Прив.-доц. Н. С. ТИМАШЕВЪ

ПРОБЛЕМА НЕВМѢШАТЕЛЬСТВА

ВЪ УГОЛОВНОМЪ ПРАВѢ.

ПЕТРОГРАДЪ
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФІЯ
1917.

ПРОБЛЕМА НЕВМѢШАТЕЛЬСТВА ВЪ УГОЛОВНОМЪ ПРАВѢ.

I.

I. Въ законодательствахъ всѣхъ культурныхъ странъ такія правовыя блага, какъ жизнь, здоровье, свобода и имущество, охраняются, между прочимъ, поставленіемъ подъ угрозу уголовнаго закона всякихъ дѣяній, влекущихъ разрушеніе ихъ въ ихъ конкретныхъ проявленіяхъ: для того, чтобы отвѣчать за убійство, тѣлесное поврежденіе или поврежденіе имущества, не требуется ничего болѣе, какъ виновно и противоправно причинить смерть, разстройство здоровья или уменьшеніе экономической цѣнности чужой вещи. Составы эти по своей формулировкѣ разсчитаны прежде всего на осуществленіе ихъ активнымъ путемъ, посредствомъ совершенія такого тѣлеснаго движенія, которое обусловитъ наступленіе нежелательнаго для общежитія результата. Однако совершенно несомнѣнно, что практически необходимо подведеніе подъ нихъ нѣкоторыхъ случаевъ, когда наступившій результатъ можетъ быть сведенъ не на какое либо тѣлесное движеніе даннаго лица, а только на несовершеніе имъ опредѣленнаго положительнаго акта. Всѣ согласны, что должна быть наказана за убійство мать, умышленно давшая умереть съ голоду своему ребенку, или за причиненіе крушенія желѣзнодорожный сторожъ, умышленно не устранившій внезапно возникшаго и

повлекшаго катастрофу препятствія движенію. А между тѣмъ законъ не заключаетъ въ себѣ на этотъ счетъ никакого постановленія. Положеніе осложняется тѣмъ фактомъ, что мы увѣрены въ невозможности наказать за причиненіе крушенія постороннее лицо, случайно замѣтившее препятствіе, хотя бы оно легко могло предотвратить катастрофу: при послѣдовательномъ проведеніи принципа отвѣтственности за такіе случаи мы пришли бы къ установленію общей обязанности помогать ближнему, т. е. къ совершенно немыслимому и неподдающемуся никакому учету вторженію въ индивидуальную жизнь.

Итакъ, необходимо установить основаніе уголовной отвѣтственности за неотклоненіе результата, активное причиненіе котораго наказуемо независимо отъ способа дѣйствія, и, главное, предѣлы этой отвѣтственности. Вопросы эти составляютъ сущность проблемы невмѣшательства, которая, несомнѣнно, является однимъ изъ наиболѣе тонкихъ ученій общей части уголовнаго права.

II. Изъ сказаннаго видно, что проблема возникаетъ только относительно матеріальныхъ деликтовъ, относящихся при этомъ къ числу преступныхъ содѣяній. Интересующимъ насъ способомъ дѣйствія является несовершеніе опредѣленнаго тѣлеснаго движенія, которое мы будемъ называть пассивнымъ поведеніемъ. Для правильнаго разрѣшенія проблемы невмѣшательства намъ слѣдуетъ точно установить отмѣченныя нами понятія. При этомъ необходимо тщательно остерегаться такихъ опредѣленій или сужденій, которыя могли бы хоть сколько нибудь предрѣшить отвѣты на поставленные нами вопросы.

1. Матеріальнымъ деликтомъ, въ противоположность формальному, называется такой, въ законный составъ котораго, помимо опредѣленнаго поведенія человѣка, входитъ наступленіе извѣстнаго измѣненія во внѣшнемъ мірѣ, и притомъ измѣненія, которое при противоположномъ поведеніи виновнаго не наступило бы [1]). Извѣстное поведеніе человѣка (въ смыслѣ

[1]) Сходныя опредѣленія даютъ Kitzinger, Ort und Zeit der strafbaren Handlung, 1902 г., стр. 76—7, и Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 8—10 изд., стр. 17.

совершенія или несовершенія опредѣленнаго тѣлеснаго движенія) неизбѣжно входитъ въ составъ каждаго преступленія. Несомнѣнно, что каждое поведеніе, какъ явленіе внѣшняго міра, влечетъ за собой наступленіе цѣлаго ряда измѣненій во внѣшнемъ мірѣ въ томъ смыслѣ, что, при замѣнѣ даннаго поведенія инымъ, иначе развернулась бы вся цѣпь послѣдующихъ событій. Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, какъ то думаютъ Liszt и Birkmeyer [1]), что въ составъ каждаго преступленія входятъ извѣстныя послѣдствія и что, слѣдовательно, понятіе формальнаго деликта лишено смысла: далеко не всегда эти послѣдующія явленія интересуютъ законодателя, который постоянно связываетъ отвѣтственность съ опредѣленнымъ поведеніемъ лица, оставляя безъ вниманія вліяніе его на дальнѣйшій ходъ событій [2]). Во избѣжаніе недоразумѣній нужно отмѣтить, что измѣненіемъ, включеніе котораго въ составъ преступленія даетъ право считать послѣднее матеріальнымъ, не можетъ быть признаваемо то состояніе, обозначеніе котораго только характеризуетъ тотъ фактъ, что тѣлесное движеніе совершено или не совершено [3]).

Въ дальнѣйшемъ изложеніи, вплоть до выясненія сущности объективной связи между поведеніемъ виновнаго и тѣмъ измѣненіемъ во внѣшнемъ мірѣ, которое не наступило бы при противоположномъ поведеніи, мы будемъ называть это измѣненіе „релевантнымъ явленіемъ“.

Спеціально съ точки зрѣнія интересующей насъ проблемы, матеріальные деликты могутъ быть раздѣлены на двѣ группы, смотря по тому, входитъ ли въ ихъ составъ, помимо указанія на воспрещенный результатъ, какая нибудь характеристика самаго поведенія виновнаго, той группы тѣлесныхъ движеній, къ которымъ долженъ прибѣгнуть виновный для того, чтобы

---

[1]) Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16—17 изд., стр. 123; Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, 1890 г., стр. 95.

[2]) Констатированіе этого факта важно намъ потому, что, при принятіи ученія Liszt'a, невмѣшательство теоретически мыслимо въ гораздо большемъ числѣ случаевъ, нежели при его отклоненіи.

[3]) Landsberg, Die sogenannten Commissivdelicte durch Unterlassung, 1890 г., стр. 176—7; неправильно Сергѣевскій, О значеніи причинной связи въ уголовномъ правѣ, вып. I, 1880 г., стр. 4.

подлежать отвѣтственности, или нѣтъ. Тѣ сравнительно немногочисленные составы, въ которые такой характеристики не входитъ, мы будемъ называть матеріальными деликтами съ элементарной структурой.

2. Преступнымъ содѣяніемъ называется нарушеніе запретительной нормы, въ противоположность преступному опущенію, которое есть нарушеніе нормы требовательной. Въ виду извѣстной возможности превращенія запретительной по формѣ нормы въ повелительную и обратно, при классификаціи нормъ нужно имѣть въ виду сущность заключающагося въ ней правила. Запретительной является такая норма, которая воспрещаетъ опредѣленное поведеніе (предписываетъ воздержаніе отъ таковаго). Повелительной является такая норма, которая предписываетъ опредѣленное поведеніе (воспрещаетъ воздержаніе отъ таковаго) [1]). Нормы первой категоріи предоставляютъ гражданину почти полную свободу дѣйствій: онъ воленъ поступать какъ угодно, только не такъ, какъ описано въ гипотезѣ нормы. Наоборотъ, нормы второй категоріи однозначно опредѣляютъ поведеніе; тутъ недозволено всякое поведеніе, кромѣ точно указаннаго въ законѣ [2]).

3. Активнымъ поведеніемъ мы называемъ совершеніе опредѣленнагс тѣлеснаго движенія, а пассивнымъ—несовершеніе таковаго [3]). Различіе между активнымъ и пассивнымъ поведеніемъ не совпадаетъ съ противоположеніемъ дѣйствія въ смыслѣ совершенія какого либо тѣлеснаго движенія и бездѣйствія въ смыслѣ абсолютнаго физическаго покоя. Понятія активнаго и пассивнаго поведенія суть лишь извѣстные способы характеристики поведенія. Въ однихъ случаяхъ мы юридически характеризуемъ поведеніе положительнымъ и опре-

---

[1]) Подробнѣе см. Сергѣевскій, указ. соч. вып. I, стр. 2.

[2]) Rohde, Die Natur der echten Unterlassungsdelicte und die Folgerungen daraus, 1913 г., стр. 9 сл.

[3]) Въ нѣмецкой литературѣ постоянно встрѣчаются неправильныя опредѣленія пассивнаго поведенія, какъ недѣланія чего-то должнаго (Liszt, указ. соч. стр. 132) или хотя бы ожидаемаго (P. Merkel, Begehung durch Unterlassung, 1895 г., стр. 3—4; Träger, Das Problem der Unterlassungsdelicte in Straf- und Zivilrecht, 1913 г., стр. 7); опроверженіе этихъ точекъ зрѣнія см. у Landsberg'a, указ. соч., стр. 21—6.

дѣленнымъ признакомъ, мы обращаемъ вниманіе на фактъ совершенія даннаго, предписываемаго или воспрещаемаго тѣлеснаго движенія. Въ другомъ случаѣ мы даемъ поведенію характеристику отрицательную и потому неопредѣленную, мы признаемъ важнымъ только то, что данное тѣлесное движеніе не совершается, и совершенно оставляемъ въ сторонѣ реальное содержаніе поведенія въ физическомъ смыслѣ [1]). Нельзя не отмѣтить, что абсолютное бездѣйствіе всегда представляется намъ пассивнымъ поведеніемъ—это есть несовершеніе какого бы то ни было, слѣдовательно, и признаваемаго нами въ данную минуту релевантнымъ тѣлеснаго движенія [2]). При пассивномъ поведеніи всегда возможно, не мѣняя его юридическаго значенія, мысленно замѣнить дѣйствительно имѣвшее мѣсто поведеніе абсолютнымъ бездѣйствіемъ.

III. Попробуемъ теперь сопоставить разсмотрѣнныя нами дѣленія.

1. Разберемъ прежде всего соотношеніе между преступными содѣяніями и преступными опущеніями, съ одной стороны, и матеріальными и формальными деликтами—съ другой. Теоретическая и практическая возможность матеріальныхъ и формальныхъ содѣяній и формальныхъ опущеній не подлежитъ спору. Съ перваго взгляда представляется нѣсколько сомнительной возможность матеріальныхъ опущеній, т. е. такихъ деликтовъ, сущность которыхъ состоитъ въ воздержаніи отъ предписаннаго правомъ поведенія, но въ составъ коихъ входитъ наступленіе „релевантнаго явленія“. Однако, такіе составы вполнѣ мыслимы [3]). Въ качествѣ примѣра приведемъ хотя бы ст. 139 ч. 2 п. 3 угол. улож., которая предусматриваетъ неисполненіе распоряженія управляющаго движеніемъ желѣзнодорожнаго поѣзда, причинившее остановку движенія послѣдняго. Интересно отмѣтить, что тутъ самъ

---

[1]) Эти правильныя мысли мы находимъ у Redslob'a, Die Kriminelle Unterlassung, 1906 г., стр. 17; близокъ къ нимъ и Rohde, указ. соч., стр. 81, который однако постоянно смѣшиваетъ пассивное поведеніе съ абсолютнымъ бездѣйствіемъ.

[2]) Landsberg, указ. соч., стр. 24—5.

[3]) Того же мнѣнія Мокринскій, Наказаніе, его цѣли и предположенія, вып. III, 1905 г., стр. 489.

законъ создаетъ ту комбинацію, которую мы должны анализировать при разсмотрѣніи проблемы невмѣшательства.

2. Если мы теперь установленную нами классификацію абстрактныхъ составовъ преступленій приведемъ въ связь съ различеніемъ активнаго и пассивнаго поведенія, то мы получимъ слѣдующую картину.

Преступныя опущенія въ обоихъ видахъ, т. е. опущенія матеріальныя и формальныя, могутъ быть совершены только пассивнымъ поведеніемъ: повелительная норма требуетъ опредѣленнаго поведенія; всякое иное поведеніе будетъ противоправнымъ; слѣдовательно, поведеніе человѣка тутъ юридически релевантно не съ положительной стороны, не съ точки зрѣнія того, что онъ фактически дѣлаетъ, а со стороны отрицательной, съ точки зрѣнія того, чего онъ не исполняетъ. Обратно, формальныя содѣянія, а равнымъ образомъ содѣянія матеріальныя, поскольку въ законѣ указанъ способъ дѣйствія, могутъ быть совершены только активнымъ поведеніемъ: чтобы нарушить норму, человѣкъ долженъ непремѣнно совершить то тѣлесное движеніе, которое указывается въ ея гипотезѣ.

Иначе стоитъ дѣло съ матеріальными содѣяніями элементарной структуры [1]). Мы еще не знаемъ, можно ли что либо причинить пассивнымъ поведеніемъ; но, если можно, то окажется, что при такихъ матеріальныхъ содѣяніяхъ не исключается и это послѣднее. Въ этомъ-то и заключается теоретическій интересъ проблемы невмѣшательства. Дѣйствительно, если будетъ выяснено, что запретительная норма въ нѣкоторыхъ случаяхъ можетъ быть нарушена и пассивнымъ поведеніемъ, несовершеніемъ тѣлеснаго движенія, влекущимъ наступленіе „релевантнаго явленія“, если окажется, что норму „не убій“ можно нарушить и путемъ невмѣшательства, то

---

[1]) Слишкомъ упрощаютъ дѣло тѣ авторы, которые, какъ, напр., Сергѣевскій (указ. соч. вып. I, стр. 1), Мокринскій (указ. соч., стр. 487) и Redslob (указ. соч., стр. 1), утверждаютъ, что *всякій* запретъ можетъ быть нарушенъ только активнымъ поведеніемъ; они, сами того не замѣчая, *предрѣшаютъ* проблему невмѣшательства въ томъ смыслѣ, что отвѣтственность за таковое невозможна, но въ дальнѣйшемъ упускаютъ сказанное ими изъ вида. Правильно Rohde, указ. соч., стр. 11.

это будетъ равносильно признанію, что эта норма требуетъ не только несовершенія тѣлеснаго движенія, влекущаго смерть другого лица, но, при извѣстныхъ условіяхъ, и совершенія тѣлеснаго движенія, могущаго предотвратить смерть другого индивида. Итакъ, отъ рѣшенія проблемы невмѣшательства зависитъ раскрытіе истиннаго содержанія весьма важной группы нормъ.

IV. Но соотвѣтствуетъ ли такому теоретическому значенію проблемы какой нибудь практическій интересъ? Это отрицаютъ многіе авторы [1]). По ихъ мнѣнію, на практикѣ соотвѣтствующіе случаи находятъ вполнѣ удовлетворительное рѣшеніе. Такое утвержденіе представляется однако неточнымъ. Есть случаи, когда непосредственное правовое чувство, на которомъ только и могутъ базироваться суды, разъ они не нуждаются въ научной теоріи, не даетъ никакихъ указаній или приводитъ къ рѣшеніямъ, послѣдовательное проведеніе которыхъ имѣло бы невозможные результаты [2]). Еще важнѣе однако тотъ фактъ, что, въ виду молчанія закона, практика несомнѣнно нерѣдко прибѣгаетъ къ такому неправильному выходу: послѣдній моментъ положительной дѣятельности невмѣшавшагося объявляется неосторожнымъ, хотя бы онъ вовсе не былъ таковымъ; при этомъ дѣяніе утрачиваетъ характеръ невмѣшательства, а вмѣстѣ съ тѣмъ отпадаютъ всякія затрудненія [3]). Но судебное рѣшеніе оказывается покоящимся на фикціи!

Съ иной точки зрѣнія приходитъ къ отрицанію практическаго значенія проблемы невмѣшательства Gand. По его словамъ, въ случаяхъ невмѣшательства нѣтъ никакой возможности доказать умыселъ виновнаго [4]). Даже при признаніи справедливости этого положенія, наша проблема не оказалась бы лишенной интереса, въ виду возможности наказанія за неосторожность [5]). Однако, какъ мы покажемъ въ

---

[1]) См., напр., Liszt, указ. соч., стр. 134.

[2]) Bar, Gesetz und Schuld, т. II, стр. 270.

[3]) Landsberg, указ. соч., стр. 259.

[4]) Du délit de commission par omission, 1900 г., стр. 50—51.

[5]) Рядъ примѣровъ изъ германской практики см. у P. Merkel'я, указ. соч., стр. 46—65, изъ французской—у самого Gand, указ. соч., стр. 108—9; въ нашей кассаціонной практикѣ вопросъ не подымался.

своемъ мѣстѣ, самое положеніе не можетъ быть признано вѣрнымъ. Итакъ, если проблема невмѣшательства лишена характера злободневности, то тѣмъ не менѣе анализъ ея все-же представляется далеко не безразличнымъ для практики.

V. Анализъ проблемы невмѣшательства долженъ быть расчлененъ на двѣ части. Первый вопросъ, касающійся и матеріальныхъ опущеній, гласитъ: какова природа объективной связи между пассивнымъ поведеніемъ и „релевантнымъ явленіемъ"? Можно ли тутъ говорить о связи причинной? Второй вопросъ относится только къ преступнымъ содѣяніямъ и гласитъ: распространяется ли дѣйствіе запретительной нормы на случаи нарушенія ея посредствомъ пассивнаго поведенія, и, если да, то когда именно? Иными словами, вторая часть проблемы невмѣшательства есть вопросъ о его противоправности.

Обѣ части проблемы должны быть трактуемы совершенно раздѣльно. Въ самомъ дѣлѣ, противоправность, какъ моментъ нормативнаго характера, не можетъ оказывать никакого вліянія на бытіе или небытіе причинности. Въ свою очередь, хотя наличность причинной связи между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ, согласно традиціонному ученію, и является необходимымъ предположеніемъ отвѣтственности, но предположеніемъ далеко недостаточнымъ. Въ сужденіи „данное дѣйствіе причинило данное послѣдствіе" не заключается еще никакой этической характеристики поведенія, а только возможность таковой. Изъ этого вытекаетъ, что сужденіе о противоправности невмѣшательства нимало не предрѣшаетъ сужденія о его каузальномъ значеніи, и наоборотъ; оба сужденія должны быть построены на совершенно автономныхъ другъ отъ друга началахъ [1]).

Къ анализу этихъ основныхъ проблемъ мы присоединимъ нѣсколько соображеній по вопросу о виновности при невмѣшательствѣ.

---

[1]) Но это, конечно, не препятствуетъ при анализѣ второй части проблемы считаться лишь съ тѣми случаями, относительно которыхъ первая часть рѣшена въ утвердительномъ смыслѣ.

II.

Въ исторіи доктрины по вопросу о причиняющемъ моментѣ въ невмѣшательствѣ можно различить три стадіи.

I. Въ первый періодъ, который продолжался до 30-хъ годовъ XIX столѣтія, эта сторона вопроса обходится молчаніемъ. Ищется только основаніе обязанности дѣйствовать, т. е. анализу подвергается лишь вторая половина проблемы. Но, разъ это основаніе найдено, то наступившее въ виду неисполненія обязанности явленіе безъ дальнѣйшихъ разсужденій признается причиненнымъ черезъ бездѣйствіе и могущимъ подлежать вмѣненію въ вину. Такое невнимательное отношеніе къ каузальному моменту проще всего объясняется тогдашнимъ состояніемъ ученія о причиненіи: старая доктрина, признававшая причиной только условіе, необходимо и безъ содѣйствія другихъ влекущее послѣдствіе, была уничтожена Stübel'емъ. Но положительнаго построенія теоріи причиненія ни у Stübel'я, ни въ трудахъ его современниковъ мы не находимъ. Ясно, что и въ ученіи о невмѣшательствѣ на каузальномъ моментѣ не останавливаются.

II. Къ вопросу о каузальномъ значеніи пассивнаго поведенія впервые обратился Luden, съ котораго открывается вторая стадія развитія доктрины. По его мнѣнію, уголовная отвѣтственность за неотклоненное послѣдствіе возникаетъ вовсе не изъ обязанности отклонять послѣднее, а, наоборотъ, санкціонированная уголовнымъ закономъ обязанность отклонять послѣдствіе вытекаетъ изъ того, что при извѣстномъ его направленіи лицо должно быть подвергнуто отвѣтственности за самое послѣдствіе. Совершенное бездѣйствіе, по мнѣнію Luden'а, невозможно: мы всегда что нибудь дѣлаемъ, хотя бы просто удаляемся отъ мѣста или просто взираемъ. Эта другая дѣятельность и есть то, что дѣлаетъ насъ отвѣтственными [1]).

Теорія Luden'а, конечно, не выдерживаетъ никакой критики. Та „другая" дѣятельность, которая, по его мнѣнію,

[1]) Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, т. I, 1836 г., стр. 470—5, т. II, 1840 г., стр. 244—5.

причинила послѣдствіе, на самомъ дѣлѣ лишена каузальнаго значенія, такъ какъ съ гипотетическимъ устраненіемъ ея изъ числа дѣйствительно имѣвшихъ мѣсто событій результатъ не отпадаетъ. Но крупная заслуга Luden'а остается въ томъ, что онъ первый указалъ на проблему причиненія при невмѣшательствѣ. Съ тѣхъ поръ этотъ вопросъ не выходитъ изъ числа оживленно обсуждаемыхъ въ германской, а потомъ и русской наукѣ, тогда какъ французская доктрина заинтересовалась имъ лишь въ самое послѣднее время.

Сверхъ того, въ ученіи Luden'а заключался зародышъ здороваго развитія [1]). Если бы наука занялась анализомъ сопутствующей дѣятельности и выработала пониманіе ея, какъ недѣланія того, что должно, то, вѣроятно, правильные результаты были бы достигнуты довольно скоро. Къ сожалѣнію, доктрина пошла инымъ путемъ: съ легкой руки Krug'а [2]) несовершеніе опредѣленнаго тѣлеснаго движенія было, безъ болѣе глубокаго анализа, признано „ничѣмъ"; такъ какъ „ничто" не можетъ быть причиной „чего-то", то криминалисты стали усиленно искать иной реальный элементъ въ дѣятельности виновнаго. Положеніе осложнилось тѣмъ, что, при отсутствіи яснаго расчлененія понятія преступленія на элементы, доктрина стремилась найти такую формулу каузальнаго значенія невмѣшательства, которая указывала бы не только основанія отвѣтственности, но и предѣлы ея. Отсюда цѣлый рядъ искусственныхъ пріемовъ и произвольныхъ построеній.

Доктрина прежде всего думала найти причиняющій моментъ въ дѣятельности, предшествующей невмѣшательству. Основателемъ этой группы теорій является Krug, но опредѣленныя очертанія приданы ей лишь Glaser'омъ. Начиная съ той минуты, когда человѣкъ становится въ фактическое отношеніе къ объекту нарушенія, говоритъ Glaser, и до той минуты, когда возникновеніе или невозникновеніе правонарушенія дѣлается совершенно независимымъ отъ его произвола,

---

[1]) Того же мнѣнія Сергѣевскій, указ. соч. вып. II, стр. 88—9, и Redslob, указ. соч., стр. 18—19.

[2]) Abhandlungen aus dem Strafrecht, т. II, стр. 34.

во все это время активныя дѣйствія и бездѣятельность образуютъ одно цѣлое. Въ теченіе этого времени долженъ возникнуть умыселъ, если рѣчь идетъ объ умышленномъ преступленіи, и опредѣлить поведеніе дѣйствующаго лица; но нѣтъ надобности, чтобы этотъ умыселъ былъ въ наличности съ того момента, когда начинается фактическое отношеніе. Присоединяясь къ тому, что уже совершено, и побуждая дѣйствующаго направить это совершеніе на службу вновь возникшимъ цѣлямъ, умыселъ придаетъ ему преступный характеръ, какъ бы дѣйствуетъ съ обратной силой, т. е. приравниваетъ совершенное къ приготовленію, сдѣланному подъ вліяніемъ злого умысла [1]).

Въ изложеніи Glaser'а наглядно выступаетъ передъ нашими глазами ошибочность всего направленія. При указанной конструкціи, невмѣшательство распадается на двѣ части: невиновное причиненіе послѣдствія и послѣдующій умыселъ причинить его, но не выразившійся ни въ какомъ моментѣ, имѣющемъ каузальное значеніе. Вина сообщается первому моменту, а каузальное значеніе второму только посредствомъ фикціи единства обоихъ составныхъ элементовъ. А фикціи въ вопросѣ о каузальномъ моментѣ, т. е. моментѣ чисто объективномъ, конечно, совершенно недопустимы.

Несмотря на попытки дальнѣйшаго развитія теоріи, принадлежащія A. Merkel'ю [2]), разсмотрѣнное направленіе можно считать потерявшимъ значеніе со времени разрушительной

---

[1]) Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, 1858 г., стр. 301. Сюда же принадлежитъ не совсѣмъ ясное ученіе проф. Фойницкаго, который рѣшительно отрицаетъ каузальное значеніе бездѣйствія, считаетъ, что дѣйствіе человѣка должно быть разсматриваемо въ совокупности всѣхъ входящихъ въ него актовъ, направленныхъ къ произведенію опредѣленнаго послѣдствія, признаетъ потому неправильнымъ расчлененіе разсматриваемаго нами явленія на предшествующее положительное дѣйствіе и послѣдующее бездѣйствіе и въ результатѣ требуетъ, чтобы наука совершенно вычеркнула преступное бездѣйствіе, какъ самостоятельную форму преступленія (Мошенничество по русскому праву, ч. II, 1871 г., стр. 214—7). До нѣкоторой степени повторяются соображенія проф. Фойницкаго проф. Познышевымъ (Основныя начала науки уголовнаго права, Общая часть, 1912 г., стр. 340), который однако при невиновности предшествующей положительной дѣятельности считаетъ отвѣтственность за послѣдствіе исключенной.

[2]) Kriminalistische Abhandlungen, т. I, 1867 г., стр. 79—90.

критики Binding'а, который въ свою очередь предложилъ новую теорію, являющуюся попыткой найти въ невмѣшательствѣ въ скрытомъ видѣ активную дѣятельность. Binding различаетъ двѣ категоріи случаевъ. Въ первомъ случаѣ невмѣшательству предшествуетъ дѣяніе, посредствомъ котораго лицо обязалось противодѣйствовать извѣстнымъ вреднымъ послѣдствіямъ. Сущность такого дѣянія заключается въ томъ, что субъектъ его становится однимъ изъ условій, препятствующихъ наступленію послѣдствія. Отпаденіе рѣшимости противодѣйствовать таковому въ критическій моментъ не есть еще причиненіе, такъ какъ этимъ путемъ только уничтожается поставленное раньше отрицательное условіе. Но во многихъ случаяхъ дѣйствующій съ самаго начала не ограничивается тѣмъ, что ставитъ себя въ качествѣ препятствующаго условія: онъ вмѣстѣ съ тѣмъ или ставитъ положительное условіе, или уничтожаетъ одно изъ отрицательныхъ условій, или препятствуетъ возникновенію другихъ отрицательныхъ условій. При такихъ условіяхъ, прекращеніе рѣшимости быть препятствующимъ условіемъ означаетъ нѣчто большее, нежели взаимное уничтоженіе положительнаго и отрицательнаго условій: уничтоженіе отрицательнаго условія возвращаетъ силу одновременно поставленному положительному, и притомъ при наличности всѣхъ условій виновности. Во второмъ случаѣ, виновный поставилъ безъ всякой со своей стороны вины положительное условіе результата, а затѣмъ, возымѣвъ намѣреніе причинить послѣдній, не принялъ со своей стороны никакихъ мѣръ къ его предотвращенію. Пока мы еще имѣемъ возможность лишить поставленныя нами положительныя условія ихъ дѣйствующей силы, до тѣхъ поръ мы еще ничего не причинили, ибо не можетъ быть причины, за которой дѣйствіе не слѣдовало бы съ неизбѣжностью. Поэтому послѣдствіе на самомъ дѣлѣ причиняется въ тотъ моментъ, когда дальнѣйшій ходъ событій ускользаетъ отъ воздѣйствія человѣка; въ этотъ моментъ, не позже, онъ долженъ возымѣть умыселъ причинить послѣдствіе; а, если въ этотъ моментъ умыселъ возникъ, то мы имѣемъ совершенно нормальное отношеніе воли и дѣла [1]).

[1]) Die Normen und ihre Uebertretungen, т. II, 1877 г., стр. 224—259. Уче-

Ученіе Binding'а, въ образномъ изложеніи автора подкупающее красотой и кажущееся проникновеніемъ въ скрытую отъ насъ сущность вещей, на самомъ дѣлѣ совершенно несостоятельно. Въ основѣ его лежитъ подставленіе вмѣсто условія, какъ части причины, понятія силы въ физическомъ смыслѣ, и притомъ подстановка непослѣдовательная. Говорить о положительныхъ и отрицательныхъ условіяхъ послѣдствія въ смыслѣ Binding'а совершенно невозможно, такъ какъ для конкретнаго послѣдствія всѣ условія суть благопріятствующія: отсутствіе такъ называемыхъ отрицательныхъ условій имѣло бы въ результатѣ наступленіе послѣдствія или въ иное время, или въ иной формѣ и, слѣдовательно, небытіе конкретнаго дѣйствительно наступившаго послѣдствія [1]. Не можетъ быть спасена теорія Binding'а и перенесеніемъ вопроса на чисто механическую почву: многія изъ его условій не могутъ быть понимаемы въ смыслѣ силы (напр., рѣшимость содѣйствовать или препятствовать данному послѣдствію); акты такого рода не могутъ быть приведены въ физическое соотношеніе съ другими входящими въ составъ невмѣшательства, но чисто физическими. Выражаясь механически, Binding строитъ параллелограммъ силъ изъ явленій отчасти міра физическаго, отчасти міра психическаго. Что касается второй категоріи случаевъ, то тутъ обращаетъ на себя вниманіе глубокое противорѣчіе въ характеристикѣ предшествующей положительной дѣятельности, по отношенію къ которой и утверждается, и отрицается свойство причинности.

Своеобразной попыткой перенести Binding'ово взаимодѣйствіе силъ въ психическую сферу и тѣмъ устранить упрекъ

нію Binding'а особенно посчастливилось въ русской литературѣ; его точку зрѣнія, съ незначительными модификаціями, раздѣляютъ Сергѣевскій (указ. соч. вып. I, стр. 111—133), Таганцевъ (Русское уголовное право, 1902 г., стр. 652) и Бѣлогрицъ-Котляревскій (Учебникъ русскаго уголовнаго права, 1903 г., стр. 200). Не далекъ отъ этой конструкціи и проф. Познышевъ (указ. соч., стр. 339), по словамъ котораго бездѣйствіе является посредственной причиной результата въ тѣхъ случаяхъ, когда бездѣйствіе прекращаетъ дѣятельность извѣстнаго фактора, необходимую для бытія даннаго охраняемаго правомъ явленія, или измѣняетъ эту дѣятельность настолько, что она приводитъ къ преступному результату.

[1]) Мокринскій, ук. соч., стр. 494—496.

въ разнообразности слагаемыхъ является теорія интерференціи [1]). Хотѣніе чего либо не дѣлать вовсе не есть бездѣйствіе воли, говорятъ сторонники этой теоріи. Правда, при вполнѣ безучастномъ отношеніи къ происходящему не можетъ быть рѣчи о причиненіи. Но, если человѣкъ узнаетъ, что его безучастіе поведетъ къ вредному послѣдствію, и ощуститъ импульсъ приложить свои силы къ его предотвращенію, а затѣмъ въ его психикѣ явится противотеченіе, которое устранитъ возникшее было рѣшеніе, то допущеніе послѣдствія нельзя будетъ признать не причиненнымъ именно этимъ противотеченіемъ. Такимъ образомъ, невмѣшательство только съ внѣшней стороны есть бездѣйствіе; на самомъ дѣлѣ, и тутъ происходитъ активный процессъ—подавленіе возникшаго побужденія. Въ виду сходства этого процесса съ явленіемъ интерференціи волнъ, теорія и получила свое названіе.

Теорія эта разрушается слѣдующими соображеніями. Ей или приходится прибѣгать къ несостоятельной фикціи, что теченіе въ пользу активной дѣятельности возникаетъ всякій разъ, какъ есть возможность дѣйствовать, или согласиться съ безнаказанностью невмѣшательства въ случаѣ, когда такой борьбы психическихъ теченій не было; а это означаетъ, что изъ двухъ лицъ, обязанныхъ помочь утопающему, будетъ наказано то, которое почувствовало желаніе исполнить свою обязанность, но подъ вліяніемъ какихъ-либо причинъ упустило это сдѣлать, тогда какъ другое, которому неизвѣстны чувства состраданія и жалости и которому, слѣдовательно, не съ чѣмъ было бороться, окажется не подлежащимъ отвѣтственности. Но даже въ тѣхъ случаяхъ, когда побужденіе отклонить послѣдствіе дѣйтвительно возникло, теорія интерференціи далеко не всегда оказывается правильной. Въ большинствѣ случаевъ вовсе не нужно отрицательнаго импульса:

---

[1]) Главными сторонниками этой теоріи въ Германіи являются Buri (Über die Begehung durch Unterlassung, Gerichtsaal 1875 г.), Hälschner (Das gemeine deutsche Strafrecht, 1880 г., т. I, стр. 234 сл.) и Berger (Uber Bewirken durch Unterlassung, Grünhut's Zeitschrift, т. IX). Во Франціи къ ней примыкаетъ Gand (указ. соч., стр. 55—56), который считаетъ причиной отрицательный приказъ воли мускуламъ.

если только побужденіе вмѣшаться не дошло до степени желанія, то достаточно неподкрѣпленія побужденія, чтобы оно прошло безслѣдно. Теорія, наконецъ, отказывается служить при безсознательной неосторожности, такъ какъ тутъ, въ виду отсутствія сознанія опасности, не можетъ быть и побужденія помочь [1]).

Въ концѣ концовъ мы должны признать, что попытки найти въ невмѣшательствѣ какой-то скрытый активный моментъ рѣшительно не удались. Такой элементъ находится только при разложеніи невмѣшательства или на фиктивныя, или на неоднородныя части, и повѣрка такого разложенія всегда приводитъ къ выводу, что активный моментъ невмѣшательства не болѣе какъ иллюзія.

Въ сознаніи этого факта, а равно въ убѣжденіи, что каузальный моментъ не можетъ быть найденъ ни въ сопутствующей, ни въ предшествующей невмѣшательству дѣятельности, многіе криминалисты обратились къ признанію между пассивнымъ поведеніемъ и „релевантнымъ явленіемъ" причиной связи не въ естественномъ, а въ особомъ юридическомъ смыслѣ [2]). Наиболѣе типичное для этой группы построеніе Bar'а сводится къ слѣдующему. Какъ для причинной связи въ юридическомъ смыслѣ остаются несущественными нѣкоторыя отдѣльныя условія въ смыслѣ естественной причинности, такъ, съ другой стороны, возможно принятіе причинности въ юридическомъ смыслѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда она въ естественно-научномъ смыслѣ отсутствуетъ. Это именно имѣетъ мѣсто при невмѣшательствѣ. Причинная связь тутъ создается въ силу неустранимыхъ для насъ правилъ

---

[1]) Landsberg указ. соч., стр. 72—73, Träger, указ. соч., стр. 18—20.

[2]) Сторонниками теоріи юридической причинной связи являются Bar (указ. соч., стр. 258—260), Rohland (Die strafbare Unterlassung, 1887 г., стр. 121), Kohler (Studien aus dem Strafrechte, т. I, 1890 г., стр. 45) и Kitzinger (указ. соч., стр. 146). До нѣкоторой степени сюда же относится слѣдующая мысль проф. Познышева (указ. соч., стр. 339): бездѣйствіе бываетъ причиной преступнаго результата, когда оно происходитъ при такихъ обстоятельствахъ, что побуждаетъ другихъ людей сдѣлать извѣстные выводы, въ силу которыхъ они признаютъ себя обязанными совершить дѣйствія, приведшія къ преступному результату.

жизни. Правило жизни говоритъ намъ: здѣсь отсутствуетъ что-то, чего мы съ полнымъ основаніемъ могли ожидать. Это отсутствіе есть на самомъ дѣлѣ ничто, но въ силу нашего представленія оно становится фактомъ. Нашему сужденію бездѣйствіе, противорѣчащее ожидаемому нами дѣйствію, представляется, какъ устраненіе препятствія для наступленія послѣдствія, иными словами, оно кажется намъ причиняющимъ.

Теорія юридической причинной связи сразу вызываетъ къ себѣ подозрительное отношеніе. Нельзя не относиться съ недовѣріемъ къ такимъ модификаціямъ понятій, которыя принимаются какъ-разъ для достиженія заранѣе намѣченной цѣли. А между тѣмъ, теорія юридической причинной связи утверждаетъ, что юридическое понятіе причинности отличается отъ естественнаго именно настолько, чтобы объяснить случай невмѣшательства [1]).

III. Теорія юридической причинной связи по существу дѣла является лишь методологически неудачнымъ выраженіемъ теоріи, отрицающей въ невмѣшательствѣ всякій каузальный моментъ, т. е. того ученія, которое возникло сравнительно недавно, но, несомнѣнно, имѣетъ тенденцію стать господствующимъ въ германской доктринѣ [2]). Наиболѣе рельефное выраженіе новое ученіе нашло у Liszt'a. По его мнѣнію, совершающееся въ нашей познавательной способности соединеніе причины и послѣдствія имѣетъ при невмѣшательствѣ совершенно иной предметъ, нежели при активной дѣятельности. При послѣдней ставится въ связь дѣйствительно наступившее послѣдствіе съ дѣйствительно совершеннымъ тѣлеснымъ движеніемъ, тогда какъ при невмѣшательствѣ тѣлесное движеніе, къ которому относится послѣдствіе, представляется лишь воображаемымъ. Поэтому говорить о причи-

---

[1]) Landsberg, указ. соч., стр. 28.

[2]) Сторонниками этой теоріи являются Liszt (указ. соч., стр. 132—133), Sturm (Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung, 1895 г., стр. 17), Radbruch (Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904 г. стр. 137—138), J. Goldschmidt (Der Notstand ein Schuldsproblem, 1913 г., стр. 23) и Träger (указ. соч., стр. 13—20).

неніи посредствомъ пассивнаго поведенія представляется совершенно неправильнымъ. Невмѣшательство на самомъ дѣлѣ состоитъ просто въ невоспрепятствованіи послѣдствія. При этомъ для отвѣтственности необходимо, чтобы возможное и ожидаемое нами тѣлесное движеніе, будучи совершеннымъ, устранило бы наступленіе послѣдствія; этимъ ставится аналогичный, но не тождественный причиненію признакъ. Однако невоспрепятствованіе послѣдствія юридически равносильно его причиненію только въ томъ случаѣ, когда была обязанность дѣйствовать.

Послѣднее изъ приведенныхъ положеній является нагляднымъ показателемъ того громаднаго методологическаго прогресса, который отличаетъ только-что разсмотрѣнное ученіе отъ предыдущихъ: впервые со времени Luden'а отъ теоріи каузальнаго значенія невмѣшательства не хотятъ болѣе получить готовое рѣшеніе всей проблемы и послѣ анализа причиннаго момента считаютъ нужнымъ обратиться къ особому изученію вопроса о противоправности. Въ виду этого, съ новой теоріей доктрина переходитъ на третью стадію развитія, на стадію расчлененія обѣихъ половинъ проблемы невмѣшательства.

Этотъ методологическій пріемъ принимается и другимъ, возникшимъ почти одновременно, направленіемъ, теоріей эмпирической причинной связи [1]). Сущность этой теоріи можетъ быть выражена слѣдующей единственной фразой: между несовершеніемъ тѣлеснаго движенія и такимъ измѣненіемъ во внѣшнемъ мірѣ, которое при его совершеніи не возникло бы, имѣется причинная связь въ томъ смыслѣ, въ какомъ это понятіе употребляется во всѣхъ отрасляхъ знанія. Сторонники этой теоріи приходятъ къ такому положенію потому, что они отказываются отъ пониманія пассивнаго поведенія, какъ какого-то нуля; пассивное поведеніе, и по ихъ

---

[1]) Теорія эта впервые высказана Kries'омъ (Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, 1888 г.), подробно обоснована Landsberg'омъ (указ. соч., особ. стр. 102 сл.), а въ дальнѣйшемъ принята P. Merkel'емъ (указ. соч., стр. 9 сл.), Пусторослевымъ (Русское уголовное право, общая часть, 1912 г., стр. 299—300) и Мокринскимъ (указ. соч., стр. 506—510).

мнѣнію, есть „ничто“ въ смыслѣ физической силы, но причинная связь можетъ имѣть мѣсто и тамъ, гдѣ о дѣйствіи таковой нѣтъ рѣчи.

III.

I. Новая постановка вопроса значительно упростила проблему каузалитета невмѣшательства. Въ противоположность старымъ доктринамъ, которыя хотѣли не только выяснить причинный моментъ въ невмѣшательствѣ, но задавались цѣлью найти предѣлы того пассивнаго поведенія, которое влечетъ отвѣтственность, теоріи новаго типа стремятся только отвѣтить на вопросъ: дѣйствительно ли между пасссивнымъ поведеніемъ и „релевантнымъ явленіемъ“ имѣется причинная связь. Иными словами, объемъ тѣхъ случаевъ, которые подлежатъ анализу, оказывается заранѣе извѣстнымъ: это тѣ случаи, когда наступившее во внѣшнемъ мірѣ измѣненіе не имѣло бы мѣста при совершеніи нѣкоторымъ лицомъ опредѣленнаго тѣлеснаго движенія.

Для того, чтобы рѣшить вопросъ, къ которому, при современномъ состояніи науки, сводится первая половина изучаемой нами проблемы, мы должны прежде всего установить, что понятію причиненія въ уголовномъ правѣ нельзя придавать какое-то особое значеніе. Понятіе причинной связи вовсе не относится къ числу тѣхъ, которыя могутъ быть устанавливаемы каждой отдѣльной наукой. Принципъ причинности есть общее предположеніе нашего мышленія; гдѣ мы не знаемъ причины, тамъ мы перестаемъ понимать, тамъ мы немедленно покидаемъ область науки. Вотъ почему намѣченное еще Д. Юмомъ, развитое Шопенгауеромъ и Дж. Ст. Миллемъ и нынѣ твердо установленное понятіе причины не подлежитъ никакимъ модификаціямъ. Измѣнять его для какой-нибудь науки значитъ требовать для нея иныхъ принциповъ созерцанія и мышленія, нежели тѣ, которыми пользуются не только другія науки, но и просто мыслящіе люди [1]). Въ силу этого для насъ сразу отпадаетъ теорія юридической

---

[1]) Landsberg, указ. соч., стр. 29.

причинной связи, т. е. единственно ученіе второго типа, которое еще насчитываетъ нѣсколькихъ сторонниковъ. Кто учитъ, что бездѣйствующій причиняетъ невоспрепятствованное послѣдствіе потому, что онъ былъ обязанъ это сдѣлать, тотъ въ дѣйствительности совершенно покинулъ точку зрѣнія причиненія и вмѣсто него поставилъ одно названіе [1]).

Другое дѣло, нужно ли пользоваться понятіемъ причиненія въ той или иной наукѣ. Нельзя не отмѣтить, что теорія, отрицающая въ невмѣшательствѣ всякій каузальный моментъ, такого утвержденія не выставляетъ. Согласно этой теоріи, отвѣтственность за измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ возможна: 1) при причиненіи его дѣйствительно совершеннымъ тѣлеснымъ движеніемъ или 2) при неотклоненіи его въ виду несовершенія того тѣлеснаго движенія, которое устранило бы его наступленіе. Такъ какъ теорія эмпирической причинной связи признаетъ и послѣдніе случаи причиненіемъ, то ясно, что мы имѣемъ дѣло съ двумя различными пониманіями причинной связи. Намъ предстоитъ поэтому выяснить, которое изъ нихъ соотвѣтствуетъ общей теоретической концепціи.

II. 1. Согласно этой послѣдней, причинная связь не есть связь вещей въ себѣ, которая намъ такъ же мало доступна, какъ познаніе сущности вещей. Причинная связь есть связь явленій, связь актовъ сознанія. Причинность есть та форма нашего познанія, черезъ посредство которой мы познаемъ бытіе и дѣятельность силъ или, точнѣе, въ виду которой мы принимаемъ бытіе и дѣятельность таковыхъ [2]). Мы говоримъ, что два явленія находятся между собой въ причинной связи, если наступленіе предшествующаго является необходимымъ условіемъ наступленія послѣдующаго въ томъ смыслѣ, что, при устраненіи предшествующаго, послѣдующее вовсе не наступило бы или наступило бы въ иное время или въ иной формѣ. Для установленія наличности или отсутствія причинной связи въ тѣхъ случаяхъ, когда невозможенъ прямой опытъ, мы прибѣгаемъ къ методу гипотетическаго

---

[1]) Тамъ же, стр. 33.

[2]) Landsberg, указ. соч., стр. 46 пр. I, Мокринскій, указ. соч., стр. 506.

исключенія [1]). Но ничего иного, кромѣ отмѣченнаго отношенія обусловленности, для установленія причинной связи не требуется; въ частности, не требуется, чтобы послѣдующее вытекло изъ даннаго предшествующаго въ силу дѣйствія какой-либо физической силы.

Къ сожалѣнію, въ наукѣ уголовнаго права понятію причины постоянно придается совершенно ложное значеніе. „Обыкновенно, говоря о причинной связи, въ уголовномъ правѣ понимаютъ подъ ней какой-то творческій процессъ воспроизведенія, а подъ причиной—какое-то производительное начало, нѣчто существующее реально и надѣленное внутреннимъ потенціальнымъ значеніемъ“ [2]). Подстановки вмѣсто понятія причины (conditio sine que non) понятія силы въ физическомъ смыслѣ (causa efficiens), отъ которой такъ убѣдительно предостерегаетъ Шопенгауеръ [3]), и слѣдуетъ опасаться. Нужно замѣтить, что изъ числа криминалистовъ лишь немногіе, какъ, напр., Rohland [4]), сознательно исходятъ изъ начала causa efficiens. Большинство принципіально стоитъ на правильной точкѣ зрѣнія conditio sine qua non, но затѣмъ какъ-то невольно суживаетъ понятіе причины въ указанномъ направленіи. Особенно ясно виденъ этотъ процесъ у Liszt'a [5]).

Постоянное и почти безсознательное отклоненіе изслѣдователей въ сторону causa efficiens объясняется, по всѣмъ вѣроятіямъ, тѣмъ смутнымъ представленіемъ, будто объективной связью (каковою, несомнѣнно, должна быть связь причинная) можетъ быть только связь вещей въ себѣ, связь метафизическая, тогда какъ связь явленій, связь эмпирическая является только субъективной. Это представленіе не имѣетъ подъ собой никакой почвы. Та связь актовъ сознанія, которую мы называемъ причинной, есть связь, несомнѣнно, объективная, такъ какъ она независима отъ индивидуальныхъ особенно-

---

[1]) Весьма точную формулировку соотвѣтствующихъ правилъ находимъ мы у Пусторослева, указ. соч., стр. 299.

[2]) Мокринскій, указ. соч., стр. 489.

[3]) О четвероякомъ корнѣ закона достаточнаго основанія, переводъ Айхенвальда, 1900 г., стр. 39—40.

[4]) Die Kausallehre des Strafrechts, 1903 г., стр. 5.

[5]) См. указ. соч., стр. 135.

стей наблюдающаго субъекта. Но, какъ правильно говоритъ проф. Мокринскій, въ силу наивнаго реалистическаго воззрѣнія на внѣшній міръ, какъ существующій независимо отъ нашего сознанія, даже отказавшійся отъ понятія причины въ смыслѣ causa efficiens повторяетъ заѣзженный афоризмъ: „изъ ничего не выйдетъ ничего", утверждая, что только постановленіе положительнаго условія результата можетъ быть разсматриваемо, какъ причиненіе [1]).

2. Если такимъ образомъ для понятія причиненія не требуется доказательства дѣйствія силы въ физическомъ смыслѣ, то вполнѣ мыслимымъ представляется отнесеніе къ числу условій и фактовъ отрицательныхъ. Мало того, при единственно правильномъ пониманіи причины, какъ совокупности необходимыхъ условій, въ составъ послѣдней непремѣнно должны входить такія отрицательныя условія. По словамъ Sigwart'a, законъ природы говоритъ намъ, что при пространственномъ соприкосновеніи угля и кислорода, при опредѣленной температурѣ и *отсутствіи другихъ вліяній*, получается углекислота [2]). Этотъ частный примѣръ показываетъ, что при установленіи предположеній даннаго послѣдствія необходимо имѣть въ виду отсутствіе нѣкоторыхъ фактовъ. „Наличность моментовъ, представляющихъ абстракцію отъ однихъ положительныхъ фактовъ, еще не служитъ достаточной гарантіей должнаго постоянства послѣдствій: при повтореніи, казуальное значеніе этихъ моментовъ могло бы быть парализовано или уменьшено присоединеніемъ новыхъ положительныхъ фактовъ" [3]). Конечно, если бы мы знали состояніе вселенной въ данный моментъ, то указаніе на отсутствіе вліянія иныхъ, кромѣ вносимыхъ нами въ составъ причины, фактовъ было бы не нужно [4]). Но, въ виду того, что мы не знаемъ всѣхъ элементовъ мірозданія и всѣхъ дѣйствующихъ въ немъ силъ, намъ необходимо включеніе въ составъ причины отрицательнаго условія указаннаго содержанія.

---

[1]) Мокринскій, указ. соч., стр. 489.

[2]) Цит. по Landsberg'y. указ. соч., стр. 95, прил.

[3]) Мокринскій, указ. соч., стр. 508; на необходимость отрицательныхъ условій указываетъ и Пусторослевъ, указ. соч., стр. 20.

[4]) Berger, указ. соч., цит. по Landsberg'y указ. соч., стр. 111—112.

Это отрицательное условіе вовсе не есть какая-нибудь фикція; это есть сокращенное выраженіе для всего остального состоянія вселенной, поскольку оно нужно для наступленія даннаго, а не иного конкретнаго послѣдствія, выраженіе, которое было бы допустимо и при полномъ знаніи ея состоянія. Условіе это, конечно, имѣетъ весьма обширное реальное содержаніе; при желаніи, его можно разбить на безчисленное количество отрицательныхъ фактовъ. Но все-же сюда относится не всякій произвольно взятый отрицательный фактъ, а только такой, замѣна котораго инымъ повліяла бы на наступленіе послѣдствія.

3. Примѣняя эти общія разсужденія къ человѣческому поведенію, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ. Если наступленіе даннаго измѣненія во внѣшнемъ мірѣ было бы предотвращено опредѣленнымъ тѣлеснымъ движеніемъ даннаго человѣка, то несовершеніе движенія, несомнѣнно, входитъ въ составъ общаго отрицательнаго условія этого измѣненія. Такъ какъ общее отрицательное условіе, а слѣдовательно, и каждый изъ входящихъ въ его составъ элементовъ, въ той же мѣрѣ необходимо для наступленія даннаго конкретнаго послѣдствія, какъ и каждое изъ положительныхъ условій, то приходится признать, что пассивному поведенію человѣка въ соотвѣтствующихъ случаяхъ принадлежитъ каузальное значеніе.

III. Противъ только-что приведенныхъ разсужденій и направляется обыкновенно основная критика представителей теоріи, отрицающей въ невмѣшательствѣ всякій каузальный моментъ. Сильнымъ союзникомъ этой критики является то обстоятельство, что съ перваго взгляда теорія эмпирической причинной связи звучитъ весьма странно [1]): „кто могъ отклонить послѣдствіе, тотъ причинилъ его; если дерутся два мальчика, которыхъ я легко могу разнять, то дальнѣйшіе побои причинены мной умышленно. Но, какъ это ни необычно, это не невѣрно и не представляетъ даже никакихъ неудобствъ. Каждый разумный человѣкъ скажетъ: ты поступилъ правильно,

---

[1]) См., напр., Ваг, указ. соч., стр. 255.

не вмѣшавшись; ничто не предписывало здѣсь дѣятельности; наоборотъ, ты вмѣшался бы въ дѣла, которыя тебя не касаются“ [1]). Итакъ, выставленное нами положеніе нисколько не расширяетъ предѣловъ отвѣтственности; а, какъ мы покажемъ ниже, въ живой рѣчи мы постоянно допускаемъ причинное значеніе отрицальныхъ фактовъ, такъ что кажущаяся здѣсь невозможность представляется лишь столь обычной непослѣдовательностью.

Но обратимся къ самой сущности той аргументаціи, которую мы должны опровергнуть.

1. Всѣ принимающіе знаменитую формулу Krug'а указываютъ, прежде всего, что *одно* пассивное поведеніе не можетъ ничего причинить и что въ дѣйствительности въ этихъ случаяхъ послѣдствіе причиняется параллельно дѣйствующими силами. Но этого теорія эмпирической причинной связи и не оспариваетъ; ясно, что для наступленія послѣдствія должны были, *кромѣ анализируемаго нами пассивнаго поведенія*, дѣйствовать силы природы или другихъ людей; но вѣдь мы не ищемъ *единой* причины послѣдствія; мы разсматриваемъ только вопросъ, входитъ ли данное изучаемое нами явленіе въ составъ сложной причины; необходимость другихъ условій представляется поэтому для теоріи эмпирической причинной связи фактомъ безразличнымъ [2]).

2. Далѣе, сторонники иныхъ ученій отмѣчаютъ, что во многихъ случаяхъ невмѣшательства мысленное устраненіе самаго существованія человѣка ничего не измѣнило бы въ ходѣ событій; въ частности, это имѣетъ мѣсто при поставленіи равнаго количества положительныхъ и отрицательныхъ условій [3]). Однако, мы изучаемъ не каузальное значеніе человѣка, какъ носителя силъ, а каузальное значеніе его поведенія, какъ эмпирическаго явленія. Нельзя не сказать, что противоположная точка зрѣнія можетъ привести къ явно неправильнымъ результатамъ. По справедливому замѣчанію Landsberg'а, при такихъ условіяхъ былъ бы ненаказуемъ тотъ,

---

[1]) P. Merkel, указ. соч., стр. 25.

[2]) Landsberg, указ. соч., стр. 100—101.

[3]) Binding, указ. соч., стр. 234.

кто, вытащивъ человѣка изъ воды и узнавъ въ немъ своего врага, броситъ его обратно [1]).

3. Но главнымъ аргументомъ сторонниковъ отрицательной теоріи является слѣдующее утвержденіе: различіе между причиненіемъ и неотклоненіемъ сводится не къ различію между положительными и отрицательными условіями, а къ противоположенію чего-то реальнаго, дѣйствительно могущаго причинить, и чего-то лишь мыслимаго, но въ дѣйствительности не существующаго: при неотклоненіи дѣйствительное послѣдствіе ставится въ связь съ воображаемымъ тѣлеснымъ движеніемъ [2]). Однако, безъ сравненія дѣйствительнаго хода событій съ нѣкоторымъ инымъ, лишь мыслимымъ, мы вообще не можемъ обойтись при анализѣ причиннаго момента человѣческаго поведенія. Вся разница въ томъ, что при обсужденіи причиннаго значенія активнаго поведенія мы замѣняемъ совершенно опредѣленное тѣлесное движеніе чѣмъ-то неопредѣленнымъ—его отсутствіемъ. Наоборотъ, при обсужденіи причиннаго значенія пассивнаго поведенія мы нѣчто неопредѣленное замѣняемъ совершенно опредѣленнымъ тѣлеснымъ движеніемъ. Различіе это основано на слѣдующемъ, совершенно случайномъ съ интересующей насъ точки зрѣнія, фактѣ: такъ какъ пассивное поведеніе обнимаетъ собой всякое поведеніе, кромѣ совершенія опредѣленнаго тѣлеснаго движенія, то при гипотетической замѣнѣ этого пассивнаго поведенія инымъ мы не можемъ подставить ничего, кромѣ именно этого тѣлеснаго движенія: всякое иное поведеніе, какъ бы оно ни отличалось отъ дѣйствительно имѣвшаго мѣсто, все-таки останется пассивнымъ.

IV. Итакъ, ученіе о наличности эмпирической причинной связи между пассивнымъ поведеніемъ и неотклоненнымъ послѣдствіемъ вполнѣ выдерживаетъ направленную противъ него критику. Обратимъ теперь вниманіе на то обстоятельство, что наша точка зрѣнія раздѣляется и обыденнымъ словоупотребленіемъ, и нашимъ положительнымъ правомъ.

---

[1]) Landsberg, указ. соч., стр. 64.

[2]) Kitzinger, указ. соч., стр. 142; Liszt, указ. соч., стр. 135; Kollmann, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem, 1908 г. стр. 155 сл.

1. Какъ правильно указываетъ Frank, если въ жизни говорятъ, что данное явленіе можетъ быть сведено на опредѣленное обстоятельство, то это означаетъ только, что безъ этого обстоятельства явленіе не наступило бы, при чемъ такое сужденіе о причинности дѣлается независимо отъ того, было ли предшествующее обстоятельство положительнымъ или отрицательнымъ [1]). „Если кто либо провалился въ открытый люкъ, ведущій въ погребъ, то мы говоримъ, что онъ провалился, такъ какъ не смотрѣлъ себѣ подъ ноги или такъ какъ хозяинъ не заперъ люка“ [2]). Мы не затруднимся признать одной изъ причинъ опусканія чашки вѣсовъ отсутствіе груза на другой [3]).

2. Обращаемся къ положительному праву. Наше уголовное уложеніе конструируетъ рядъ деликтовъ по типу матеріальныхъ опущеній и при этомъ постоянно называетъ причинной ту связь, которая должна имѣть мѣсто между несовершеніемъ виновнымъ тѣлеснаго движенія и „релевантнымъ явленіемъ“. Къ числу такихъ составовъ изъ предусмотрѣнныхъ уголовнымъ уложеніемъ относятся слѣдующіе: 1) указанная уже нами ст. 139 ч. 2 п. 3 (ослушаніе законному распоряженію управляющаго движеніемъ желѣзнодорожнаго поѣзда, если оно *причинило* остановку поѣзда), 2) ст. 423 (оставленіе поднадзорнаго безъ надлежащаго надзора, если *вслѣдствіе* сего поднадзорнымъ учинено тяжкое преступленіе или преступленіе); 3) ст. 491 (неоказаніе помощи, имѣвшее *послѣдствіемъ* смерть или весьма тяжкое тѣлесное поврежденіе нуждавшагося въ помощи); 4) ст. 560 ч. 2 (допущеніе строителемъ и т. д. завѣдомо негоднаго матеріала, если *отъ сего произошло* крушеніе); 5) ст. ст. 639 ч. 2, 643, 652 и 663 (различнаго рода бездѣйствіе власти, сопровождавшееся вредными послѣдствіями). Въ ст. ст. 464 (ч. 2) и 474 (ч. 2) говорится о *причиненіи* смерти или тѣлеснаго поврежденія, какъ *послѣдствіи несоблюденія* правилъ, установленныхъ въ огражденіе личной безопасности. При этомъ, такіе обороты

---

[1]) Указ. соч., стр. 23.

[2]) P. Merkel, указ. соч., стр. 30.

[3]) Landsberg, указ. соч., стр. 99.

рѣчи не представляются какимъ либо нововведеніемъ со стороны составителей уголовнаго уложенія. Статьямъ 423 и 491 угол. улож. точно соотвѣтствуютъ ст. 144[1] уст. нак. и ст. 1521 улож. нак. Можно указать и на ст. ст. 651 и 684 т. X ч. 1 (убытки, причиненные несообщеніемъ о преднамѣренномъ преступленіи; вредъ и убытки, *причиненные* дѣяніемъ или *упущеніемъ*).

V. Допущеніе причинной связи между пассивнымъ поведеніемъ человѣка и неотклоненнымъ послѣдствіемъ оказывается соотвѣтствующимъ и общетеоретической концепціи причинной связи, и воззрѣніямъ жизни, и языку права. Но, быть можетъ, проведеніе такой точки зрѣнія натыкается на неодолимыя практическія затрудненія?

1. Противники теоріи эмпирической причинной связи прежде всего обращаютъ вниманіе на неизмѣримое количество отрицательныхъ условій послѣдствія, основывая это утвержденіе на возможности признать отрицательнымъ условіемъ отрицаніе небытія всякаго положительнаго факта [1]). Мы уже отмѣтили, что далеко не всякій отрицательный фактъ принадлежитъ къ числу условій даннаго послѣдствія. Но, дѣйствительно, количество отдѣльныхъ отрицательныхъ условій, составляющихъ реальное содержаніе общаго отрицательнаго условія даннаго послѣдствія, въ виду возможности произвольнаго дробленія и продолженія цѣпей причинности до перваго момента мірозданія, представляется безконечнымъ, такъ что составленіе списка отрицательныхъ условій самаго ничтожнаго измѣненія представляется невыполнимой задачей. Но составленія такого списка и не требуется. Дѣло въ томъ, что въ уголовномъ правѣ никогда не приходится отвѣчать на вопросъ: каковы причины даннаго послѣдствія. Такой вопросъ не имѣетъ значенія при теоретическомъ анализѣ понятія преступленія. Не приходится встрѣчаться съ нимъ и суду, который, согласно ст. 754 уст. угол. суд., долженъ дать отвѣтъ на вопросъ: было ли данное преступленіе дѣяніемъ подсудимаго? Вопросъ о причинахъ даннаго послѣдствія интересуетъ только прокурора и слѣдователя въ тѣхъ случаяхъ, когда

[1]) См., напр., Kitzinger, указ. соч., стр. 143.

передъ ними раскрывается не преступная дѣятельность какого-либо лица, а извѣстное измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ, которое несомнѣнно или только вѣроятно представляется результатомъ какой-то преступной дѣятельности. Такимъ образомъ, вопросу, каковы суть причины даннаго послѣдствія, мѣсто скорѣе всего въ руководствѣ для судебныхъ слѣдователей, гдѣ, впрочемъ, въ столь общей формѣ онъ является лишеннымъ смысла. Нельзя не замѣтить, что безконечно и число положительныхъ условій всякаго реальнаго явленія; это не мѣшаетъ господству въ наукѣ уголовнаго права совершенно правильной теоріи равноцѣнности всѣхъ условій въ составѣ причины.

2. Далѣе, противниками защищаемой нами теоріи выдвигается слѣдующее сомнѣніе: можно-ли когда либо удостовѣрить, что при вмѣшательствѣ то или иное явленіе не наступило бы? А вдругъ какой либо присоединившійся факторъ все-же повелъ бы къ тому же результату? На самомъ дѣлѣ, и при обсужденіи причиннаго значенія активнаго поведенія мы находимся въ томъ же положеніи: всякое сужденіе о причинномъ значеніи даннаго поведенія предполагаетъ оговорку: rebus sic se habentibus. Мы знаемъ только, что было и что есть; что было бы при другихъ условіяхъ,—на это мы почти никогда не можемъ отвѣтить вполнѣ точно. Но практически высшая степень вѣроятности равна достовѣрности, и въ тѣхъ случаяхъ, когда de facto никакихъ неизвѣстныхъ намъ факторовъ не присоединилось, мы съ полнымъ правомъ считаемъ, что они и не присоединились бы. Конечно, при невмѣшательствѣ сомнѣнія будутъ и чаще встрѣчаться, и будутъ труднѣе разрѣшимы, что должно повысить число случаевъ оправданія за недоказанностью самаго внѣшняго факта преступленія. Но практической непримѣнимости нашихъ соображеній изъ этихъ указаній не вытекаетъ.

VI. Такимъ образомъ, теорія эмпирической причинной связи лишена приписываемыхъ ей недостатковъ. Наоборотъ, весьма вѣскія соображенія могутъ быть приведены противъ противоположнаго ей ученія, отрицающаго въ невмѣшательствѣ всякій каузальный моментъ.

1. Прежде всего, совершенно неясной представляется сущность того аналогичнаго причинному отношенія, въ которомъ должны находиться пассивное поведеніе и „релевантное явленіе“. Мы привыкли выдѣлять изъ всей массы слѣдующихъ другъ за другомъ явленій серіи такихъ событій, которыя стоятъ между собой въ причинной связи; оспариваемая теорія создаетъ какое-то новое соотношеніе объективныхъ явленій, которое страннымъ образомъ замѣчается только криминалистами. По правильному замѣчанію Landsberg'a, эта quasi-причинность, если не лишать ея характера объясненія объективной стороны измѣненія, должна быть на лицо и тогда, когда вина, въ силу извинительной ошибки или отсутствія юридическихъ основаній дѣйствовать, отпадаетъ. Но что же тутъ остается между поведеніемъ и послѣдствіемъ, если отсутствуетъ даже причинная связь [1])?

Не спасаетъ оспариваемой теоріи отъ приводимаго нами возраженія и нерѣдко дѣлаемое сопоставленіе невмѣшательства съ безсознательной неосторожностью, которое сводится къ слѣдующему утвержденію: подобно тому, какъ при этой неосторожности мы наказываемъ виновнаго за то, что онъ не предвидѣлъ, такъ при невмѣшательствѣ мы наказываемъ его за то, чего онъ не сдѣлалъ [2]). Но основанія наказуемости безсознательной неосторожности принадлежатъ къ числу наиболѣе темныхъ проблемъ уголовнаго права, такъ что ссылка на нее рѣшительно ничего не объясняетъ.

Еще менѣе помогаютъ дѣлу слѣдующія указанія Goldschmidt'a: „отрицательная теорія относитъ наступленіе послѣдствія къ опредѣленному проявленію принадлежащей виновнику способности причинять; а именно возможность такого отнесенія, а не отнесенія къ дѣйствительному, поставившему причину, проявленію воли, есть основаніе вмѣненія“ [3]). Но вѣдь мы ищемъ не основанія вмѣненія въ вину, а условія возможности

---

[1]) Указ. соч., стр. 39; того же мнѣнія Мокринскій, ук. соч., стр. 505—506.

[2]) Radbruch, Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenchaft, т. 24, стр. 346—348; Goldschmidt, указ. соч., стр. 23—24; Мокринскій, указ. соч., стр. 403.

[3]) Указ. соч., стр. 26.

говорить о причиненіи. А для послѣдняго необходимо установленіе дѣйствительной (а не только потенціальной) связи между двумя явленіями внѣшняго міра.

2. При принятіи оспариваемой нами теоріи становится, далѣе, невозможнымъ привлеченіе къ отвѣтственности кого бы то ни было за невмѣшательство на почвѣ современнаго положительнаго права. Законъ, поскольку дѣло идетъ о матеріальныхъ деликтахъ, всюду говоритъ о причиненіи извѣстныхъ послѣдствій; о приравниваніи причиненію нѣкоторыхъ случаевъ непричиненія нигдѣ не упоминается; привлеченіе къ отвѣтственности за невмѣшательство при принятіи оспариваемой теоріи было бы несомнѣннымъ нарушеніемъ принципа nullum crimen sine lege [1]). Итакъ, тюремщикъ, уморившій съ голода арестанта, желѣзнодорожный сторожъ, не выставившій сигнала объ остановкѣ, несмотря на извѣстную ему неисправность пути, не отвѣчаютъ за смерть заключеннаго или за крушеніе поѣзда: они могутъ быть наказаны только за нарушеніе соотвѣтствующихъ обязанностей. Наше правосознаніе и жизненныя потребности столь рѣшительно отвергаютъ этотъ результатъ, что этотъ выводъ изъ новѣйшей германской теоріи можно считать рѣшительнымъ противъ нея аргументомъ.

3. Наконецъ, эта теорія приводитъ къ самому несомнѣнному противорѣчію для тѣхъ случаевъ, когда „релевантное явленіе“ наступило въ силу такого пассивнаго поведенія, которое было вызвано активнымъ поведеніемъ другого индивида. Предположимъ, что желѣзнодорожный сторожъ (А) не даетъ сигнала объ остановкѣ, несмотря на неисправность пути, въ виду чего происходитъ крушеніе. По оспариваемой теоріи, между поведеніемъ А и крушеніемъ нѣтъ причинной связи. Допустимъ теперь, что поведеніе А было вызвано активнымъ вмѣшательствомъ нѣкоего В, который, напр., умышленно занялъ А разговорами. Отрицать каузальное значеніе за поведеніемъ В нѣтъ никакой возможности: при несовершеніи В нѣкоторыхъ тѣлесныхъ движеній, крушеніе не

---

[1]) Того же мнѣнія P. Merkel, указ. соч., стр. 18; Bar, указ. соч., стр. 258.

наступило бы. Но легко показать, что именно для сторонниковъ оспариваемой теоріи цѣпь причинности идетъ не непосредственно отъ дѣйствій В къ крушенію, а черезъ пассивное поведеніе А: вѣдь по оспариваемой теоріи тотъ фактъ, что В самъ не отклонилъ крушенія, не имѣетъ никакого значенія; иными словами, поведеніе В принимается во вниманіе только постольку, поскольку онъ оказалъ активное воздѣйствіе на А. Итакъ, въ качествѣ проходящаго момента въ цѣпи причинности, пассивное поведеніе можетъ быть каузально.

Сторонники оспариваемой теоріи обыкновенно обходятъ вопросъ молчаніемъ [1]). Внимательному анализу подвергаетъ его только Träger. По его мнѣнію, тѣ случаи, когда кто-либо устраняетъ дѣйствительность другого условія, которое воспрепятствовало бы наступленію послѣдствія, кореннымъ образомъ отличаются отъ простого неотклоненія послѣдствія: въ одномъ случаѣ имѣется положительное вмѣшательство въ ходъ событій, равноцѣнное активному причиненію, тогда какъ въ другомъ оно отсутствуетъ, и невмѣшавшійся только предоставилъ событія естественному теченію [2]). Изъ объясненій Träger'а вытекаетъ, что онъ не признаетъ причиннаго значенія за активной дѣятельностью, аналогичной поступку А. въ приведенномъ нами примѣрѣ, а считаетъ ее лишь равноцѣнной причиненію. Но, во-первыхъ, каузалитетъ такой дѣятельности, по испытаніи его путемъ метода гипотетическаго исключенія, несомнѣненъ; во-вторыхъ, тогда оказывается, что причиненію приравнивается не только неотклоненіе послѣдствія, но и еще нѣкоторая равноцѣнная причиненію дѣятельность. Какъ это постоянно бываетъ съ неправильными теоріями, одно произвольное допущеніе (приравниваніе причиненію невоспрепятствованія) [3]) влечетъ другое,

---

[1]) Liszt (указ. соч., стр. 132) ограничивается утвержденіемъ, что устраненіе препятствованія послѣдствія есть активное причиненіе.

[2]) Указ. соч., стр. 15—17.

[3]) Которое, какъ мы показали выше, въ дѣйствительности есть причиненіе; при отрицаніи за нимъ каузальнаго значенія, мы считаемъ его приравниваніе причиненію совершенно произвольнымъ и не могущимъ опереться ни на какую юридическую норму.

еще болѣе произвольное (приравниваніе равноцѣнной активной дѣятельности). А при отказѣ отъ конструкціи Träger'а отмѣченное нами противорѣчіе остается неустраненнымъ.

VII. Въ результатѣ, мы можемъ считать окончательно опровергнутой теорію, отрицающую въ невмѣшательствѣ всякій каузальный моментъ, и въ дальнѣйшемъ базироваться на теоріи эмпирической причинной связи. Между пассивнымъ поведеніемъ и такимъ измѣненіемъ во внѣшнемъ мірѣ, которое, при замѣнѣ пассивнаго поведенія активнымъ, не наступило бы („релевантнымъ явленіемъ"), имѣется причинная связь. Иными словами, „релевантное явленіе" есть послѣдствіе. Отвѣтъ нашъ свободенъ отъ элементовъ нормативнаго характера: пассивное поведеніе является причиной послѣдствія независимо отъ того, обязанъ былъ, или нѣтъ, невмѣшавшійся его предотвратить. Поэтому онъ вполнѣ отвѣчаетъ установленнымъ нами методологическимъ требованіямъ.

IV.

Обратимся теперь ко второй половинѣ проблемы невмѣшательства, къ вопросу о его противоправности.

I. Въ исторіи доктрины по этому вопросу естественно отражаются три стадіи, указанныя нами при разсмотрѣніи каузальнаго момента. Въ первую стадію, противоправность невмѣшательства въ смыслѣ наличности обязанности дѣйствовать признается необходимымъ, но и достаточнымъ основаніемъ отвѣтственности. Исходной точкой развитія послужило каноническое право, которое, со свойственнымъ ему смѣшеніемъ правовой и моральной точекъ зрѣнія, выставило положеніе: qui potest obviare et perturbare perversos et non facit, nihil aliud est, quam favere eorum impietati. Итальянская и германская доктрина, начиная съ глоссаторовъ, хотя и не единогласно, высказывается за наказуемость невмѣшательства въ самыхъ широкихъ предѣлахъ, но въ пониженномъ размѣрѣ. Только Кларъ отрицаетъ наказуемость невмѣшательства; съ другой стороны, Бёмеръ не видитъ причинъ примѣнять редуцированную наказуемость. Что господствующее мнѣніе дѣйстви-

тельно примѣнялось на практикѣ, показываетъ случай казни въ началѣ XVII вѣка въ кантонѣ Ааргау человѣка, который, спасаясь отъ гибели во время кораблекрушенія, не принялъ участія въ спасеніи своихъ товарищей по несчастью, хотя, будучи отличнымъ пловцомъ, имѣлъ полную возможность это сдѣлать [1]). Нѣсколько иначе стояло дѣло во Франціи. Muyart de Vouglans и Jousse признаютъ, что невоспрепятствованіе послѣдствія равносильно причиненію его только, если дѣло идетъ о crime atroce или если невмѣшавшійся былъ обязанъ дѣйствовать въ силу своего особаго положенія; при этомъ они высказываются за пониженную наказуемость [2]).

Попытки теоретическаго изслѣдованія основаній наказуемости невмѣшательства мы встрѣчаемъ не ранѣе начала XIX вѣка. На первое время мысль иногда шла по проторенному пути и признавала наличность общечеловѣческой обязанности помогать ближнему. Такъ, Borst разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: для обезпеченія общественной безопасности недостаточно, чтобы каждый не вредилъ другимъ, а необходимо, чтобы онъ предупреждалъ правонарушенія, содѣйствовалъ развитію другихъ. Эта обязанность—юридическаго характера; на ней и основывается наказуемость невмѣшательства [3]).

Однако, теорія общечеловѣческой обязанности помогать ближнему съ самаго начала встрѣчалась лишь спорадически, и безусловнаго господства достигла теорія спеціальной обязанности. Feuerbach говоритъ: такъ какъ первоначальное обязательство гражданина касается только опущеній, то преступленіе посредствомъ бездѣйствія всегда предполагаетъ особое юридическое основаніе (законъ или договоръ), на которомъ зиждется обязанность дѣйствовать. Ту же мысль проводитъ онъ въ ученіи о соучастіи: по его мнѣнію, возможно отрицательное пособничество, т. е. недонесеніе о предстоящемъ преступленіи, въ предположеніи, что законъ или при-

---

[1]) Bar, указ. соч., стр. 247—248; Liszt, указ. соч., стр. 134.

[2]) Gand, указ. соч., стр. 43--44.

[3]) Borst, Ueber die Teilnahme an einem Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrecht, т. VII, стр. 677.

нятая должность дѣлаютъ обязательнымъ донесеніе или воспрепятствованіе [1]).

Большинство нѣмецкихъ криминалистовъ первой половины XIX вѣка строго слѣдуетъ за Feuerbach'омъ [2]). Попытку расширенія теоріи мы находимъ только у оставшагося почти одинокимъ Spangenberg'а. По его мнѣнію, основной принципъ права—не вредить другимъ, и только въ исключительныхъ случаяхъ, по особому юридическому основанію, преступнымъ можетъ быть несовершеніе извѣстнаго дѣйствія. Источники этой обязанности дѣйствовать трояки: 1) положительный законъ; 2) договоръ, въ особенности служебный, и 3) особое отношеніе, признанное правомъ и создающее такую связь между участвующими, что изъ нея вытекаетъ обязанность взаимной помощи даже при молчаніи закона [3]).

II. Направленіе развитія, намѣчавшееся этими теоріями, было прервано переходомъ доктрины къ поискамъ ключа вопроса въ каузальномъ моментѣ: во вторую стадію, начавшуюся съ Luden'а, вопросъ о противоправности невмѣшательства отступаетъ на задній планъ. Если объ обязанности дѣйствовать и говорятъ, то только какъ объ одномъ изъ элементовъ того процесса, который въ своемъ развитіи привелъ къ противоправному послѣдствію. Типичнымъ является ученіе Krug'а, у котораго мы находимъ слѣдующія соображенія. Принятіе на себя обязанности совершать извѣстные шаги оказываетъ на дальнѣйшій ходъ событій вліяніе или психическимъ путемъ, тѣмъ, что оно побуждаетъ другого подвергнуться опасности, или физическимъ путемъ, когда принявшій ее на себя не озабочивается устраненіемъ послѣдствій предпринятаго имъ опаснаго дѣйствія. Если кто-либо обѣщалъ другому вытащить его изъ воды въ случаѣ опасности, и этотъ другой, полагаясь на его обѣщаніе, поплы-

---

[1]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, изд. 1847 г. стр. 50 и 93. На этой точкѣ зрѣнія до сихъ поръ стоитъ французская доктрина (см. Gand, ук. соч., стр. 48—49).

[2]) Landsberg, указ. соч., стр. 232 прим.

[3]) Ueber Unterlassungsdelicte und deren Strafbarkeit, Neues Archiv des Criminalrechts, т. IV, стр. 539.

ветъ черезъ рѣку и утонетъ, то въ неисполненіи обѣщанія будетъ заключаться причина смерти, потому что безъ этого обѣщанія погибшій не подвергся бы опасности утонуть [1]).

III. Наконецъ, съ выясненіемъ полной невозможности ограничиться анализомъ каузальной стороны, доктрина вступаетъ въ третью стадію, которая во многомъ примыкаетъ къ первой, что находитъ рельефное выраженіе въ учащеніи ссылокъ на Feuerbach'a. Теперь опять начинаютъ искать тѣ комбинаціи, въ которыхъ имѣется юридическая обязанность дѣйствовать, но, въ противоположность Feuerbach'овскимъ временамъ, лишь по отношенію къ тѣмъ случаямъ, когда установлено каузальное или quasi-каузальное отношеніе.

Почти всѣ изслѣдователи признаютъ прежде всего тѣ основанія обязанности дѣйствовать, которыя были указаны еще Feuerbach'омъ, т. е. законъ и договоръ. Большинство, считая эти основанія недостаточными, причисляетъ къ нимъ еще такъ называемое конклюдентное дѣйствіе, т. е. такую положительную дѣятельность, совершившій которую молчаливо беретъ на себя обязанность къ дополнительному вмѣшательству. Это дополнительное основаніе рѣшительно отрицается Landsberg'омъ и отчасти Sturm'омъ [2]), который, слѣдуя за относящимся еще ко второй стадіи развитія A. Merkel'емъ, требуетъ, чтобы эта предшествующая дѣятельность была неосторожной. Но подробно анализируется вопросъ только Landsberg'омъ, по словамъ котораго, никто не указываетъ, откуда берется норма, обязывающая къ дополнительной дѣятельности; на самомъ дѣлѣ, въ такомъ дополнительномъ основаніи нѣтъ никакой надобности въ виду того, что достаточныя предписанія заключаются въ законѣ и въ особенности въ административныхъ распоряженіяхъ [3]). Однако Träger справедливо находитъ, что выведеніе наказуемости изъ полицейскихъ предписаній поставило бы уголовную отвѣтственность въ зависимость отъ случая, отъ большей или меньшей склон-

---

[1]) Указ. соч., стр. 34—39. Характерны также сообщенныя уже нами построенія Binding'a.

[2]) Указ. соч., стр. 43.

[3]) Указ. соч., стр. 258 и 263.

жости къ законодательствованію со стороны мѣстныхъ органовъ; поэтому онъ, вмѣстѣ съ господствующимъ мнѣніемъ, признаетъ необходимость выставленія общаго юридическаго правила, которое давало бы опредѣленное рѣшеніе [1]).

Большинство криминалистовъ, устанавливая обязанность къ дополнительной дѣятельности для совершившаго опасный актъ, не указываетъ при этомъ никакихъ ограниченій. Практическую немыслимость такой точки зрѣнія блестяще показалъ Landsberg, который выяснилъ, что общее предписаніе дополнительной дѣятельности, въ виду безграничности цѣпей причинности, приводитъ къ обязанности каждаго всю жизнь устранять опасности, которыя возникаютъ самымъ различнымъ и неуловимымъ заранѣе путемъ изъ его предшествующей дѣятельности [2]). Этотъ выводъ и послужилъ, несомнѣнно, причиной его отрицательнаго отношенія къ обязанности дополнительной дѣятельности. Иной, несомнѣнно, болѣе правильный выходъ указанъ тѣми криминалистами, которые попытались внести въ эту обязанность ограничительные моменты. По мнѣнію Träger'а, обязанность къ устраненію опасностей, вытекающихъ изъ законченнаго дѣйствія, ограничивается тѣми случаями, когда создавшееся положеніе является объективно-противоправнымъ [3]). P. Merkel, ссылаясь на Ziebarth'а, говоритъ, что обязанность къ дополнительной дѣятельности идетъ съ одной стороны настолько, насколько изъ предшествующаго акта грозятъ возникнуть такія нарушенія правовыхъ благъ, которыя, по нормальному ходу вещей, должны быть разсматриваемы, какъ вытекающія изъ этой дѣятельности, съ другой стороны, насколько по условіямъ человѣческаго сосуществованія имѣется основаніе требовать дальнѣйшей дѣятельности [4]). За необходимость ограниченій высказывается

---

[1]) Указ. соч., стр. 101—102.

[2]) Ук. соч., стр. 261 и 262; того же мнѣнія Trager, ук. соч., стр. 100.

[3]) Въ той формулировкѣ обязанности, которая предлагается на стр. 104, этотъ моментъ отсутствуетъ, въ виду чего, вопреки намѣреніямъ автора, выставляемое имъ положеніе не создаетъ никакихъ ограниченій; отмѣчаемый моментъ однако ясно выступаетъ на примѣрахъ и въ разъясненіяхъ на стр. 106 сл.

[4]) Ук. соч., стр. 38 и 39.

и Frank, не указывая однако направленія таковыхъ [1]). Того же взгляда придерживается Redslob [2]), который вдается въ весьма туманныя построенія, носящія при томъ чисто этическій, а не правовой характеръ.

Въ общемъ, современная доктрина по вопросу о противоправности невмѣшательства производитъ явное впечатлѣніе незакончившагося развитія.

V.

I. Переходя къ анализу вопроса о томъ, при какихъ условіяхъ невмѣшательство является противоправнымъ, мы будемъ имѣть въ виду, что общее апріорное разсмотрѣніе вопроса, въ силу природы вещей, можетъ дать намъ только сужденіе, когда пассивное поведеніе причинно и волимо; когда оно противоправно и наказуемо, можетъ опредѣлить только положительное право [3]). Въ основаніе нашего изслѣдованія мы положимъ постановленія уголовнаго уложенія 1903 г. [4]).

Несмотря на полную независимость вопросовъ о причинности и противоправности въ томъ смыслѣ, что установленіе причинности ни въ коей мѣрѣ не предрѣшаетъ наличности противоправности, и, обратно, постановка вопроса о противоправности невмѣшательства все-же отличается, смотря по тому, какихъ воззрѣній придерживаться по проблемѣ его каузалитета. Сторонники теоріи, отрицающей за пассивнымъ поведеніемъ всякое причинное значеніе, спрашиваютъ: при какихъ условіяхъ и на какихъ основаніяхъ положительное право приравниваетъ quasi - каузальное невоспрепятствованіе послѣдствія причиненію его? При теоріи эмпирической причинной связи вопросъ гласитъ слѣдующимъ образомъ: какіе изъ случаевъ причиненія послѣдствія посредствомъ пассивнаго поведенія законодатель считаетъ юридически равно-

---

[1]) Ук. соч., стр. 24.

[2]) Ук. соч., стр. 62 сл.

[3]) Landsberg, ук. соч., стр. 189.

[4]) Научное толкованіе улож. нак. 1845 г. мы считаемъ совершенно невозможнымъ.

цѣнными съ причиненіемъ его активнымъ путемъ? Иными словами, въ первомъ случаѣ ищется расширеніе отвѣтственности за предѣлы причиненія; во второмъ случаѣ ищется основаніе для ограниченія отвѣтственности только нѣкоторыми случаями причиненія. Такъ какъ мы показали правильность теоріи эмпирической причинной связи, то въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ исходить изъ второй постановки вопроса.

Съ перваго взгляда можетъ показаться, что анализъ такого вопроса безцѣленъ: мы привыкли считать, что законъ имѣетъ въ виду всѣ подходящіе подъ составъ способы совершенія преступленія; поэтому, разъ теоретическимъ изслѣдованіемъ вскрытъ новый способъ осуществленія состава, то, конечно, и къ нему безъ дальнѣйшихъ разсужденій должны быть примѣнены соотвѣтствующія санкціи. Однако, легко показать всю несостоятельность такого воззрѣнія на почвѣ анализа структуры института соучастія. Соучастіе далеко не охватываетъ всѣхъ возможныхъ комбинацій причиненія при посредствѣ другого вмѣняемаго лица. Неосторожное подстрекательство, подстрекательство и пособничество къ неосторожному преступному дѣянію, а равно пособничество къ подстрекательству имъ не охватываются. И тѣмъ не менѣе, теорія и практика считаютъ ихъ (de lege lata) ненаказуемыми даже при матеріальныхъ содѣяніяхъ съ элементарной структурой, гдѣ соотвѣтствующія дѣянія могли бы быть подведены непосредственно подъ составы особенной части [1]). Итакъ, даже не всякое активное причиненіе признается подлежащимъ карѣ. Тѣмъ болѣе законнымъ представляется вопросъ, имѣетъ ли въ виду законодатель пассивный способъ нарушенія нормы, воспрещающей воспроизведеніе послѣдствія.

II. Анализъ постановленій нашего уголовнаго уложенія даетъ намъ полную возможность утверждать, что, по общему

---

[1]) Напр., неосторожно подстрекнувшій другого къ убійству неосторожно поставилъ условіе смерти жертвы. О состояніи вопроса въ германской доктринѣ см. Birkmeyer, ук. соч., стр. 141, особ. прим. 256, и Liszt, ук. соч. стр. 226, прим. 1.

правилу, соотвѣтствующія запретительныя нормы не предполагаютъ нарушенія ихъ путемъ пассивнаго поведенія. Этотъ выводъ мы можемъ сдѣлать изъ статьи 491, которая гласитъ: „виновный въ томъ, что, будучи свидѣтелемъ опасности для жизни другого лица, не донесъ о томъ подлежащей власти или не оказалъ или не доставилъ помощи, которую могъ бы оказать или доставить безъ разумнаго опасенія за себя или за другихъ, если послѣдствіемъ сего будетъ смерть или весьма тяжкое тѣлесное поврежденіе нуждавшагося въ помощи, наказывается арестомъ на срокъ не свыше 1 мѣсяца или денежной пеней не свыше 100 рублей". Статья эта предусматриваетъ типичный случай невмѣшательства, но далеко не приравниваетъ его къ активному совершенію: убійство по ст. 453 карается каторгой на срокъ не ниже 8 лѣтъ. Такъ какъ ст. 491 разрѣшаетъ вопросъ относительно наиболѣе тяжкаго изъ составовъ, могущихъ быть учиненными путемъ невмѣшательства, въ смыслѣ недопустимости подведенія ихъ подъ статьи, предусматривающія активное причиненіе, то такое же положеніе нужно принять и относительно другихъ составовъ.

Итакъ, по общему правилу, запретительныя нормы уголовнаго уложенія не имѣютъ въ виду нарушенія ихъ путемъ невмѣшательства. Иными словами, неотклоненіе послѣдствія съ нарушеніемъ лишь этической нормы, предписывающей по мѣрѣ силъ помогать ближнему, непротивоправно. Въ качествѣ *общаго* правила (т. е. при возможности исключеній) такой выводъ вполнѣ разуменъ: тутъ общество не поставило невмѣшавшагося на постъ, который обязывалъ бы его предотвращать именно такія несчастья; не поставилъ себя на такой постъ и самъ неотклонившій послѣдствіе [1]). Если не съ точки зрѣнія этики, то съ точки зрѣнія житейской мудрости, заставляющей предполагать со стороны другихъ людей только поступки эгоистическаго характера, здѣсь нѣтъ основаній ожидать вмѣшательства въ ходъ событій.

III. Но можно ли предположить, что невмѣшательство

---

[1]) Träger, ук. соч., стр. 74.

никогда не наказуемо? Имѣя въ виду такіе случаи, какъ, напр., неподача пищи матерью ребенку и тюремнымъ смотрителемъ арестанту, въ обоихъ случаяхъ со смертельнымъ исходомъ, мы должны признать, что такой чисто отрицательный результатъ можетъ быть принятъ лишь въ самомъ крайнемъ случаѣ, при полной невозможности иного вывода. Такое рѣшеніе глубоко противорѣчитъ нашему правосознанію, которое настойчиво требуетъ наказуемости этихъ и аналогичныхъ случаевъ. Такое рѣшеніе, собственно говоря, разрушаетъ всю сложную систему защиты цѣннѣйшихъ благъ гражданъ; такъ, при его принятіи за окончательное, окажется, что право вполнѣ предоставляетъ на волю гражданъ достиженіе тѣхъ результатовъ, предотвращеніе которыхъ считается одной изъ элементарнѣйшихъ задачъ государства, требуя только, чтобы они стремились къ нимъ опредѣленными способами [1]). Такое рѣшеніе вопроса, наконецъ, идетъ рѣшительно въ разрѣзъ съ законодательными мотивами. Въ объяснительной запискѣ къ проекту уголовнаго уложенія мы читаемъ: „Убійство можетъ быть выполнено какъ положительнымъ дѣйствіемъ, такъ и бездѣйствіемъ, когда виновный долженъ былъ совершить что-либо и не выполнилъ этого, сознавая, однако, что отъ его бездѣйствія можетъ произойти смерть жертвы, и желая или допуская таковую. Въ уложеніе не внесены по этому предмету особыя постановленія, такъ какъ эти случаи вполнѣ подойдутъ подъ понятіе умышленнаго убійства, какъ скоро будетъ доказано со стороны объективной, что обвиняемый къ бездѣйствіи сдѣлался виновникомъ опаснаго положенія другого лица, положенія, угрожавшаго смертью, и что онъ, въ силу закона, договора или какихъ либо особыхъ отношеній, былъ обязанъ совершить что-либо для предотвращенія этой смерти, а со стороны субъективной—что обвиняемый желалъ смерти или допускалъ ея наступленіе, отно-

---

[1]) Конечно, не можемъ мы удовлетвориться и наказуемостью за оставленіе безъ помощи (ст. 489), постановленія о которомъ разсчитаны на случаи невоспослѣдованія смерти и предполагаютъ недоказанность намѣренія лишить жизни.

сясь къ этому безразлично [1])". Хотя вопросъ не рѣшается такъ просто, какъ то думали составители уголовнаго уложенія, но тѣмъ не менѣе изъ приведенныхъ словъ ясно, что молчаніе уголовнаго уложенія ни въ коемъ случаѣ не означаетъ безнаказанности относящихся сюда случаевъ.

Для того, чтобы найти необходимое ограниченіе полученнаго нами пока общаго отрицательнаго отвѣта, мы будемъ разсуждать слѣдующимъ образомъ. Причиненіе посредствомъ несовершенія того тѣлеснаго движенія, которое устранило бы результатъ, вообще говоря, непротивоправно; въ этомъ положеніи заключается относящееся къ области неписанаго права и вскрытое нами обстоятельство, исключающее противоправность. Но до какихъ поръ распространяется дѣйствіе такого обстоятельства? Очевидно, оно не можетъ перейти той грани, когда въ писаномъ или неписаномъ правѣ заключается предписаніе дѣйствовать активно, совершить извѣстное тѣлесное движеніе. Такое предписаніе выражено, напр., въ разсмотрѣнной нами статьѣ 491 угол. улож. Но затѣмъ несомнѣнно, что то исключеніе противоправности, которымъ объясняется ненаказуемость причиненія посредствомъ пассивнаго поведенія, допускаетъ изъятіе для тѣхъ случаевъ, когда имѣется *спеціальная* обязанность дѣйствовать. Въ результатѣ, вся задача сводится къ отысканію такихъ случаевъ.

Нельзя не замѣтить, что при предлагаемой нами постановкѣ вопроса устраняется та крупная ошибка, въ которую впадаетъ большинство криминалистовъ и которую отмѣчаютъ Redslob [2]) и Frank [3]). Дѣйствительно, господствующее мнѣніе признаетъ, что невмѣшавшійся осуществляетъ составъ того или иного преступнаго дѣянія; нормально, дѣяніе, которое реализируетъ такой составъ, считается нарушающимъ норму,

---

[1]) Объясненія редакціонной комиссіи, т. VI, стр. 23 и 24; см. однако т. VII, стр. 28 и 29 (по поводу поврежденія имущества), гдѣ комиссія стоитъ на совершенно противоположной точкѣ зрѣнія (при простомъ неисполненіи обязанности, т. е. при отсутствіи активнаго противодѣйствія, причинная связь отрицается). Такая несогласованность объясняется тѣмъ, что т. VI „Объясненій" составленъ сенаторомъ Таганцевымъ, а т. VII—проф. Фойницкимъ.

[2]) Ук. соч., стр. 24 и 25.

[3]) Ук. соч., стр. 24.

если не имѣется одного изъ обстоятельствъ, исключающихъ противоправность; слѣдовательно, невмѣшательство противоправно уже потому, что оно подходитъ подъ тотъ или иной уголовный законъ; а между тѣмъ, авторы ищутъ для невмѣшательства еще какое-то особое основаніе противоправности; иными словами, невмѣшательство, по ихъ воззрѣнію, получаетъ противоправность изъ какого-то другого источника, нежели активная дѣятельность. Наша конструкція избѣгаетъ этого упрека: невмѣшательство подпадаетъ подъ норму, воспрещающую воспроизведеніе извѣстнаго послѣдствія, въ силу того, что оно этотъ результатъ причиняетъ [1]); однако, если въ немъ заключается нарушеніе только общей, а не спеціальной обязанности дѣйствовать, то оно подпадаетъ и подъ изъятіе изъ нормы и въ результатѣ непротивоправно; если же оно нарушаетъ спеціальную обязанность, то оно подходитъ подъ исключеніе изъ изъятія, и потому остается противоправнымъ. Отмѣтимъ, что наша конструкція примѣнима только при теоріи эмпирической причинной связи. При теоріи, отрицающей въ невмѣшательствѣ всякій каузальный моментъ, спеціальная обязанность дѣйствовать какимъ-то невѣдомымъ способомъ создаетъ приравненіе quasi-причинности причиненію, и послѣ этого приравниванія неотклоненный результатъ черпаетъ противоправность изъ запрета причинять послѣдствіе! Противъ такого построенія упреки Redslob'a и Frank'a неустранимы.

IV. Давъ обоснованіе требованію спеціальной обязанности дѣйствовать, обратимся къ изученію тѣхъ случаевъ, когда такая обязанность имѣетъ мѣсто.

1. На первый планъ тутъ, конечно, выдвигается законъ. Въ виду плачевнаго состоянія нашего гражданскаго законо-

---

[1]) Такимъ образомъ, и при невмѣшательствѣ нарушается прежде всего запретительная норма, и одновременное нарушеніе нѣкотораго повелѣнія имѣетъ лишь тотъ эффектъ, что не отпадаетъ юридическое значеніе нарушенія запрета. Въ виду этого устраняются соображенія г. Круглевскаго („Имущественныя преступленія", 1913 г. стр. 101—103), который сомнѣвается въ возможности совершенія путемъ невмѣшательства поврежденія имущества, такъ какъ это дѣяніе имѣетъ своимъ объектомъ право собственности, а нарушеніе послѣдняго есть всегда нарушеніе запрета.

дательства, этотъ источникъ обязанности дѣйствовать, который въ германскомъ правѣ покрываетъ цѣлый рядъ случаевъ, у насъ оказывается дающимъ весьма мало. Наивысшее значеніе должно принадлежать ст. 172 т. X ч. 1, гласящей: „родители обязаны давать несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ пропитаніе, одежду и воспитаніе“.

Однако, не всякій законъ, создающій обязанность дѣйствовать, достаточенъ для привлеченія къ отвѣтственности за невмѣшательство. Если законъ создаетъ лишь общую обязанность помогать ближнему (напр., ст. ст. 162 и 491 угол. улож.), то непредотвращеніе послѣдствія не можетъ быть признано наказуемымъ невмѣшательствомъ: мы знаемъ, что наше право не приравниваетъ нарушенія общечеловѣческой обязанности помогать ближнему нарушенію нормъ, воспрещающихъ активно причинять вредоносныя послѣдствія. Противоположное рѣшеніе сдѣлало бы невозможнымъ примѣненіе ст. 491 угол. улож., такъ какъ каждый случай неоказанія помощи, противоправный въ силу этой статьи, основывалъ бы наказуемость за убійство. Иными словами, мы тутъ имѣемъ delictum sui generis, постановленія о коемъ должны быть примѣняемы съ устраненіемъ общаго состава убійства.

Нѣкоторое затрудненіе представляетъ однако разграниченіе общей и спеціальной обязанности дѣйствовать. Спеціальной обязанность можетъ быть названа только въ томъ случаѣ, если могущій вмѣшаться стоитъ въ какой либо опредѣленной связи съ разыгрывающимся и грозящимъ опасностью процессомъ, потому ли, что правопорядокъ, предвидя возможность такихъ процессовъ, создалъ или по крайней мѣрѣ санкціонировалъ естественно создавшійся постъ для предотвращенія именно такихъ вредоносныхъ явленій и поставилъ на него виновнаго, или потому, что опасный процессъ вызванъ дѣятельностью того лица, которое потомъ можетъ его обезопасить. Въ силу этого, вопреки мнѣнію Träger'a [1]), можетъ быть наказанъ за убійство, напр., врачъ, который не окажетъ помощи случайно заболѣвшему спутнику по поѣзду, въ кото-

---

[1]) Указ. соч., стр. 72.

ромъ онъ узнаетъ своего врага и который, будучи предоставленъ самому себѣ, скончается,—конечно, если имѣются всѣ предположенія виновности. Это вытекаетъ изъ того, что врачи и повивальныя бабки, въ силу ст. ст. 54 и 241 уст. врач. (т. XIII, изд. 1909 г.), обязаны, по приглашенію больныхъ, являться для оказанія имъ помощи. Какъ будто противорѣчащее такому выводу постановленіе ст. 497 угол. улож. (неоказаніе помощи врачомъ и т. д.) дѣйствительно подлежитъ примѣненію въ тѣхъ случаяхъ, когда неоказаніе помощи врачомъ не имѣло послѣдствіемъ смерть или тѣлесное поврежденіе или когда относительно этихъ послѣдствій не можетъ быть доказана виновность.

Само собой разумѣется, что основанной на законѣ обязанности дѣйствовать приравнивается такая же, вытекающая изъ обязательнаго постановленія или правомѣрнаго служебнаго приказа [1]).

2. Вторымъ источникомъ обязанности дѣйствовать является договоръ. „Конечно, тутъ нельзя не питать серьезныхъ сомнѣній: строго связанное съ опредѣленными типами преступленій, уголовное право такимъ образомъ открываетъ свои границы частному произволу; имѣется или отсутствуетъ преступленіе, оказывается зависящимъ отъ такихъ цивилистическихъ тонкостей, какъ дѣйствительность договора, соблюденіе надлежащей формы, согласіе, дѣеспособность и т. д. Однако совершенно невозможно признавать источникомъ обязанности всякій законъ, въ томъ числѣ и гражданскій, и исключать договоръ: ибо нѣтъ никакого теоретическаго различія въ томъ, возлагаетъ ли гражданскій законъ обязанность дѣйствовать непосредственно или косвенно, подъ условіемъ, что данное лицо само подчинилось ему“ [2]). „Безопасность отдѣльнаго лица и общества была бы серьезно нарушена, если бы нарушеніе вытекающихъ изъ договора обязанностей могло имѣть послѣдствіемъ только возмѣщеніе вреда“ [3]).

Возникающія на первый взглядъ затрудненія въ значи-

---

[1]) Frank, указ. соч., стр. 24.

[2]) Landsberg, указ. соч., стр. 250—251.

[3]) Träger, указ. соч., стр. 83.

тельной степени умѣряются тѣмъ фактомъ, что отъ связывающихъ договоровъ нужно отличать необязательныя обѣщанія: поэтому, напр., нельзя наказать за убійство путника, который обѣщаетъ прислать помощь случайно встрѣченному потерпѣвшему несчастье, а затѣмъ не сдержитъ слова, быть можетъ, въ надеждѣ на то, что помощь придетъ сама [1]).

Само собой разумѣется, что къ договору должны быть приравниваемы и служебныя отношенія публично-правового характера, поскольку они создаютъ обязанность дѣйствовать. Однако, непресѣченіе преступленій понимается нашимъ правомъ, какъ delictum sui generis, что̀, въ силу соображеній, изложенныхъ нами по поводу ст. 491, устраняетъ возможность говорить о совершеніи путемъ невмѣшательства непресѣченнаго преступленія.

Что касается частныхъ договоровъ, то тутъ, конечно, немыслима обязанность оказывать помощь вообще. Но для отвѣтственности нѣтъ надобности, чтобы вытекающая изъ договора обязанность имѣла своимъ содержаніемъ одно опредѣленное дѣйствіе. Достаточно, чтобы виновный былъ обязанъ совершать опредѣленныя категоріи дѣйствій, въ число которыхъ входило и несовершенное имъ: обязанность тутъ все-же остается спеціальной. Поэтому, при неисполненіи обязанности равно наказуемъ за поджогъ сторожъ, приставленный къ пожарищу, и дежурный пожарный, обязанный пресѣкать пожары вообще; конечно, во второмъ случаѣ гораздо труднѣе установить причинную связь и виновность [2]).

3. Однако, за этими основаніями обязанности дѣйствовать остается много случаевъ, гдѣ безнаказанность невмѣшательства рѣшительно противорѣчитъ правосознанію и требованіямъ практической жизни, напр., 1) врачъ совершаетъ операцію, а затѣмъ не перевязываетъ больного; 2) кучеръ трогаетъ лошадей и умышленно или неосторожно переѣзжаетъ совершенно неожиданно лежащаго на улицѣ пьянаго, такъ какъ не управляетъ лошадьми; 3) кто-либо случайно ро-

---

[1]) Тамъ же, стр. 87.

[2]) Тамъ же, стр. 87—90.

няетъ спичку въ горючій матеріалъ и не гаситъ возникшаго пожара.

Для того, чтобы охватить эти случаи, господствующее мнѣніе создаетъ юридическую обязанность къ дополнительной дѣятельности, которая ложится на того, кто совершилъ какой либо опасный поступокъ.

Какъ мы отмѣтили, за послѣднее время намѣчаются попытки поставить эту обязанность къ дополнительной дѣятельности въ опредѣленныя границы. Эту точку зрѣнія мы признаемъ вполнѣ разумной и въ дальнѣйшемъ будемъ искать столь необходимыхъ ограниченій. Но предварительно мы попытаемся найти юридическія основанія такой обязанности къ дополнительной дѣятельности. При этомъ мы не пойдемъ по пути, проложенному Träger'омъ, который, посредствомъ сопоставленія выдержекъ изъ всѣхъ германскихъ авторовъ, занимавшихся предметомъ, и намековъ въ рѣшеніяхъ высшихъ судовъ, приходитъ къ мысли о наличности въ данномъ случаѣ нормы обычнаго права [1]). Обычное право—слишкомъ шаткое основаніе уголовной отвѣтственности, да бѣдность нашей литературы и кассаціонной практики никогда и не позволила бы прійти къ аналогичному выводу. Рѣшеніе намъ придется искать въ самой природѣ интересующихъ насъ нормъ.

Юридическія нормы представляются критеріемъ, приложеніе котораго къ конкретному поведенію даннаго человѣка позволяетъ намъ составить сужденіе о юридической цѣнности такого поведенія. Но нормы не только даютъ мѣру послѣдующей оцѣнки имѣвшаго мѣсто поведенія; нормы имѣютъ цѣлью опредѣлять будущее поведеніе человѣка, онѣ обращаются къ этому поведенію.

Поскольку ззпретительная норма воспрещаетъ извѣстное поведеніе или, иными словами, предписываетъ воздержаніе отъ опредѣленныхъ тѣлесныхъ движеній, характеристика случаевъ, когда поведеніе нарушаетъ норму, не вызываетъ никакихъ затрудненій: это есть именно то поведеніе, которое описано въ гипотезѣ нормы. Иначе стоитъ дѣло, если запрещено

---

[1]) Тамъ же, стр. 104.

только воспроизведеніе опредѣленнаго измѣненія во внѣшнемъ мірѣ, безъ дальнѣйшей характеристики могущаго воспроизвести таковое поведенія. Въ этихъ случаяхъ, каковыми являются всѣ деликты, которыхъ касается проблема невмѣшательства [1]), дѣятельность человѣка сводится къ освобожденію связанности группъ энергій или невоспрепятствованію такому освобожденію. Такъ какъ мы теперь ищемъ основанія обязанности къ дополнительной дѣятельности, вытекающей изъ положительнаго акта, то мы будемъ имѣть въ виду лишь тотъ случай, когда человѣкъ активнымъ тѣлеснымъ движеніемъ превращаетъ потенціальныя энергіи въ дѣйствительныя. Въ виду крайней сложности путей, которыми идетъ превращеніе энергій, выражающееся въ концѣ концовъ въ нежелательномъ для правопорядка измѣненіи, не можетъ быть такого поведенія, которое, поскольку связь явленій доступна нашему сознанію, неизбѣжно влекло бы это измѣненіе—только результатъ выясняетъ, были ли поставлены всѣ нужныя для этого условія. Но норма обращена не къ результату, а къ поведенію. Въ виду

---

[1]) Въ началѣ нашей работы мы указали, что проблема невмѣшательства возникаетъ относительно матеріальныхъ деликтовъ съ элементарной структурой. Мы должны однако теперь устранить сомнѣнія относительно возможности реализаціи путемъ невмѣшательства всякаго состава особенной части въ формѣ отрицательнаго пособничества или отрицательнаго посредственнаго виновничества. Ст. 162 угол. улож., карающая за недонесеніе о достовѣрно извѣстномъ замышленномъ или предпринятомъ тяжкомъ преступленіи, если преступленіе или покушеніе послѣдовали, и ст. 643, наказывающая за непресѣченіе преступленій обязаннымъ къ тому лицомъ, въ обоихъ случаяхъ въ значительно меньшей степени, нежели за совершеніе непредупрежденныхъ преступленій, показываетъ, что уголовное уложеніе видитъ въ этихъ случаяхъ delicta sui generis; такъ какъ обѣ статьи относятся только къ нѣкоторымъ строго опредѣленнымъ и притомъ наиболѣе тяжкимъ случаямъ отрицательнаго пособничества, тутъ мы можемъ утверждать, что остальные случаи отрицательнаго пособничества не наказуемы. Что не наказуемо и отрицательное посредственное виновничество, явствуетъ изъ ст. 423 угол. улож., предусматривающей въ качествѣ delictum sui generis типичный случай такого виновничества. Остаются еще матеріальные деликты съ опредѣленными закономъ способами совершенія; если, въ чемъ мы однако крайне сомнѣваемся, анализъ этихъ способовъ показалъ бы, что здѣсь или тамъ къ ихъ числу принадлежитъ и пассивное поведеніе, то отрицать возможность невмѣшательства не приходится; однако, тутъ никогда не возникаетъ затрудненій: каузальный моментъ опредѣляется по установленнымъ нами правиламъ, а обязанность дѣйствовать окажется основанной на самомъ уголовномъ законѣ, какъ это имѣетъ мѣсто при матеріальныхъ опущеніяхъ.

этого-то, по правильному указанію Thon'a, такія нормы, какъ „не убій", имѣютъ значеніе: „ты не долженъ устанавливать возможности чьей либо смерти" или, такъ какъ вѣроятность нежелаемаго явленія мы называемъ опасностью, „ты не долженъ подвергать опасности чужую жизнь" [1]).

Понимаемыя такимъ образомъ, нормы эти вовсе не обусловливаютъ непремѣнной наказуемости соотвѣтствующихъ покушеній, какъ это легко ошибочно допустить: наказуемость противоправнаго дѣянія предполагаетъ соотвѣтствующій уголовный законъ, котораго, по соображеніямъ уголовно-политическаго характера, въ частности, въ силу принципа экономіи карательныхъ мѣръ, можетъ и не быть. Но такое покушеніе, конечно, противоправно [2]), что видно изъ несомнѣнной допустимости необходимой обороны противъ ненаказуемыхъ покушеній, напр., покушенія на простое повреждение имущества. Съ другой стороны, сдѣланная нами перефразировка разсматриваемой категоріи запретительныхъ нормъ пока нисколько не измѣняетъ ихъ чисто запретительнаго характера. Моментъ повелѣнія вкладывается въ нихъ только при разсмотрѣніи предѣловъ запрещенія поставленія чужихъ благъ въ опасность.

Совершенно несомнѣнно, что останавливаться передъ каждой опасностью для правоохраненнаго блага не является юридической обязанностью. Съ одной стороны, употребленіе такихъ, создающихъ довольно интенсивную опасность, средствъ, какъ сила пара, взрывчатыя вещества, яды и т. д., вообще совершеніе нѣкоторыхъ опасныхъ дѣйствій представляется соціальной необходимостью, такъ какъ ихъ запретъ безусловно уничтожилъ бы возможность развитія промышленности и науки, даже самую возможность прогресса. Съ другой стороны, вполнѣ безопасныхъ дѣйствій нѣтъ: въ силу сложности общественныхъ отношеній и множественности приводимыхъ людьми въ работу энергій, всякое или почти всякое человѣческое дѣйствіе можетъ, путемъ самыхъ различныхъ комбинацій, привести къ нарушенію правоохраненнаго блага. Иными сло-

---

[1]) Thon, Uber den Begriff der Verursachung 1894 г., стр. 12 сл.

[2]) См. Сергѣевскій, Русское уголовное право 1913 г., стр. 298, Жиженко, Наказаніе, 1914 г., стр. 62 пр. 2.

вами, необходимость допущенія извѣстнаго риска за чужой счетъ обусловлена самой природой вещей; противоположное правило устранило бы всякую возможность дѣятельности въ обществѣ [1]).

Наличность такого права ставитъ чужія блага въ опасность, и, слѣдовательно, ненаказуемость тѣхъ случаевъ, когда, при непревышеніи предѣловъ права, вредоносное послѣдствіе наступило, явственно ощущается криминалистами, но находитъ себѣ самое различное выраженіе. Сюда относится, напр., свойственное спеціально русской наукѣ различеніе преступныхъ и непреступныхъ способовъ дѣйствія [2]); сюда принадлежитъ далѣе извѣстная теорія адэкватной причинности [3]) и, въ особенности, любопытнѣйшая попытка современной германской науки отыскать въ виновности, помимо психологическаго, нормативный элементъ, попытка, которая въ своемъ новѣйшемъ выраженіи привела къ построенію, на ряду съ каждой объективной нормой, субъективной нормы повелительнаго характера: „удерживайся отъ поступковъ, могущихъ привести къ воспрещенному результату, дѣйствительными представленіями о таковыхъ и введеніемъ въ сознаніе такихъ представленій, если ты это можешь и спеціально обязанъ это сдѣлать“ [4]). Однако, эти построенія врядъ-ли даютъ вѣрной мысли правильную формулировку. Теорія адэкватной причинности разбивается о логическую немыслимость классификаціи причинныхъ связей на необходимыя и возможныя [5]). Что касается ученія о нормативномъ моментѣ въ виновности, то, по нашему мнѣнію, для проведенія чистой демаркаціонной линіи между противоправностью и виновностью слѣдуетъ считать послѣдней опредѣленное отношеніе явленій внѣшняго міра къ психическому

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ Miricka, Die Formen der Strafschuld, 1903 г. стр. 156. и Мокринскій, указ. соч., стр. 404 и 420; интересныя соображенія высказаны van Hamel'емъ на Брюссельскомъ съѣздѣ 1910 г. (см. П. И. Люблинскій, Международные съѣзды по вопросамъ уголовнаго права, 1915, стр. 88).

[2]) См. въ особенности Фойницкій, указ. соч., т. II, стр. 80—86.

[3]) О ней смотри особенно Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902 г.

[4]) Goldschmidt, указ. соч., стр. 21 и 27.

[5]) Б. Кистяковскій, цит. по Мокринскому, указ. соч., стр. 342.

міру виновнаго [1]), отношеніе, позволяющее намъ выставить сужденіе, что въ данномъ дѣяніи дѣйствительно нашла выраженіе личность виновнаго, что, слѣдовательно, оцѣнку даннаго дѣянія можно переносить съ дѣянія на учинившаго его, тогда какъ все то, что должно быть переносимо съ дѣянія на дѣятеля, предпочтительно относить къ области противоправности, въ которой при такихъ условіяхъ сосредоточатся всѣ критеріи юридической оцѣнки поведенія. Соотвѣтствующую природѣ вещей формулировку мысли о ненаказуемости извѣстныхъ случаевъ поставленія въ опасность чужихъ благъ находимъ мы у Miricka [2]), отчасти у Мокринскаго [3]). Но несомнѣнно, что намеки на выведенное нами положеніе можно подмѣтить и въ положительномъ правѣ. Въ частности, сюда относится то долженствованіе предвидѣнія, которымъ случай отдѣляется не только отъ неосторожности, но и отъ вины вообще [4]).

Выясненныя нами основанія права подвергать чужія блага опасности позволяютъ намъ установить и предѣлы его: поставленіе чужихъ благъ въ опасность дозволено только при принятіи соотвѣтствующихъ предосторожностей. Если замышляющій какое либо дѣло приходитъ къ убѣжденію, что, при исполненіи его въ томъ видѣ, въ какомъ оно служитъ исключительно намѣченной цѣли, безъ принятія во вниманіе какихъ-либо иныхъ интересовъ, оно грозитъ значительной опасностью правоохраненнымъ благамъ, то, чтобы не разойтись съ предписаніями права, онъ долженъ или: 1) отказаться отъ своего намѣренія, или 2) обставить свою дѣятельность такими предохранительными мѣрами, которыя понизили бы

---

[1]) Въ нашей литературѣ, которая до сихъ поръ почти не занимается общимъ понятіемъ виновности, за чисто психологическое пониманіе ея высказывается проф. Жижиленко, который опредѣляетъ ее, какъ „опредѣленное отношеніе психики человѣка къ предпринимаемому имъ дѣйствію“ (указ. соч., стр. 192).

[2]) Указ. соч., стр. 160 („*противоправная* опасность“).

[3]) Указ. соч., стр. 428 („Критерій *противоправно* опаснаго дѣйствія“).

[4]) Даже тамъ, гдѣ фактически было предвидѣніе, оно не создаетъ отвѣтственности, если не было долга считаться съ грозящимъ вреднымъ послѣдствіемъ. Врачъ, вполнѣ предвидѣвшій возможность смертельнаго исхода операціи, не отвѣчаетъ за таковой, если онъ принялъ всѣ надлежащія мѣры предосторожности и потому не имѣлъ обязанности отказаться отъ своего акта, несмотря на предвидѣніе возможности смерти.

рискъ до дозволенной высоты. При опредѣленіи высоты дозволеннаго риска рѣшающее значеніе принадлежитъ соотношенію соціальной цѣнности предпринимаемой дѣятельности и ставимаго въ опасность блага, иными словами, тому же принципу, на которомъ въ современномъ правѣ построенъ институтъ крайней необходимости. Чѣмъ выше соціальная цѣнность предпринимаемаго акта, тѣмъ большій рискъ остается правомѣрнымъ: тутъ допустима еще дѣятельность, относящаяся къ категоріи, въ которой несчастные случаи наступаютъ сравнительно часто; чѣмъ ниже эта цѣнность, тѣмъ болѣе понижается степень дозволеннаго риска. Врачъ можетъ правомѣрно поставить своего паціента въ неизмѣримо большую опасность, нежели фабрикантъ своего рабочаго [1]). Однако, этимъ правиломъ предѣлы дозволеннаго риска очерчиваются не вполнѣ. Нужно помнить, что рискъ дозволенъ только потому, что онъ необходимъ; тамъ, гдѣ онъ не необходимъ, разрѣшеніе теряетъ силу; поэтому, за предѣлами вытекающихъ изъ оцѣнки интересовъ, обязательны еще всѣ тѣ предосторожности, которыя легко совмѣстимы съ данной дѣятельностью и не вызываютъ столь значительныхъ затратъ средствъ и силъ, что дѣлаютъ самую дѣятельность невозможной или безцѣльной. Съ другой стороны, „въ виду постоянныхъ комбинацій опасностей, исходящихъ изъ дѣятельности разныхъ лицъ, отпадаютъ изъ числа должныхъ тѣ предосторожности, которыя могутъ быть замѣнены дѣятельностью угрожаемаго, поставившаго себя въ опасность собственнымъ поступкомъ“ [2]).

Само собой разумѣется, что построеніе судьей критерія дозволенной опасности для каждаго отдѣльнаго случая было бы весьма затруднительно. Но для громадной массы комбинацій правопорядокъ (въ формѣ закона или, чаще, обязательнаго постановленія) самъ указываетъ нормы. Эти случаи вы-

---

[1]) Интересныя соображенія о зависимости дозволенной опасности отъ соціальной цѣнности коллидирующихъ интересовъ см. у Miricka, указ. соч., стр. 148—154; рѣшительно противъ этого принципа Мокринскій, указ. соч., стр. 431.

[2]) Баг, указ. соч., стр. 264.

ходятъ за предѣлы интересующаго насъ сейчасъ вопроса. Для ряда другихъ комбинацій „дѣйствительный опытъ, повтореніе одинаковыхъ или сходныхъ случаевъ создаетъ извѣстныя системы сужденій, извѣстныя привычки, которыя съ теченіемъ времени получаютъ обязательную силу и опредѣляютъ границу дозволенной опасности; кто поступаетъ по этимъ правиламъ, тотъ дѣйствуетъ нормально“ [1]). Это и есть та „необходимая въ гражданскомъ оборотѣ осторожность“, въ которую развивается доктриной долженствованіе предвидѣнія. Только въ исключительныхъ, непредвидимыхъ для законодателя и повседневнаго оборота комбинаціяхъ судьѣ приходится самому создавать сужденіе о мѣрѣ дозволенной опасности [2]).

Только при этихъ условіяхъ имѣетъ значеніе разрѣшеніе правопорядка ставить въ опасность личныя и имущественныя блага другихъ. Это позволяетъ намъ выставить слѣдующее правило: *ставящій чужія блага въ опасность юридически обязанъ предпринимать всѣ должныя въ указанномъ смыслѣ мѣры предосторожности* [3]); въ противномъ случаѣ онъ переступаетъ предѣлы права подвергать чужія блага опасности, дѣйствуетъ противоправно.

Конечно, значительная часть этихъ предосторожностей должна быть принята до приступа къ дѣятельности или въ моментъ приступа. Такія предосторожности насъ не интересуютъ, такъ какъ при ихъ неисполненіи и наступленіи вреда виновный подлежитъ отвѣтственности за активное причиненіе таковаго. Но многія предосторожности, по природѣ вещей, должны быть принимаемы во время самой дѣятельности, въ видахъ ограниченія дѣйствія освобожденныхъ энергій въ опредѣленныхъ предѣлахъ, или немедленно по ея заключеніи, въ

---

[1]) Miricka, указ. соч., стр. 154—5.

[2]) Чрезвычайно интересные примѣры сравнительной соціальной оцѣнки въ германской практикѣ приведены у Goldschmidt'a, указ. соч., стр. 13—4. Въ этихъ случаяхъ суды установили безотвѣтственность умышленнаго причиненія въ виду отсутствія обязанности удержаться соотвѣтствующимъ представленіемъ отъ дѣятельности.

[3]) Такія формулы выставлялись неоднократно (см., напр., Binding, указ. соч., т. I, стр. 44); положенія эти однако даются всегда безъ всякаго юридическаго обоснованія.

смыслѣ обратнаго связыванія энергій или направленія ихъ въ безопасное русло. Пустившій въ ходъ автомобиль обязанъ управлять имъ, дабы освобожденныя энергіи послужили лишь быстрому передвиженію на другое мѣсто, а не привели къ гибели другихъ лицъ, животныхъ или имущества. Открывшій водопроводный кранъ обязанъ, по окончаніи пользованія, закрыть его, чтобы вода не проникла въ нижнюю квартиру и не испортила ее. По отношенію къ такимъ случаямъ выясненная нами обязанность принимать предосторожности получаетъ характеръ обязанности къ сопутствующей или дополнительной дѣятельности. Это и есть та спеціальная обязанность дѣйствовать, которая, въ изъятіе изъ общаго правила, сохраняетъ противоправность за неотклоненіемъ послѣдствія.

Но этими простѣйшими случаями не ограничивается обязанность къ дополнительной дѣятельности. Надлежащимъ образомъ принятыя предшествующія или сопутствующія мѣры предосторожности могутъ отпасть въ силу случайнаго стеченія обстоятельствъ. Въ результатѣ, опасность можетъ сильно возрасти, или даже наступить вредъ, грозящій распространиться. За первоначально наступившій вредъ совершившій опасное дѣйствіе, не принявшій должныя мѣры предосторожности, конечно, не отвѣчаетъ. Но каковы его обязанности относительно вновь возникшей опасности? Такъ какъ онъ обязанъ не только хотѣть имѣть надлежащія предохранительныя приспособленія, но дѣйствительно ихъ имѣть, такъ какъ такая обязанность вовсе не отпадаетъ потому, что принятыя имъ мѣры случайно будутъ устранены (вѣдь, если до приступа къ дѣятельности то или иное приспособленіе окажется неудачнымъ, то приступающій къ дѣятельности, несомнѣнно, обязанъ его замѣнить), то въ такихъ случаяхъ совершающій опасное дѣйствіе обязанъ или возстановить дѣйствіе мѣръ предосторожности, или замѣнить ихъ новыми. Въ этомъ заключается вторая форма обязанности къ дополнительной дѣятельности.

Таковы правила, создающія и вмѣстѣ съ тѣмъ ограничивающія обязанность къ дополнительной дѣятельности, падающую на того, кто предпринимаетъ опасное дѣйствіе. Наши правила не страдаютъ чрезмѣрной широтой, которой отли-

чается большая часть предложенныхъ формулъ. Ограничительнымъ моментомъ служитъ понятіе обязательныхъ мѣръ предосторожности въ изъясненномъ смыслѣ. Въ силу этого устраняется отвѣтственность при такихъ комбинаціяхъ, какъ слѣдующая, приводимая Landsberg'омъ для доведенія обязанности къ дополнительной дѣятельности до абсурда. Нѣкто А посылаетъ своего агента В въ другой городъ; черезъ нѣкоторое время А навѣщаетъ этотъ городъ и встрѣчаетъ В около дома, который, завѣдомо для А, грозитъ развалиться, но не предостерегаетъ В; домъ разваливается, и В погибаетъ [1]). Съ нашей точки зрѣнія, А не отвѣчаетъ потому, что увѣдомленіе о скверно построенныхъ домахъ не есть должная мѣра предосторожности при посылкѣ агента въ другой городъ. Вообще нашъ критерій даетъ столь необходимое исключеніе отвѣтственности при значительныхъ промежуткахъ времени между опаснымъ дѣйствіемъ и наступленіемъ послѣдствія.

Наши формулы представляютъ значительныя преимущества передъ приведенными нами выше попытками внести ограниченія въ обязанность дополнительной дѣятельности. Формула Träger'а разсчитана лишь на случаи предотвращенія послѣдствій законченнаго дѣйствія, тогда какъ при текущей дѣятельности онъ пользуется общепринятыми слишкомъ широкими положеніями. Но даже для тѣхъ случаевъ, для которыхъ Träger предлагаетъ ограниченіе, его точка зрѣнія врядъ-ли даетъ что-либо, такъ какъ всякое нарушеніе человѣкомъ неприкосновенности *правоохраненныхъ* благъ объективно противоправно. Формула же P. Merkel'я фактически оставляетъ вопросъ совершенно открытымъ, такъ какъ не указываетъ критерія для распознаванія тѣхъ случаевъ, когда основанія требовать дальнѣйшей дѣятельности имѣются на лицо.

4. Еще одно основаніе юридической обязанности дѣйствовать указывается Träger'омъ. По его словамъ, обязанность дѣйствовать возникаетъ, если въ сферѣ господства какого-либо лица возникло грозящее опасностью состояніе, ко-

---

[1]) Указ. соч., стр. 262.

торое только онъ можетъ устранить. Въ качествѣ примѣра онъ приводитъ слѣдующій случай: кто-либо пытается перелѣзть черезъ заборъ, падаетъ въ мой садъ и ломаетъ себѣ ногу; я обязанъ отвратить дальнѣйшія вредныя послѣдствія, такъ какъ только я могу это сдѣлать [1]). Конструкція Träger'а однако не вполнѣ убѣдительна, по крайней мѣрѣ по нашему уголовному уложенію. Онъ, повидимому, понимаетъ исключительность возможности помощи въ смыслѣ юридическомъ, въ смыслѣ запрета другимъ желающимъ и могущимъ помочь вторгнуться въ сферу моего господства; въ виду широкаго понятія крайней необходимости по нашему уголовному уложенію, желающій помочь всегда будетъ имѣть право нарушить мое домовое право и вторгнуться въ садъ. Если же понимать исключительную возможность въ смыслѣ фактическомъ, то нѣтъ основаній говорить о сферѣ господства; созданіе тутъ обязанности дѣйствовать есть признаніе отвергнутой нами de lege lata общечеловѣческой обязаности помогать ближнему, и притомъ признаніе нелогичное: почему я обязанъ помочь, если только я могу это сдѣлать, и никто не обязанъ, если это могутъ сдѣлать двадцать человѣкъ.

V. Итакъ, юридическая обязанность совершить то тѣлесное движеніе, которое устранило бы вредное послѣдствіе, можетъ быть основана на законѣ, на договорѣ или, при нѣкоторыхъ условіяхъ, на предшествующей опасной дѣятельности. При нарушеніи этой обязанности наступаетъ отвѣтственность за неотклоненное послѣдствіе. Само собой разумѣется, что во всѣхъ случаяхъ наказуемое невмѣшательство можетъ быть совершено посредствомъ недостаточнаго исполненія долга. Если мать недостаточно кормитъ ребенка, и онъ умираетъ, то она, несмотря на дачу пищи, убила его путемъ недачи достаточнаго питанія [2]).

VI.

Намъ остается еще сдѣлать нѣсколько замѣчаній по вопросу о виновности при невмѣшательствѣ съ цѣлью показать,

---

[1]) Ук. соч., стр. 107—9.

[2]) Frank, ук. соч., стр. 24.

что принципы вмѣненія въ вину, а равно способъ констатированія виновности, при принятой нами конструкціи, отнюдь не подлежатъ какой бы то ни было модификаціи

I. Прежде всего мыслимы сомнѣнія по вопросу о волимости невмѣшательства [1]). Однако, тутъ всегда оказывается, что вопросъ возникаетъ не спеціально по поводу изучаемаго нами явленія. Проблема волимости послѣдствій при невмѣшательствѣ есть лишь частный случай извѣстнаго спора о возможности желать послѣдствіе (а не только тѣлесное движеніе). Проблема же волимости самаго поведенія невмѣшавшагося есть лишь частный случай вопроса о волимости пассивнаго поведенія вообще, возникающаго и относительно всѣхъ формальныхъ опущеній [2]). Уже послѣднее указаніе заставляетъ насъ признать, что вопросъ долженъ быть рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ, такъ какъ иначе, несмотря на юридическое предписаніе дѣйствовать, соотвѣтствующіе деликты не могли бы быть совершены при наличности воли. Но, и само по себѣ, нѣтъ никакихъ основаній исключать пассивное поведеніе изъ области волимаго: волимымъ мы называемъ всякое поведеніе вмѣняемаго человѣка, которое не совершается подъ вліяніемъ физическаго принужденія [3]). Интересно отмѣтить, что въ области пассивнаго совершенія, а слѣдовательно, и невмѣшательства, физическое принужденіе принимаетъ форму физической невозможности [4]).

II. Но то отношеніе психическаго міра дѣятеля къ причиняемому послѣдствію, при которомъ мы говоримъ о виновности, должно непремѣнно имѣть мѣсто не позже момента причиненія. Отвѣчаетъ ли этому условію невмѣшательство? Согласно принятой нами теоріи эмпирической причинной связи, причиняющее значеніе принадлежитъ всѣмъ моментамъ пове-

---

[1]) За отрицательное рѣшеніе Radbruch, Handlungsbegriff, стр. 136—7.

[2]) Binding, ук. соч., т. II, стр. 447 сл., Landsberg, ук. соч., стр. 157.

[3]) P. Merkel, ук. соч., стр. 41. Подробный анализъ вопроса см. у Rohde, ук. соч., стр. 73 сл.

[4]) Возможность совершенія тѣлеснаго движенія обыкновенно неправильно относится къ области причиненія (см., напр., Landsberg, ук. соч., стр. 104); неправильно это потому, что физическая невозможность играетъ роль и при формальныхъ опущеніяхъ, т. е. тамъ, гдѣ о причиненіи нѣтъ рѣчи.

денія виновнаго, когда совершеніе имъ активнаго тѣлеснаго движенія устранило бы послѣдствіе. Но именно въ это время при невмѣшательствѣ имѣется и виновность. „Умыселъ“ не предотвратить вредъ, возникшій въ такой моментъ, когда предотвращеніе уже невозможно, конечно, не создаетъ отвѣтственности,—тутъ имѣется голое пожеланіе.

Нѣкоторое сомнѣніе вызываютъ однако случаи, когда обязанность дѣйствоватъ основывается на предшествующей активной дѣятельности. Во многихъ случаяхъ эта предшествующая дѣятельность оказывается совершенной не только безъ предвидѣнія послѣдствія, но и при невозможности таковаго [1]). При такихъ условіяхъ сознаніе обязанности къ дополнительной дѣятельности можетъ и не имѣть мѣста. Не будетъ ли поэтому наказаніе за неотклоненіе послѣдствій съ нарушеніемъ этой обязанности заключать въ себѣ элементъ объективнаго вмѣненія [2])?

Замѣтимъ прежде всего, что жизненныя явленія при нарушеніи обязанности къ дополнительной дѣятельности протекаютъ совершенно такъ же, какъ при нарушеніи обязанности, вытекающей изъ закона: какъ мы имѣли случай отмѣтить, эти послѣдніе нерѣдко создаютъ обязанность дѣйствовать въ постоянно повторяющихся опасныхъ комбинаціяхъ, точно такъ же основанныхъ преимущественно на предшествующей опасной дѣятельности. Принадлежность нормы, создающей обязанность дѣйствовать, къ писаному или неписаному праву, конечно, никакимъ образомъ не можетъ вліять на виновность. Уже это заставляетъ насъ признать сомнѣніе неосновательнымъ.

Разсмотримъ однако вопросъ по существу. Обязанность принимать мѣры предосторожности существуетъ объективно съ момента совершенія акта, который ставитъ правоохраненное благо въ превышающую допускаемую правомъ опасность, и

---

[1]) Текстъ ст. 48 угол. улож. (могъ *или* долженъ былъ предвидѣть) даетъ основанія думать, будто по нашему праву возможности предвидѣнія не требуется въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется долженствованіе предвидѣть. Однако, въ силу ст. 42 угол. улож., не вмѣняется въ вину дѣяніе, коего виновный *не могъ* предвидѣть. Итакъ, при отсутствіи возможности предвидѣнія нѣтъ виновности и, слѣдовательно, отвѣтственности.

[2]) Нерѣшительно Frank, ук. соч., стр. 24.

существуетъ до тѣхъ поръ, пока освобожденныя энергіи не будутъ вновь связаны и отклонены въ безопасное русло. При отсутствіи возможности сознанія опасности, субъективная обязанность считаться съ послѣдней, конечно, исключена. Но положеніе мѣняется, какъ только такая субъективная возможность возникаетъ: теперь дѣйствующій можетъ предвидѣть то, что онъ долженъ предвидѣть; теперь онъ можетъ регулировать свое поведеніе съ принятіемъ во вниманіе того круга фактовъ, съ которымъ онъ юридически обязанъ считаться. Если при этомъ онъ имѣетъ возможность сознавать, что грозящая правоохраненнымъ благамъ опасность создалась именно благодаря его предшествующей дѣятельности, то, слѣдовательно, онъ можетъ имѣть полное представленіе о той комбинаціи объективныхъ фактовъ, съ реализаціей которой законъ связываетъ отвѣтственность; иными словами, имѣются на лицо всѣ предположенія виновности, хотя бы въ ея низшей формѣ. Виновность была бы устранена только въ томъ случаѣ, если бы невмѣшавшійся 1) не могъ предвидѣть наступленія послѣдствія; 2) не могъ сознавать, что это послѣдствіе грозитъ наступить вслѣдствіе его предшествующей дѣятельности (такая невозможность можетъ, напр., имѣть мѣсто при случайномъ приведеніи въ дѣйствіе сложныхъ аппаратовъ человѣкомъ, не имѣющимъ о нихъ понятія).

Такимъ образомъ, то какъ будто само собою рождающееся представленіе, что создающій обязанность дѣйствовать предшествующій актъ долженъ сопровождаться виновностью, оказывается неточнымъ: не нужно, чтобы этотъ актъ былъ виновнымъ по отношенію къ неотклоненному послѣдствію, а требуется только, чтобы въ моментъ пассивнаго поведенія имѣлось сознаніе или по крайней мѣрѣ возможность сознанія совершеннаго акта съ его потенціальнымъ значеніемъ.

Mutatis mutandis, приведенныя нами соображенія могутъ быть примѣнены къ тѣмъ случаямъ, когда, при совершенномъ безъ предвидѣнія или даже возможности такого предшествующемъ актѣ, неотклоненное послѣдствіе причинено умышленно. Для вмѣненія въ умыселъ неотклоненія послѣдствія, конечно, необходимо: 1) чтобы виновный предвидѣлъ

наступленіе послѣдствія и при этомъ сознавалъ, что опасность возникла изъ совершеннаго имъ дѣйствія, и 2) чтобы онъ желалъ его наступленія или по крайней мѣрѣ допускалъ его. Въ остальныхъ случаяхъ возможна лишь отвѣтственность за неосторожность..

III. Наконецъ, иногда возникаютъ сомнѣнія относительно возможности констатированія виновности при невмѣшательствѣ, особенно умысла [1]). Конечно, тутъ затрудненія весьма многочисленны. Но даже умыселъ можетъ быть распознанъ хотя бы благодаря судебному или несудебному сознанію виновнаго. При современной системѣ свободной оцѣнки доказательствъ, судья, даже при помощи однѣхъ уликъ, иногда придетъ къ убѣжденію, что нѣтъ разумныхъ основаній сомнѣваться въ наличности умысла. Въ особенности возможно это относительно умысла эвентуальнаго. Что касается неосторожности, то при ея констатированіи не можетъ возникнуть никакихъ особыхъ препятствій.

VII.

I. Мы закончили намѣченную нами задачу. Сопоставимъ полученные нами результаты.

Между пассивнымъ поведеніемъ человѣка, т. е. несовершеніемъ опредѣленнаго тѣлеснаго движенія, и наступленіемъ во внѣшнемъ мірѣ измѣненія, которое при противоположномъ поведеніи не наступило бы, имѣется эмпирическая причинная связь въ томъ же смыслѣ, какъ и при причиненіи активнымъ путемъ. По отношенію къ тѣмъ матеріальнымъ деликтамъ, въ составъ которыхъ не входитъ указанія на способъ дѣятельности, такой выводъ, казалось бы, приводитъ къ установленію нормальной уголовной отвѣтственности. Однако, анализъ нашего положительнаго права позволилъ намъ установить положеніе, что неотклоненіе послѣдствія по общему правилу непротивоправно; это вскрытое нами новое обстоятельство, исключающее противоправность,

---

[1]) См., напр., Gand, ук. соч., стр. 50—1.

не распространяется однако на случаи, когда имѣется спеціальная юридическая обязанность дѣйствовать. Такая обязанность, а слѣдовательно, и уголовная отвѣтственность за невмѣшательство, можетъ быть основана или: 1) на законѣ, за исключеніемъ санкціонирующаго общечеловѣческую обязанность помогать ближнему, или 2) на договорѣ или служебномъ отношеніи, или 3) на предшествующей опасной дѣятельности. Въ послѣднемъ случаѣ имѣется юридическая обязанность, во время дѣятельности и при ея заключеніи, принимать должныя предосторожности и возстановлять или замѣнять принятыя, но хотя бы случайно отпавшія предохранительныя мѣры. Границы должной предосторожности опредѣляются, съ одной стороны, совмѣстимостью предохранительныхъ мѣръ съ самой дѣятельностью, съ другой стороны—соотношеніемъ соціальной цѣнности предпринимаемой дѣятельности и ставимаго въ опасность блага. Въ области виновности невмѣшательство не представляетъ никакихъ особенностей.

II. Въ виду крайней абстрактности нашей проблемы, мы считаемъ небезполезнымъ дать анализъ нѣсколькихъ частныхъ случаевъ, который можетъ разъяснить наши построенія.

1. Въ качествѣ перваго примѣра возьмемъ поступокъ матери, которая съ намѣреніемъ лишить жизни своего ребенка не будетъ давать ему пищи, отчего тотъ и умретъ. Смерть ребенка причинена пассивнымъ поведеніемъ матери, такъ какъ при замѣнѣ этого пассивнаго поведенія активнымъ, т. е. дачей пищи, смерть не наступила бы. Такой случай не подходитъ подъ общее изъятіе противоправности для неотклоненія послѣдствія, такъ какъ въ силу ст. 172 т. X ч. 1 была обязанность дѣйствовать. Виновность не возбуждаетъ сомнѣній.

2. Совершенно аналогично рѣшался бы вопросъ въ томъ случаѣ, если бы виновной была нянька, обязанная по договору заботиться о питаніи младенца.

3. Обратимся теперь къ такому случаю. Шоферъ пускаетъ въ ходъ автомобиль и держитъ въ рукахъ руль; вдругъ онъ замѣчаетъ лежащаго на дорогѣ пьянаго; возна-

мѣрившись причинить послѣднему разстройство здоровья, шоферъ не совершаетъ никакого тѣлеснаго движенія, и лежащій на дорогѣ оказывается изувѣченнымъ. Увѣчье потерпѣвшаго имѣетъ въ числѣ своихъ условій какъ первоначальное дѣйствіе шофера (приведеніе автомобиля въ движеніе), такъ и послѣдующее пассивное поведеніе, такъ какъ при замѣнѣ его активнымъ несчастіе не наступило бы. Однако первое изъ условій не можетъ непосредственно обосновать отвѣтственность, такъ какъ оно поставлено при отсутствіи предположеній виновности. Вполнѣ достаточнымъ однако оказывается постановленіе второго условія, такъ какъ тутъ имѣлась на лицо и обязанность дѣйствовать, вытекающая изъ невиновно поставленнаго условія: всякая ѣзда на автомобилѣ заключаетъ нѣкоторую опасность для жизни и здоровья людей, и приступающій къ таковой обязуется принимать извѣстныя мѣры предосторожности, въ частности управлять автомобилемъ, а не только держать въ рукахъ руль. Въ виду этого, пассивное поведеніе, противоправное, какъ причинившее смерть, не подходитъ и подъ изъятіе изъ противоправности, установленное нами для случаевъ неотклоненія послѣдствія. Противоправное неотклоненіе послѣдствія при нашихъ заданіяхъ оказывается и виновнымъ, при чемъ вина на лицо въ такой моментъ, когда пассивному поведенію присущъ причиняющій характеръ.

4. Наконецъ, займемся слѣдующимъ случаемъ. Кто-либо идетъ въ сѣнной сарай со свѣтомъ и принимаетъ должную мѣру предосторожности въ томъ смыслѣ, что несетъ свѣчу въ закрытомъ фонарѣ. По входѣ въ сарай онъ падаетъ, стекло лопаетъ, и вывалившаяся свѣча поджигаетъ клочокъ сѣна. Одного жеста достаточно, чтобы предотвратить разростаніе огонька въ пожаръ, но вошедшій, вознамѣрившись причинить вредъ владѣльцу сарая, не совершаетъ соотвѣтствующаго движенія, и сарай сгораетъ. Причинная связь между пассивнымъ поведеніемъ виновнаго и наступленіемъ вреда на лицо, потому что активное поведеніе предотвратило бы послѣдній. Но имѣется ли спеціальная обязанность дѣйствовать, сохраняющая за неотклоненіемъ послѣдствія

противоправность? Входъ съ огнемъ въ сѣнной сарай есть всегда дѣйствіе опасное и создающее обязанность принимать извѣстныя предосторожности, что́ и было первоначально сдѣлано виновнымъ; послѣ случайнаго отпаденія дѣйствительности принятой предохранительной мѣры обязанность обставить свою опасную дѣятельность мѣрами предосторожности могла быть выполнена только въ формѣ потушенія загорѣвшагося сѣна. Въ тотъ моментъ, когда произошло противоправное неотклоненіе послѣдствія, была на лицо и виновность. Слѣдовательно, вошедшій въ сарай подлежитъ отвѣтственности за неотклоненный пожаръ, хотя первоначальный вредъ не можетъ быть вмѣненъ ему въ вину, какъ причиненный случайно.

III. Таковы, въ абстрактной и конкретной формѣ, результаты, полученные нами de lege lata. По нашему мнѣнію, нѣтъ никакихъ основаній къ выставленію иныхъ пожеланій de lege ferenda, такъ какъ установленныя нами правила приводятъ къ рѣшеніямъ, вполнѣ согласнымъ съ нашимъ правовымъ чувствомъ и практическими потребностями. Въ частности, установленный нами критерій мѣры должной предосторожности отличается необходимой гибкостью и предоставляетъ надлежащій просторъ судейскому усмотрѣнію, давая ему въ то же время руководящія указанія.

Желательно ли включеніе найденныхъ нами формулъ въ положительное право? Указанные нами въ началѣ работы упрощенные способы рѣшенія соотвѣтствующихъ дѣлъ заставляютъ насъ высказаться за рѣшеніе вопроса въ утвердительномъ смыслѣ, конечно, поскольку дѣло идетъ о противоправности [1]).

При составленіи такого постановленія слѣдуетъ обсудить вопросъ, не заслуживаетъ ли невмѣшательство пониженнаго наказанія, какъ то полагала доктрина до XIX вѣка. Общій утвердительный отвѣтъ былъ бы безусловно неправильнымъ. „Тамъ, гдѣ общественная и личная безопасность въ вы-

---

[1]) Въ томъ же смыслѣ Мокринскій, ук. соч., стр. 512. Träger, ук. соч., стр. 111; иного мнѣнія Ваг, ук. соч., стр. 270 и Познышевъ, ук. соч., стр. 339.

сокой степени зависитъ отъ исполненія индивидами ихъ обязанностей, тамъ приравниваніе неотклоненія послѣдствія его причиненію совершенно справедливо... Но тамъ, гдѣ отношеніе обязаннаго къ потерпѣвшему представляется лишь довольно случайнымъ, вполнѣ мыслимо пониженіе наказанія; это по общему правилу имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда обязанность дѣйствовать возникаетъ вслѣдствіе правомѣрнаго причиненія опасности [1])". Нѣтъ никакихъ основаній не принять во вниманіе этого факта при формулировкѣ правилъ о наказуемости невмѣшательства въ положительномъ правѣ.

---

[1]) Träger, ук. соч., стр. 71 и 113.