исполнителя и пособника и 2) стеченіе нѣсколькихъ непосредственныхъ исполнителей. На разсмотрѣніи этихъ типовъ соучастія я не буду останавливаться съ такой же подробностью, какъ дѣлалъ это при изложеніи ученія о подстрекательствѣ, потому что они съ одной стороны, гораздо проще, чѣмъ комбинаціи подстрекательства, а съ другой-большинство относящихся къ нимъ вопросовъ легко разрѣшаются на основаніи общихъ началъ, установленныхъ въ ученіи о соучастіи вообще и подстрекательствѣ въ частности.

Разсмотримъ сначала пособничество.

3. ПОСОБНИЧЕСТВО.

Пособникомъ есть такой соучастникъ, который помогаетъ такъ или иначе дѣятельности непосредственнаго исполнителя.

Пособничество имѣетъ, несомнѣнно, много общаго съ подстрекательствомъ. Такъ, дѣятельность пособника точно такъ же, какъ и дѣятельность подстрекателя, ведетъ къ преступному результату лишь посредствомъ дѣятельности другого лица, непосредственнаго исполнителя, который уже самъ осуществляетъ corpus

delicti. Далѣе какъ пособникъ, такъ и подстрекатель подлежатъ отвѣтственности не за delictum sui generis, а какъ участники въ преступленіи непосредственнаго исполнителя. Что касается субъективной стороны дѣятельности, то по общему признанію, дѣятельность пособника можетъ быть только злоумышленной. Большинство криминалистовъ, отрицая возможность неосторожнаго пособничества, основываются на общемъ ученіи о соучастіи. Такъ, Вернеръ, говоритъ: "всякое соучастіе есть единеніе воли; чтобы быть пособникомъ необходимо сознавать, что другой хочетъ совершить для себя преступленіе". Но, съ правильной точки зрѣнія, какъ я уже указывалъ раньше, соучастіе предполагаетъ лишь вообще виновное содѣйствіе, которое не должно быть непремѣнно злоумышленнымъ. Такимъ образомъ, ссылка криминалистовъ на общее понятіе соучастія не можетъ имѣть для насъ рѣшительно никакого значенія. Поэтому я не вижу достаточнаго повода для отрицанія неосторожнаго пособничества. На мой взглядъ, неосторожное пособничество вполнѣ возможно въ тѣхъ случаяхъ, когда совершитель дѣйствуетъ неосторожно, точно такъ же, какъ и тогда, когда онъ дѣйствуетъ злоумышленно(cum dolo). Представимъ себѣ, что кто нибудь подаетъ другому ядъ, зная, что тотъ легко можетъ по неосторожности лишить жизни другого, что дѣйствительно и осуществляется. Въ данномъ слу-

чаѣ существуетъ одно недѣлимое преступленіе, являющееся результатомъ дѣятельности двухъ лицъ. Слѣдовательно, съ моей точки зрѣнія здѣсь налицо всѣ условія, которыя необходимы для признанія соучастія. Наконецъ, признавая совершенно излишнимъ констатировать фактъ субъективной связи между соучастниками,-субъективной связи, подъ которой криминалисты подразумѣваютъ единеніе воли, мы не имѣемъ препятствія видѣть соучастіе и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ непосредственный исполнитель совершаетъ преступленіе по неосторожности, пособникъ же дѣйствуетъ злоумышленно. Такимъ образомъ, вполнѣ возможно злоумышленное пособничество при неосторожномъ преступленіи. Напр., А, гуляя въ лѣсу съ В, проситъ у послѣдняго револьверъ, чтобы выстрѣлить въ кустъ, гдѣ лежитъ врагъ В, третье лицо С, котораго А по близорукости не видитъ; Б злоумышленно подаетъ А револьверъ и убійство совершается.

Допуская, такимъ образомъ, злоумышленное пособничество при неосторожномъ дѣяніи непосредственнаго исполнителя, я рѣшительно долженъ отвергнуть установившуюся въ наукѣ доктрину, по которой пособникъ является безусловно соучастникомъ второстепеннымъ. Съ правильной точки зрѣнія, пособникъ точно такъ же, какъ и непосредственный исполнитель, можетъ быть какъ главнымъ, такъ и второстепеннымъ соучастникомъ, все зависитъ отъ того, какъ распредѣлены между со-

Уголовное Право, лекціи проф. Колоколова. Листъ 31-й Лит. Простакова.

участниками формы виновности. Съ указаннымъ господствующимъ взглядомъ на пособничество я не могъ бы согласиться даже и въ томъ случаѣ, если бы слѣдовалъ той доктринѣ, по которой всѣ соучастники должны содѣйствовать совершенію преступленія непремѣнно cum dolo. Можно ли признать между ними при подобныхъ условіяхъ принципіальное различіе ? Прежде всего, съ объективной точки зрѣнія, дѣятельность пособника имѣетъ ничуть не меньше значенія для преступнаго результата, чѣмъ дѣятельность непосредственнаго исполнителя, и является во всякомъ случаѣ необходимой для конкретнаго результата, а "болѣе, чѣмъ необходимымъ ни одно дѣйствіе, какъ справедливо замѣчаетъ Бури, быть не можетъ". Становясь далѣе на субъективную точку зрѣнія, мы видимъ, что и здѣсь нельзя признать существованія существеннаго различія между пособникомъ и непосредственнымъ исполнителемъ. Правда, могутъ быть случаи, гдѣ непосредственный исполнитель проявляетъ большую степень преступной энергіи, чѣмъ пособникъ, но иногда бываетъ и наоборотъ, напр., дѣятельность пособника состоитъ въ изготовленіи чрезвычайно сложнаго аппарата для поддѣлки кредитныхъ билетовъ, а непосредственный исполнитель отпечатываетъ на этой машинѣ

-.-.-.-.-.-.-.-.-

лишь нѣсколько такихъ билетовъ. Можно ли здѣсь признать въ непосредственномъ исполнителѣ большую степень преступной энергіи, чѣмъ въ пособникѣ ?

В. Теперь намъ слѣдуетъ разсмотрѣть вопросъ о томъ, съ какого момента начинается наказуемость пособника. По общепринятому въ наукѣ взгляду, наказуемость пособника возможна лишь тамъ, гдѣ существуетъ наказуемое дѣйствіе непосредственнаго исполнителя; другими словами - для наказуемости пособничества криминалисты требуютъ, чтобы дѣятельность непосредственнаго исполнителя достигла, по крайней мѣрѣ, стадіи покушенія. Но въ пользу такого мнѣнія нельзя привести ни одного сколько-нибудь вѣскаго аргумента. По мой взглядъ, опредѣляя юридическое значеніе пособничества, слѣдуетъ считать совершенно безразличнымъ, совершилъ ли непосредственный исполнитель покушеніе, остановился ли онъ на дѣйствіяхъ приготовительныхъ или даже не совершилъ и послѣднихъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы не имѣемъ препятствія признать дѣятельность пособника покушеніемъ на пособничество, если послѣдній, т.е. пособникъ, выполнилъ всѣ тѣ акты, какіе онъ считалъ съ своей стороны необходимыми для реализаціи преступнаго умысла. Оставлять пособника не наказуемымъ при такихъ условіяхъ только потому, что непосредственнымъ исполнителемъ не совершено наказуемаго дѣйствія, на мой взглядъ, было бы край-

не нелогично: это значило бы основывать юридическую оцѣнку данной формы соучастія на такихъ внѣшнихъ условіяхъ, которыя лежатъ внѣ дѣятельности пособника и нисколько не зависятъ отъ его воли. Опредѣляя значеніе пособничества лишь по отношенію его къ преступному результату, а не по отношенію къ дѣятельности, непосредственно воспроизводящей этотъ результатъ, я не могу различать пособничества къ совершенію и пособничества къ покушенію, я различаю лишь такія двѣ стадіи: ОКОНЧЕННОЕ ПОСОБНИЧЕСТВО И ПОКУШЕНІЕ НА ПОСОБНИЧЕСТВО. Первое необходимо предполагаетъ совершеніе дѣйствія непосредственнымъ соучастникомъ; кромѣ того, для оконченнаго пособничества требуется, чтобы преступный результатъ находился черезъ посредство дѣятельности совершителя въ отношеніи обусловленности съ дѣятельностью пособника. Поэтому, не будетъ оконченнаго пособничества тамъ, гдѣ виновный не воспользовался дѣятельностью пособника, хотя бы и достигъ преступнаго результата. Покушеніе же на пособничество предполагаетъ лишь выполненіе всѣхъ тѣхъ дѣйствій, которыя пособникъ считалъ необходимыми съ своей стороны для выполненія деликта ; оно возможно при всякой стадіи дѣятельности непосредственнаго исполнителя. Покушеніе пособника можетъ быть какъ при покушеніи, такъ и при дѣйствіяхъ приготовительныхъ непосредственнаго исполнителя; оно можетъ быть и при осуществившемся результатѣ, лишь бы послѣд-

ній не находился въ необходимой связи съ дѣятельностью пособника.

Е. Перехожу теперь къ раздѣленію пособничества.

Дѣятельность пособника можетъ выражаться въ двоякой формѣ : 1) въ совѣтахъ; въ сообщеніи необходимыхъ свѣдѣній и т.д. и 2) въ чисто физическомъ содѣйствіи,напр., доставленіи средствъ къ устраненію препятствій, мѣшавшихъ осуществленію преступнаго намѣренія и т.п. Отсюда различаютъ два вида пособничества: интеллектуальное и физическое. Кромѣ этого дѣленія пособничества, у германскихъ ученыхъ встрѣчается раздѣленіе пособничества на предшествующее,современное и послѣдующее. Но противъ этого дѣленія Бури справедливо замѣчаетъ :" Если отрѣшиться отъ абстрактной точки зрѣнія и принимать во вниманіе то, что совершилось въ дѣйствительности, то всякій пособникъ является главнымъ, такъ какъ, въ чемъ бы ни выражалась дѣятельность пособника, во всякомъ случаѣ бытіе конкретныхъ послѣдствій является безъ него немыслимымъ ".

F. Наконецъ, что касается тѣхъ случаевъ, когда на сторонѣ пособника существуютъ особыя обстоятельства, могущія вліять на его отвѣтственность (дѣлающія преступленіе квалифицированнымъ или привилегированнымъ), то они легко разрѣшаются на основаніи началъ, выставленныхъ мною въ ученіи о подстрекательствѣ. Большинство криминалистовъ утверждаютъ,

что пособничество есть не болѣе, какъ accessorium по отношенію къ дѣятельности совершителя и на этомъ основаніи признаютъ, напр., постороннее лицо, помогающее сыну въ убійствѣ отца, подлежащимъ отвѣтственности по закону объ убійствѣ квалифицированномъ. Но я уже показалъ ложность такого взгляда. Отвергнувъ придаточный характеръ пособничества, должно признать, что наказаніе пособника при квалифицированномъ убійствѣ или другомъ квалифицированомъ преступленіи не должно быть увеличено въ той же мѣрѣ, какъ наказаніе непосредственнаго исполнителя. Кютце высказывается въ томъ смыслѣ, что, хотя пособникъ въ отцеубійствѣ и долженъ быть наказанъ по закону объ убійствѣ квалифицированномъ, но то обстоятельство, что онъ не находился лично въ родственныхъ отношеніяхъ къ жертвѣ, должно вліять на уменьшеніе его наказуемости, какъ простое обстоятельство, уменьшающее вину. Очевидно, Кютце и самъ чувствовалъ, что его теорія ведетъ къ жестокости. Итакъ, отрѣшившись отъ ложнаго воззрѣнія на пособничество, какъ accessorium , мы должны разсматривать пособника въ отцеубійствѣ, какъ посредственнаго совершителя простого убійства, который ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть подводимъ подъ законъ о квалифицированномъ убійствѣ. Теперь возьмемъ случай противоположный : сынъ помогаетъ постороннему въ убійствѣ своего отца. По общепринятому взгляду сынъ въ подобныхъ случаяхъ отвѣчаетъ за простое убійство,

а родственныя отношенія его къ жертвѣ имѣютъ вліяніе на наказуемость лишь какъ простое, увеличивающее вину, обстоятельство. Принимая пособничество за accessorium, криминалисты и не могли прійти къ иному выводу; между тѣмъ, съ точки зрѣнія болѣе правильной, сынъ, помогающій убить своего отца, является болѣе виновнымъ въ посредственномъ совершеніи отцеубійства, поэтому и долженъ подлежать отвѣтственности по закону о квалифицированномъ убійствѣ. Вообще, относительно всѣхъ тѣхъ случаевъ, когда на сторонѣ пособника существуютъ особыя квалифицирующія обстоятельства, мы должны выставить то общее положеніе, что пособникъ подлежитъ отвѣтственности по тому именно закону, который относится къ преступленію квалифицированному или привилегированному.

4. СОУЧАСТІЕ НѢСКОЛЬКИХЪ НЕПОСРЕДСТВЕННЫХЪ ИСПОЛНИТЕЛЕЙ.

Кромѣ комбинацій подстрекательства и попустительства, соучастіе можетъ представлять еще 3-ью форму: СОВМѢСТНІЕ НѢСКОЛЬКИХЪ НЕПОСРЕДСТВЕННЫХЪ ИСПОЛНИТЕЛЕЙ. Этотъ видъ соучастія мы имѣемъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ каждое изъ дѣйствующихъ лицъ принимаетъ непосредственное участіе въ воспроизведеніи состава деликта (corpus delicti), напр., два вора общими [illegible] относятъ сундукъ [illegible].

Въ виду основныхъ разногласій, имѣющихъ мѣсто въ ученіи о соучастіи вообще, [illegible]

го изъ соучастниковъ въ указанныхъ случаяхъ опредѣляется на основаніи тѣхъ же самыхъ началъ, какія имѣютъ силу по отношенію къ преступникамъ одиночнымъ. Отвергнувъ солидарную отвѣтственность дѣйствующихъ лицъ въ общей теоріи соучастія, я, естественно, не могу ее допустить и при отеченіи непосредственныхъ исполнителей, такъ какъ данная форма не представляетъ никакихъ особенностей, которыя требовали бы установленія спеціальныхъ правилъ. Отсюда ясно, какъ слѣдуетъ рѣшить вопросъ о значеніи особыхъ личныхъ условій и отношеній, выпадающихъ на долю того или другого изъ непосредственныхъ исполнителей. Съ правильной точки зрѣнія, такія условія и отношенія безспорно могутъ вліять лишь на отвѣтственность того, на чьей сторонѣ они находятся, при опредѣленіи же наказуемости другихъ соучастниковъ они не имѣютъ рѣшающаго значенія. Если, напр., сынъ совершаетъ убійство отца сообща съ лицомъ постороннимъ, то первый отвѣчаетъ по закону объ отцеубійствѣ, а второй по закону объ убійствѣ простомъ. Данная форма соучастія представляетъ собою разнообразнѣйшія комбинаціи. Но, не вдаваясь въ казуистику, замѣтимъ, что всѣ отдѣльные случаи судебной практики легко разрѣшаются на основаніи изложенныхъ мною общихъ началъ о "concurs o delicuentium".

Этимъ я и заканчиваю ученіе о видахъ соучастія,

различаемыхъ по распредѣленію внѣшнихъ ролей между дѣйствующими лицами.

5. РАЗДѢЛЕНІЕ СОУЧАСТІЯ СЪ ТОЧКИ ЗРѢНІЯ СУБЪЕКТИВНОЙ.

Съ точки зрѣнія субъективной различаются три главныя формы :

1) Соучастіе лицъ, дѣйствующихъ по неосторожности,

2) Стеченіе преступниковъ, изъ которыхъ одинъ дѣйствуетъ умышленно, а другой неосторожно.

3) Соучастіе всѣхъ, дѣйствующихъ "cum dolo". Послѣдняя форма дѣлится на два вида:

а) Соучастіе безъ соглашенія другъ съ другомъ. Напр. А и В ничего не зная другъ о другѣ рѣшаются отравить С; одинъ подсыпаетъ ядъ въ кушанье, другой въ напитокъ; благодаря двумъ пріемамъ отравы, С умираетъ.

в) Соучастіе по соглашенію.

По господствующей доктринѣ, соучастіе по соглашенію можно раздѣлить на двѣ категоріи :

а) Соучастіе возникшее по соглашенію непосредственно передъ самымъ совершеніемъ деликта. Напр., два вора случайно столкнулись въ кладовой и быстро сговариваются совершить кражу сообща. Въ данномъ случаѣ соучастіе называется случайнымъ "concursus accidentalis". Но это названіе не выдерживаетъ критики, такъ какъ случайнымъ здѣсь при данной комбинаціи являет-

ся не соучастіе, а встрѣча.

в) Соучастіе по предварительному соглашенію, которое отдѣляется отъ самаго исполненія болѣе или менѣе значительнымъ промежуткомъ времени. Этотъ видъ соучастія опять имѣетъ двѣ формы : 1) Соучастіе вслѣдствіе заговора или комплота, когда соучастники предварительно соглашаются другъ съ другомъ совершить извѣстное одно преступное дѣяніе, и 2) Соучастіе вслѣдствіе образованія шайки, когда соучастники соглашаются другъ съ другомъ совершить цѣлый рядъ преступныхъ дѣйствій.

ЗАГОВОРЪ. По господствующей доктринѣ, соучастіе заговорщиковъ является безусловно болѣе наказуемой формой сопреступности, нежели соучастіе случайное, т.е. безъ предварительнаго соглашенія. Но это невѣрно. Правда, составленіе заговора указываетъ всегда на существованіе у соучастниковъ болѣе наказуемаго вида умысла - предумышленія. Но то же самое можетъ быть и при соучастіи случайномъ. Такъ, легко предположить, что въ приведенномъ выше примѣрѣ у каждаго изъ воровъ, случайно встрѣтившихся въ кладовой и сообща совершившихъ кражу, существовало заранѣе обдуманное преступное намѣреніе.

ШАЙКА. Шайка, т.е. сообщество злоумышленниковъ для совершенія многихъ деликтовъ, указываетъ на особенную преступность и упорство воли, такъ что такая форма сопреступности указываетъ на особую опас-

ющеть участвующихъ, сдѣлавшихъ изъ преступленія постоянное занятіе или ремесло, а потому какъ въ теоріи такъ и въ положительныхъ законодательствахъ совершеніе преступленія шайкой разсматривается, какъ наиболѣе наказуемый видъ соучастія.

6. СОУЧАСТІЕ ПО РУССКОМУ ПРАВУ.

Наше древнее право говоритъ только о соучастіи въ преступленіяхъ воровства. Такъ, въ Русской Правдѣ мы читаемъ. А же крадетъ скотъ на поли, или овцѣ, или козы, или свиньи, то платить ему 60 кунъ ; будетъ ли ихъ много, то всѣмъ по 60 кунъ "(38 ст, Тр. сп). Затѣмъ, мы находимъ въ Русской Правдѣ и нѣкоторыя начала одного изъ видовъ прикосновенности, а именно укрывательства. Сокритіе виновнаго разсматривается Правдой , какъ преступленіе самостоятельное, что видно, напр., изъ постановленія объ укрывательствѣ бѣглаго холопа. Напротивъ того, принятіе краденыхъ вещей приравнивается къ самому воровству: "Аще кто крадетъ и будутъ съ нимъ крали или хоронили, то всѣ князю въ продажѣ". Тотъ же взглядъ проводится и въ губныхъ грамотахъ. Такъ, вторая Бѣлозерская грамота гласитъ:"къ кому разбойники и тати пріѣзжаютъ и разбойную рухлядь привозятъ и отъ кого на разбой ѣздятъ, межъ себя обискавъ и книгахъ накрѣпко, казнити смертью же". Въ Уложеніи 1649 г. уже довольно ясно очерчиваются отдѣльные типы соучастниковъ: непосредственные исполнители, подстре-

катели и пособники. Подстрекатель считается безусловно столь же виновнымъ, какъ и непосредственный исполнитель "И того, кто на смертное убійство научалъ и кто убилъ, обоихъ казнить смертью же". Что же касается пособниковъ, то при однихъ преступленіяхъ они наказываются наравнѣ съ непосредственными исполнителями, при другихъ же значительно слабѣе. Затѣмъ, въ Воинскомъ Уставѣ установлено общее начало, по которому всякій соучастникъ подлежитъ полному наказанію; такому же наказанію подвергались по Уставу и лица прикосновенныя :" если кто купитъ или продастъ, вѣдаючи, краденныя вещи и скроетъ, содержитъ при себѣ вора; оный яко воръ, самъ наказанъ быть имѣетъ". Далѣе, въ проектѣ 1813 г. различаются слѣдующіе разряды соучастниковъ : 1) зачинщики, кои положили первоначальный умыселъ и согласили къ тому другихъ ; 2) помощники или вспомогатели, кои словомъ или дѣломъ содѣйствовали совершенію преступленія; 3) исполнители, кои сами произвели преступленіе и 4) укрыватели, кои укрываютъ преступника или виновны въ отпускѣ его или въ послабленіи при поимкѣ онаго.Подобное же раздѣленіе соучастниковъ находимъ мы и въ Сводѣ Законовъ.

В. Гораздо болѣе сложной является система, принятая Уложеніемъ о наказаніяхъ. Дѣйствующее право различаетъ прежде всего два типа соучастія: 1) Соучастіе (ст. 11) безъ предварительнаго соглашенія (такъ назыв."скопъ") и 2) соучастіе по предварительному со-

глашенію (заговоръ). По рѣшенію кассаціоннаго департамента, вопросъ о томъ, было ли соучастіе по предварительному соглашенію или безъ него, долженъ быть рѣшенъ присяжными засѣдателями; въ случаѣ же сомнѣнія судъ долженъ признать соучастіе безъ предварительнаго соглашенія.

1) Въ постановленіяхъ относительно скопа (ст. 12) различаются главные виновные и участники. Къ первой категоріи относятся ; а) распоряжавшіеся или управлявшіе дѣйствіями другихъ ; в) приступившіе къ дѣйствіямъ прежде другихъ при самомъ ихъ началѣ;е) совершившіе преступленіе непосредственно. Ко второй категоріи, къ участникамъ принадлежатъ: а) тѣ, которые непосредственно помогли главнымъ виновнымъ въ содѣяніи преступленія ; б) тѣ, которые доставляли средства для содѣянія преступленія ; в) старавшіеся устранить препятствія, къ тому представлявшіяся.

Противъ такой классификаціи слѣдуетъ прежде всего замѣтить, что она страдаетъ неполнотой; такъ говоря о главныхъ виновныхъ, Уложеніе совершенно упускаетъ изъ виду подстрекателей. Потомъ нельзя сказать, чтобы признаки, отдѣляющіе одну категорію отъ другой, представлялись достаточно опредѣленными; напр., въ практикѣ уже нѣсколько разъ встрѣчались затрудненія, отнести ли соучастіе къ третьей группѣ главныхъ виновныхъ или же къ первой группѣ участниковъ. Въ виду неопредѣленности реакціи, кассаціонный Сенатъ и ви-

ставилъ то начало, что рѣшеніе вопроса о признаніи преступника главнымъ виновнымъ или участникомъ есть долгъ присяжныхъ, когда же послѣднимъ такого вопроса не ставятъ, судъ можетъ отнести подсудимаго только къ участникамъ, но отнюдь не къ главнымъ виновнымъ.

Наказуемость главныхъ виновныхъ и участниковъ опредѣляется въ ст. 117 Улож. о Нак. "Первые подлежатъ высшей мѣрѣ наказанія за преступленіе въ законѣ положеннаго ; вторые же (участники) наказываются на одну или двѣ степени слабѣе, смотря по мѣрѣ содѣйствія, оказаннаго ими главнымъ виновнымъ".

2) Еще болѣе сложны и запутаны начала, относящіяся къ соучастію по предварительному соглашенію(такъ назыв. заговоръ). Заговорщики дѣлятся въ Улож. о Нак. (ст. 13) на 4 главныхъ разряда : 1) зачинщики, 2) сообщники; 3) подстрекатели, 4) пособники. Къ зачинщикамъ ст. 13 относитъ : а) тѣхъ, которые, умысливъ содѣянное преступленіе, согласили на оное другихъ, в) тѣхъ, которые управляли другими во время исполненія дѣянія и наконецъ, с) тѣхъ, которые первые приступили къ противозаконной дѣятельности. По ст, 118 зачинщики безусловно подлежатъ высшей мѣрѣ наказанія, Но должно замѣтить, что судъ всегда можетъ обойти эту статью, признавъ зачинщика заслуживающимъ снисхожденія, при чемъ наказаніе уменьшается на 1 или 2 степени.

Ко второму разряду - къ сообщникамъ относятся ко

закону тѣ, которые согласились съ зачинщиками или съ другими виновными совершить совокупными силами или дѣйствіями преднамѣренное преступленіе. Такимъ образомъ, для признанія этой формы соучастія необходимо лишь одно условіе - соглашеніе дѣйствовать сообща ; сообщникомъ же, какъ видно изъ ст; 119, можетъ быть признанъ даже и тотъ, кто не находился на мѣстѣ преступленія. Сообщники подлежатъ, вообще наказанію, положенному за то преступленіе, на которое они согласились съ другими, мѣра же наказуемости зависитъ отъ степени ихъ содѣйствія зачинщикамъ. Безусловное пониженіе наказанія на одну степень законъ устанавливаетъ лишь для тѣхъ случаевъ, когда сообщникъ не находился на мѣстѣ преступленія.

Подстрекателями или подговорщиками, по тексту нашего закона, считаются тѣ, которые," не участвуя сами въ совершеніи преступленія, употребляя просьбы, убѣжденія или подкупъ и обѣщанія выгодъ или обольщенія и обманы, или же принужденіе и угрозы, дабы склонить къ оному другихъ". Здѣсь, естественно, возникаетъ вопросъ: чѣмъ же отличаются подстрекатели отъ тѣхъ зачинщиковъ, которые по словамъ закона ограничиваются тѣмъ, что "умысливъ преступленіе, склоняютъ на то другихъ ". Нѣкоторые изъ нашихъ юристовъ, напр., Лохвицкій, Неклюдовъ, полагаютъ что различіе между подстрекателемъ состоитъ въ той роли, которую соучастникъ принимаетъ на себя при самомъ подговорѣ. Если подговаривающій устра-

нетъ себя отъ всякаго участія въ непосредственномъ исполненіи дѣянія, то онъ будетъ подстрекатель, въ противномъ же случаѣ - онъ будетъ зачинщикъ. Но такое мнѣніе является, очевидно, совершенно произвольнымъ. Гораздо основательнѣе толкованіе, принятое Таганцевымъ и впослѣдствіи Сенатомъ. Основываясь на буквальномъ смыслѣ ст. 13, сенатъ находитъ, что зачинщикомъ долженъ быть признанъ тотъ, кто первый задумываетъ преступленіе и склоняетъ къ нему другого; подстрекателемъ же тотъ, кто склоняетъ къ преступленію, задуманному уже ранѣе другими. Такимъ образомъ, отличительный признакъ подстрекательства полагается въ несамостоятельности преступнаго замысла. Приведенная статья относительно подстрекателей вызываетъ еще и другое недоумѣніе: какъ разсматривать сдѣланный въ ней перечень способовъ подстрекательства ? Видѣть ли здѣсь только рядъ примѣровъ или же приписывать этому перечню исчерпывающее значеніе ? Кассаціонный Сенатъ рѣшаетъ вопросъ въ первомъ смыслѣ и это вполнѣ справедливо, такъ какъ оправдывается многими статьями особенной части, гдѣ въ качествѣ способовъ подстрекательства фигурируютъ и такія средства, о которыхъ ровно ничего не говорится при общемъ опредѣленіи подстрекателей. Относительно наказанія подстрекатель или подговорщики приговариваются къ высшей мѣрѣ наказанія, опредѣленнаго за преступленіе, къ коему они подговаривали или подстрекали. Наказаніе для нихъ смягчается на одну

степень въ томъ случаѣ, если они впослѣдствіи старались остановить приведеніе преступнаго умысла въ дѣйствіе, но не донесли о томъ своевременно начальству.

Перехожу теперь къ послѣднему разряду соучастниковъ - къ пособникамъ. По ст; 13 пособниками называются "тѣ, которые хотя и не принимали прямого участія въ самомъ совершеніи преступленія, но изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ помогали или обязались помогать умыслившимъ оное совѣтами, или указаніями и сообщеніями свѣдѣній, или же доставленіемъ другихъ какихъ либо средствъ для совершенія преступленія ; или устраненіемъ представившихся къ содѣянію онаго препятствій, или заблаговременно, передъ совершеніемъ преступленія, давали у себя убѣжище умыслившимъ оное, или же обѣщали способствовать сокрытію преступниковъ или преступленія послѣ содѣянія онаго". Изъ этого видно, что отрицательнымъ признакомъ пособничества законъ ставитъ отсутствіе "прямого участія въ совершеніи преступленія". Поэтому, лицо, выполнившее какой либо актъ, принадлежащій къ самому составу преступленія (corpus delicti), ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть признано пособникомъ : такое лицо безусловно является сообщникомъ, на что было неоднократно указано и Кассаціоннымъ Сенатомъ. Что касается опредѣленія пособничества со стороны положительной, то оно представляется крайне неудовлетворительнымъ.

Такъ, во 1-хъ, указаніе субъективнаго признака-наличности "корыстныхъ или иныхъ личныхъ выгодъ"-совершенно излишне, такъ какъ, несомнѣнно, всякій соучастникъ руководится тѣмъ или инымъ личнымъ интересомъ. Во 2-хъ, завѣдомое доставленіе убѣжища злоумышленнику само по себѣ никоимъ образомъ не можетъ быть подводимо подъ понятіе соучастія; здѣсь можно видѣть соучастіе лишь тогда, когда, давая преступнику пріютъ, субъектъ обусловилъ ео ipso самое совершеніе дѣянія. Устанавливая наказуемость пособниковъ (ст. 121), Уложеніе различаетъ между ними двѣ категоріи : а) такихъ, содѣйствіе коихъ было необходимо для преступленія и в) тѣхъ, помощь которыхъ не была необходима. Первые отвѣчаютъ наравнѣ съ совершителями, вторые наказываются на одну степень слабѣе. Что подобное разграниченіе не можетъ быть признано состоятельнымъ, на это я указывалъ уже ранѣе, но по отношенію къ конкретному дѣянію всякое вообще соучастіе является необходимымъ.

Таковы постановленія относительно соучастія, встрѣчаемыя въ общей части нашего кодекса.

Обращаясь затѣмъ къ части особенной, мы встрѣчаемъ здѣсь массу преступленій, при которыхъ всѣ категоріи соучастниковъ и даже лица прикосновенныя подвергаются полному наказанію. Сюда относятся

напр., преступленія политическія, карантинныя, добываніе соли изъ казенныхъ источниковъ и проч. Затѣмъ въ особенной части мы находимъ не мало постановленій относительно шайки. Составленіе шайки признается наказуемымъ, какъ "delictum sui generis", при слѣдующихъ преступленіяхъ : 1) при разбоѣ и грабежѣ ; 2) при вымогательствѣ ; 3) при поддѣлкѣ и кровомъ денегъ, кредитныхъ билетовъ и другихъ государственныхъ бумагъ ; 4) при кражѣ, мошенничествѣ и подлогѣ; 5) при контрабандѣ и 6) въ преступленіяхъ государственныхъ. Между лицами, участвующими въ шайкѣ, законъ обыкновенно различаетъ : 1) главныхъ виновныхъ, т.е. основателей шайки , 2) сообщниковъ, къ коимъ относятся всѣ вступившіе въ шайку съ знаніемъ ея цѣлей и 3) наконецъ, пособниковъ, доставившихъ какія либо орудія для совершенія злодѣяній

Разсмотрѣвъ всѣ эти постановленія, нельзя не замѣтить, что вопросъ о соучастіи разрѣшенъ нашимъ сводомъ неудовлетворительно. Спасовичъ говоритъ, что по этому вопросу сводъ ввелъ схоластическія тонкости и такія категоріи и дѣленія, которыя представляютъ трудности для отличія одной категоріи отъ другой.

Намъ остается еще указать на постановленія относительно лицъ прикосновенныхъ : попустителей, укрывателей и недоносителей.

Попустителемъ, по ст. 14 признается тотъ, кто

имѣвъ власть или возможность предупредить преступленіе съ намѣреніемъ, или, по крайней мѣрѣ, завѣдомо допустилъ содѣяніе онаго ". По толкованію большинства нашихъ юристовъ, ст. 14 говоритъ лишь о попустительствѣ лицъ должностныхъ . "Слово"власть", говоритъ Неклюдовъ, несомнѣнно, указываетъ, что данная статья говоритъ о попустительствѣ лицъ должностныхъ, а слово "возможность"является лишь дополненіемъ къ власти, ибо для наказуемости надо имѣть не только власть, но и возможность ея примѣненія".Но такое толкованіе прямо противорѣчитъ смыслу приведенной статьи, такъ какъ въ ней ясно говорится о власти или возможности; отсюда слѣдуетъ, что эта статья говоритъ о попустительствѣ со стороны не только лицъ, облеченныхъ властью, но и частныхъ лицъ, которыя имѣютъ возможность предупредить преступленіе, но не дѣлаютъ этого. Попустительство подлежитъ наказанію на одну степень ниже того, какое установлено для пособниковъ, не оказавшихъ необходимаго содѣйствія.

Тому же наказанію подвергается и укрыватель, т, е. "тѣ, которые не имѣвъ никакого участія въ самомъ содѣяніи преступленія, только по совершеніи уже онаго завѣдомо участвовали въ сокрытіи или истребленіи слѣдовъ его, или же въ сокрытіи самихъ преступниковъ или такие завѣдомо взяли къ себѣ или приняли на сбереженіе, или же передали или продали

другими похищеннымъ или отнятымъ у кого либо, или не инымъ противозаконнымъ образомъ добытыя вещи". (2 ч. 14 ст.).Такимъ образомъ, дѣятельность укрывателя можетъ быть заключена или въ укрывательствѣ преступника или въ сокрытіи похищенныхъ вещей, или въ истребленіи слѣдовъ преступленія.

Далѣе, недоносителями,по ст. 15, почитаются "тѣ, которые, знавъ объ умышляемомъ или о содѣянномъ уже преступленіи и имѣвъ возможность довести о томъ до свѣдѣнія правительства,не исполнили сей обязанности".Изъ ст. же 125 видно, что лицо,получившее свѣдѣніе о замышленномъ преступленіи,не обязано доносить о немъ непремѣнно начальству, а можетъ извѣстить лишь субъекта,которому угрожаетъ опасность. Виновные въ недонесеніи о содѣянномъ преступленіи, по ст. 126, приговариваются смотря по важности обстоятельствъ дѣла, или къ заключенію болѣе или менѣе продолжительному въ крѣпости съ ограниченіемъ нѣкоторыхъ особенныхъ, на основаніи ст. 50 сего Уложенія,личныхъ правъ и преимуществъ, или безъ сего ограниченія, или же къ заключенію въ тюрьмѣ,или

къ аресту также болѣе или менѣе продолжительному, или, наконецъ, только къ выговору, замѣчанію,внушенію или къ денежному штрафу ". Однако,же приведенное постановленіе допускаетъ исключенія,напр., по ст . 128 въ которой читаемъ :"Наказаніямъ, въ

закономъ опредѣленнымъ за недонесеніе о содѣянныхъ уже преступленіяхъ, не подвергаются недонесшіе : дѣти на родителей и вообще на родственниковъ по пря прямой восходящей линіи, а равно и родители на дѣтей и прочихъ восходящихъ по прямой линіи, супруги на супруговъ и родныя братья и сестры на братьевъ и и сестеръ".

СОУЧАСТІЕ.

Постановленія новаго кодекса относительно соучастія сгруппированы всѣ въ одной статьѣ, а именно въ ст. 51, которая помѣщена въ отдѣлѣ, озаглавленнымъ "о видахъ виновности".Ясно, что правила о соучастіи точно также, какъ и правила о покушеніи совершенно не подходятъ подъ указанное заглавіе. Терминъ виновность обозначаетъ необходимое для уголовной отвѣтственности психическое отношеніе субъекта къ совершаемому имъ преступному дѣянію и такимъ образомъ виды виновности сводятся къ двумъ типамъ . умыселъ и неосторожность. Поэтому заглавіе "о видахъ виновности" должно бы обнимать только постановленія объ умыслѣ и винѣ неосторожной. Если включить въ этотъ отдѣлъ правила о соучастіи и покушеніи, то ему, какъ я уже говорилъ, нужно дать болѣе широкое заглавіе.

Статья 51 заключаетъ въ себѣ прежде всего опредѣленіе понятія соучастія и указаніе его главнѣйшихъ типовъ "Къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ

нѣсколькими лицами, согласившимися на его совершеніе или дѣйствовавшими завѣдомо сообща, соучастниками признаются тѣ, которые : 1) непосредственно учинили преступное дѣяніе или участвовали въ его выполненіи ; 2) подстрекнули другого къ соучастію въ преступномъ дѣяніи ; 3) были пособниками, доставлявшими средства, или устранявшими препятствія или оказавшими помощь учиненію преступнаго дѣянія совѣтомъ, указаніемъ или обѣщаніемъ не препятствовать его учиненію или скрыть оное ". Изъ этихъ строкъ видно, что редакторы Новаго Уголовнаго Уложенія слѣдуютъ господствующей доктринѣ, по которой соучастіе предполагаетъ взаимное соглашеніе между дѣйствующими лицами. Но такую доктрину,какъ мы видѣли, нельзя признать состоятельной. Она имѣетъ своимъ источникомъ невѣрныя теоріи о такъ называемой"причинной связи", по которымъ дѣйствіе, обосновывающее отвѣтственность за результатъ ,должно представлять по отношенію къ этому результату нѣчто большее, чѣмъ простое условіе его осуществленія.

Слѣдуя какой бы то ни было изъ этихъ теорій, ни одному изъ посредственныхъ соучастниковъ, - ни подстрекателю, ни пособнику невозможно вмѣнить результатъ въ полномъ его объемѣ на основаніи его

собственныхъ дѣйствій. Вотъ почему криминалистамъ и пришлось установить между соучастниками "солидарную отвѣтственность", основавши ее на "единеніи воли", т. е. по просту на соглашеніи между дѣйствующими лицами. Но солидарная отвѣтственность, какъ было сказано, не можетъ быть допущена ни при какихъ условіяхъ, такъ какъ она противорѣчитъ одному изъ коренныхъ принциповъ уголовнаго права, - а именно тому началу, что никто не можетъ отвѣчать за дѣйствія другихъ лицъ. Съ точки зрѣнія правильной теоріи причинной связи, каждый соучастникъ, какъ мы видѣли, отвѣчаетъ за все противозаконное послѣдствіе уже на основаніи своей собственной дѣятельности. Поэтому о солидарной отвѣтственности соучастниковъ не можетъ быть и рѣчи, а вмѣстѣ съ тѣмъ исчезаетъ и всякій поводъ требовать для соучастія соглашенія между дѣйствующими лицами.

Далѣе въ той же статьѣ мы находимъ общее правило относительно наказуемости соучастниковъ: "Соучастники тяжкаго преступленія или преступленія подлежатъ наказанію, въ законѣ за учиненное преступное дѣяніе положенному, но для пособника, коего помощь была несущественна, наказаніе смягчается на основаніяхъ, статьею 53 установленныхъ. Изъ соучастниковъ проступка наказывается только непосредственно учинившій его или участвовавшій въ выполненіи онаго; подстрекатель же и пособникъ подлежатъ наказанію только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ".

Въ этомъ постановленіи я не могу одобрить лишь одинъ пунктъ, а именно выдѣленіе несущественнаго пособничества, какъ такой формы соучастія, которая подлежитъ особому смягченному наказанію. Соучастникомъ, какъ извѣстно, можетъ быть вообще только субъектъ, ОБУСЛОВИВШІЙ своими дѣйствіями осуществленіе преступнаго результата; поэтому всякое пособничество является необходимымъ предшествующимъ по отношенію къ конкретному послѣдствію, и болѣе чѣмъ необходимымъ никакое соучастіе быть не можетъ. Ясно, такимъ образомъ, что разграниченіе пособничества существеннаго и несущественаго нельзя признать основательнымъ.

Статья 51 заканчивается слѣдующими правилами: "Особыя личныя отношенія и условія, опредѣляющія, усиливающія или уменьшающія наказуемость какого-либо изъ соучастниковъ, не вліяютъ на отвѣтственность другихъ. Соучастникъ, отказавшійся отъ участія въ преступномъ дѣяніи и принявшій своевременно всѣ зависѣвшія отъ него мѣры для предотвращенія онаго, освобождается отъ наказанія". О томъ, что особыя условія и личныя отношенія соучастниковъ, уменьшающія или увеличивающія наказуемость, не должны вліять на отвѣтственность другого соучастника, - объ этомъ я уже говорилъ подробно въ ученіи о подстрекательствѣ. Посторонее лицо, подстрекнувшее сына къ убійству отца, не можетъ отвѣчать по закону объ

отцеубійствѣ. Равнымъ образомъ, субъектъ, помогающій отцеубійцѣ, долженъ отвѣчать по закону объ убійствѣ простомъ. Нельзя поэтому не признать, что по отношенію къ обстоятельствамъ, благодаря которымъ преступное дѣяніе является квалифицированнымъ или привилегированнымъ, - по отношенію къ такимъ обстоятельствамъ въ новомъ кодексѣ установлено начало вполнѣ раціональное.

Тотъ же принципъ распространяется въ статьѣ 51 и на условія, опредѣляющія наказуемость, -таковы напримѣръ родственныя отношенія между лицами при такъ называемомъ кровосмѣшеніи; супружескія обязанности въ случаяхъ прелюбодѣянія, служебное положеніе лица въ деликтахъ чисто должностныхъ и т.д. Но подобныя условія, какъ мы видѣли, имѣютъ совершенно другой характеръ, чѣмъ обстоятельства, дѣлающія деликтъ квалифицированнымъ или привилегированнымъ. Они принадлежатъ къ самому составу преступленія; вслѣдствіе этого, обусловливая наказуемость непосредственнаго исполнителя, они должны опредѣлять и отвѣтственность другихъ соучастниковъ - подстрекателей и пособниковъ. Частное лицо, побудившее чиновника къ тому или другому чисто должностному преступленію, должно безъ всякаго сомнѣнія отвѣчать по общимъ правиламъ относительно подстрекательства. То же самое слѣдуетъ сказать и о субъектѣ, который подстрекнулъ другого къ кровосмѣшенію, прелюбодѣя-

нію и т.д. Очевидно, стало быть, что вопросъ о тѣхъ случаяхъ, гдѣ особыя личныя отношенія или обязанности обусловливаютъ самую наказуемость дѣянія, разрѣшенъ въ 51 статьѣ Новаго Уголовнаго Уложенія совершенно неудовлетворительно.

Итакъ, постановленія Новаго Уголовнаго Уложенія относительно соучастія не лишены довольно крупныхъ недостатковъ. Тѣмъ не менѣе нельзя не признать, что они имѣютъ большія преимущества сравнительно съ дѣйствующимъ уложеніемъ. Я имѣю въ виду, главнымъ образомъ, слѣдующія ихъ достоинства : 1) простоту, краткость и ясность, благодаря, которымъ статья 51 не нуждается въ какихъ бы то ни было толкованіяхъ; 2) вѣрное указаніе главнѣйшихъ типовъ соучастія, обнимающихъ собою все разнообразіе конкретныхъ случаевъ ; 3) отсутствіе схоластическихъ тонкостей, коими изобилуетъ дѣйствующее Уложеніе; 4) ограниченіе наказуемости подстрекателей и пособниковъ, участвующихъ въ такъ называемыхъ проступкахъ -ограниченіе наказуемости такихъ соучастниковъ лишь немногими случаями, указанными въ особенной части кодекса, что вполнѣ соотвѣтствуетъ принципу экономіи въ карательныхъ мѣрахъ, выдвинутому въ послѣднее время; и 5) правильное опредѣленіе условій, при которыхъ соучастники должны освобождаться отъ наказаній.

Перехожу теперь къ послѣднему отдѣлу общей

части къ ученію о наказаніи.

О Т Д Ѣ Л Ъ III-Й

У Ч Е Н І Е О Н А К А З А Н І И

Г л а в а 1-я.

JUS PUNIENDI; ЗАДАЧИ НАКАЗАНІЯ И НЕОБХОДИМЫЯ СВОЙСТВА РАЦІОНАЛЬНЫХЪ КАРАТЕЛЬНЫХЪ МѢРЪ.

Этотъ послѣдній отдѣлъ общей части распадается на три главы. Первая изъ нихъ будетъ содержать въ себѣ критическій обзоръ главнѣйшихъ уголовныхъ теорій и окончательные выводы по вопросу о правомѣрности и цѣляхъ наказанія, вторая глава будетъ посвящена разсмотрѣнію отдѣльныхъ видовъ и родовъ наказанія ; наконецъ, въ третьей главѣ будетъ изложено ученіе о мѣрѣ наказанія.

1. КРИТИЧЕСКІЙ ОБЗОРЪ,ТАКЪ НАЗ. УГОЛОВНЫХЪ ТЕОРІЙ.

На всемъ земномъ шарѣ нѣтъ и не было государства, которое обходилось бы безъ карательныхъ мѣръ. Наблюденія показываютъ также, что карательная власть государства заключена повсюду въ извѣстные строго опредѣленные закономъ предѣлы. Но философская мысль никогда не могла успокоиться на этомъ; она не довольствовалась однимъ только признаніемъ историче-

ских фактовъ, и еще въ глубокой древности трудныя проблемы о нравственности и цѣляхъ наказанія привлекли къ себѣ вниманіе величайшихъ мыслителей, Наиболѣе обстоятельно эти вопросы были изслѣдованы Пиѳагоромъ, Платономъ и Аристотелемъ.

Пиѳагоръ, жившій въ IУ в. до Р.Х., считалъ основаніемъ уголовнаго права идею возмездія, по которой человѣку, причинившему другому зло, должно быть сдѣлано то же самое.

Совершенно иного начала держится Платонъ. По его ученію, изложенному въ "Протагорѣ", человѣкъ наказывается вовсе не за совершенную имъ вину; никто не бываетъ злымъ по своей винѣ, но источникъ злобы заключается или въ физической природѣ человѣка, или же въ дурномъ воспитаніи. Поэтому, наказаніе необходимо не какъ возмездіе, но какъ средство для для удержанія виновнаго отъ преступленія на будущее время.

Въ томъ же самомъ смыслѣ высказывается онъ и въ "Государствѣ". Наказаніе должно вести къ исправленію, которое необходимо для возвращенія человѣка на путь справедливости, составляющей величайшее благо. Еще подробнѣе развиваетъ Платонъ идею наказанія, какъ средство для исправленія, въ своемъ "Горгіи": Здѣсь говорится слѣдующее: "наказаніе заставляетъ человѣка сдѣлаться мудрымъ и справедливымъ. Ничто не можетъ быть безобразнѣе несправедливости,

которая избѣгаетъ наказанія: кто совершилъ несправедливость, тотъ долженъ, преодолѣвши страхъ самъ явиться къ судьѣ и потребовать себѣ наказанія, какъ средства къ исцѣленію отъ нравственной порчи". Наконецъ, въ IX книгѣ "Законовъ", Платонъ говоритъ, что если преступникъ не исправимъ, то государство должно избавиться отъ него посредствомъ смертной казни. Такимъ образомъ, наказаніе является здѣсь средствомъ освобожденія государства отъ человѣка, представляющаго опасность для правового порядка.

Другой греческій мыслитель Аристотель въ своей Этикѣ" разсуждаетъ о наказаніи слѣдующимъ образомъ: "Справедливость, основанная на идеѣ равенства, является въ двухъ видахъ: первый составляетъ справедливость раздѣлительная или награждающая (distributiva)второй - справедливость исправительная (correctiva), послѣдняя въ свою очередь раздѣляется на карательную и гражданскую. Карательная справедливость старается возстановить равенство, нарушенное несправедливыми дѣйствіями". Что касается до мѣры наказанія, то она должна опредѣляться, по Аристотелю главнымъ образомъ, направленіемъ и характеромъ злой воли преступника.

Переходя къ воззрѣніямъ Римлянъ, мы видимъ, что и у нихъ главнымъ основаніемъ карательной функціи является начало справедливости. Но, кромѣ того, наказаніе уже имѣетъ и опредѣленныя цѣли, вызывае-

мыя требованіями общежитія. Такъ, Сенека говоритъ о предупрежденіи преступленій посредствомъ угрозы уголовной кары. По воззрѣнію Цицерона, карательныя мѣры должны удерживать преступника отъ повторенія преступныхъ дѣйствій, а вмѣстѣ съ тѣмъ и устрашать другихъ.

Далѣе, вмѣстѣ съ христіанствомъ выступаетъ ученіе о наказаніи, какъ предотвращеніе Божьей кары, какъ о покаяніи и вмѣстѣ съ тѣмъ средствѣ исправленія. По ученію апостола Павла, наказанія постигаютъ человѣка за грѣхи, какъ исполненіе Божьяго Провидѣнія. Блаженный Іеронимъ утверждаетъ, что свѣтская власть, наказывая человѣка, можетъ избавить его тѣмъ самымъ отъ Божьей кары. Какъ исправленіе и вмѣстѣ съ тѣмъ примѣръ для другихъ наказаніе разсматривается у св. Августина, а также у свѣтителя Златоуста. По ученію средневѣковыхъ теологовъ, наказаніе есть осуществленіе божественнаго закона справедливости.

Далѣе, въ XVII в. представитель школы естественнаго права Гуго Гроцій въ сочиненіи своемъ "De iure belli ac pacis", выдвигаетъ слѣдующее ученіе о карательныхъ мѣрахъ государства. "Право наказанія, говоритъ онъ, вытекаетъ непосредственно изъ зла, совершеннаго преступникомъ ; природа и справедливость требуютъ, чтобы тотъ, кто нанесъ обиду другому, самъ подвергся страданіямъ". "Но кара...

мѣры свѣтской власти; продолжаетъ Гуго-Гроцій, должны преслѣдовать извѣстныя цѣли, которыя состоятъ въ удовлетвореніи пострадавшаго, въ исправленіи преступника и въ примѣрѣ для другихъ". При этомъ Гуго Гроцій замѣчаетъ, что земная кара должна падать только на дѣянія внѣшнія: cogitationis poenam nemo potest. Онъ отвергаетъ такое наказаніе за такія безнравственныя дѣйствія, которыя не нарушаютъ общественнаго порядка, а указываютъ лишь на отсутствіе добродѣтели; исключающей всякое принужденіе. Такимъ образомъ, этотъ мыслитель первый изъ философовъ новаго времени пытался провести границу между областью морали и сферой права. Что касается мѣры наказуемости, то она должна опредѣляться по ученію Гуго Гроція, какъ причиной, такъ и цѣлью преступленія. Наказаніе ни въ какомъ случаѣ не должно превышать вины преступника, но оно можетъ быть и мягче, если этого требуетъ польза.

Другой философъ той же школы Гоббсъ разсматриваетъ наказаніе, какъ необходимое средство для охраненія общественной безопасности; оно должно исправлять преступника, чтобы гарантировать общество отъ рецидива и вмѣстѣ съ тѣмъ служить примѣромъ для другихъ.

Въ требованіяхъ общественной пользы видитъ основаніе наказанія и Томазій. Слѣдуя Гуго Гроцію, онъ подробно развиваетъ ту мысль, что наказаніе

должно слѣдовать исключительно за дѣйствіями, вредными для общественнаго порядка. Мѣра наказанія должна быть приноровлена къ его цѣли - противодѣйствовать наклонности къ нарушенію правовыхъ нормъ; она должна опредѣляться какъ важностью преступленія, такъ и психическими свойствами природы преступника.

Со второй половины XVIII в. вопросъ о цѣляхъ уголовныхъ каръ начинаетъ привлекать къ себѣ вниманіе философовъ и публицистовъ. Съ этого времени онъ сливается съ проблемой объ основаніи уголовнаго права въ субъективномъ смыслѣ. Указывая цѣли наказанія, большинство философовъ думаетъ обосновать и самое право государства на отправленіи каратѣльныхъ мѣръ (ius puniendi). Такимъ образомъ, чтобы сознакомиться съ этими ученіями, необходимо обратиться къ уголовнымъ теоріямъ, т.е. къ теоріямъ, изслѣдующихъ вопросъ о правѣ наказанія.

Между различными уголовными теоріями, появляющимися съ конца XVIII в. надо различать прежде всего двѣ главныя группы : 1) теоріи, признающія каратѣльную функцію государства вполнѣ правомѣрной, 2) теоріи противоположныя, которыя рѣшительно отрицаютъ за государствомъ право наказанія преступниковъ.

1) Уголовныя теоріи первой группы при всемъ ихъ разнообразіи могутъ быть сведены къ четыремъ

разрядамъ:

а) ученія, которыя выводятъ право наказанія изъ требованій абсолютной справедливости; это такъ назыв. АБСОЛЮТНЫЯ ТЕОРІИ.

в) теоріи, обосновывающія карательное право на требованіяхъ общественной пользы; это такъ назыв. теоріи ОТНОСИТЕЛЬНЫЯ или теоріи интереса.

с) теоріи ПРАВОВЫЯ, указывающія источникъ карательной власти въ принципахъ чисто юридическаго характера, и, наконецъ,

д) теоріи СМѢШАННЫЯ, гдѣ мы встрѣчаемъ комбинированіе различныхъ началъ, выдвигаемыхъ въ теоріяхъ первыхъ трехъ разрядовъ.

а) ТЕОРІИ АБСОЛЮТНЫЯ.

Родоначальникомъ этихъ теорій является знаменитый представитель раціонализма Кантъ. По его словамъ, практическая дѣятельность человѣка не зависитъ отъ внѣшняго міра". Практическій разумъ говоритъ Кантъ, направленный къ осуществленію въ мірѣ внѣшнемъ того, что сознано разумомъ теоретическимъ, самъ изъ себя, независимо отъ опыта, ставитъ для воли законы, которые она должна реализовать. Высшій законъ разума предписываетъ человѣку желать только нравственнаго добра. Въ подчиненіи человѣка этому требованію разума, вопреки чувственнымъ впечатлѣніямъ и состоитъ свобода воли Требованія практическаго разума являются, по ученію Канта, категорическими императивами, т.е. велѣніями

безусловными, прирожденными человѣку и не требующими доказательствъ.

Одинъ изъ такихъ категорическихъ императивовъ разума состоитъ въ томъ, чтобы всякій совершившій преступленіе, былъ неизбѣжно наказанъ". "Наказаніе, говоритъ Кантъ, не есть средство для достиженія какой либо полезной цѣли, прирожденная человѣку личность не допускаетъ извлекать изъ наказанія какую либо выгоду. Такимъ образомъ, преступникъ долженъ быть наказанъ только потому, что совершилъ преступленіе "quia peccatum est". Развивая такое ученіе о самоцѣльности наказанія, Кантъ замѣчаетъ, что если бы члены общества были готовы разойтись съ обманаго согласія, то это не могло бы избавить отъ кары находящагося въ тюрьмѣ убійцу. Затѣмъ, мѣра наказанія по Канту, должна быть основана на математическомъ принципѣ: "равнимъ за равное". Но Кантъ не придаетъ этому принципу матеріальнаго значенія, подобно Моисееву закону: "око за око, зубъ за зубъ", онъ требуетъ для наказанія лишь пропорціональности его внутренней винѣ преступника, но отнюдь не соотвѣтствія внѣшней дѣятельности послѣдняго. Только въ случаяхъ убійства преступникъ, долженъ быть, по мнѣнію Канта, необходимо лишенъ жизни, ибо достаточнымъ возмездіемъ за такое преступленіе можетъ быть только смертная казнь. Замѣчу кстати, что это мнѣніе Канта и послужило къ тому, что нѣ-

гіе ученые видятъ въ немъ защитника грубой теоріи материальной оцѣнки преступленій. Уголовная теорія Канта поражаетъ насъ прежде всего полнымъ противорѣчіемъ его же собственнымъ воззрѣніямъ на право и государство. Въ самомъ дѣлѣ, онъ выводитъ право изъ необходимости согласованія внѣшней свободы человѣка съ проявленіемъ произвола другихъ членовъ общества; эта - то необходимость и создаетъ, по его словамъ, тѣ нормы, которыя ограничиваютъ свободу каждаго лица и охраняютъ посредствомъ внѣшняго правового принужденія. Очевидно, однако, что послѣдовательно примѣняя такой взглядъ къ наказанію, Кантъ, очевидно, долженъ былъ бы построить теорію относительную, оправдывающую наказанія исключительно цѣлями общежитія. Далѣе, говоря о устройствѣ государства, Кантъ приводитъ взглядъ, близко подходящій къ теоріи Руссо. Государство существуетъ, по его ученію, для блага отдѣльныхъ лицъ. Ясно, въ какомъ противорѣчіи находится его теорія наказанія, по которой карательная дѣятельность истекаетъ исключительно изъ внѣшней нравственной необходимости. Основываясь на идеѣ права, которое является у него совершенно независимымъ отъ идеи нравственнаго закона, Кантъ относитъ къ дѣйствіямъ, подлежащимъ наказанію, одно лишь нарушеніе правового порядка. Но, очевидно, такое ограниченіе сферы карательной власти государства прямо противорѣчи[illegible] воззрѣнію на наказаніе, какъ на осуществле-

ніе идеи нравственнаго возмездія; слѣдуя такому воззрѣнію на наказаніе, необходимо было бы принять, что послѣднему должны подлежать и всѣ вообще безнравственныя дѣйствія, а не одни только правонарушенія.

Противъ ученія Канта, что наказаніе есть категорическій императивъ, т.е. одна изъ прирожденныхъ нашему разуму идей, должно возразить, что по изслѣдованію новѣйшей психологіи, прирожденныхъ идей вообще не существуетъ; всѣ наши идеи составляютъ результатъ опыта и наблюденій; философское ученіе о томъ, что разумъ есть не только способность, но и система апріорныхъ идей - такое ученіе вполнѣ отвергнуто новѣйшей наукой. Если преступленіе безспорно вызываетъ въ насъ желаніе, чтобы преступникъ понесъ кару, помимо всякаго соображенія о ея пользѣ, то источникомъ такого желанія является, несомнѣнно, не апріорная идея, а такъ назыв. чувство возмездія, которое въ сущности есть нечто иное, какъ осложнившееся чувство мести (чрезвычайно наглядно выясняетъ это Джонъ Стартъ Миллъ въ послѣдней главѣ своего труда "объ утилитаризмѣ"). Спрашивается, можно ли ставить удовлетвореніе чувства мести конечною цѣлью карательныхъ мѣръ ?Ясно само собою, что на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить отрицательно.

Теорія другого знаменитаго абсолютиста Италіи состоитъ въ слѣдующемъ :"Государство существуетъ д.

внѣшняго охраненія въ обществѣ божественнаго порядка. Гражданское правосудіе есть подобіе правосудія божескаго; поэтому, хотя карательная дѣятельность и должна служить извѣстнымъ утилитарнымъ цѣлямъ, но цѣли эти не могутъ быть разсматриваемы, какъ основаніе карательной функціи, онѣ составляютъ лишь ея мотивы. Карательное право имѣетъ единственное основаніе въ требованіи божественной справедливости, по которому вина преступника должна быть заглажена возмездіемъ". "Но понятно, само собою, говоритъ далѣе Шталь, что мѣра справедливаго возмездія можетъ быть опредѣлена человѣческимъ судомъ только приблизительно".

Теорія Шталя кромѣ того, что опирается на религіозные догматы, содержитъ въ себѣ внутреннее логическое противорѣчіе. Въ самомъ дѣлѣ, если человѣческій судъ опредѣляетъ возмездіе только приблизительно, то можетъ ли такой судъ быть осуществленіемъ божеской справедливости?

Что касается другихъ абсолютныхъ теорій, какъ, напр, Гегеля, Пессины, Шталя, Захаріэ, Генке, то изложеніемъ ихъ я не стану утруждать нашего вниманія. Въ заключеніе сдѣлаю только нѣсколько общихъ замѣчаній. Всѣ эти теоріи видятъ въ наказаніи осуществленіе требованія безусловной справедливости, необходимое послѣдствіе деликта. Преступникъ, съ ихъ точки зрѣнія, наказывается исключительно потому, что совершилъ дѣйствіе требующее воздаянія, quia peccatum est

Но ни одинъ изъ абсолютистовъ однако не не доказалъ что зло дѣйствительно требуетъ необходимо воздаянія тѣмъ же зломъ. Необходимость воздаянія они выводятъ изъ принциповъ чисто - математическихъ, которые не могутъ быть признаны положительнымъ знаніемъ. Естественно, поэтому, что абсолютныя теоріи рѣшительно отвергаются всѣми учеными, которые только отказались отъ метафизическихъ воззрѣній. Не могу къ этому не прибавить, что если бы мы даже и допустили существованіе абсолютныхъ нормъ, то все же должно было бы признать, что реализація подобныхъ нормъ не можетъ быть задачей государственной жизни, не можетъ быть уже потому, что выполненіе подобной задачи было бы, очевидно, государству не по силамъ.

в) ТЕОРІИ ОТНОСИТЕЛЬНЫЯ.

Всѣ эти теоріи разсматриваютъ наказаніе, какъ средство для осуществленія тѣхъ или другихъ полезныхъ цѣлей. Обыкновенно различаютъ два рода этихъ теорій: 1) простыя относительныя теоріи, которыя указываютъ одну какую нибудь цѣль, и 2) сложныя относительныя теоріи, которыя указываютъ нѣсколько цѣлей.

Самая древняя изъ простыхъ относительныхъ теорій это теорія устрашенія, признающая задачей уголовнаго права вызвать страхъ посредствомъ самого исполненія наказанія. Эта террористическая теорія, господствовавшая въ средніе вѣка, имѣла за [illegible]

прошлаго вѣка своими приверженцами лучшихъ представителей науки уголовнаго права, во главѣ которыхъ стоялъ,напр., Гмелинъ. Нынѣ она потеряла уже всякій авторитетъ. Противъ этой теоріи, требующей жестокихъ и публично отправляемыхъ наказаній, справедливо возражаютъ, что устрашающая сила уголовнаго права зависитъ не отъ жестокости, а отъ неизбѣжности карательныхъ мѣръ, что жестокія наказанія деморализуя преступника, ведутъ только къ рецидивамъ, что видъ страданій преступника вовсе не устрашаетъ черни, которая скоро привыкаетъ къ подобнымъ зрѣлищамъ, что зрѣлища эти, наконецъ, дѣйствуютъ развращающимъ образомъ на толпу. Съ системой устрашенія не должно смѣшивать теорію психологическаго принужденія выдвинутую извѣстнымъ нѣмецкимъ криминалистомъ Фейербахомъ.

Теорія эта видитъ цѣль наказанія также въ устрашеніи, но такая цѣль достигается уже посредствомъ одной угрозы, содержащейся въ уголовномъ законѣ, угрозы не жестокимъ, но за то неизбѣжнымъ зломъ". Цѣль государства, говоритъ Фейербахъ, состоитъ въ охраненіи правсвого порядка. Отсюда и витекаетъ право государства принимать необходимыя мѣры для предупрежденія преступленій. Вслѣдствіе недостаточности для достиженія этой цѣли образованія, нравственнаго воспитанія и религіи, государство по необходимости должно прибѣгать къ мѣрамъ принудительнымъ".

Къ такимъ мѣрамъ Фейербахъ относитъ : 1) принужденіе физическое, когда государство физически препятствуетъ выполненію преступнаго замысла, о которомъ оно получило извѣстіе . 2) Принужденіе психологическое, заключающееся въ угрозѣ уголовнаго закона. Всѣ преступленія, по словамъ Фейербаха, вытекаютъ изъ чувственныхъ побужденій человѣка, Чтобы противодѣйствовать ихъ совершенію, необходимо угрожать такимъ зломъ,которое было бы гораздо чувствительнѣе, чѣмъ наслажденіе или польза, получаемыя отъ преступленія".

Такова теорія Фейербаха. Нельзя не признать,что она основана на несомнѣнномъ психологическомъ фактѣ: представленія о невигодахъ, которыя могутъ повлечь за собою извѣстное дѣйствіе; очень часто удерживаютъ человѣка отъ его совершенія, не смотря на достаточную интенсивность побудительнаго мотива. Теоріи Фейербаха можно сдѣлать лишь два упрека :1) она совершенно игнорируетъ въ высшей степени полезный результатъ карательныхъ мѣръ, состоящій въ устраненіи, или по крайней мѣрѣ, въ ограниченіи частной мести и 2) она не указываетъ никакого средства для гарантіи общества отъ новыхъ посягательствъ со стороны тѣхъ, которые уже совершили извѣстное преступленіе, доказавши ее ірво по отношенію къ нимъ безсиліе угловной угрозы.

Перехожу къ теоріи частнаго предупрежденія кото-

рую развиваетъ Грольманъ. Криминалистъ ставитъ цѣлью наказанія предупрежденіе возможныхъ правонарушеній исключительно со стороны тѣхъ,которые уже обнаружили преступную волю въ извѣстномъ правонарушающемъ дѣйствіи,короче - въ предупрежденіи рецидива. Цѣль эта достигается двоякимъ образомъ : 1) или уничтоженіемъ физической возможности для совершенія преступнаго дѣйствія,напр.,смертною казнью, изгнаніемъ преступника и т.д, или же 2) посредствомъ устрашенія. Первый способъ долженъ составлять исключеніе, второй - общее правило

Относительно теоріи Грольмана, я долженъ прежде всего сдѣлать слѣдующее замѣчаніе : во 1-хъ, она упускаетъ изъ виду не только устраненіе частной чести, но и общее предупрежденіе преступленій; во 2-хъ, что касается предупрежденія рецидива, то система устрашенія оказывается для этого рѣшительно непригодной, такъ какъ если уже человѣка не удержалъ отъ преступленія страхъ общественной кары, то очевидно, нельзя разсчитивать на этотъ мотивъ и на будущее время. Вообще, предупрежденіе рецидива можетъ быть достигнуто наказаніемъ лишь тогда ,когда оно будетъ имѣть исправительный характеръ Эта идея нашла полное признаніе въ теоріи исправленія, которая прежде имѣла своими приверженцами знаменитыхъ : Ливингстона и Шарля Люкаса. а нынѣ главнымъ представителемъ ея является Редерь. По ученію Редера, единственная цѣль наказанія есть исправленіе преступника, которое есть вмѣстѣ съ тѣмъ и основаніе правомѣрности

карательной функціи государства. Что государство должно принимать мѣры къ исправленію преступниковъ, это можно признать безспорнымъ, но также несомнѣнно и то, что предупрежденіе рецидива не можетъ составлять единственной цѣли карательныхъ мѣръ.

Перейду къ изложенію теорій относительныхъ законныхъ Наиболѣе виднымъ представителемъ этихъ теорій является извѣстный англійскій юристъ Бентамъ."Цѣль общества,какъ и отдѣльнаго человѣка, говоритъ Бентамъ состоитъ въ увеличеніи наслажденій и въ уменьшеніи страданій. Всякое правительство должно стремиться къ тому, чтобы доставить возможно большее количество блага для возможно большаго числа людей. Какъ нравственный, такъ и юридическій законъ имѣетъ въ сущности одну и ту же цѣль : максимизацію счастья посредствомъ извѣстныхъ нормъ регулирующихъ взаимныя отношенія между членами общества; но законъ юридическій ограниченнѣе по объему, чѣмъ законъ нравственный. Государство можетъ вліять на дѣйствія отдѣльныхъ субъектовъ только посредствомъ наказанія. Такъ какъ карательныя мѣры составляютъ сами по себѣ несомнѣнно зло, то оправданіе ихъ можетъ заключаться лишь въ томъ, что сумма блага, доставляемаго ими, несравненно больше причиняемаго зла. Наказаніе необходимо для охраненія правового порядка, составляющаго существеннѣйшее условіе для общаго благосостоянія ; вслѣдствіе этого карательная функція и является вполнѣ нравственной и правомѣрной. Такимъ об-

разомъ, право наказанія, какъ и всѣ другія государственныя права, основывается на принципѣ общественной пользы. Ближайшія задачи наказанія Бентамъ видитъ съ одной стороны въ предупрежденіи преступленій, а съ другой - въ удовлетвореніи пострадавшаго. Уголовное право предупреждаетъ преступныя дѣянія, какъ со стороны лица, совершившаго преступленіе, такъ и со стороны всѣхъ другихъ, у кого только можетъ возникнуть преступная мысль; слѣдовательно, наказаніе служитъ въ одно и то же время какъ для общаго, такъ и для частнаго предупрежденія преступленій. Послѣднее частное предупрежденіе достигается тремя способами: 1) отнятіемъ физической возможности наносить вредъ ; 2) уничтоженіемъ противообщественныхъ наклонностей преступника, т.е. нравственнымъ перевоспитаніемъ его и 3) наконецъ, устраненіемъ.

Общее предупрежденіе достигается угрозой наказанія, содержащейся въ уголовномъ законѣ . Пользуясь своимъ карательнымъ правомъ, государство, продолжаетъ Бентамъ, должно опредѣлять наказаніе по началамъ строгой экономіи, иначе зло, причиняемое наказаніемъ, можетъ быть болѣе того зла, для исправленія котораго оно примѣняется. При возможно меньшемъ количествѣ дѣйствительныхъ страданій, причиняемыхъ виновнику, наказаніе должно представляться интенсивнымъ сдерживающимъ мотивомъ". Разсуждая объ опредѣленіи мѣры наказанія, Бентамъ выставляетъ то же самое правило, что

и Фейербахъ: зло причиняемое наказаніемъ , должно быть, достаточно сильнымъ, чтобы удержать отъ преступленія, не смотря на получаемую отъ послѣдняго выгоду или удовольствіе : "Наказаніе, неспособное удерживать людей отъ преступныхъ дѣйствій, говоритъ Бентамъ, было бы зломъ, совершенно безполезнымъ и не имѣющимъ оправданія". Наконецъ, Бентамъ подробно развиваетъ ту мысль, что не раціонально подвергать виновныхъ въ одномъ и томъ же направленіи одинаковому наказанію, что при назначеніи карательныхъ мѣръ должно обращать самое строгое вниманіе на индивидуальныя особенности преступника, на его темпераментъ, впечатлительность, состояніе здоровья, убѣжденія и т.д.

Вотъ сущность ученія, развиваемаго Бентамомъ. При всѣхъ своихъ достоинствахъ оно имѣетъ, какъ мы сейчасъ увидимъ, существенный недостатокъ. Такъ, Бентамъ, какъ мы знаемъ, ставитъ одною изъ цѣлей наказанія удовлетвореніе пострадавшаго. Но спрашивается, почему же именно государство должно удовлетворять такой животной потребности, каково чувство мести. Далѣе, можно ли согласиться съ тѣмъ, что предупрежденіе рецидива можетъ - быть достигнуто, между прочимъ, посредствомъ устраненія ? Очевидно, Бентамъ впадаетъ въ ту же самую ошибку , что и Гроьманъ въ своей теоріи частнаго предупрежденія. Этимъ я и закончу обзоръ теорій относительныхъ.

е) ТЕОРІИ ПРАВОВЫЯ.

Теоріи этой группы основываютъ карательную власть государства на фактахъ юридическаго свойства. Сюда относится прежде всего теорія государственной самообороны, развиваемая извѣстнымъ криминалистомъ Пульце.

Теорія ата заключается въ слѣдующемъ. Каждому живому организму присуще чувство самосохраненія, которое заставляетъ его защищаться противъ каждаго, направленнаго противъ него вреднаго дѣйствія; отраженіе грозящей опасности составляетъ неотъемлемое, признаное вмѣстѣ всѣми законодательствами, право человѣка, право необходимой обороны. Чувство самосохраненія и право необходимой обороны въ той же мѣрѣ присуще и организму государственному. Имѣя несомнѣнное право на существованіе, какъ необходимая среда для развитія личности, общество eo ipso имѣетъ право и на самосохраненіе. Каждое преступное дѣйствіе является нападеніемъ на государство и должно поэтому вызывать со стороны послѣдняго реакцію, основанную на правѣ самозащиты; эта реакція и есть наказаніе.

По поводу этой теоріи слѣдуетъ замѣтить, что понятіе наказанія и самообороны совершенно различни наказаніе есть актъ, сопровождающій преступное дѣйствіе; самооборона же должна необходимо предшествовать преступленію и, какъ скоро послѣднее со-

вершилось, самооборона уже не можетъ имѣть мѣста,Ясно, такимъ образомъ, что наказаніе не есть самооборона противъ того нападенія, которое уже выразилось въ совершенномъ преступномъ дѣяніи. Точно такие карателиния мѣры не могутъ быть признаны самозащитой противъ опасности, угрожающей отъ преступника въ будущемъ. Самооборона, какъ проявленіе права, можетъ быть вызываема только близкой и вполнѣ достовѣрной опасностью между тѣмъ никакъ нельзя утверждать,чтобы каждый преступникъ дѣйствительно представлялъ для общества такую опасность.

ТЕОРІИ СМѢШАННЫЯ ИЛИ ЭКЛЕКТИЧЕСКІЯ.

Эти теоріи амальгамируютъ различныя начала, выдвигаемыя въ теоріяхъ первыхъ трехъ разрядовъ.Главнымъ представителемъ ихъ является Вернеръ."Наказаніе, говоритъ онъ, является уничтоженіемъ неправды и вмѣстѣ съ тѣмъ возстановленіемъ права. Сущность наказанія заключается въ принципѣ возмездія, реализація котораго имѣетъ непосредственнымъ слѣдствіемъ удовлетвореніе чувства справедливости"."Только въ глазахъ жалкаго матеріалиста, замѣчаетъ Вернеръ, удовлетвореніе чувства справедливости можетъ имѣть меньшую цѣну, чѣмъ остальныя полезныя послѣдствія наказанія". Кромѣ указанной цѣли, карательная дѣятельность государства, по Вернеру, имѣетъ задачей устраненіе и исправленіе. Обращаясь далѣе къ вопросу о мѣрѣ наказанія, Вернеръ выставляетъ то поло-

кеніе, что идея справедливости можетъ указывать лишь maximum или minimum карательныхъ мѣръ. Онъ разсуждаетъ при этомъ слѣдующимъ образомъ: "если мѣра наказанія должна опредѣляться, съ одной стороны, принципомъ возмездія, а съ другой - цѣлями устраненія и исправленія, то, очевидно, можетъ произойти столкновеніе требованій совершенно различныхъ. Для того, чтобы разрѣшить вопросъ о томъ, какимъ образомъ требованія абсолютныхъ теорій примиряются съ требованіями теорій относительныхъ, необходимо говоритъ Вернеръ, вникнуть глубже въ понятіе мѣры.

Если качественное существованіе извѣстной физической вещи обусловливается опредѣленнымъ количествомъ входящихъ въ составъ ея элементовъ, то, какъ скоро мы перейдемъ предѣлы этого количества, данная вещь превратится въ совершенно другую, имѣющую особыя свойства; такъ, напр., существованіе воды обусловливается извѣстной степенью теплоты, при измѣненіи которой вода обращается въ ледъ или въ паръ. То же самое имѣетъ силу и по отношенію къ предметамъ нравственнымъ, существованіе которыхъ также находится въ зависимости отъ опредѣленной мѣры, потому что и здѣсь съ измѣненіемъ количества измѣняется и качество; такъ, щедрость, какъ скоро она переходитъ извѣстные предѣлы, превращается въ расточительность; такимъ же образомъ, бережливость можетъ перейти въ скупость, осмотрительность въ тру-

сость и т.д.;точно также,продолжаетъ Вернеръ и справедливость,обусловленную извѣстной мѣрой, должно взвѣшивать самымъ точнымъ образомъ для устраненія чрезмѣрности съ одной стороны, и недостаточности съ другой. Чтобы карательныя мѣры имѣли качество справедливаго возмездія, требуется извѣстное количество чувственныхъ страданій. Переходя за предѣлы этого количества, наказаніе является уже несправедливымъ при чрезмѣрномъ страданіи оно превращается уже въ месть, при недостаточности же его, въ потачку.Но тѣ предѣлы, внутри которыхъ мы можемъ измѣнить количество, не измѣняя качества предмета, представляютъ достаточно простора какъ въ мірѣ физическомъ,такъ и въ нравственномъ. Начиная отъ 0 до 30 градусовъ теплаявода остается водой; измѣненіе температуры воды въ этихъ предѣлахъ не имѣетъ, слѣдовательно, никакого вліянія на ея качество. Подобнымъ образомъ, замѣчаетъ Вернеръ, и по отношенію къ предметамъ этическимъ мы можемъ опредѣлить границы, внутри которыхъ измѣненіе количества не будетъ сопровождаться перемѣною въ самомъ качествѣ предмета". Обращаясь затѣмъ къ вопросу объ опредѣленіи мѣры наказанія, на основаніи принципа возмездія, Вернеръ утверждаетъ, что и здѣсь для того, чтобы наказаніе имѣло

качествосправедливаго возмездія, не требуется точно опредѣленнаго количества страданій, а нужно только, чтобы это количество не выходило за предѣлы, которые указываются справедливостью. Такимъ образомъ принципъ возмездія полагаетъ для мѣры наказанія лишь maximum и minimum наказанія. Но критерій, съ помощью котораго можно бы опредѣлить max. и min. справедливаго наказанія, у Бернера нигдѣ не указанъ.

Этимъ я и заканчиваю обзоръ теорій, обосновывающихъ право карательной дѣятельности государства. Общая черта ихъ заключается въ томъ, что всѣ онѣ разсматриваютъ наказаніе, какъ явленіе вполнѣ правомѣрное. Но литература выставила также и доктрину противоположную, которая рѣшительно отвергаетъ за государствомъ право наказанія преступниковъ- такъ называемое ius puniendi.

II. Сюда относятся собственно только три теоріи извѣстнаго соціалиста Роберта Оуэна, французскаго публициста Эмиля-де-Жирардена и нѣмецкаго философа Барта.

Ученіе Роберта Оуэна наиболѣе обстоятельно изложено въ его послѣднемъ трудѣ: "Книга новаго нравственнаго міра". "Характеръ человѣка, говоритъ онъ здѣсь, является всегда продуктомъ среды, его окружающей; никто не родится добрымъ или злымъ; всѣ человѣческіе недостатки и всѣ достоинства имѣютъ свои корни въ тѣхъ внѣшнихъ условіяхъ, при которыхъ совершается развитіе человѣческой личности.

При хорошемъ воспитаніи и безукоризненной средѣ всякій будетъ непремѣнно хорошимъ человѣкомъ. Но, если все зависитъ отъ внѣшнихъ условій, то человѣкъ не можетъ подлежать отвѣтственности за свои проступки. Какъ добродѣтели человѣка не составляютъ его заслуги, точно такъ же пороки не вмѣняются ему въ вину." На этомъ основаніи Оуэнъ рѣшительно требуетъ, чтобы награды и карательныя мѣры были совершенно отмѣнены. Общество поступаетъ, по его словамъ, въ высшей степени несправедливо, наказывая преступниковъ, которыхъ оно же само создало своимъ дурнымъ устройствомъ. Для устраненія преступленія есть только одно дѣйствительное средство - это радикальная реформа общественнаго быта. Наказаніе же является не только несправедливымъ, но и совершенно безполезнымъ.

По поводу доктрины Оуэна я долженъ замѣтить слѣдующее. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что основное положеніе Оуэна вѣрно; зависимость преступленій отъ соціальныхъ условій вполнѣ доказана новѣйшими статистическими изслѣдованіями. Опираясь на эти изслѣдованія, мы должны признать, что мотивы, влекущіе людей къ преступленіямъ имѣютъ дѣйствительно главнымъ источникомъ дурное устройство современнаго общества. Но отсюда еще невозможно дѣлать того вывода, что наказаніе совершенно безполезно. Мотивы, порождаемые неблагопріятными условіями общественной

жизни, далеко не всегда дѣйствуютъ съ непреодолимой силой на волю человѣка; напротивъ, они часто могутъ быть пересиливаемы другимъ сдерживающимъ мотивомъ, который и стремится создать уголовное право. Если преступленіе является, главнымъ образомъ, продуктомъ общественнаго строя, то отсюда слѣдуетъ только что одна карательная функція недостаточна для вполнѣ успѣшной борьбы съ преступленіемъ. На обществѣ безспорно лежитъ обязанность способствовать устраненію или, по крайней мѣрѣ, ослабленію общихъ причинъ, создающихъ преступленіе; но отъ него нельзя требовать, какъ это дѣлаетъ Оуэнъ, чтобы оно водворило у себя сразу такой порядокъ, который бы сдѣлалъ преступленіе невозможнымъ. Радикальное измѣненіе соціальныхъ условій, отъ которыхъ зависятъ преступленія, можетъ быть достигнуто только путемъ продолжительнаго постепеннаго процесса, подлежащаго общимъ законамъ историческаго развитія". Основанія соціальной системы, справедливо замѣчаетъ Кетле, подвергаются измѣненіямъ чрезвычайно медленно, иногда въ теченіе цѣлыхъ столѣтій, чѣмъ и объясняется постоянство въ явленіяхъ общественной жизни, которое и указывается статистикой".

Далѣе, рѣшительнымъ противникомъ карательныхъ мѣръ является Эмиль-де-Жирарденъ. Въ цѣломъ рядѣ журнальныхъ статей, а также и въ отдѣльной книгѣ: "Du droit de punir" Жирарденъ прямо высказывается

за полную отмѣну наказанія. Онъ требуетъ такой отмѣны прежде всего во имя принципа свободы, по которому человѣкъ, какъ существо разумное, долженъ слѣдовать въ своемъ поведеніи исключительно своему собственному разуму, а не какимъ нибудь внѣшнимъ обязательнымъ предписаніямъ. Свобода должна состоять въ томъ, чтобы человѣкъ могъ дѣлать все, что только не осуждается его собственнымъ разумомъ. Затѣмъ, по мнѣнію Жирардена, карательныя мѣры являются причиной того, что государства нисколько не заботятся объ улучшеніи общественнаго быта. Если они не принимаютъ мѣръ къ искорененію общихъ условій, создающихъ преступниковъ, то, по мнѣнію Жирардена, это потому, что они разсчитываютъ достигнуть всего посредствомъ однихъ только наказаній."La pènalitè c'est l'oreiller sur le quel s'en dort la societè, говоритъ онъ. Таковы тѣ соображенія, въ силу которыхъ французскій публицистъ требуетъ отмѣны уголовнаго права.

Не трудно доказать ихъ полную несостоятельность. Такъ, во 1-хъ, что касается принципа свободы, какъ его понимаетъ Жирарденъ, то очевидно само собою, что такой принципъ несовмѣстимъ съ необходимыми условіями общежитія ; реализація его была бы вообще уничтоженіемъ всѣхъ правовыхъ нормъ, а слѣдовательно, и возможности общественной жизни, предполагающей необходимо извѣстный правовой порядокъ. Со -

ціальная жизнь немыслима безъ ограниченія произвола членовъ общества; она допускаетъ свободу частнаго лица лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ его дѣятельность не вредитъ другому. Точно такъ же нельзя согласиться съ тѣмъ, будто существованіе уголовнаго права служитъ причиной пассивнаго отношенія государства къ общимъ условіямъ, порождающимъ преступленіе. Противъ этого, нельзя не замѣтить, что государства давно уже стали принимать серьезныя мѣры къ устраненію такихъ условій: насколько эти мѣры цѣлесообразны – это вопросъ другой. Да и вообще представляется совершенно немыслимымъ, чтобы надежды, возлагаемыя на карательныя мѣры, могли сдѣлать общество совершенно равнодушнымъ къ улучшенію его быта; если бы общество и разсчитывало искоренить преступленія однѣми карательными мѣрами, то и тогда нашлось бы множество стимуловъ, побуждающихъ къ борьбѣ съ общими пороками соціальной жизни, такъ какъ пороки эти порождаютъ, кромѣ преступленій, множество другихъ золъ, быть можетъ, еще болѣе тяжелыхъ.

Отрицаніе за государствомъ карательнаго права мы встрѣчаемъ, наконецъ, у нѣмецкаго философа Барта. "Всякое сознательное причиненіе страданій человѣку, говоритъ онъ, а, слѣдовательно, и наказаніе, разсматриваемое съ абсолютной точки зрѣнія, есть дѣйствіе безнравственное. Ни изъ общаго порядка природы, ни изъ законовъ моральныхъ нельзя вывести право-

мѣрныхъ наказаній за нарушеніе человѣческихъ законовъ. Необходимость карательныхъ мѣръ для охраненія правового порядка не можетъ давать обществу права на отправленіе карательныхъ функцій, такъ какъ нравственный законъ не дозволяетъ пользоваться для достиженія какой бы то ни было цѣли такимъ средствомъ, „которое само по себѣ (an sich) есть зло". Вотъ сущность теоріи Варта.

Недостижимость той абсолютной точки зрѣнія, съ которой Вартъ смотритъ на наказаніе, очевидно само собою. Если исходить изъ того основного тезиса, что всякое сознательное причиненіе страданій есть безнравственность, то придется, напр., признать безнравственной совершаемую врачемъ операцію, хотя бы она и была безусловно необходима для спасенія жизни больного.

2. КОНЕЧНЫЕ ВЫВОДЫ ПО ВОПРОСАМЪ О ПРАВОМѢРНОСТИ И ЦѢЛЯХЪ НАКАЗАНІЯ.

Закончивъ общій обзоръ уголовныхъ теорій, мнѣ слѣдуетъ изложить мои собственные выводы о правомѣрности и цѣляхъ карательной системы. Наперекоръ господствующему взгляду, вопросъ о правомѣрности наказанія не состоитъ ни въ какой связи съ вопросомъ о цѣляхъ карательныхъ мѣръ.

Первый изъ этихъ вопросовъ разрѣшается, на мой взглядъ, чрезвычайно просто. Разсматривая карательную функцію цивилизованныхъ государствъ, мы

видимъ, что она представляетъ не что иное, какъ реализацію, примѣненіе къ дѣйствительнымъ случаямъ уголовныхъ законовъ: "nulla poena sine lege". Но всякая дѣятельность, основанная на какихъ либо юридическихъ постановленіяхъ, является уже eo ipso вполнѣ правомѣрной. Разъ господство установило извѣстные уголовные законы, оно имѣетъ не только право, но и обязанность примѣнять ихъ къ случаямъ дѣйствительной жизни. Такимъ образомъ, право цивилизованныхъ государствъ на отправляемую ими карательную функцію покоится просто на просто на фактѣ уголовнаго законодательства.

Но пойдемъ дальше : какъ разсматривать установленіе самыхъ уголовныхъ законовъ ? Другими словами существуетъ ли у государства право на институтъ карательныхъ мѣръ ? Несомнѣнно, что эта то именно проблема и составляетъ предметъ различныхъ изслѣдованій о такъ назыв. правѣ наказанія (ius puniendi). Что должно разумѣть юристу подъ правомъ въ субъективномъ смыслѣ ? Въ юриспруденціи этотъ терминъ можетъ безспорно обозначать такую власть лишь, которая истекаетъ изъ извѣстной юридической нормы. Очевидно, однако же, само собою, что власть государства издавать уголовные законы не можетъ быть возведена ни къ какой высшей нормѣ правового характера. Создавая институтъ наказанія, государство исходитъ исключительно изъ тѣхъ или другихъ потребностей

общежитія, не опираясь при этомъ ни на какое юридическое основаніе въ родѣ тѣхъ, напр., какія даются отдѣльнымъ государствамъ въ правѣ международномъ. Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что о "правѣ наказанія", въ смыслѣ права государства на самое установленіе карательныхъ мѣръ, не можетъ быть и рѣчи. Такая дѣятельность, вызывающая къ жизни институтъ наказанія, можетъ быть признана необходимой, но необходимость эта не можетъ еще быть правомѣрностью наперекоръ той логикѣ, съ которой мы встрѣчаемся въ господствующихъ уголовныхъ теоріяхъ. Необходимость извѣстныхъ функцій для цѣлей общественной жизни можетъ, конечно, объяснить намъ появленіе даннаго института, можетъ служить его нравственнымъ оправданіемъ, но изъ него невозможно вывести непосредственнаго никакого права въ смыслѣ субъективномъ. Итакъ, признавая правомѣрность карательной функціи, какъ дѣятельности, опирающейся на извѣстныя юридическія начала, мы рѣшительно должны отвергнуть ius puniendi въ смыслѣ права государства на установленіе самаго института наказанія.

Перехожу теперь къ другому вопросу, къ изслѣдованію конечныхъ цѣлей карательныхъ мѣръ - вопросу котораго я уже имѣлъ случай коснуться въ началѣ курса. Представимъ себѣ, что государство совершенно отказалось отъ института карательныхъ мѣръ. Что было бы ближайшимъ послѣдствіемъ уничтоженія уго-

[illegible]ой репрессіи? Вызываемое преступленіемъ чувство возмездія, не находя удовлетворенія со стороны государства, стало бы въ большинствѣ случаевъ проявляться въ той жестокой формѣ, въ какой оно выражалось въ примитивный періодъ общественнаго быта — въ формѣ мести — самоуправства. Частная расправа съ преступниками, замѣчаемая нынѣ лишь въ исключительныхъ случаяхъ, сдѣлалась бы по уничтоженіи государственныхъ наказаній самымъ обыденнымъ явленіемъ. При этомъ, несомнѣнно, что такое возвращеніе къ примитивной формѣ уголовной юстиціи сопровождалось бы чрезвычайно невыгодными послѣдствіями. Такъ, прежде всего участь преступниковъ съ уничтоженіемъ уголовной репрессіи сдѣлалась бы, конечно, еще болѣе незавидной; поражающее ихъ возмездіе, опредѣляясь непосредственно силой гнѣвнаго раздраженія пострадавшаго и сочувствующихъ ему лицъ, имѣло бы часто самыя суровыя формы.

Въ свою очередь и лица, страдающія (посредственно или непосредственно) отъ извѣстнаго преступнаго дѣянія, очутились бы при предполагаемомъ порядкѣ вещей, въ крайне невыгодномъ положеніи; расправляясь сами съ нарушеніями ихъ правъ, они нерѣдко вызывали бы со стороны преступниковъ новыя посягательства на свою личность.

Итакъ, институтъ наказанія, удовлетворяя вызываемому преступленіемъ чувству возмездія, избавляетъ тѣмъ самымъ общество отъ господства въ немъ частной

мести, которая отзывается вообще самымъ гибельнымъ образомъ на общественной жизни.

Въ виду изложенныхъ соображеній, нельзя не признать, что пока въ обществѣ не воцарится христіанское всепрощеніе, до тѣхъ поръ принимаемыя государствомъ противъ преступниковъ мѣры отнюдь не должны утрачивать чувства возмездія, Пускай вызываемое преступленіемъ чувство возмездія, какъ справедливо указываетъ Милль (въ извѣстномъ трудѣ: "объ утилитаризмѣ"), имѣетъ своимъ источникомъ чисто животный инстинктъ мести; каковъ бы ни было его происхожденіе, но вѣдь оно неустранимо при современномъ состояніи нравовъ и, не удовлетворяй ему государство своими карательными мѣрами, оно будетъ проявляться въ формахъ гораздо болѣе жестокихъ. Вотъ почему я не могу согласиться съ мнѣніемъ тѣхъ криминалистовъ, которые рекомендуютъ современному государству ссвершенно уничтожить наказаніе, какъ возмездіе; ученые эти совершенно упускаютъ изъ виду, что если государство послѣдуетъ ихъ совѣту, то уничтоживъ существующее зло, оно создаетъ ео ipso другое, имѣющее несравненно большіе размѣры. Едва ли нужно распространяться о томъ радикальномъ различіи, какое существуетъ между моею точкою зрѣнія и основнымъ взглядомъ абсолютистовъ. По ученію теорій абсолютныхъ, возмездіе, заключая въ себѣ реализацію безусловно нравственнаго начала, является само по себѣ цѣлью (selbstzuweck). Напротивъ того, съ моей точки

зрѣнія, возмездіе есть не болѣе, какъ средство, ведущее къ извѣстному, чисто утилитарному результату, именно къ уничтоженію мести -самоуправства.

Но какъ ни важенъ указанный мной результатъ карательной функціи, состоящій въ устраненіи, или, по крайней мѣрѣ, въ ограниченіи частной мести, онъ не составляетъ, однако же, единственной задачи наказанія. Другими не менѣе важными цѣлями даннаго института являются: а) такъ назыв. общее предупрежденіе преступленій, т.е. со стороны всякаго, у кого только можетъ возникнуть преступный умыселъ и в) предупрежденіе новыхъ посягательствъ на правовыя нормы со стороны тѣхъ, которые уже совершили извѣстное преступное дѣяніе.

Первая изъ указанныхъ задачъ, т.е. общее предупрежденіе достигается уже психологическимъ дѣйствіемъ содержащейся въ уголовномъ законѣ угрозы, которая вселяетъ въ людей страхъ наказанія. Такимъ образомъ, одна изъ ближайшихъ цѣлей института карательныхъ мѣръ состоитъ въ устраненіи.

Есть, конечно криминалисты, которые никакъ не хотятъ допустить, чтобы уголовная угроза могла удерживать отъ преступленій. Но приводимые ими доводы представляются далеко не убѣдительными. Такъ, Бернеръ, стараясь опровергнуть теорію "психологическаго принужденія", ссылается, главнымъ образомъ на то, будто "волю принудить невозможно" и будто - бы "уже

каждое совершаемое преступленіе доказываетъ абсолютно недѣйствительность уголовной угрозы". Ясно, однако же само собою, что подобная аргументація не выдерживаетъ и самой слабой критики. Положеніе Бернера о невозможности принудительнаго воздѣйствія на волю покоится, очевидно, на метафизическомъ ученіи о свободѣ воли, несостоятельность котораго я уже выяснилъ раньше. Что же касается второго изъ приведенныхъ Бернеромъ доводовъ, то мы находимъ его по меньшей мѣрѣ страннымъ. Въ самомъ дѣлѣ, можно ли отвергать за уголовной угрозой всякое практическое значеніе на томъ лишь основаніи, что находятся люди, которыхъ страхъ передъ уголовной угрозой не удерживаетъ отъ преступленія ? Не то же ли это самое, что безусловно отвергать ,напр., вредное вліяніе на организмъ половыхъ излишествъ, ссылаясь на то, что нѣкоторые люди, не смотря на злоупотребленія эротическими удовольствіями, пользуются цвѣтущимъ здоровьемъ ? Ясно, что совершаемыя, не смотря на уголовную угрозу, преступленія отнюдь не доказываютъ недѣйствительности угрозы вообще, а развѣ лишь безсиліе ея въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ.

Съ правильной точки зрѣнія возможность общаго предупрежденія преступныхъ посягательствъ съ помощью уголовной угрозы представляется несомнѣнной: она прямо вытекаетъ изъ того безспорнаго факта,

что большинству людей присуща способность подавлять въ себѣ волю не одобряемую разумомъ.

Правда, многіе изъ нихъ достаточно сдерживаются отъ посягательства на правовой порядокъ уже мотивами нравственнаго характера - боязнью испытать угрызенія совѣсти, различными побужденіями альтруистическаго характера и т.п. Но въ массѣ людей, обладающихъ подобной способностью, находятся несомнѣнно и такіе, въ которыхъ стимулы этическаго свойства дѣйствуютъ слишкомъ слабо, чтобы заставить ихъ слѣдовать правовымъ нормамъ. Вотъ такихъ то субъектовъ государство и должно по возможности удерживать отъ преступленій посредствомъ уголовныхъ законовъ, создавая для нихъ въ перспективѣ тѣ или другія невыгодныя послѣдствія. Государству лишь не слѣдуетъ забывать, что сдерживающая сила уголовнаго закона зависитъ главнымъ образомъ отъ неизбѣжности наказанія, а отнюдь не отъ суровости; что наказанія жестокія, озлобляя преступника, вселяя въ него непримиримую ненависть къ обществу, дѣлаютъ его обыкновенно еще болѣе опаснымъ для правового порядка.

Теперь два слова о послѣдней цѣли карательнаго института, состоящей въ предупрежденіи новыхъ преступныхъ дѣяній со стороны лицъ, которыя уже совершили извѣстное посягательство на правовой порядокъ. Для выполненія подобной задачи безспорно существуетъ лишь одно раціональное средство - перевоспита-

ніе преступнаго субъекта, другими словами - искорененіе въ немъ порочныхъ наклонностей и развитіе навыка подавлять несогласныя съ разумомъ хотѣнія. Такимъ образомъ, необходимость предупрежденія рецидива приводитъ насъ къ тому же требованію, какъ и простое чувство гуманности, къ тому началу, въ силу котораго наказаніе должно имѣть исправительный характеръ. Конечно, перевоспитаніе виновнаго задача далеко нелегкая, особенно, если мы имѣемъ дѣло съ человѣкомъ зрѣлаго возраста, съ характеромъ вполнѣ сложившимся. Несомнѣнно, однако, что при разумной пенитенціарной системѣ и карательныя мѣры могутъ въ значительной степени содѣйствовать повышенію нравственнаго уровня преступниковъ.

Итакъ, конечныя цѣли института наказанія состоятъ въ слѣдующемъ : 1) въ устраненіи или, по крайней мѣрѣ, въ ограниченіи частной мести (посредствомъ удовлетворенія возбуждаемаго преступнымъ дѣйствіемъ чувства возмездія); 2) въ такъ назыв. общемъ предупрежденіи преступленій (осуществляемомъ уже посредствомъ уголовной угрозы) и 3) въ устраненіи опасности, угрожающей обществу отъ лицъ, которыя уже совершили извѣстное преступленіе (что достигается лишь при исправительномъ характерѣ карательныхъ мѣръ).

Опредѣливъ практическія задачи карательныхъ мѣръ, мы рѣшимъ ео ipso вопросъ о его этическомъ харак-

терѣ. Едва ли кто будетъ оспаривать, что осуществленіе указанныхъ цѣлей необходимо для общаго блага, но въ этой необходимости и заключается нравственное оправданіе наказанія. Выставляя такое положеніе, я открыто основываюсь на доктринѣ утилитаризма. Правда, многіе криминалисты рѣшительно возстаютъ противъ нея, но доводы ихъ не выдерживаютъ критики. Среди современниковъ наиболѣе горячимъ противникомъ этой доктрины является извѣстный французскій профессоръ Франкъ. Для доказательства ошибочности и опасности утилитаріанской доктрины, Франкъ, ссылается на факты исторіи! "Во имя общественнаго блага, говоритъ онъ, старались оправдать Варѳоломеевскую ночь, драгонады, революціонныя убійства и многіе другіе факты, не менѣе постыдные для человѣчества; "нѣтъ того безнравственнаго средства, восклицаетъ онъ, нѣтъ той тиранiи, которая не опиралась бы на адскую формулу общаго блага". Таковы пріемы Франка для опроверженія утилитаріанской доктрины, но они не достигаютъ цѣли, такъ какъ злоупотребленіе извѣстнымъ институтомъ еще не доказываетъ его несостоятельности. Нѣтъ и быть не можетъ такой нравственной доктрины, которая совершенно бы исключала возможность злоупотребленія ею. Затѣмъ, ученые, какъ напр. Жоффруа, а изъ нашихъ криминалистовъ Спасовичъ, отождествляютъ утилитаріанскую доктрину съ теоріей эгоизма; насколько это отождествленіе ошибочно, это ясно указано Миллемъ въ его статьѣ "Объ утилитаризмѣ

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ БИБЛИОТЕКА Общественных Наук

БИБЛИОТЕКА КОММУНИСТИЧЕСКОЙ АКАДЕМИИ