

КАБИНЕТ
Уголовного Права
3 Гос. Университета.

О КРАЙНЕЙ НЕОБХОДИМОСТИ.

УГОЛОВНО-ЮРИДИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНИЕ.

ЮРИДИЧЕСКИЙ
КАБИНЕТЪ
В. Ж. К.

Н. РОЗИНА,

ПРИВАТЪ-ДОЦЕНТА ИМПЕРАТОРСКАГО ТОМСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.

1899



2839

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	СТРАН.
Предисловіе	1—9
ГЛАВА I. Вводныя замѣчанія о правѣ и правовыхъ нормахъ. Фактической составъ положенія крайней необходимости.	10—22
ГЛАВА II. Исторія вопроса о крайней необходимости. Римское право.	22—39
ГЛАВА III. Каноническое право.	39—47
ГЛАВА IV. Древне-германское право	47—51
ГЛАВА V. Средневѣковая практическая доктрина. Два направленія ея.	51—57
ГЛАВА VI. Constitutio Criminalis Carolina	58—64
ГЛАВА VII. Школа естественнаго права. Ученія Гроція, Пуффендорфа, Томазія и Маттея	65—77
ГЛАВА VIII. Теорія Фихте. Современная теорія Виндивига и ея видоизмѣненія въ литературѣ. Morgand, Листъ, Тоблеръ	77—90
ГЛАВА IX. Кантъ. Вліяніе его ученія на теорію Фейербаха. Доктрина Филанджіери. Взгляды современной французской уголовно-юридической литературы. Отраженіе теоретическихъ ученій на положительномъ правѣ . . .	90—123
ГЛАВА X. Гегель и его школа. Видоизмѣненія, внесенныя въ ученіе Гегеля позднѣйшей литературой. Современная теорія превѣшивающаго интереса. Гражданское Уложеніе Германіи. Критическія замѣчанія.	124—165
ГЛАВА XI. Теорія Янки и Бури.	166—171
ГЛАВА XII. Историческія справки изъ области русскаго права.	171—178
ГЛАВА XIII. Существо крайней необходимости. Основанія и предѣлы ненаказуемости дѣянія, совершеннаго при условіяхъ крайней необходимости.	178—197
ГЛАВА XIV. Отличіе крайней необходимости отъ необходимой обороны. Защита противъ нападенія лицъ невмѣняемыхъ. Необходимая оборона противъ акта крайней необходимости	197—215
ГЛАВА XV. Блага, подлежащія ненаказуемой охранѣ въ состояніи крайней необходимости. Значеніе лежащей на дѣятель спеціальной обязанности.	215—221

	СТРАН.
ГЛАВА XVI. Охрана третьихъ лицъ	221—227
ГЛАВА XVII. Источникъ опасности.	227—233
ГЛАВА XVIII. Значеніе личной виновности въ созданіи условій крайней необходимости	233—241
ГЛАВА XIX. Характеръ опасности.	241—245
ГЛАВА XX. Гражданское вознагражденіе за вредъ, причинен- ный дѣяніемъ въ состояніи крайней необходимости. Мѣсто института крайней необходимости въ системѣ науки уголовного права.	245—250

СПбГУ

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Проблема крайней необходимости является одной из наиболее разработанных в наукѣ. Огромная масса представителей науки, какъ чисто юридической, такъ и социологической и философской, отдавала свое вниманіе этому вопросу, постоянно открывая новыя детали его, устанавливая новыя точки зрѣнія, то индуктивно-позитивныя, то абстрактно-апріорныя. Это обстоятельство указываетъ на то, что вопросъ о крайней необходимости является вопросомъ, достойнымъ научнаго изслѣдованія.

Разрѣшила ли масса попытокъ выясненія этого вопроса, разрѣшила ли она его въ окончательномъ и удовлетворительномъ смыслѣ, на это не можетъ быть двухъ отвѣтовъ, если вспомнить, какое пестрое смѣшеніе мнѣній представляетъ въ этой области литература. Начиная съ Гомера и Еврипида, въ поэтическихъ трудахъ коихъ проскальзываютъ отрывочные афоризмы: „ἀνάγκη οὐδὲ θεοὶ μάχονται“, „δεινῆς ἀνάγκης οὐδὲν ἰσχύειν πλέον“, начиная съ философовъ древняго міра, Θαλеса Милетскаго и Меландра, полагавшихъ, что „ἰσχυρότατον ἀνάγκη, ὅπῃ τῆς ἀνάγκης πολλὰ ποιοῦμεν κακά“, „δεινὴ ἀνάγκη πάντα κρατεῖνει“, проходя чрезъ формулу каноническаго права „necessitas legem non habet“, черезъ доктрину отчаянія Фихте, — дошла до нашего времени (Биндингъ) мысль о невозможности правовой борьбы съ тѣмъ положеніемъ, въ какое ставитъ человѣка крайняя необходимость. На той же почвѣ мысль эта видоизмѣнилась до теоріи безцѣльности законодательной угрозы дѣятелю, поставленному въ такое положеніе (Кантъ), — теорія, вылившаяся позднѣе въ фейербаховскую конструкцію невмѣняемости. Иное разрѣшеніе проблемы дала школа нравственнаго принужденія, и къ совершенно противоположнымъ результатамъ приходило стоически-

моральное направленіе, начиная съ древнѣйшей эпохи. Уже Гомеръ (Одиссея, 21) устами Люда, сына Энона, провозглашалъ, что лучше умереть, чѣмъ совершить преступленіе¹⁾; ту же идею въ поэтической формѣ представилъ Ювеналь (Satir. VIII, 80):

Ambiguae si quando citabere testis
 Incertaeque rei: Phalaris licet imperet, ut sis
 Falsus, et admoto dictet periuria tauro,—
 Summum crede nefas animam perferre pudori
 Et propter vitam vivendi perdere causas.

Эта стоическая точка зрѣнія проникла въ труды позднѣйшихъ моралистовъ (Barbeyrac) и невѣдомыми путями воплотилась въ прекрасныхъ картинахъ исполненія долга, представляемыхъ жизнью Англій, и въ отрицательномъ отношеніи англійскихъ судовъ къ рѣдимъ для нихъ случаямъ крайней необходимости. Отголоскомъ этой идеи въ Германіи являются ученія саксонскихъ криминалистовъ, у насъ—проектъ 1813 года.

Приходитъ новое время, звучать новыя пѣсни. Въ Германіи рождается утилитарная школа права, а съ нею новое направленіе, достигающее своего зенита въ трудахъ по выработкѣ германскаго гражданскаго уложенія. Съ его выходомъ и обнаруженіемъ начинается догматическая работа ученыхъ, и вопросъ о крайней необходимости получаетъ окраску, аналогичную той, въ коей онъ уже рисовался первоначальнымъ представителямъ каноническаго направленія,—представителямъ школы естественнаго права съ ихъ идеей оживанія внѣ-договорнаго коммунистическаго *ius pristinum*, а затѣмъ—съ болѣе глубокимъ обоснованіемъ—школѣ, идущей по стопамъ всеобъемлющей философской системы Гегеля. Въ свѣтъ началъ, развитыхъ утилитарнымъ юридическимъ направленіемъ, вопросъ о крайней необходимости рѣшается уже съ точки зрѣнія общеправовыхъ началъ, концепція которыхъ носить, конечно, краски и тѣни оппортунизма. Находятъ возможнымъ расчленивъ положеніе крайней необходимости на группы и квалифицировать, какъ группу правомѣрную, ту, гдѣ дѣяніе стоитъ на стражѣ высшаго интереса и, слѣдовательно, представляется согласнымъ съ высшими принципами права.

Споръ и несогласіе не умолкаютъ такимъ образомъ и понынѣ. И понынѣ вопросъ о крайней необходимости не перестаетъ быть *Schmerzenskind der Jurisprudenz und Zankapfel der*

¹⁾ Ср. Cicero, De officiis III, 5 — *sum cuique incommodum ferendum est potius, quam de alterius commodis detrahendum.*

Wissenschaft. Интересъ къ вопросу не падаетъ, а растетъ, проникая изъ сферы изслѣдованій профессиональных ученыхъ даже въ школу,—одинъ изъ признаковъ значенія проблемы. Университеты Берлина и Парижа въ 189⁸/₉ году среди академическихъ темъ ставятъ вопросъ о крайней необходимости.

Въ то же время, вопреки мнѣнью нѣкоторыхъ ученыхъ ¹⁾, жизнь не перестаетъ давать яркія картины случаевъ крайней необходимости. Еще недавно всѣ газеты облетѣла вѣсть о несчастіи, постигшемъ норвежскій корабль „Drott“, и о тяжелыхъ сценахъ, разыгравшихся среди случайно спасшихся матросовъ, которымъ грозила голодная смерть ²⁾. Весьма часты и случаи кражи съ голоду, и высказывающіяся иногда въ юридической литературѣ оптимистическія мнѣнія, что въ государствѣ современной цивилизаціи едва-ли кто можетъ быть поставленъ въ альтернативу совершить преступленіе или умереть съ голоду ³⁾, побиваются недавними случаями, представленными русской судебной практикой ⁴⁾ и даже практикой французской ⁵⁾. О массѣ иныхъ случаевъ, о совершеніи преступленій подъ вліяніемъ угрозы, о ежедневно повторяющихся случаяхъ полицейскихъ нарушеній подъ вліяніемъ крайней необходимости—можно уже умолчать, и только казуистическая постановка вопроса, неспособность обобщить наблюдаемыя явленія и подмѣтить ихъ юридическую одинаковость заставляла иногда ученыхъ скептически относиться къ значенію вопроса о крайней необходимости для жизни и науки.

Кромѣ того, даже возможная рѣдкость какого бы то ни было явленія не является указаніемъ на его незначительность, а по-

¹⁾ Marquardsen, Archiv des Criminalrechts, 1857, S. 408; Rotering, Goldt. Archiv, XXXI, 1883, S. 253.

²⁾ См. Frankfurter Zeitung, Morgenblatt 5 сент. 1899 г. На одного изъ матросовъ выпалъ жребій умереть для спасенія товарищей, и онъ покорился своей участи. Когда несчастные были подняты встрѣчнымъ кораблемъ, изъ шести человекъ оставалось лишь двое. У одного изъ нихъ были откушены части лица.

³⁾ Chauveau et Hélie, Théorie du Code pénal, 1887, I, 599; Villey, Précis d'un cours du droit criminel, 1891, 110.

⁴⁾ Въ губерніяхъ, пострадавшихъ отъ неурожая, повторяются имущественныя похищенія. Въ Казани разбирались два дѣла: 1) крестьянинъ Мухарьямовъ, изнемогая отъ двухдневнаго голода, унесъ изъ лавки III. каравай хлѣба, послѣ того, какъ хозяинъ отказался дать ему „ашать“; 2) крест. Кашаровъ вытащилъ изъ мѣшка проходящаго черемисина краешку хлѣба. Оба обвиняемыхъ въ грабежѣ судомъ присяжныхъ оправданы.

⁵⁾ См. La Fronde 30 марта 1899 г.—Амиенскій Cour d'Appel приговорилъ къ двумъ днямъ тюремнаго заключенія бродягу, совершившаго кражу съ голоду.

слѣдняя не можетъ побудить науку это явленіе игнорировать. Это подтверждается какъ исторіей науки, такъ и существомъ ея. Для науки не существуетъ ни крупнаго, ни мелкаго, — все одинаково освѣщаетъ она своимъ свѣтомъ знанія и объединенія. Наука, перефразируя слова Герцена, вовсе не является барщиной, на которой ученые призваны разработать указанную полосу, и гдѣ, занимаясь кочками, мелочами, они не имѣютъ досуга бросить взглядъ на все поле. Именно та живая связь, въ коей представляются всѣ детали научнаго изслѣдованія, организмъ, всѣ члены котораго въ гармоніи, представляютъ картину научнаго изученія вопроса. Будь вопросъ этотъ очень мелкимъ, онъ встаетъ въ живое соприкосновеніе съ высшими научными принципами. Въ такомъ свѣтѣ вопросъ этотъ вырастаетъ, приобрѣтаетъ большее значеніе и большее выясненіе. И этотъ путь научнаго объединенія „мелочей“ съ исходными принципами въ особенности не долженъ быть забываемъ наукой права, въ частности наукой права уголовнаго, въ нашу пору наводняемой и искажаемой чуждыми ей наслоеніями. Для нея и для ея деталей связь съ общеправовыми началами — это та живая вода, безъ коей ей грозитъ смерть и разложеніе, безъ коей она не въ состояніи будетъ выполнять свою соціальную функцію.

Этимъ моментомъ научнаго объединенія опредѣляются и методы, путемъ коихъ должно идти изслѣдованіе вопросовъ науки права, въ отдѣльности — права уголовнаго. Такого метода старался держаться настоящій трудъ.

Нѣсколько словъ о правовой конструкціи вопроса о крайней необходимости, защищаемой въ текстѣ.

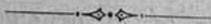
Правовая конструкція, коей неизмѣнно слѣдовалъ авторъ въ своей работѣ, устанавливая исключенія лишь въ силу тѣхъ рамокъ, кои ставитъ существующее положительное право, а не въ силу соображеній постороннихъ, внѣ положительнаго закона лежащихъ, — правовая конструкція эта представляетъ актъ крайней необходимости, какъ актъ по существу своему противоправный и потому открывающій возможность примѣненія къ дѣятелю карательныхъ мѣръ. Противоправность этого акта вытекаетъ какъ изъ общераціональныхъ, такъ и изъ юридическихъ основаній. Изъ противоправности же его вытекаетъ сама собой и его наказуемость. Государство можетъ карать такой актъ, и никакихъ юридическихъ препятствій на пути его не лежитъ. Препятствія эти возникаютъ лишь на общемъ пути, коимъ слѣдуетъ государству, криминализуя извѣстные неправомѣрные акты или отказываясь отъ ихъ криминализаціи, — на пути утилитарномъ,

правно-политическомъ. Въ этомъ смыслѣ сдѣлана въ текстѣ попытка установить начало ненаказуемости акта крайней необходимости. Высказанная авторомъ догадка, конечно, не претендуетъ на исключительную правильность. Ея спорность, во всякомъ случаѣ, впрочемъ, не большая, чѣмъ спорность иныхъ гипотезъ, — не мѣняетъ существа дѣла, напротивъ, всецѣло отдаетъ актъ крайней необходимости во власть уголовного правосудія.

Предлагая указанную правовую конструкцію, которая, впрочемъ, въ нашей наукѣ не является существенно новой, авторъ сознаетъ, что его основныя положенія могутъ вызвать серьезныя возраженія со стороны критики. Причиной этого явится отчасти распространенность въ нашемъ юридическомъ мірѣ идей германской науки, на почвѣ которой создаются въ новое время конструкціи, далеко не соответствующія правильно понятымъ основамъ правовой жизни; отчасти особое настроеніе русскаго общества, подчасъ совершенно чуждое правовому ригоризму и болѣе склонное къ воплощенію въ жизни не началъ закона, а началъ „справедливости“. Въ противоположность этимъ точкамъ зрѣнія на юристѣ лежитъ нравственный долгъ выдвигать иные идеалы, идеалы права и законности, отбѣнять глубокія и важныя задачи правовой педагогики и требовать неуклоннаго соблюденія началъ права и закона, хотя бы такое соблюденіе и приносило отдѣльныя жертвы.

Съ этой точки зрѣнія, съ точки зрѣнія педагогическихъ началъ права, кои являются для общественной жизни въ высокой степени дорогими и важными и кои неизмѣнно нарушаются, какъ только нарушается въ пользу соображеній „цѣлесообразности“ или „справедливости“ строгій законъ, при чемъ постепенно расшатывается чувство законности въ гражданахъ, — съ этой точки зрѣнія изслѣдованіе cadaго вопроса, ближайшимъ образомъ затрогивающаго эту сторону общественной жизни, не лишено интереса. И это не будетъ отрѣшеніемъ отъ живой дѣйствительности или подчиненіемъ ея ученымъ категоріямъ; это не будетъ дѣломъ отшельника, изъ міра ушедшаго и міру чуждаго, погруженнаго въ свои отвлеченные интересы; напротивъ, это будетъ со стороны cadaго посильной лептой на алтарь общественнаго и научнаго преуспѣянія и совершенствованія.

Берлинъ, сентябрь 1899 г.



Правовая жизнь не представляет суммы явлений, легко поддающихся изложению и анализу. Слагаемые этой суммы чрезвычайно различны по своему содержанию. Теоретикам права известно, сколько труда потратила человеческая мысль на выяснение проблемы, представляемой этим властным, но вечно загадочным сфинксом — правом. Огромный ряд попыток определить существо права, — попыток, признаваемых современной наукой болѣе или менѣе неудачными, привелъ нынѣ уже къ скептицизму, къ сомнѣнію въ возможности такого опредѣленія. Господствующая же школа живетъ рядомъ фикцій, рядомъ формулъ, болѣе или менѣе практически удовлетворительныхъ. Не-специалисту приходится довольствоваться этими формулами.

Безъ представленія же о томъ, что такое право, невозможно ни одно юридическое изслѣдованіе. Современная юридическая наука категорически подчеркиваетъ моментъ единства права, его идеи, проникающей безконечное разнообразіе правовыхъ формъ. Современный юристъ не можетъ жить тѣснымъ кругомъ идей, навѣваемыхъ изученіемъ той или иной специальной области права; его влечетъ синтезъ; онъ стремится въ область общихъ принциповъ, оживляющихъ правовую сферу, и лишь отправляясь отсюда, считаетъ онъ возможнымъ дедуцировать рѣшеніе того или иного частнаго вопроса. И это вѣрный путь, способный привести къ отвѣту на много запутанныхъ вопросовъ науки, въ особенности науки уголовного права.

Изъ какихъ элементовъ слагается правовая жизнь, какими нормами она регулируется, на какихъ основаніяхъ покоится, въ какой сферѣ проявляется?

Правовая жизнь слагается изъ отношеній людей между собою. Специфическій характеръ этихъ отношеній, отличающій ихъ отъ

иныхъ человѣческихъ отношеній, напр., области общественнаго приличія, нравственности и т. д., придается имъ правовыми нормами, нормами положительнаго дѣйствующаго права. Вліяніе такихъ нормъ, какъ и нормъ общественной жизни вообще, вытекаетъ изъ мотиваціи, коей подчинена психическая дѣятельность человѣка. Мотивообразующее вліяніе извѣстной нормы стоитъ въ зависимости отъ той пользы или вреда, съ коими связано ея соблюденіе или несоблюденіе. Въ этой области правовыя нормы представляютъ, впрочемъ, мало особенностей. Нѣкоторая особенность ихъ, быть можетъ, лежитъ въ ограниченной сферѣ ихъ вліянія, каковой является сумма благъ-интересовъ (поводовъ отношенія), въ силу ихъ общественнаго значенія или въ силу недостаточной регуляціи со стороны иныхъ общественныхъ нормъ, объективнымъ правомъ обнимаемыхъ.

Нѣтъ спора, что такія положенія не есть отвѣтъ на вопросъ, что такое право; въ этомъ смыслѣ такое рѣшеніе есть уклоненіе отъ всякаго отвѣта. Оно не обнимаетъ собой вопроса о томъ, какое отношеніе существуетъ между идеальнымъ правосознаніемъ народа и положительнымъ правомъ, пользуется готовымъ понятіемъ интереса и не объясняетъ, почему правомъ является только право объективное съ его консеквенціями; оно далеко отъ какихъ бы то ни было конструкцій права, черпающихъ свои исходныя точки зрѣнія изъ матеріала, лежащаго внѣ положительнаго права.

Но много рѣшенія юристъ дать не можетъ.

Съ тѣмъ, что право, какъ властный регуляторъ жизни, есть плодъ духовной, а не матеріальной жизни, трудно не соглашаться. Это есть плодъ духовной жизни человѣка въ обществѣ, продуктъ общественной жизни и ея отложенія на психикѣ индивида. Въ этомъ смыслѣ отгѣняется и существенный моментъ права, хотя и неспособный еще отграничить его нормы отъ иныхъ регулирующихъ общественную жизнь нормъ, но все же главный и основной моментъ, — право есть норма поведенія человѣка въ общественной жизни. Этотъ моментъ подчеркивается уже давно и признается какъ формальными, такъ и утилитарными теоріями¹⁾. Въ этомъ смыслѣ норма права является принципомъ порядка, моментомъ, отграничивающимъ сферы жизни и дѣятельности одного индивида отъ другого, но и моментомъ, соединяющимъ индивидовъ въ одно цѣлое, ибо это норма взаимныхъ отношеній²⁾.

¹⁾ Thon, Rechtsnorm und Subjectives Recht; Merkel, въ Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft, 7; Bierling, Juristische Principienlehre, 19, 42 и др.; Регельсберггеръ, русск. переводъ общей части пандектъ, стр. 4.

²⁾ См. Коркуновъ, Общая теорія права, 5 изд., стр. 279.

Литература учитъ, что основой дѣйствія права, какъ нормы поведенія, является только признаніе такой нормы за правило поведенія со стороны индивида, принятіе ея въ число мотивовъ дѣятельности ¹⁾. Значеніе и сила права, говоритъ проф. Коркуновъ, лишь въ томъ, что оно сознается отдѣльными личностями, какъ должный порядокъ общественныхъ отношеній; поэтому право представляетъ не объективно данное подчиненіе личности обществу, а субъективное представленіе самой личности о должномъ порядкѣ общественныхъ отношеній. Но такое рѣшеніе вопроса не представляется точнымъ. Говорить о нормахъ права, какъ о субъективныхъ представленіяхъ самой личности о порядкѣ должнаго въ общественныхъ отношеніяхъ, возможно лишь тогда, когда право является еще агрегатомъ разрозненныхъ, необъединенныхъ въ стройную и могучую систему нормъ. Въ эту эмбриологическую пору право не отличается отъ иныхъ нормъ чело-вѣческаго поведенія и является съ сильнымъ характеромъ своей зависимости отъ индивидуальнаго сознанія. Несомнѣнно, то же явленіе наблюдается и въ нашу пору, когда правовое (въ обще-жителескомъ смыслѣ) положеніе проходитъ подготовительную психическую стадію, предшествующую его превращенію въ дѣйствительную правовую норму. Но общественная жизнь двигается впередъ; она требуетъ иного, болѣе властнаго регулятора, чѣмъ субъективное представленіе индивида. Отрывочныя, разрозненныя индивидуальныя представленія о мѣрѣ должнаго въ обществен-ныхъ отношеніяхъ неспособны создать стойкаго порядка, одно-образной и опредѣленной системы отношеній, всѣмъ ясной и извѣстной, на неизмѣнность которой индивидъ можетъ рассчиты-вать и сообразно съ этимъ расчетомъ направлять свое пове-деніе. Вызывается къ жизни чисто практическая потребность закрѣпленія разрозненно-признаваемыхъ нормъ, ихъ объекти-ваціи, ясной опредѣленности, какъ главнѣйшаго устоя развитого оборота, залога общественнаго благоустройства и прогресса. Эта практическая нужда приводитъ къ объективному праву (обычай, судебная практика, законъ), къ созданію дѣйствительныхъ, чисто правовыхъ нормъ. И въ этой новой и единственной своей формѣ „право“ получаетъ иной характеръ. Выросши на психической почвѣ и объективировавшись, право въ значительной степени утрачиваетъ свою психическую зависимость и, наоборотъ, пріо-брѣтаетъ большее психическое вліяніе. Теоретическую истину, норму индивидуальнаго происхожденія можно признать или не

¹⁾ Bierling, 41 и сл.; Коркуновъ, 227.

признать, или, признавши, отказаться отъ нея по одному личному капризу. Но нормы объективнаго права нельзя не признать, ибо она способна заставить себя признать. Умираетъ власть, существующая только въ представленіи индивида, подчиненіе коей обуславливается лишь сознаниемъ этой власти, а не реальностью ея. Рождается мощная, объективно существующая власть съ ея прерогативами, съ ея особыми нормами, применение коихъ не зависитъ отъ субъективнаго усмотрѣнія, а уже, въ интересахъ общественнаго правопорядка, становится неизбѣжнымъ, непоколебимымъ, всякія иныя нормы поглощающимъ или устранивающимъ.

Законодатель, нынѣ единственный органъ, творящій положительное право, можетъ идти двумя путями. Онъ резюмируетъ уже существующія общественныя теченія, обобщаетъ и формулируетъ „продукты психической жизни человѣка“¹⁾, т.-е. выполняетъ функцію, наблюдаемую не только въ сферѣ правовой жизни, но вездѣ, гдѣ возникаетъ потребность установленія однородныхъ правилъ поведенія. Но законодатель не стоитъ въ постоянной зависимости отъ этого темнаго народнаго творчества; онъ можетъ самъ творить и вызывать „психическіе продукты“ и вліять даже помимо ихъ, ибо его роль не ограничивается ролью пассивною, а есть активная роль; онъ часто мощно налагаетъ свою руку на человѣческія отношенія, гдѣ „психическіе продукты“ не возникаютъ, или слабы, или направлены въ неправильную сторону. Напрасно было бы опасеніе, что такимъ путемъ можетъ возникнуть норма, совершенно не носящая корней своихъ въ народномъ правосознаніи, ибо законодатель есть также дитя своей эпохи, лишь одаренное высшимъ смысломъ, знаніемъ, мудростью.

Эта творческая работа права отражается и на подробностяхъ правоотношенія. Способность субъекта быть членомъ правоотношенія перестаетъ быть зависимою только отъ его способности сознания власти права, ибо такое сознание требуетъ извѣстной суммы психическихъ силъ, и опредѣляется уже не наличностью такихъ силъ исключительно, а простымъ требованіемъ права, которое обращается иногда и къ инымъ субъектамъ, такими силами не одареннымъ. Иначе, идея дѣеспособности, юридической вмѣняемости встаетъ уже въ зависимость не отъ психики индивида, а отъ велѣнія положительнаго права²⁾. На этомъ моментѣ осно-

¹⁾ Bierling, 3, 5, 145 и сл.

²⁾ Интересны страницы, посвященныя взаимоотношенію объективнаго права и субъективнаго правосознанія, у Коркунова, 276 и сл., а также у Ihering'a

выдается различіе двухъ группъ такъ называемыхъ первичныхъ нормъ или диспозицій закона: нормъ распредѣляющихъ или прежде всего сообщающихъ право, гдѣ соответствующая обязанность часто возлагается и на лицъ, неспособныхъ психически сознать власть права, и нормъ охраняющихъ или главнымъ образомъ налагающихъ обязанность, гдѣ обязаннымъ членомъ правоотношенія можетъ быть лишь лицо, способное примѣняться къ велѣнію права, а положительный полюсъ правоотношенія, наоборотъ, можетъ быть закрѣпленъ и за бными лицами. За этими первичными нормами, регулирующими такимъ образомъ неодинаковыя по субъектамъ правоотношенія, слѣдуютъ и корреспондирующія имъ вторичныя нормы или санкціи ¹⁾.

Творческая работа индивидуальной или массовой психики рождаетъ огромный комплексъ нормъ поведенія. Всѣ онѣ направлены къ регулированію общественныхъ отношеній, т.-е. преслѣдуютъ одну и ту же цѣль. Нормы религиозныя, нравственныя, нормы приличія и др. — всѣ являются таковыми нормами. И нормы объективнаго права не черпаютъ своего содержанія изъ какой-либо специфической правовой субстанціи. Въ формальнаго момента объективации нормъ права въ обычаѣ, судебной практикѣ или законодательствѣ нѣтъ возможности говорить о какомъ-либо различіи нормъ правового порядка отъ нормъ иныхъ областей. Это различіе возникаетъ лишь съ момента объективации, но и при его наличности психическая сущность нормъ права остается родственной таковой же иныхъ нормъ. Правовыя нормы не только идутъ рядомъ съ послѣдними, но и часто заключаютъ ихъ въ себѣ. Среди правовыхъ нормъ могутъ поэтому встрѣчаться и такія, которыя носятъ въ себѣ примѣсь нравственнаго начала, такова, напр., ст. 1521 Ул. о нак., или религиознаго, напр., нѣкоторыя статьи т. XIV о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій. Отдѣлить чистыя правовыя нормы отъ иныхъ по какому-либо существенному психологическому признаку нѣтъ возможности, ибо всѣ эти нормы генерически, по своему психическому происхожденію, по общественному характеру и цѣли совершенно одинаковы ²⁾.

Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, 1894, стр. 16—27. Поразительна картина путника (право), выходящаго изъ дому до восхода солнца (исторія) и идущаго на востокъ. Съ восходомъ солнца и дальнѣйшимъ движеніемъ путника его тѣнь (правовое чувство) идетъ сначала сзади, затѣмъ рядомъ, наконецъ впереди.

¹⁾ См. ниже.

²⁾ Въ противоположномъ смыслѣ серьезная и глубокая попытка отличить правовыя нормы отъ нормъ нравственности,—попытка, поражающая если не

Болѣе или менѣе характернымъ для правовыхъ нормъ моментомъ является сфера ихъ вліянія. Правовыя нормы направляются на регуляцію лишь тѣхъ отношеній индивидовъ, кои представляются съ общественной точки зрѣнія важными. Если извѣстный интересъ (это алгебраическое понятіе въ правѣ) представляется съ общественной точки зрѣнія важнымъ и притомъ иными нормами огражденнымъ недостаточно, объективное право обнимаетъ его своими нормами, создавая ли таковыя вновь или возводя на ихъ высоту нормы уже ранѣе существовавшія ¹⁾. Опредѣляется же важность интереса, по поводу коего люди вступаютъ въ отношенія, исключительно на пути культуры и исторіи. Условіями, опредѣляющими важность интереса, являются народный характеръ, сумма представленій и чувствъ народа, степень его интеллектуальной культурности, умственной и нравственной развитости и чуткости—съ одной стороны (внутреннее основаніе) и экономическія, социальныя, политическія и международныя условія—съ другой (внѣшнее основаніе) ²⁾. Господствующая культура—это руль, направляющій механизмъ права; право есть показатель высоты и требованій культуры. Въ этомъ смыслѣ можно провести аналогію между отличіемъ права отъ „внѣ права“ и, напр., отличіемъ наказуемой неправды отъ ненаказуемой. Подобно тому, какъ наказаніе налагается за правонарушеніе по тому утилитарному соображенію, что общественный вредъ отъ безнаказанности превышаетъ зло наказуемости, такъ и право вообще выступаетъ съ своими нормами тамъ, гдѣ экономія нормировки была бы болѣе вредна, чѣмъ ея ввалификація. Опредѣлить же содержаніе этихъ случаевъ напередъ совершенно невозможно. Какія отношенія подлежатъ регулировкѣ—это подсказываетъ практическая жизнь. Какіе интересы регулируются въ данный моментъ,—на это можетъ дать отвѣтъ лишь положительное право. И подобно тому, какъ передвигается въ исторіи граница наказуемой и ненаказуемой неправды, такъ же исторически передвигается и граница правовыхъ и неправовыхъ отношеній.

Такъ соединяются въ понятіи права, въ его формальномъ

новизной своей, то сплосъ и смѣлостью логическихъ консеквенцій, сдѣлана проф. Петражицкимъ, Вѣстникъ Права, 1899, I, стр. 1—62.

¹⁾ Такое же формальное рѣшеніе даетъ Регельсбергеръ, 25, прибавляя лишь, что заслуживаютъ правоохраны отношенія, кои удовлетворяютъ умственнымъ и нравственнымъ погребностямъ людей.

²⁾ Ср. Коркуновъ, 228, 229; Ihering, Entwicklungsgeschichte, 29; Zweck im Recht, I, 397; Geist des römischen Rechts, I, 45.

требованіи оба момента: психическій и матеріальный. Право есть норма поведенія въ извѣстной сферѣ. Все, что лежитъ внѣ условій, предполагаемыхъ формальнымъ велѣніемъ права, то не право, хотя бы съ психической стороны и матеріальной и носило требуемый характеръ. Отдѣлять эти два момента объективнаго права невозможно ¹⁾. Безъ матеріальнаго момента понятіе права является блѣднымъ, неопредѣленнымъ, безсодержательнымъ и бесплоднымъ ²⁾. Безъ принятія во вниманіе психическаго момента оно является по существу своему немислимымъ. Оно есть плодъ жизни народа и эпохи и, какъ таковой, функционируетъ, выражаясь въ многообразныхъ (правовыхъ) отношеніяхъ, давая жизни общественной стойкій порядокъ, съ коимъ связана опредѣленность правъ и обязанностей, и безъ коего общественная жизнь невозможна.

Средствомъ къ достиженію правовой цѣли являются выставляемые правомъ нормы. Эти нормы, какъ уже замѣчено, носятъ по психическому существу своему тотъ же характеръ, что и всякія иныя нормы поведенія; онѣ обладаютъ мотивообразующей силой, т.-е. силой психическаго принужденія. И эта сила остается въ чистомъ своемъ видѣ, гдѣ иной, болѣе принудительный путь излишенъ. Эта сила всегда остается главнѣйшей, ибо на диспозиціи закона и ея моральномъ вліяніи строится вся мощь закона. Одной изъ крупнѣйшихъ задачъ правопорядка является именно воспитаніе общества въ началахъ права, вкорененіе ихъ въ душу человѣка, какъ стимуловъ, постоянно его сопровождающихъ. Но въ рукахъ права и болѣе сильныя средства, средства организованнаго физическаго принужденія, не лежащаго внѣ правовыхъ нормъ, а съ ними кореннымъ образомъ связаннаго, ими вызываемаго и обусловленнаго. Властная норма поведенія должна остаться таковой, — фактъ ея существованія обуславливаетъ и требованіе вынужденія ея исполненія, гдѣ такое вынужденіе вызывается дѣйствительными потребностями, гдѣ мотивообразующая сила нормы не достигаетъ или не можетъ достигнуть должнаго результата ³⁾. Въ силу того однако, что организованное

¹⁾ Смори между проч. Bierling, 22.

²⁾ Съ этой точки зрѣнія ясна неудовлетворительность односторонней Normentheorie Биндинга въ уголовномъ правѣ.

³⁾ Объ этомъ говоритъ даже Коркуновъ, 133: „необходимо какимъ-нибудь образомъ понудить къ исполненію юридической нормы, иначе она осталась бы мертвой буквой“, — хотя авторъ является противникомъ идеи принужденія, какъ основнаго свойства права. Къ этой же группѣ принадлежатъ Thon, Bierling, 49—53; Петражицкій. Это направленіе заходитъ слишкомъ далеко, совершенно игнорируя значеніе принужденія.

физическое принужденіе не слѣдуетъ за всѣми нормами права безъ исключенія, нельзя утверждать ¹⁾, что оно вообще для права существенно, что область права, не знающая такого принужденія, есть область права недоразвившагося, для коего стадія полного совершенства еще впереди. Такой выводъ страдаетъ метафизичностью; онъ исходитъ изъ произвольныхъ предположеній, вытекающихъ изъ отвлеченной концепціи существа права, а не изъ точныхъ данныхъ, представляемыхъ положительнымъ законодательнымъ матеріаломъ. Но даже и въ тѣхъ предѣлахъ, гдѣ принужденіе по началамъ положительнаго права является съ его нормами связаннымъ и ими обусловленнымъ, оно является не болѣе, какъ привѣскомъ къ основной формѣ воздѣйствія правовой нормы на индивидуальную и общественную жизнь, къ формѣ ея мотивообразующаго вліянія. А въ этой сферѣ единственно и существенно важна диспозиція закона, а не его санкція. Уголовное законодательство служитъ тому лучшимъ примѣромъ, ибо охватываетъ лишь незначительное пространство въ общей массѣ правовыхъ отношеній, ибо исторически его санкціи не являются постоянными и неизмѣнными, а появляются и исчезаютъ даже въ зависимости отъ видоизмѣненій въ первичныхъ нормахъ, устанавливающихъ противоправность дѣяній. Центръ тяжести всегда остается на запретѣ, на силѣ его психическаго воздѣйствія, а не на принужденіи физическомъ.

Таковы положительныя нормы права, регулирующія стойко и постоянно человѣческія отношенія. Въ фактъ ихъ существованія лежитъ огромное культурное богатство, залогъ общественной жизненности. Въ этомъ смыслѣ ихъ вѣдѣнія слѣдуетъ рѣзко отличать отъ всѣхъ иныхъ нормъ, въ особенности отъ голоса пресловутаго правового чувства или правосознанія, когда оно не выростаеъ на почвѣ положительнаго права, а вытекаетъ изъ иныхъ источниковъ, коими такъ богата человѣческая природа. И правы тѣ ученые, которые склонны отождествлять право и законъ и называть всякое иное право „огнемъ, который не горитъ“ или „вѣтромъ, который не дуетъ“ ²⁾. Объективное право

¹⁾ Ihering, Zweck I, 320 и сл.; Regelsberger, Pandecten § 2 in fine.

²⁾ Ср. Binding, Handbuch, 7. Литературная критика и осужденіе такихъ теорій не всегда удовлетворительны, ср., напр., Коркуновъ, 66; Петражицкій, Что такое право. Одной изъ крупныхъ ошибокъ автора является смѣшеніе того, что зовутъ правомъ юристы, и того, что признается „правомъ“ въ обычномъ словоупотребленіи. Между тѣмъ существенно важнымъ именно и является ясное отграниченіе точнаго права, какъ положительныхъ нормъ, отъ иныхъ нормъ, родственныхъ первымъ по своему характеру. Аргументацію въ пользу

есть единственное право и иныхъ родственныхъ правовыхъ категорій, по отношенію къ коимъ оно было бы болѣе или менѣе выгодно ¹⁾, съ коими его можно бы сравнивать, оно не имѣетъ.

Правопорядокъ выставляетъ нормы поведенія чловѣка въ его отношеніяхъ къ другимъ людямъ. Правоотношеніе, двигающееся въ согласіи съ этимъ первичными нормами права, есть отношеніе правомѣрное. Отношеніе, нарушающее велѣнія права, есть отношеніе противоправное. Въ зависимости отъ различныхъ группъ первичныхъ нормъ, распредѣляющихъ или охраняющихъ, сообщающихъ право или налагающихъ обязанность, получаютъ различные виды несогласныхъ съ этими нормами отношеній, различные виды противоправности, неправды, за коей, какъ за юридическимъ основаніемъ, слѣдуютъ соответствующіе имъ виды вторичныхъ нормъ или санкцій закона. Одной изъ такихъ санкцій, слѣдующей за нарушеніемъ нормъ обязывающихъ или охраняющихъ, является наказаніе. Признаніе неправды наказуемой создаетъ особую отрасль права, право уголовное.

Связь уголовного права съ иными областями права, такимъ образомъ, ясна, ясно и понятіе преступленія. Преступленіе есть наказуемое правонарушеніе; съ матеріальной стороны преступленіе есть наказуемое нарушеніе правоохраненныхъ благъ-интересовъ. Понятіе же правоохраненнаго интереса не принадлежитъ уголовному праву. По общему правилу, оно беретъ это понятіе изъ права иныхъ областей и беретъ такимъ, какъ оно квалифицировано въ послѣднихъ. Историческая измѣнчивость этой правоохраны тотчасъ отражается и на уголовномъ правѣ, ибо оно играетъ вспомогательную роль. И какъ только дано понятіе правоохраненнаго интереса или норма отношенія по его поводу и дѣяніе эту норму нарушающее, — для уголовного права съ абстрактной точки зрѣнія открывается просторъ примѣненія его мѣръ, его санкцій. Повинуясь различнымъ политическимъ соображеніямъ, государство не всякую неправду въ указанномъ смыслѣ ставитъ подъ угрозу наказаніемъ, но принципиально наказуема всякая такая неправда. Наоборотъ, сила, энергія правоохраны, сообщаемая правомъ уголовнымъ первичнымъ нормамъ, сумма правовыхъ послѣдствій, слѣдующая за нарушеніемъ правоохраненнаго интереса, — не вліяетъ на самый фактъ его правоохраны. На-

взгляда, высказаннаго въ текстѣ, см. между прочимъ у Новгородцева, Историческая школа юристовъ, стр. 175, гдѣ изложено историческое и рациональное обоснованіе такого взгляда.

¹⁾ См. у Коржунова, 277 и сл.

казаніе можетъ быть отмѣнено,—нарушеніе охраняющей нормы останется противоправнымъ. И наказаніе часто отмѣняется, часто назначается вновь; оно измѣнчиво, ибо слѣдуетъ за тѣмъ вниманіемъ, которое правопорядокъ посвящаетъ данному интересу въ зависимости отъ его общественнаго значенія. Границы такъ называемой уголовной (наказуемой) и гражданской (ненаказуемой) неправды вѣчно передвигаются.

Необходимость разсматривать уголовное право и вопросы науки уголовного права лишь въ связи съ положеніями права иныхъ областей твердо установлена юридической школой послѣдней науки ¹⁾. Связи этой наука уголовного права не должна забывать, какъ не должна забывать и положеній, добытыхъ общей теоріей права. Забвеніе послѣднихъ вызываетъ въ наукѣ уголовного права глубокія и вредныя теоретически, а затѣмъ и практически неточности и заблужденія.

Объективное право опредѣляетъ собой точный матеріалъ, съ коимъ призвана оперировать юридическая наука. Но неправильно было бы думать вмѣстѣ съ Кантомъ, что юристъ долженъ только „примѣнять“ законъ и не стремиться къ его усовершенствованію, не стараться „вразумлять“ законодателя. Примѣненіе закона есть задача судьи. На ученое юристъ лежатъ и инныя обязанности. Правда, „вразумленіе“ законодателя не является дѣломъ, принадлежащимъ исключительно юристу, ибо трудъ по усовершенствованію законодательства столь же доступенъ юристу, какъ соціологу, психологу или педагогу въ широкомъ смыслѣ этого слова, но на юристъ болѣе, чѣмъ на комъ-либо, лежитъ нравственный долгъ изслѣдовать право со стороны его разумности и цѣлесообразности. Болѣе, чѣмъ на комъ-либо, ибо юристъ ближе и лучше другихъ ознакомленъ съ содержаніемъ права. А такое изслѣдованіе вынуждаетъ юриста выступать за предѣлы положительнаго права, вступать въ область данныхъ психологическихъ, соціологическихъ и другихъ наукъ,

¹⁾ Das Strafrecht darf nicht isolirt betrachtet, muss vielmehr in seiner lebendigen Zusammenhang mit allem übrigen Recht, es muss als Glied des ganzen positiven Rechtssystems geschaut werden. Binding, Handbuch, 9. Выдѣлить уголовный законъ отъ другихъ областей права и разсматривать совершенно отдѣльно нѣтъ никакой возможности... Криминалистъ, ограничивающій свои занятія только уголовными законами, изучаетъ одну только форму, не касаясь ея содержанія; онъ знаетъ, какъ наказываетъ законъ, но очень часто не знаетъ, за что наказываетъ законъ, что стремится онъ оградить своей карой. Сергѣевскій, Пособіе, 2.

т.-е. подвергать положительное право критикѣ, имѣя при этомъ цѣлью не только указать недостатки дѣйствующаго права, но и дать указанія для его усовершенствованія ¹⁾. Эта область, такъ сказать, юридической социологіи, науки *legis ferendae*, философіи, какъ зоветъ ее Bierling (13) или политики права, какъ называетъ Петражицкій ²⁾, имѣетъ огромное общественное значеніе. Она не ограничивается, подобно чистой юриспруденціи, догматикой, формальными понятіями, а имѣетъ въ виду и извѣстныя нравственныя и педагогическія начала. Она изслѣдуетъ вліяніе права на самую психическую природу человѣка, характеръ и въ частности этику народа. Съ лежащими въ основѣ ея идеями согласно и современное направленіе формальной юриспруденціи, ограничивающее свои изслѣдованія положительнымъ правомъ, ибо отліченіе нормъ положительнаго права отъ иныхъ нормъ и строгое проведеніе въ жизнь первыхъ, т.-е. идея законности — является однимъ изъ элементарныхъ требованій правовой политики.

¹⁾ См. Binding, Handbuch. 14; Gierke, Die sociale Aufgabe des Privatrechts. 1889.

²⁾ Lehre von Einkommen, II, и рядъ русскихъ работъ; Oertmann, Rechtswissenschaft u. Rechtspolitik, Preussische Jahrbücher, 1897, B. 88, стр. 191 и сл. — Существо политической науки права дается въ сущности обоими его моментами: матеріальнымъ и психическимъ. Возможность такой науки, если не видѣть ея зачатковъ уже въ школѣ естественнаго права, возникла съ того момента, когда выдвинуто было понятіе интереса въ правѣ. Теорія интереса, при всей ея односторонности, внесла много свѣтлаго въ науку права. Какъ уже замѣтилъ проф. Коркуновъ, юристъ такой школы получаетъ возможность „пойти далѣе простого изученія формъ охраны юридической. Онъ объясняетъ, чѣмъ она вызвана, какъ вліяетъ она на теченіе и развитіе общественной жизни, въ чемъ содѣйствуетъ ему, въ чемъ мѣшаетъ“. Самая же идея вліянія права на психику народную уже съ давнихъ поръ находить себѣ мѣсто въ литературѣ. Такъ Montesquieu (VI, XII) говорилъ: „Il y a deux genres de corruption: l'un, lorsque le peuple n'observe point les lois; l'autre, lorsqu'il est corrompu par les lois: mal incurable, parcequ'il est dans le remede même“. Въ этомъ смыслѣ въ нашей литературѣ высказывался Кавелинъ. (Что есть гражданское право, 1863, стр. 104, 150). Онъ задавался вопросомъ о томъ, какое глубокое вліяніе должно имѣть и хорошее и дурное законодательство гражданское на привычки, понятія и нравственность народа. И Герингъ, котораго не коснулась мысль о наукѣ политики права въ ея новѣйшей постановкѣ, не могъ уйти отъ указанной идеи. Да какъ и быть могло иначе, если онъ правовое чувство выводилъ изъ права? Das Volk macht das Recht, das Recht macht das Volk, говорилъ онъ (Zweck, I, S. 374 sqq.; ср. Merkel, Holtz. Encyclopädie, S. 10 § 8). Въ наши дни идея политики права проявляется съ особой силой. Oertmann, I. с. S. 204, говорить, что нынѣ лишь практики и бюрократы могутъ отрицать значеніе политики права. Впервые ясно намѣтилъ сущность и задачи этой науки проф. Петражицкій.

Съ истинами, добытыми юридико-соціологическими и психологическими изслѣдованіями, слѣдуетъ считаться всякій разъ, когда заходитъ рѣчь о реформѣ положительнаго права, о приданіи законной силы теоретическому юридическому положенію. Ихъ игнорированіе даже правильные теоретическіе выводы можетъ сдѣлать въ высокой степени опасными и вредными. И, напротивъ, примѣненіе нормъ уже дѣйствующаго права, диспозиціи закона, отъ такихъ истинъ не зависитъ.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній, къ коимъ неоднократно возвращается текстъ работы, возможно обратиться къ непосредственной ея темѣ.

О томъ, каковъ фактической составъ положенія, извѣстнаго въ наукѣ подъ именемъ крайней необходимости (Nothstand, contrainte), споръ нынѣ не возникаетъ. Въ общей формѣ, абсолютно одинаковой для всѣхъ многообразныхъ теорій, вопросъ этотъ излагавшихъ, положеніе крайней необходимости опредѣляется, какъ такое положеніе дѣятеля, гдѣ для спасенія извѣстнаго блага или осуществленія извѣстнаго интереса единственнымъ выходомъ является нарушеніе другого блага или интереса. Конкретная картина положенія можетъ быть чрезвычайно различна, интересы могутъ быть весьма разнообразны по своему содержанию и отношенію. Пресловутыя морскія драмы, гдѣ люди, изнемогая отъ голода, убиваютъ и ѣдятъ товарищей по несчастью; случаи кражи съ голоду, вторженія въ чужое жилище въ морозную ночь, вообще совершеніе извѣстнаго дѣянія, принесеніе извѣстнаго блага или интереса въ жертву подъ вліяніемъ различныхъ нуждъ, потребностей, обстоятельствъ, даже, напр., требованія или угрозы, — гдѣ эта жертва была необходима для удовлетворенія этихъ нуждъ, для отклоненія отъ себя или другихъ лицъ неминуемой опасности, — всѣ эти случаи выполняютъ составъ крайней необходимости. Право вообще они могутъ интересоваться тогда, когда нарушаемая или приносимая въ жертву блага, какъ поводы отношенія, стоятъ подъ правовой охраной. Уголовное право они могутъ интересоваться постольку, поскольку совершаемое въ такихъ случаяхъ дѣяніе по общему правилу является противоправнымъ и наказуемымъ.

Задачей настоящаго изслѣдованія является установить, представляется ли положеніе крайней необходимости такимъ обстоятельствомъ, которое способно внести исключеніе въ общее правило противоправности извѣстнаго дѣянія, и если не представляется, то возможно ли примѣненіе къ такому дѣянію наказанія, когда оно, также по общему правилу, наказуемо.

Оба эти момента чрезвычайно различно разрѣшались на томъ долгомъ историческомъ пути, который имѣетъ за собой вопросъ о крайней необходимости. Не всегда они ставились отчетливо, — эта отчетливость является заслугой новаго времени, — но тѣ выводы, къ которымъ приходила наука, при всей ихъ простотѣ, интересны и поучительны, хотя бы какъ вѣхи, указывающія, гдѣ среди заблужденій и ошибокъ пробивается та узкая тропинка, коей суждено вывести на краткій и прямой путь.

Эта исторія заслуживаетъ глубокаго вниманія.

II 1).

Наука римскаго уголовного права никогда не достигала значительнаго развитія. Постановленія римскаго уголовного права нашли себѣ мѣсто среди постановленій права гражданскаго, и различеніе этихъ двухъ сферъ, повидимому, не представлялось римлянамъ важнымъ. Никакой особой карательной теоріи римское уголовное право не знаетъ, — оно представляетъ лишь рядъ отрывочныхъ мнѣній ²⁾. Отъ римлянъ и нѣтъ возможности ждать ближайшаго развитія уголовно-юридическихъ началъ: уголовное право требуетъ по содержанію своему не только близости къ практическимъ нуждамъ жизни, къ чему римская юриспруденція чувствовала наибольшую склонность, но и извѣстнаго уровня социологическихъ и психологическихъ понятій, чего не

¹⁾ Историческія изслѣдованія вопроса о крайней необходимости, по общему правилу, начинаются съ указаній по древне-еврейскому праву, при чемъ каждый изъ болѣе позднихъ авторовъ повторяетъ лишь то, что сказано предшествующимъ. Но указанія эти совершенно бесполезны, что доказывается и указанными авторами, — сдѣлавъ обзоръ отрывочныхъ мѣстъ изъ древняго права, они ни разу не возвращаются къ нему въ текстѣ.

²⁾ Ср. Rosshirt, N. Archiv des Criminalrechts, XI, Ueber das römische Recht; als Quelle etc.; Marezoll, Das gemeine deutsche Criminalrecht, 1856, S. 24. Labeo, Pernice, II, 5.

давала наука римлянъ ¹⁾. Поэтому такъ скудны указанія римскаго права и по вопросу о крайней необходимости; указанія эти появляются сравнительно поздно и сильно отражаютъ на себѣ правовую систему римлянъ.

Въ литературѣ существуетъ мнѣніе, что уже древне-римское право знало крайнюю необходимость ²⁾. Указываютъ на то, что въ первичную эпоху случаи осуществленія своихъ интересовъ посредствомъ силы должны были встрѣчаться нерѣдко, что народу, проникнутому идеей торжества сильнаго, такое осуществленіе должно было казаться естественнымъ. Говорятъ, что вся исторія Рима, начиная съ преступнаго зачатія Ромула весталкой, уступающей требованію бога, съ похищенія сабинянокъ и до признанія гражданскаго равенства всѣхъ римлянъ, — признанія, вынужденнаго у патриціевъ удалившимся на священную гору народомъ, есть рядъ фактовъ проявленія силы, принужденія. Явленія эти однако, какъ бы ни разсматривать ихъ историческую подлинность, имѣютъ весьма отдаленное отношеніе къ крайней необходимости, ибо послѣдняя, какъ юридическій институтъ, возникаетъ лишь въ эпоху болѣе или менѣе развитою права. Похищеніе сабинянокъ и пр. есть факты осуществленія своихъ нуждъ, не встрѣчавшаго иного противодѣйствія, кромѣ противодѣйствія той же силы. Это явленія борьбы, войны; они не обнимаются даже и цицероновскою максимой: *silent leges inter arma*, ибо и законовъ, кромѣ зачатковъ права публичнаго, возникшаго вмѣстѣ съ основаніемъ царства римскаго, не было. Дѣятели не стояли здѣсь передъ законными запретами; послѣдніе не препятствовали осуществленію интересовъ ³⁾. Причиняемый

¹⁾ Ihering, Geist, III, 1, 307; Janka, der strafrechtliche Nothstand, 1878, S. 43.

²⁾ Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes, 1878, S. 8; Moriaud, Du délit nécessaire et de l'état de nécessité, p. 57, и ссылки указанныхъ авторовъ на Геринга, Geist, I, 107.

³⁾ Изложенное мнѣніе о раннемъ возникновеніи въ римскомъ правѣ института крайней необходимости покоится на неправильно понятомъ мѣстѣ Geist'a Геринга, I, 109 и сл. Авторъ говоритъ: первое движеніе правового чувства есть чувство собственнаго правомочія, опирающагося на поддержку собственной силы. Что приобрѣлъ человѣкъ потомъ или кровью, то онъ хочетъ удерживать за собой. Хотя уваженіе къ чужому праву развивается лишь медленно и постепенно, но въ чувствѣ правовомъ, конечно, кроется и моментъ признанія чужого права. Примѣненіе силы ничѣмъ не обусловлено по отношенію къ членамъ чужого союза, ибо они безправны, но оно допускается и по отношенію къ членамъ того же союза, какъ скоро они вторгаются въ среду чужихъ личныхъ или имущественныхъ отношеній. То же говоритъ Герингъ въ Schuldmoment, 19: прочность правопорядка (на первыхъ ступеняхъ развитія права), т.-е. обезпеченіе реализаціи права, покоится существеннымъ образомъ

въ такихъ условіяхъ вредъ долженъ былъ вызывать такую же реакцію, какъ и всякій иной вредъ, и это тѣмъ болѣе естественно, что въ первую эпоху субъективная сторона дѣянія римлянами еще не подчеркивается.

И если, дѣйствительно, ранняя римская жизнь знала случаи совершенія правонарушеній въ крайней необходимости, то право римское, несомнѣнно, не дѣлало въ ихъ пользу исключеній изъ общаго правила. На это указываетъ какъ отсутствіе законоположеній болѣе ранняго періода римскаго права, такъ и, по большей части, отрицательная форма мнѣній римскихъ философовъ и ораторовъ, затрогивавшихъ этотъ вопросъ. Можно думать, что они были носителями недовольства и реакціи противъ суровости права ¹⁾. Такъ у Цицерона встрѣчаются положенія, что необходимость сламываетъ и ослабляетъ наиболѣе крѣпкія силы, что дѣяніе при такихъ условіяхъ не является плодомъ вины, а игрой судьбы, что въ дѣяніи такомъ нѣтъ ни умысла, ни правонарушенія ²⁾. Авторъ отмѣчаетъ также важное значеніе инстинкта самосохраненія ³⁾. Въ *De officiis* III, 23 Цицеронъ сообщаетъ мнѣніе родосскаго философа Песатон'а, какъ слѣдуетъ поступить въ случаѣ коллизіи двухъ жизней, — классическій фрагментъ, въ особенности выдвигавшійся въ болѣе позднее время ⁴⁾: „*Quid si una tabula sit, duo naufragi, aequè*

на энергическомъ вмѣшательствѣ индивида, а эта энергія, въ свою очередь, на степени реакціи правового чувства противъ совершеннаго правонарушения. Поэтому понятны ссылки на приведенныя мѣста изъ Геринга, напр., у *Levita*, S. 32, когда онъ говоритъ о необходимой оборонѣ, и непонятны въ иномъ смыслѣ.

¹⁾ Указанія, которыя можно найти въ этой области, весьма характерны. Въ нихъ какъ бы кроются зародыши позднѣйшихъ теорій, напр., *Cicero, de Republica* III, XV, 11 (позднѣ теорія Бернера въ ея существенной части) или *Seneca, de Beneficiis* II, 18 (позднѣ—теорія невмѣняемости). Но заключенія отъ мнѣній представителей литературы той эпохи къ процессу образованія права, какъ на то указывалъ уже *Pernice, Labeo* II, 19, — должны быть очень осторожны. Не лишено интереса замѣчаніе *Mogliaud*, 60, что многое въ этой средѣ должно быть отнесено на счетъ ораторскихъ приѣмовъ рѣчи, въ особенности у Цицерона.

²⁾ *Pro Rabirio Postumo*, 10, 28: *ergo aderat vis... quae summas frangit infirmatque opes; c. 11: nolite igitur fortunam convertere in culpam... nec consilium ex necessitate, nec voluntatem ex vi interpretari, nisi forte eos etiam, qui in hostes aut in praedones inciderint, si aliter quippiam coacti faciant, quam libere, vituperandos putetis; pro Ligario*, II, 5: *quod si est criminis, necessitatis crimen est, non voluntatis.*

³⁾ *De finibus*, V, 11: *quid est, quod magis perspicuum sit, quam non modo carum sibi quemque, verum etiam vehementer carum esse?*

⁴⁾ Пуффендорфъ, *Вѣконъ*, ср. *Simonson, Zeitschrift. Листа V*, стр. 380.

sapientes: sibine uter rapiat, an alter cedat alteri? Cedat vero, sed ei, cuius magis intersit, vel sua, vel reipublicae causa vivere. Quid, si haec paria in utroque? Nullum erit certamen, sed quasi sorte aut micando victus, alteri cedat alter". Въ De Republica, III, XV, 11 авторъ цитируетъ Карнеада, мысль котораго сыграла роль крупнаго аргумента и въ современной литературѣ: „*Jura sibi homines pro utilitate sanxisse, scilicet varia pro moribus; et apud eosdem pro temporibus saepe mutata; ius autem naturale esse nullum. Omnes et homines et alias animantes ad utilitates suas natura ducenda ferri; proinde aut nullam esse iustitiam, aut si sit aliqua, summam esse stultitiam, quoniam sibi noceret, alienis commodis consulens*"¹⁾. Къ числу имѣющихъ значеніе литературныхъ мнѣній той эпохи относится и отрывокъ изъ De beneficiis, II, 18 Сенеки, гдѣ авторъ указываетъ, что *necessitas tollit arbitrium*²⁾.

Приведенныя мнѣнія, несмотря на ихъ пестроту и отрывочность, содержатъ въ себѣ, однако, общую мысль, что крайняя необходимость должна быть принята во вниманіе при обсужденіи дѣяній.

Напрасно было бы искать такихъ же общихъ указаній въ области положительнаго римскаго права. Всѣ болѣе или менѣе общія положенія аналогичнаго характера³⁾ относятся къ необходимой оборонѣ, а не къ крайней необходимости⁴⁾. Есть два фрагмента, на первый взглядъ ставящіе рядомъ эти два института, именно с. 2 С. IX, 16 (Imperator Gordianus): „*Is, qui aggressorem vel quemcumque alium in dubio vitae discrimine*

¹⁾ Lactant. Inst. I, V, с. 16. Впрочемъ у Цицерона встрѣчаются и противоположныя положенія,—de officii, III, 5: *suum cuique incommodum ferendum est potius, quam de alterius commodis detrahendum.*—Приводимый Moriaud фрагментъ изъ Oratoriae partitiones, XXIV, 83 къ вопросу не относится.

²⁾ Правда, авторъ говоритъ въ этомъ мѣстѣ не столько о правовыхъ, сколько о нравственныхъ отношеніяхъ, но слова: *vim maiorem et metum excipio, quibus adhibitis electio perit* и аналогичное условное выраженіе: *si necessitas tollit arbitrium*, — указываютъ на болѣе общее значеніе цитируемаго фрагмента.

³⁾ I. 3 D. I, 1; I. 45 § 4 D. IX, 2; 4 pr. D. IX, 2.

⁴⁾ Что касается послѣдняго, менѣе опредѣленнаго фрагмента: *adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*, то его точный смыслъ выясняется его полнымъ текстомъ: *itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero securus ego, nam adversus etc.* Поэтому неправильно мнѣніе Roterling'a, Goldt. Archiv XXXI, 1883, стр. 247 и сл. и Stammeler'a, I. с. 9 пр. 3. Аналогичное и также ошибочное мнѣніе Tuhr'a, Nothstand im Civilrecht, 1888, стр. 120 и сл. покоится на не-юридическомъ пониманіи института необходимой обороны.

constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet“, и l. 45 § 4 D. ad leg. Aquil. IX, 2 (Paulus): „Qui cum aliter tueri se non possent damni culpam dederint¹⁾ innoxii sunt, vim enim vi defendere omnes leges omniaque iure permittunt. Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum, qui vim infert, ferire conceditur, et hoc se tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit“. Штаммлеръ, ссылаясь на глоссу, полагаетъ, что с. 2 С. IX, 16 относится и къ крайней необходимости; того же мнѣнія Geyer²⁾ и Moriaud (69). Напротивъ, Binding³⁾ аподиктически это отрицаетъ. На самомъ дѣлѣ, трудно сказать, имѣютъ ли данные фрагменты въ виду отличить два института, необходимую оборону и крайнюю необходимость⁴⁾. Первый фрагментъ во всякомъ случаѣ говоритъ, что, при условіи необходимой обороны, римляне ставили убійство 3-го лица наравнѣ съ убійствомъ нападающаго, т.-е. разсматривали вопросъ съ точки зрѣнія необходимой обороны⁵⁾. Въ уголовно-правовой концепціи, какъ указываетъ второй фрагментъ, наступала отвѣтственность по lex Aquilia. Этотъ моментъ, однако, еще не указываетъ, что во второмъ фрагментѣ предполагается дѣяніе въ крайней необходимости, ибо Павелъ⁶⁾ могъ имѣть въ виду и неосторожное дѣяніе, aberratio ictus.

Никакого общаго положенія, опредѣляющаго сущность крайней необходимости римское право не даетъ. Но безспоренъ тотъ фактъ, что состояніе необходимости, начиная приблизительно съ III вѣка, принималось во вниманіе и притомъ не только въ гражданско-правовыхъ, какъ полагаетъ Штаммлеръ (8), но и въ уголовно-правовыхъ отношеніяхъ. Это легко выясняется изъ анализа дошедшихъ до нашего времени фрагментовъ, если ихъ сопоставить съ общеправовыми принципами той эпохи. Это сопоставленіе объясняетъ и причину, въ силу которой постановленія о крайней необходимости появляются въ римскомъ правѣ такъ поздно и не достигаютъ той степени обобщенности, какал не-

¹⁾ Mommsen читаетъ damni quiddam или cuipiam, ср. Pernice, Sachbeschädigung, 30, пр. 7.

²⁾ Die Lehre von der Nothwehr, 1857, 57.

³⁾ Grundriss, I, 1890, 4 изд. § 76, стр. 125 и сл.

⁴⁾ Такого мнѣнія Tuhr, l. с. 121, пр. 3, упрекающій Павла, что тотъ не развилъ этого различія съ достаточной ясностью. Ср. Tobler, Grenzgebiete, S. 102 sqq.

⁵⁾ Ср. Calker, Zeitschrift Листа, XII, 452 и сл.

⁶⁾ Ср. Glük, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, 1808, X, 327.

обходима для существованія правового явленія, какъ правового института ¹⁾.

Основными фрагментами, имѣющими значеніе для уголовного права, являются три мѣста *Corpus iuris*, принадлежащія Ульпіану:

- 1) L. 3 § 7 D. de incend. XLVII, 9 (Ulpianus l. 56 ad Edictum): Quod aid praetor de damno dato ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam *si dolus malus absit, cessat edictum*. Quem admodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim *defendendarum nearum aedium causa fecerim, utique dolo careo*. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? et non puto agendum: *nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset*. Et ita Celsus scribit.
- 2) L. 49 § 1 D. ad leg. Aquil. IX, 2 (Ulpianus l. 9 Disput.): Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem, *iusto enim metu ductus, ne ad se ignis, perveniret*, vicinas aedes intercidit; et sive pervenit ignis, sive ante extinctus est, existimat cessare legis Aquiliae actionem.
- 3) L. 7. § 4 D. quod vi aut clam XLIII, 24 (Ulpianus l. 71 ad edict.): Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda ²⁾ ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret: „quod incendii defendendi causa factum non sit?“ Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandum esse, privato non esse idem concedendum: Si tamen

¹⁾ Въ области гражданско-правовой, напр., по вопросу о несвободномъ заключеніи сдѣлокъ, о препятствіяхъ къ исполненію обязательствъ и проч. богатія указанія сдѣланы у Tuhr'a. Къ сожалѣнію, авторъ не отмѣтилъ отчетливо юридическаго момента крайней необходимости въ чистомъ смыслѣ и слилъ послѣднюю, на ряду съ другими явленіями принужденія, вынужденности, въ одно общее понятіе. Эти указанія, впрочемъ, уголовно-юридическаго значенія не имѣютъ.

²⁾ Dubitat, an=не сомпѣвается, см. толкованія Noodt'a и Glück'a.

quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam: si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus. Quod si nullo incendio id fecerit, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu damnum factum sit nec ne aestimari oportere Labeo ait.

Эти три фрагмента Ульпиана, въ силу содержащихся въ нихъ противорѣчій, находятъ въ литературѣ неодинаковое толкованіе.

Въ фрагментахъ этихъ представлены мнѣнія четырехъ юристовъ ¹⁾ и указана возможность реализаціи трехъ различныхъ исковъ: actio legis Aquiliae, искъ изъ эдикта de incendio, ruina, naufragio, и изъ interdictum quod vi aut clam.

Въ первомъ изъ приведенныхъ фрагментовъ содержится мнѣніе Лабейона, который въ случаѣ разрушенія сосѣдняго дома въ виду возникшаго пожара находитъ возможнымъ предъявленіе къ виновному иска изъ эдикта de incendio. Такое мнѣніе Лабейона можетъ быть объяснено содержаніемъ эдикта ²⁾. Въ послѣднемъ стоятъ подъ угрозой наказаніемъ три дѣйствія: гарере, ресіреге et damnum dare, при чемъ реквизитъ dolo malo присоединенъ только къ ресіреге. Это совершенно естественно, такъ какъ чужая вещь во время грозящаго ей стихійнаго бѣдствія можетъ быть взята, на примѣръ, и съ цѣлями ея сохраненія; напротивъ, поврежденіе находящагося въ опасности чужого имущества можно вообще отнести только на счетъ doli malus, и преторъ могъ упустить изъ вниманія рѣдкіе случаи, подобные излагаемому. Отсюда ясна формальная послѣдовательность взгляда Лабейона ³⁾. Противоположное мнѣніе Ульпиана утверждаетъ, что и при поврежденіи чужого имущества необходимо опредѣленно требовать doli

¹⁾ или трехъ: въ I. 7 § 4 D. XL III, 24 Mommsen вмѣсто Celsus читаетъ Gallus, а Noot вмѣсто Gallus читаетъ Celsus; эти варіаціи несущественны.

²⁾ Ср. Tuhr, 64. Текстъ эдикта см. у O. Lenel, Palingenesia iuris scivilis, 1889, II, 765 и Das Edictum perpetuum, 1883, S. 319: Praetor ait: in eum qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur: in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum iudicium dabo. item in servum et in familiam iudicium dabo.

³⁾ Binding, Normen II, 294 замѣчаетъ: Лабейонъ принимаетъ здѣсь умышенное дѣяніе, ибо таковое нарушеніе въ крайней необходимости не считается еще дозволеннымъ. Дѣло въ томъ, конечно, что Лабейонъ писалъ въ царствованіе Августа, а Ульпианъ уже въ III вѣкѣ.

malus. Изъ тѣхъ же соображеній, т.-е. въ силу отсутствія *dolus malus*, *nes enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset*,—Ульпіанъ, присоединяясь къ мнѣнію Цельза, отрицаетъ здѣсь и допустимость иска *ex lege Aquilia*.

О послѣднемъ искѣ идетъ рѣчь во второмъ и третьемъ изъ приведенныхъ фрагментовъ, при чемъ отрицаніе допустимости такого иска и мотивы отрицанія освѣщаются различными юристами неодинаково. Такъ въ *l. 7 § 4 D. 43, 24 Сервій* ¹⁾ полагаетъ, что дѣяніе, выполненное при наличности указанныхъ условий магистратомъ, не можетъ служить источникомъ никакого иска, и, напротивъ, частное лицо освобождается отъ отвѣтственности только въ томъ случаѣ, еслибъ и безъ его вмѣшательства со-сѣдній домъ погибъ, *quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus* ²⁾, и въ этомъ именно моментѣ Сервій ищетъ обосновапія паденія иска. Напротивъ, Цельзъ ³⁾ видитъ иныя основанія для устраненія отвѣтственности дѣятеля и полагаетъ, что искъ *ex lege Aquilia* не можетъ быть предъявленъ независимо отъ того, дошелъ ли огонь до зданія или былъ ранѣ потушенъ. Цельзъ исходитъ изъ понятія *iniuria*, какъ и выше, и говоритъ, что виновный совершаетъ здѣсь дѣяніе, волнуемый справедливымъ опасеніемъ, чтобъ огонь не коснулся и его зданія, *iusto metu ductus*, а не *iniuria* ⁴⁾. Какъ указываетъ *l. 3 § 7 D. 47, 9*, Ульпіанъ раздѣляетъ мнѣніе Цельза, но въ то же время въ *l. 7 § 4 D. 43, 24* онъ сообщаетъ мнѣніе Сервія, не высказывая своего личнаго отношенія къ взгляду послѣдняго. Благодаря этому, создается противорѣчіе между двумя изложенными мнѣніями, недостаточно выясненное въ литературѣ и до настоящаго времени. Старые комментаторы: *Suarez de Mendoza* ⁵⁾, *Voet* ⁶⁾ и *Ulrich Huber* ⁷⁾ стараются примирить его указаніемъ на то, что *l. 49* говоритъ только объ искѣ *ex lege Aquilia*, который во всякомъ случаѣ падаетъ, а по *l. 7* имѣетъ мѣсто *interdictum quod vi aut clam*, если можно было полагать, что огонь и не дошелъ бы до разрушеннаго дома. Но такъ какъ

¹⁾ Консуль 703—711 г. *ab urbe condita*, послѣ котораго въ дигестахъ сохранилось весьма мало мѣстъ и почти всѣ въ чужой передачѣ.

²⁾ *Binding*, *ibid.* тѣ же условія переносить и на магистрата, что, очевидно, неправильно.

³⁾ *P. Chr. Nat.* 129.

⁴⁾ Т.-е. субъективный моментъ „справедливаго опасенія“ исключаетъ инъюріозный характеръ дѣянія. Ср. *Pernice, Labeo*, II, 18.

⁵⁾ *Comment. ad l. Aq. l. I c. II sect. VI.*

⁶⁾ *Comm. ad Pand. § 28 h.*

⁷⁾ *Praelect. ad Pand. § I h*; см. *Glück*, I. c. S. 330 ff.

l. 7 ясно упоминаетъ и искъ по закону Аквилія, то *Thomasius* и *Rothier* полагаютъ, что l. 49 обнимаетъ случаи, гдѣ было основательное опасеніе, что огонь дойдетъ до разрушаемаго зданія, а l. 7—случай, гдѣ былъ лишь совершенно неосновательный страхъ. Искъ возможенъ лишь въ послѣднемъ случаѣ. Позднѣе стали подчеркивать значеніе словъ: „*aequè perituris aedibus*“. *Kritz* ¹⁾ указываетъ на огромное значеніе момента общей опасности. Тотъ же моментъ подчеркиваютъ *Людень* ²⁾ и *Маркардсенъ* ³⁾. Противъ такого мнѣнія, однако, говоритъ рядъ иныхъ, ниже приведенныхъ мѣстъ, которыя, устанавливая аналогичные результаты, не имѣютъ въ виду момента общеполности ⁴⁾ — *Löhr* ⁵⁾, мысли и даже выраженія коего легли въ основаніе комментарія *Glück'a* къ указанному мѣсту, полагаютъ, что мнѣніе *Ульпіана* и *Цельза* потому заслуживаетъ предпочтенія, что оно позднѣйшее ⁶⁾, а потому болѣе имѣющее вѣса; что оно принято въ *Пандекты*, а потому стало законнымъ. Но и мнѣніе *Сервія*, хотя бы въ передачѣ *Ульпіана*, также нашло себѣ мѣсто въ *Пандектахъ*. Точно такъ же и въ *Базиликахъ*, вопреки мнѣнію *Glück'a* ⁷⁾, *Штамmlера* ⁸⁾ и *Morgiaud* ⁹⁾, проникло не одно мнѣніе *Ульпіана* ¹⁰⁾. но и мнѣніе *Сервія* ¹¹⁾. И если, дѣйствительно, мнѣнія *Ульпіана*

1) *Exegetisch-practische Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts*, 1824, стр. 79 и сл.

2) *Abhandlungen* II, 512.

3) *Die Lehre vom Nothstande*, *Archiv des Criminalrechts*, 1857, стр. 402.

4) Ср. *Stammler*, 13; *Janka*, 47; въ особенности *Morgiaud*, 66, 67. Нельзя, впрочемъ, согласиться съ *Штамmlеромъ*, что мнѣніе *Сервія* противорѣчитъ общимъ правиламъ относительно гражданскаго вознагражденія. Авторъ, ссылаясь на *Thibaut* (*Archiv für civilistische Praxis*, 1825, VIII S. 143), утверждаетъ, что въ моментъ неизбежной гибели разрушаемаго дома лежитъ только побочное обстоятельство, и во всякомъ случаѣ въ немъ не можетъ быть масштаба для гражданскаго вознагражденія. Такое же мнѣніе поддерживаетъ и *Morgiaud* (62), указывающій вмѣстѣ съ *Штамmlеромъ* на конецъ фрагмента l. 7 § 4 D. 43, 24, гдѣ *Ульпіанъ* излагаетъ взглядъ *Лабейона*, *quia non ex post facto etc.* Оба автора упускаютъ изъ вниманія смыслъ мѣстъ, неразрывно связанныхъ съ его начальными словами: *quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit,—non idem erit dicendum etc.* Ср. *Tuhr*, 62.

5) *Die Theorie der Culpa*, 1806, стр. 95.

6) Подобнаго же мнѣнія, повидимому, *Биндингъ*, *Normen*. II, 294.

7) l. c., стр. 330.

8) Стр. 14.

9) Стр. 62.

10) *Βασιλικά*, 60; 3, 49: Ὁ Ἀκουίλιος ἀδικὸν ἐπιζητεῖ ζημίαν. Εἰ δὲ τις ἐμπρησμῶ γενομένου διὰ τὸ σῶσαι τὸν ἴδιον οἶκον καταστρέψει τὸν τοῦ γείτονος, ἀργεῖ (cessat) ὁ Ἀκουίλιος, εἴτε τὸ πῦρ ἐφθασεν, εἴτε προσεβέβη.

11) *Ibid.* LVIII, 23, 7: Ὁ μὲν ἄρχων καλῶς δι' ἐμπρησμὸν καταλείβει τόπον. Ο δὲ

и Цельза заслуживают предпочтенія передъ единичнымъ мнѣніемъ Сервія, то потому, что они послѣдовательно вытекаютъ изъ господствующаго субъективнаго направленія права той эпохи и болѣе гармонируютъ съ иными фрагментами *Corpus iuris* ¹⁾.

Наконецъ третій искъ, о которомъ упоминается въ приводимыхъ фрагментахъ, — искъ по интердикту *quod vi aut clam*. Названные выше старые комментаторы полагаютъ, что послѣдній искъ не падаетъ вмѣстѣ съ паденіемъ *actio ex lege Aquilia*. Ульпіанъ по этому поводу не высказывается, а въ современной литературѣ вопросъ споренъ. Во всякомъ случаѣ замѣчательно, что даже строгій формалистъ Сервій находитъ здѣсь возможнымъ лишь *simplici litem aestimare* и совершенно освобождаетъ дѣятеля отъ отвѣтственности, если огонь дошелъ до разрушеннаго зданія.

Въ *Corpus iuris* встрѣчаются и инныя мѣста, относящіяся къ вопросу о крайней необходимости.

L. 29 § 3 D. ad leg. Aq. IX, 2 (Ulpianus, l. 18 ad edict.): Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsisset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, *nullam* actionem dandam. idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit an cape-

ιδιώτης, ὅτε ἐλθόντος τοῦ πυρός ἔτρεψε. τὸ αὐτὸ καὶ Ἀκουιλίῳ ἐναχθῆ. εἰ δὲ πρῶτον κατέλυσε, καὶ τότε γέγονεν εἰς τὸν τόπον ἐμπρησμός, ἀποδίδωσι τὴν ζημίαν.

¹⁾ Pernice, *Sachbeschädigung*, 38—40 и пр. 19, выходя изъ пониманія крайней необходимости, какъ формальнаго права, говорить, что его наличность—вопросъ факта и каждый разъ должна быть доказана. Этимъ объясняется, что одни юристы требовали большей степени доказанности, другіе—меньшей, — Ulpianus требовалъ менѣе, чѣмъ Servius. Мнѣніе Ульпіана заслуживаетъ предпочтенія не только потому, что оно моложе, но и потому, что оно правильнѣе. Иныхъ доказательствъ, кромѣ *iustus metus*, основательнаго опасенія, — быть приведено не можетъ, а эта вѣроятность вреда можетъ быть налицо, независимо отъ того, перешелъ ли огонь или нѣтъ. Кромѣ того, Лабейонъ писалъ до пероновскаго пожара, т.-е. имѣлъ передъ собою Римъ съ его узкими и въ пожарномъ отношеніи опасными улицами.—Съ мнѣніемъ Tuhr'a, что въ указанныхъ положеніяхъ содержится отраженіе общаго правила допустимости *Nothwehr gegen Sachen*, согласиться нельзя, какъ потому, что это вообще невысказанное понятіе, такъ и потому, что приводимыя имъ на стр. 55 и сл. случаи имѣютъ въ виду исключительно гражданскія послѣдствія дѣяній.

rentur. idemque et venatoribus et in aucupibus probandum¹⁾.

Сообщаемое здѣсь мнѣніе Лабеова стоитъ въ противорѣчіи съ его же мнѣніемъ, передаваемымъ Ульпіаномъ въ вышеприведенномъ I. 3 § 7 D. 47, 9. Binding²⁾ старается устранить это противорѣчіе указаніемъ на то, что въ I. 3 § 7 коллидируютъ два равноцѣнныхъ блага (зданія), а въ I. 29 § 3 идетъ рѣчь о коллизіи благъ неравноцѣнныхъ (корабль-сѣть, цѣпь), почему въ послѣднемъ случаѣ и устраняется всякій искъ. Но, помимо полной неопредѣленности такого объясненія (зданія могутъ быть также неравноцѣнны), оно не можетъ быть признано правильнымъ и потому, что инныя мѣста *Corpus iuris* и въ первомъ случаѣ устраняютъ всякую отвѣтственность дѣятеля. По тѣмъ же основаніямъ не могутъ быть приняты мнѣнія Людена³⁾ и Абегга⁴⁾, указывающаго, что въ I. 3 § 7 предполагается опасность для человѣческой жизни, о чемъ на дѣлѣ здѣсь не говорится ни слова. Иное толкованіе предложено Lehmann'омъ⁵⁾. Авторъ останавливается на особомъ характерѣ римскихъ частныхъ исковъ, носившихъ двойную природу, уголовно- и гражданско-правовую⁶⁾. Изъ содержанія частнаго иска можетъ быть выдѣленъ его реиперсекюторный моментъ и съ процессуальной стороны квалифицированъ иначе. И если Лабео въ I. 29 § 3 говоритъ *nullam actionem dandam*, то это слѣдуетъ понимать лишь въ предѣлахъ иска по авиліеву закону. Lehmann находитъ здѣсь возможнымъ предьявленіе *actio negotiorum gestorum contraria*.

¹⁾ Janka, 46, относитъ общее правило, содержащееся въ первой половинѣ фрагмента и къ охотѣ и ловлѣ птицъ, тогда какъ объ этомъ идетъ рѣчь во второй половинѣ, гдѣ указывается, что за *lucrum cessans* не можетъ быть иска.

²⁾ Normen II, 293 и сл.

³⁾ Abhandlungen II, 510 п. 1; Handbuch I, 307 п. 7, см. выше.

⁴⁾ Lehrbuch, 168.

⁵⁾ Ueber die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes, *Iher Jahrbücher für die Dogmatik*, 1874, XIII, стр. 221 и сл.

⁶⁾ Ср. *Ihering*, Geist I, 139 и сл.; *Pernice*, Sachbeschädigung, 120, 3; *Labeo* II, 6; *Dernburg*, Pandecten, 5 изд. стр. 353. Этотъ моментъ, между прочимъ, упускается специальной литературой вопроса о крайней необходимости, почему и указывается на недостаточность освѣщенія римлянами этого вопроса съ уголовно-правовой точки зрѣнія. Между тѣмъ система частныхъ исковъ служила существеннымъ пополненіемъ къ римскому уголовному праву. Это же являлось, быть можетъ, причиной недостаточнаго отвѣненія римлянами принципа *nullum crimen sine lege*. Ср. *Koch*, Das Recht der Forderungen, 1843, III, 969.

Противъ такого объясненія высказываются Pernice ¹⁾, Dernburg ²⁾, Binding ³⁾ и почти вся специальная литература (Штаммлеръ, Moriaud, Туръ), стоящая на точкѣ зрѣнія Matthäus ⁴⁾. Несомнѣнно, какъ буквальный текстъ фрагмента (*nullam actionem...*), такъ и *внутренняя* правильность лежащей въ основаніи его идеи заставляютъ высказаться въ пользу толкованія Лабеопа въ l. 29 § 3 въ его прямомъ смыслѣ. Мнѣніе Лабеопа въ l. 3 § 7 остается единичнымъ, несогласнымъ съ общимъ направленіемъ римскаго права, освобождавшаго дѣятеля отъ всякой отвѣтственности, если онъ дѣйствовалъ подъ давленіемъ крайней необходимости.

Это подтверждается и иными мѣстами изъ Corpus iuris, регулирующими специальные случаи. Такъ по l. 14 pr. D. de praescri. verbis 19, 5 (Ulpianus) не подвергается никакой отвѣтственности (*nulla tenetur actione*) тотъ, кто выбросилъ въ море чужой товаръ для спасенія своего (*servandarum mercium suarum causa*) ⁵⁾.

Всѣ приведенные фрагменты ведутъ рѣчь объ имущественныхъ нарушеніяхъ и для защиты имущества. Спорное мѣсто l. 1 D. 48, 21 (*De bonis eorum, qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt vel accusatorem corruperunt*) говоритъ о защитѣ жизни:

In capitalibus criminibus a principibus decretum est, non nocere ei, qui adversarium corrumpit, sed in his demum, quae poenam mortis continent: nam ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit.

¹⁾ Labeo, II, 19 пр. 13.

²⁾ Pandecten, 1897, 360 пр. 9.

³⁾ Grundriss I, 1890, § 76; Normen II, 293 пр. 374.

⁴⁾ De criminibus, Tit. III с. I п. 4.

⁵⁾ Ср. l. 1 D. de lege Rhodia, 14, 2 (Paulus); l. 16 § 8 D. 39, 4. Указываемое литературой мѣсто l. 10 § 16 D. quae in fraudem cred. 42, 8 (Ulpianus), имѣющее въ виду преслѣдованіе убогающаго должника и отнятіе у него денегъ, толкуется неодинаково. Berner (Nothwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts, 1848, стр. 588, 589) и Moriaud видятъ здѣсь необходимую оборону; Wessely (48) и Stammler (11) — крайнюю необходимость; Binding (Grundriss I, § 77, стр. 142) и Titze (55) — erlaubte Eigenmacht, Selbsthilfe. Последнее мнѣніе слѣдуетъ признать наиболѣе правильнымъ. Кредиторы могли предъявить къ должнику *actio in factum* въ случаѣ вредныхъ для нихъ съ его стороны дѣйствій (*alienatio in fraudem creditorum etc.* См. Windscheid Pandecten, 1891, II, S. 662 пр. 1). Самоуправство было воспрещено рескриптомъ Divi Marcii (l. 7 D. 48, 7; l. 13 D. 9, 2), но оно не влекло потери *actio in factum*, если наступало послѣ открытія конкурса, и наоборотъ (ср. Windscheid, 1891, I, § 123 пр. 3).

Въ послѣднихъ словахъ фрагмента Лива усматриваетъ руководящій принципъ, что жизнь можетъ быть спасаема какими угодно средствами. *Stammler* (8) отказывается признать здѣсь крайнюю необходимость, ибо подкупъ противника не является единственнымъ средствомъ спасенія жизни, — остается *exilium voluntate*. Однако съ субъективной точки зрѣнія, съ какой освѣщали римляне крайнюю необходимость, послѣдній выходъ можетъ явиться такимъ же двигателемъ, какъ и грозящая уголовная кара. Болѣе сомнѣнія возбуждаетъ то обстоятельство, что данное мѣсто допускаетъ защиту не правомѣрнаго, а противоправнаго интереса. Здоровая римская логика едва-ли могла это допускать, ибо тогда пришлось бы распространить такое правило и на рядъ дѣяній, направленныхъ противъ постановленія судебного приговора или приведенія его въ исполненіе. *Lenel*¹⁾ видитъ въ дѣяніи не крупное фискальное нарушеніе, полагая, что фрагментъ „*in fiscalis causis constitutum est*“, но это дѣла не мѣняетъ. Вообще же мѣсто это весьма неясно; способъ формулировки — болѣе христіанскій, чѣмъ римско-юридическій. И если общей формулѣ, содержащейся въ концѣ фрагмента, можетъ быть придано какое-либо значеніе, то лишь посредствомъ толкованія а *posteriori*, слѣдующаго изъ вышеприведенныхъ мѣстъ²⁾.

Есть затѣмъ въ *Corpus iuris* мѣста, указывающія, что въ извѣстныхъ случаяхъ существованіе особой лежащей на дѣятелѣ обязанности не могло быть экципировано состояніемъ крайней необходимости. Это относится къ солдатамъ и рабамъ³⁾.

Что касается психическаго принужденія, какъ одного изъ источниковъ крайней необходимости, то римляне вообще не придавали ему значенія⁴⁾. Но въ области уголовно-правовой можно указать на *l. 16 § 1 D. 40, 12*. Если свободный гражданинъ по уговору съ кѣмъ либо продавался 3-мъ лицомъ, какъ рабъ, чтобъ потомъ раздѣлить съ нимъ полученныя деньги, то онъ становился, дѣйствительно, рабомъ, и *proclamatio ad libertatem* не допускалась (*l. 7 D. 40, 12*). Если же онъ соглашался на

¹⁾ *Palingenesia*, II, 420 *de iure fisci*.

²⁾ Въ *Corpus iuris* есть мѣста, указывающія, какое важное значеніе римляне придавали интересамъ религіознымъ (*l. 43 D. 11, 7*; *l. 7 pr. D. 11, 7*; *l. 53 § 7 D. 1, 30*), блугу свободы (*l. 30 D. 40, 12*; *l. 9 § 2 D. 40, 12*; *l. 29 pr. D. 44, 2* и др.); формулы *l. 106, 122, 209 D. 50, 17: libertas inaeestimabilis res, omnibus rebus favorabilior* и др.), чести (*l. 8 § 2 D. 4, 2: viris bonis iste metus maior quam mortis esse debet*), но всѣ эти мѣста ведутъ рѣчь не о крайней необходимости. Выводы и здѣсь возможны а *posteriori*.

³⁾ *l. 3 § 4*; *l. 6 § 3, § 5 D. 49, 16*; *l. 1 § 28 D. 49, 5*; ср. *l. 17 § 8 D. 47, 10*.

⁴⁾ См. *Tuhr* 10, 11; см., впрочемъ, *l. 7 § 1 D. 27, 6*.

это „*vi metuque compulsus*“, то послѣдняя имѣла мѣсто, ибо римляне усматривали въ его дѣяніи отсутствіе умысла (*dolo carere* ¹⁾).

Чтобы правильно обсуждать смыслъ этихъ немногихъ мѣстъ, коими исчерпываются постановленія римскаго права о крайней необходимости, слѣдуетъ ближе подойти къ существу преступленія, какъ понимали его римляне. Съ тѣхъ поръ, какъ пало архаическое пониманіе преступленія, какъ вреда, независимо отъ того, вложилась ли и насколько вложилась въ дѣяніе воля дѣятеля, — съ поры возникновенія субъективнаго направленія уголовнаго права, — римляне всецѣло отдали свое вниманіе этой субъективной сторонѣ. И если признать справедливымъ, что „идея вины является общимъ мѣриломъ отвѣтственности для развитою частнаго права римлянъ“ ²⁾, то это положеніе не менѣе справедливо и по отношенію къ позднѣйшему уголовному римскому праву, тѣмъ болѣе, что иски, съ которыми приходилось имѣть дѣло римлянамъ, какъ уже указано, носятъ двойную природу. То же заключеніе слѣдуетъ *a posteriori*, такъ какъ, несомнѣнно, наказаніе въ чистомъ его видѣ, освобожденное отъ частно-правовыхъ реквизитовъ, съ коими связано оно въ системѣ римскихъ частныхъ исковъ, есть бремя болѣе тяжкое, чѣмъ обязанность гражданскаго вознагражденія. И если послѣднее требовало строго наличности вины, то тѣмъ болѣе должно было требовать ея первое. Когда и какъ совершился этотъ поворотъ объективнаго воззрѣнія къ субъективному, трудно сказать ³⁾, да это и не представляетъ существеннаго интереса. Важна специфическая окраска этого новаго воззрѣнія, опредѣлившаяся уже въ философіи римскихъ писателей; наказаніе должно имѣть въ виду *consilium, vitia, cogitatio et spes ad maleficium* ⁴⁾. И *Corpus iuris* l. 7, l. 14 D. 48, 8 говоритъ: *in maleficiis voluntas spectatur, non rerum exitus*. Специальная сторона этого внутренняго момента дѣянія, *dolus*, обозначала у римлянъ мысль и волю, вложенную въ преступленіе, злое намѣреніе, направленное на по-

¹⁾ Въ литературѣ, — см. указанія у Morgand, 73 и пр. 2, — была сдѣлана попытка построить на отрывочныхъ указаніяхъ римскаго права о принужденіи психическомъ теорію подавленія свободы воли. См. также Binding, Normen II, 283 и пр. 351; 294, 295. Авторы упускаютъ изъ вниманія значеніе *dolus* въ римскомъ уголовномъ правѣ. Виѣ этого момента — правильно: Pernice, Labeo, II, 16, 17.

²⁾ Thering, Schuldmoment, 20 и сл., 61 и сл.

³⁾ Rein, Criminalrecht der Römer, 148, полагаетъ найти его зародыши уже въ XII таблицахъ.

⁴⁾ См. Rein, *ibid.*, цитаты изъ Цицерона.

раженіе интересовъ, на вредъ другому лицу. Эта внутренняя сторона подчеркивалась римлянами съ особой силой; въ ней должно было лежать *propositum, voluntas, animus nocendi, animus violandi*, т.-е. именно сознание и желаніе вредоноснаго, безнравственнаго, противоправнаго дѣянія. Отсюда объясняется и то нерѣдкое въ литературѣ утвержденіе ¹⁾, что римское уголовное право вообще не останавливалось на формальномъ моментѣ нарушенія закона, а направлялось на подавленіе въ дѣятелѣ его дурныхъ, противообщественныхъ сторонъ (*coercitio*). Pernice ²⁾ полагаетъ, что *iniuria*, ясно выраженная лишь въ *lex Aquilia, implicite* требовалось повсюду. Но римляне не соединяли съ понятіемъ *iniuria* точнаго содержанія. Вообще его сущность сводилась къ правонарушенію, *quod non iure fit*, но ближайшимъ образомъ характеръ послѣдняго неизвѣстенъ: легко могло быть, что въ понятіе *iniuria* входили и иныя противообщественныя, а не только неправомѣрныя дѣянія ³⁾. Тѣмъ не менѣе трудно предположить, чтобъ изложенная тенденція вытекала изъ какой-либо стойкой карательной теоріи римскаго права, ибо такого обобщенія римская наука никогда не достигала.

Такимъ образомъ, въ области преступленія римляне искали внутреннихъ моментовъ, съ доказанностью коихъ открывалась возможность примѣненія наказанія, и отсутствіе коихъ устраняло инъюріозный характеръ дѣянія.

Послѣднее положеніе создавалось съ точки зрѣнія римлянъ и крайнею необходимостью. Такъ *lex Aquilia* ⁴⁾ открывала отвѣтственность и за *culpa* въ смыслѣ техническомъ, неосторожность, но при наличности условій крайней необходимости римскіе юристы отрицали возможность *actio ex lege Aquilia*. *Non iniuria hoc fecit*, говорятъ I. 49 § 1 D. 9, 2 и I. 3 § 7 D. 47, 9, и основанія этого кроются именно въ сущности воззрѣній римскихъ на преступленіе, на его внутреннюю сторону. Эта идея совершенно послѣдовательно отмѣчается римлянами въ фрагментахъ, обнимающихъ отдѣльные случаи крайней необходимости. Вездѣ римскіе юристы подчеркиваютъ отсутствіе *dolus malus*, высказывая это категорически, напр., I. 3 § 7 D. 47, 9: *cum defendendarum mearum aedium causa fecerim... dolo careo*, или отмѣчая наличность преобладающаго мотива, исключавшаго

¹⁾ Ср. Tuhr, 122 пр. 4.

²⁾ Labeo II, 7—11.

³⁾ Иного мнѣнія Levita, 35; ср. Köstlin, Zeitschrift für deutsches Recht, XV, 155; Rein, 355.

⁴⁾ Rein, 339.

всякій *dolus malus*, напр., l. 3 § 7: *qui se tueri voluit, cum alias non posset*; l. 49 § 1 D. 9, 2: *iusto enim metu ductus ne ad se ignis perveniret*; l. 29 § 3 D. 9, 2: *si nullo alio modo, nisi praecisis funibus etc.*; l. 14 pr. D. 19, 5: *servandarum mercium suarum causa*; l. 1 D. 14, 2: *levandae navis gratia*. Въ то же время они подчеркиваютъ и моментъ невозможности иного выхода: *cum alias se tueri non posset, si nullo alio modo etc.*

Ясно поэтому, что римское право не могло смотрѣть на дѣяніе, совершенное въ состояніи крайней необходимости, какъ на дѣяніе правомѣрное. Съ точки зрѣнія римлянъ оно лишь не подвергалось отвѣтственности въ силу наличности въ немъ особаго субъективнаго момента. Этотъ моментъ не заключается въ присутствіи въ дѣяніи человѣческой слабости, какъ то полагаетъ Lasserre ¹⁾. Все, что можно вывести изъ постановленій римскаго права въ данной области, сводится къ тому, что оно исключало здѣсь *dolus malus*. Въ силу этого возможно утверждать, что римляне видѣли въ дѣяніи, совершенномъ въ состояніи крайней необходимости, лишь ненаказуемое дѣяніе, но тѣмъ не менѣе неправомѣрное ²⁾, въ силу чего имъ и потребовалось дать объясненіе ненаказуемости указаніемъ на обстановку дѣянія. Такимъ образомъ и формула „*pes iniuria*“ имѣетъ специальное значеніе, отрицаніе оффензивнаго характера въ дѣяніи, и идентично съ указаніемъ на отсутствіе *dolus* ³⁾. Эту же мысль подтверждаетъ l. 1 D. 48, 21, гдѣ ясно высказывается: *ignoscendum ei qui etc.* Нельзя простить правомѣрное дѣяніе, и если спасеніе жизни преступнымъ путемъ было неправомѣрно, то тѣмъ болѣе неправомѣрно было спасеніе *caeteris paribus* благъ низшаго порядка.

Быть можетъ, въ этомъ же взглядѣ римлянъ на дѣяніе, совершенное въ состояніи крайней необходимости, какъ на неправомѣрное дѣяніе, лежитъ и объясненіе того, что они не дали въ этой области общаго опредѣленія. То, что совершалось вопреки началамъ права, но не влекло отвѣтственности, могло быть лишь категорически, въ ограничительной формѣ указано

¹⁾ Etudes sur les cas de non culpabilité, 1877. Эта специфически-французская точка зрѣнія, предполагающая, что законодатель принимаетъ во вниманіе отсутствіе въ человѣкѣ „*grand courage*“, далека отъ римскихъ правовыхъ положеній.

²⁾ pro Janka 47—48; Titze 55.

³⁾ Иного мнѣнія Pernice, Sachbeschädigung, 27: понятіе *ius*, заключающееся въ *iniuria*, есть *ius* въ объективномъ смыслѣ. Крайняя необходимость (стр. 38) давала формальное право нарушенія.

закономъ. Тому времени свойственно было не обобщать положеній закона, а указывать ихъ наиболѣе конкретнымъ путемъ. Но, во всякомъ случаѣ, мотивъ, указываемый римскимъ правомъ для обоснованія ненаказуемости дѣятели, весьма богатъ по содержанию своему, и, если освободить его отъ исторической оболочки, онъ можетъ дать полезныя указанія и для разрѣшенія вопроса въ настоящее время ¹⁾.

Благодаря такой особенноти римскаго права, и объемъ дозволенной крайней необходимости не широкъ. Ясно *Corpus iuris* высказывается только о спасеніи имущества. Можно догадываться, что и иныя блага стояли въ не менѣе привилегированномъ положеніи, но утверждать это категорически ²⁾ невозможно. Несмотря на незначительность нарушенія, подкупъ противника въ дѣлѣ, I. 1 D. 48, 21, въ силу содержащагося въ немъ общаго положенія, если признать таковое не подлежащимъ сомнѣнію, даетъ основаніе для того вывода, что при опасности для жизни можетъ быть совершено всякое правонарушеніе. Напротивъ, при *reliculum rei* принесеннымъ въ жертву объектомъ могло быть только имущество. Заключеній о томъ, что римское право позволяло спасать только имущество высшей цѣнности на счетъ имущества низшей цѣнности или равноцѣннаго ³⁾ никоимъ образомъ сдѣлать нельзя, и для этого не открывается возможности ни въ одномъ фрагментѣ. Указанія литературы въ этомъ смыслѣ отличаются, быть можетъ, остроуміемъ, но не вѣрностью источникамъ. Впрочемъ, нельзя не согласиться съ Янкой, что комплексъ I. 1 D. 48, 21 и иныхъ мѣстъ указываетъ на качественное различіе спасаемыхъ благъ, отмѣченное римлянами привилегированнымъ положеніемъ блага жизни, но не болѣе.

Такова сущность постановленій римскаго права о крайней необходимости. Эти постановленія неразрывно связаны съ взглядами римлянъ на преступленіе. Оторванные отъ сущности такихъ взглядовъ и перенесенныя хотя бы въ наше право, они оказались бы совершенно неправильными, ибо всякая система общихъ положеній несетъ съ собой свои консеквенціи. Но тѣмъ не менѣе

¹⁾ Замѣчательно, что по взглядамъ старыхъ шотландскихъ юристовъ положеніе крайней необходимости устраняетъ *dolus*. Это основывалось на весьма старомъ „Statute of the Law of Burdinseck“, по коему виновный не могъ быть наказанъ, какъ воръ, если онъ укралъ, напр., теленка, барана или вообще количество мяса, какое могъ унести на спинѣ. См. Simonson, Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft, X, 383.

²⁾ Какъ то дѣлаютъ Янка, 47; Moriaud, 75.

³⁾ Stammler, 15, 16 пр. 1; Moriaud, 76.

въ римской точкѣ зрѣнія на вопросъ лежитъ много вѣрнаго, болѣе или менѣе тонко подмѣченного, что и нынѣ нельзя игнорировать при рѣшеніи вопроса о наказуемости акта крайней необходимости.

III.

Совершенно инымъ путемъ шло право каноническое, постановленія коего, впрочемъ, далеко не являются такъ же значительными съ юридической точки зрѣнія, какъ положенія права римскаго.

Особый интересъ къ постановленіямъ каноническаго права со стороны нѣмецкой уголовно-юридической литературы ¹⁾ объясняется по преимуществу національной точкой зрѣнія. Съ послѣдней точки зрѣнія нѣмецкая наука изучаетъ какъ первоначальные источники каноническаго права, *Bussordnungen*, такъ и *Corpus iuris canonici*, стремясь установить связь, которая существуетъ между каноническими правоположеніями и германскимъ правомъ той и позднѣйшей эпохи ²⁾. Напротивъ, вѣтъ такой національной концепціи, едва-ли положенія каноническаго права могутъ имѣть широкое значеніе въ уголовно-юридической сферѣ. Они не даютъ представленія объ извѣстныхъ стадіяхъ, которыя проходилъ тотъ или иной уголовно-правовой институтъ въ своемъ развитіи, ибо пониманіе преступленія и наказанія въ нихъ принимаетъ специфическую окраску, чуждую по существу своему праву уголовному. Церковь смотритъ на преступленіе, какъ на грѣхъ ³⁾, и на наказаніе, какъ на мѣру искупленія грѣха, умиротворенія совѣсти виновнаго ⁴⁾. Наложеніе или неналоженіе церковныхъ взысканій за то или иное дѣяніе не требуетъ тѣхъ реквизитовъ, которые *caeteris paribus* должны характеризовать дѣяніе съ чистой уголовно-правовой точки зрѣнія. Церковныя

¹⁾ Wilda, *Strafrecht der Germanen*, 114, 115; Levita, 53; Stammer, 17.

²⁾ См. между прочимъ Titze, *Nothstandsrechte im B. G. B.*, 1897. На всей книгѣ отразилась тенденція автора исторически обосновать положенія новаго германскаго гражданскаго уложенія.

³⁾ Walter I. c. 430; Richter, *ibid.*

⁴⁾ Walter, I. c. 429; Richter, I. c., 650: *die Kirche... sucht, den Verbrecher zu heilen, gewährt ihm Verzeihung und Versöhnung*; Friedberg, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, 1884, 207: *die Kirche... gewährt dem Sünder die Lösung von der Sünde*; Marezoll, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1856, 29, 30: *moralische Besserung, Seelenheile*; Rosshirt, *Geschichte des Rechts im Mittelalter*, 1846, 333: *das canonische Recht hatte Strafzwecke im Sinne der christlichen Charitas.*

наказанія нельзя разсматривать, какъ правовыя, ибо они не имѣютъ въ виду возстановленія нарушеннаго дѣяніемъ правопорядка или поддержанія его авторитета; они налагаются съ единственной цѣлью, чтобъ, по возможности, дѣяніе не совершалось вновь; они не предполагаютъ существованія нормы положительнаго права и могутъ игнорировать наличность или отсутствіе юридической вмѣняемости¹⁾. Все это подтверждается уже тѣмъ, что наказанія церковныя налагаются, напр., за одну мысль или чувство²⁾, или за дѣяніе съ точки зрѣнія свѣтской юрисдикціи правомѣрное, каковы, напр., актъ необходимой обороны, убійство на войнѣ или отправленіе уголовного правосудія³⁾. Для церковнаго наказанія не важно его правовое основаніе, ибо, по характерной формулѣ Вальсамона⁴⁾ *roepae ecclesiasticae non puniunt, sed sanctificant et medentur, lex autem civilis punit, non medetur*. Поэтому и выводы, которые дѣлаются въ литературѣ изъ постановленій каноническаго права какъ въ пору *Bussordnungen*, такъ и въ пору дѣйствія *Corpus iuris canonici*, должны быть отмѣчены специфическими чертами и подвергнуты своего рода исторической критикѣ, ибо иначе они будутъ принципиально неправильны и непримѣнимы ни къ какому научному построению. Эта критика не стоитъ въ зависимости отъ взаимоотношенія церковной и свѣтской юрисдикціи или вообще отъ отношенія государства къ церкви⁵⁾, ибо эта сторона вопроса не имѣетъ здѣсь значенія или имѣетъ постольку, поскольку дѣяніе, признаваемое ненаказуемымъ церковью, считалось таковымъ и въ свѣтскомъ законодательствѣ⁶⁾. Болѣе важна здѣсь своеобразная трансформация нормъ, нарушеніе коихъ создаетъ основаніе церковному наказанію, особый характеръ каноническихъ нормъ, ихъ внутренняя психическая окраска, ихъ морально-религіозное направленіе. Не являясь правовыми нормами въ смыслѣ положительнаго свѣтскаго законодательства, каноническія нормы не перестаютъ, однако, быть извѣстнаго рода велѣніями, нарушеніе коихъ является преступленіемъ—грѣхомъ и основаніемъ церковнаго наказанія.

¹⁾ Ср. Friedberg, I. с. 207.

²⁾ *Poenit.* XXXV cap. с. 29: *si quis iram contra alium habet in corde etc.*

³⁾ C. 1 Dist. LI; с. 24 X de homic. 5, 12; с. 30 с. XXIII qu. 8; с. 5 X de cler. vel mon. III, 50; с. 5. C. XXIII qu. 1.

⁴⁾ Migne, *Patrologia Graeca* t. 137, II, 718.

⁵⁾ Levita, 53; Holtzendorff, *Handbuch des Strafrechts*, I, 39.

⁶⁾ Въ этомъ смыслѣ положеніе постоянно мѣнялось. Ср. Walter, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, 14 изд. 1871, стр. 430; Richter, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, 7 изд. 1874, стр. 647; Viollet, *Précis de l'histoire de droit français*, 1886, стр. 24.

Съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ обсуждать и постановленія каноническаго права о крайней необходимости.

Въ сферѣ этого вопроса нѣсколько указаній находится въ Bussordnungen ¹⁾, гдѣ идетъ рѣчь о нарушеніи чисто церковныхъ запретовъ, напр., о совершеніи священникомъ богослуженія при отсутствіи надлежащей обстановки, о нарушеніи правилъ обряда крещенія ²⁾, объ употребленіи запрещенной церковными правилами пищи ³⁾, о принесеніи клятвы, отпаденіи отъ вѣры и пр. ⁴⁾, о нарушеніи обѣта ⁵⁾, и повсюду наказаніе, налагаемое за нарушеніе запрета, устраняется или подвергается значительному смягченію. Церковь не могла настолько быть связана формализмомъ своихъ постановленій, чтобъ за ними забывать свои высшія духовныя цѣли.

Изъ сферы общихъ преступленій въ Bussordnungen встрѣчаются указанія на лжесвидѣтельство ⁶⁾, наказаніе за какое въ значительной степени уменьшается, если мотивомъ дѣянія служилъ страхъ „*membra perdere, aut vitam, aut ad ultimum bona*“, и на кражу по нуждѣ,—постановленіе, повторенное въ этихъ источникахъ неоднократно и сыгравшее огромную роль въ позднѣйшей доктринѣ. Pseudo-Bedae (VIII вѣка) с. 39 § 3 говорятъ: *Si quis per necessitatem furaverit cibaria vel vestem sive quadrupedem per famem aut per nuditatem, illi venia datur et jejundet hebdomadas tres: si reddidisset, non cogatur jejunare* ⁷⁾.

¹⁾ Цитаты по Wasserschleben, Bussordnungen der abendländlichen Kirche, 1851.

²⁾ Wasserschleben, 145,—Theodorus (архиепископъ Кентерберійскій, 690 г.), Capitula Dacheriana с. 13, 18, 41, 58, 79; Wasserschleben, 160,—Canones Gregorii с. 24, 54, 155, гдѣ повсюду указаны исключенія изъ запрета: *pro necessitate, pro magna necessitate, per necessitatem, si necesse est*.

³⁾ Wasserschleben, 191, 192,—Theodorus, Poenitentiale I, 7 § 6: *qui manducat carnem immundam aut morticinam dilaceratam a bestiis, XL dies poeniteat. Si enim necessitas cogit famis, non nocet, quoniam aliud est legitimum, aliud quod necessitas cogit*. См. также *ibidem*, § 9; II, 8 § 2.

⁴⁾ Wasserschleben, 238,—Poenitentiale Egberti (архiep. Йоркскій, 767), с. VI §§ 1—4; Wass. 267,—Pseudo-Bedae, XVIII § 2; Wass. 191,—Poenit. Theodori, I, 5, 14; Wass. 404,—Merseburgense, с. 133; Wass. 488,—Poenit. Cummeani XI, § 32—съ тѣми же указаніями: *pro qualibet causa necessitatis, sine ulla necessitate etc.*

⁵⁾ Theodorus, canones Gregorii с. 188; Poenitentiale I, 6 §§ 1, 2; Corrector Burchardi (еписк. Вормскій, 1012) с. 31: *fecisti periurium coactus et per necessitatem aut pro vita tua, quia dilexisti corpus plus, quam animam etc.*—богѣ слабая бысса; Pseudo-Bedae с. 49 § 2: *coactus, pro vita redimenda—tres quadragessimas poeniteat; si pro alia aliqua necessitatis causa—tres annos*.

⁶⁾ Corrector Burchardi, с. 51; Wasserschleben, 642.

⁷⁾ Ср. Merseburgense с. 31; Vindobonense с. 34; Poenit. Pseudo-Theodori, VIII, § 18; Corrector Burchardi с. 38; Civitatense с. 78 (Wass. 275, 394, 419,

Этимъ исчерпываются постановленія Bussordnungen по вопросу о крайней необходимости ¹⁾. Характеръ этихъ постановленій отразился и на Corpus iuris canonici, ибо въ основаніе послѣдняго Bussordnungen легли, какъ одинъ изъ элементовъ.

Corpus iuris canonici принимаетъ во вниманіе крайнюю необходимость чаще всего при выполненіи чисто церковныхъ предписаній, напр., нарушеніи объѣта ²⁾, нарушеніи поста ³⁾, сношеніи съ лицомъ экскоммуницированнымъ ⁴⁾, нарушеніи ритуала таинства крещенія ⁵⁾. По поводу нарушенія чисто религиозныхъ правилъ о соблюденіи отдыха въ седьмой день, о соблюденіи требуемыхъ церковными правилами извѣстныхъ обрядностей—Corpus iuris canonici даетъ общія опредѣленія: с. 4 X de reg. iuris V, 41,—*quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Nam et sabbatum custodiri praeceptum est; Mascabaei tamen sine culpa sua in Sabbato pugnabant; sic et hodie si quis jejunium fregerit aegrotus, reus noti non habetur.* С. II

592, 639, 698). См. также Wasserschleben, Irische Canonensammlung, 1874, стр. 12с, lib. XXIX de furto с. 9: Salomon ait: non grandis culpa est, si quis furatus fuerit, furatur enim, ut esurientem impleat animam. Ac si dicat: si necessitas famis cogerit quemquam, minoris culpa est, si furetur, *sed notandum est, quod non dicit, non culpa est, sed dicit, non grandis culpa est* etc. Постановленія о голодной кражѣ появляются въ VIII вѣкѣ впервые. Была сдѣлана попытка (Bartolus, Baldus, см. Tuhr, 121 пр. 1) отнести начало этого ученія еще къ римскому праву (l. 2 § 2 D. de lege Rhodia, 14, 2: nisi si qua consumendi causa imposita forent, quo in numero essent cibaria: eo magis quod si quando ea defecerint in navigatione, quod quisque haberet in commune conferret), но приводимый фрагментъ не относится къ постановленіямъ о голодной кражѣ ни по содержанию своему, ни по специальному значенію. Walch, Opuscula, III, 283 видитъ зачатки родственныхъ постановленій въ l. 21, l. 26 D. de furtis.

¹⁾ Приводимыя Stammeler'омъ (18) мѣста: Corrector Burchardi с. 1 de homicidio voluntarie, sine necessitate, Poenit. Civitatense с. 47, Confessionale Pseudo-Egberti с. 24—относятся къ необходимой оборонѣ, ср. Levita, 55; Geyer, 69; Moriaud, 91.

²⁾ С. 10 X de iure jur. II, 24; с. 3 С. XXII qu. 5: si quis coactus pro vita redimenda vel pro qualibet causa vel necessitate (periurium fecerit), quia corpus quam animam dilexit, tres quadragesimas poeniteat etc.

³⁾ С. 6 X de poenit. V, 38—si necessitas id exposcat, discretionem tamen adhibita, quod non ad delicias, sed ad necessariam solummodo sustentationem...; с. 2 X de observ. jejunium III, 46—illos non credimus puniendos, quos tam urgens necessitas excusavit.

⁴⁾ С. 102 С. XI qu. 3.

⁵⁾ С. 19 Dist. IV de consecr.: constat baptismum solis sacerdotibus esse traditum, eiusque ministerium nec ipsis diaconis explere est licitum absque episcopo vel presbytero, nisi his procul absentibus ultima languoris cogat necessitas. Quod et laicis fidelibus plerumque permittitur.

Dist. I de consecr. (Sacrificia non nisi super altare et in locis Deo consecratis offerantur)... nisi pro summa necessitate contingat, *quoniam necessitas legem non habet*. C. 30 C. I qu. 1,— добавленія Граціана: notandum est, quod sacramentorum alia sunt dignitatis alia necessitatis. Quia enim *necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*.

Изъ области же общихъ преступленій встрѣчаются въ Corpus iuris указанія на кражу: с. 3 X de furtis V, 18 (furtum ex necessitate non multum urgente)¹⁾: si quis propter necessitatem famis aut nuditatis furatus fuerit cibaria, vestem vel pecus, poeniteat hebdomadas tres, et si reddiderit, non cogatur jejunare. C. 26 Dist. V de consecr (raptorem vel furem non facit necessitas, sed voluntas): Discipulos cum per segetes transeundo evellerent spicas ed ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt, при чемъ въ с. 8 §§ 3, 4 Dist. XLVII приводятся и основанія такого оправданія: proprium nemo dicat, quod est commune. Neque enim minus criminis est habenti tollere, quam cum possis et habundas indigentibus degenerare. Esurientium panis est, quem tu detines; nudorum indumentum est, quod tu recludis; miserorum redemptio est et absolutio pecuniae, quam tu in terra defodis.

Таковы постановленія каноническаго права о крайней необходимости. Можно ли изъ нихъ сдѣлать тотъ выводъ, что крайняя необходимость давала право на совершеніе запрещеннаго дѣянія²⁾, что для защиты жизни могло быть пожертвовано всякое чужое благо³⁾, будь это жизнь, тѣлесная неприкосновенность или имущество, и могло быть совершено нарушеніе всякой обязанности? Или, наоборотъ, слѣдуетъ сказать, что постановленія каноническаго права совершенно неопредѣленны, то слишкомъ общи, то странно узки?⁴⁾ Ни того, ни другого вывода сдѣлать нельзя. Церковь въ правѣ своемъ отдала дань той идеѣ, осуществлять которую она призвана. Она смотрѣла на преступленіе съ точки зрѣнія грѣховности, съ точки зрѣнія специфическихъ церковныхъ ученій, и этимъ моментомъ объясняется весь комплексъ постановленій каноническаго права. На этой почвѣ открывается и истинный смыслъ общихъ формулъ:

¹⁾ Summa эта примиряетъ противорѣчіе съ с. 26 Dist. V de consecr. Ср. Covarruvius, opera I, II Relect. c. Peccatum de Reg. iuris in 6 § I n. 3: hic non extrema necessitas, sed aliquando remissior.

²⁾ Moriaud, 99.

³⁾ Stammler, 21; Titze, 59 видитъ въ голодной кражѣ отправление Nothrecht.

⁴⁾ Janka 50, 51.

„что недозволено въ законѣ, дѣлаеть дозволеннымъ необходимость“, или „необходимость не знаетъ закона и сама творить себѣ законъ“,—формуль, коими таеъ часто злоупотребляла позднѣйшая доктрина. Вложенный въ нихъ принципъ нельзя произвольно отрывать отъ тѣхъ правоположеній, къ коимъ онъ относится и изъ существа коихъ онъ выведенъ. А относится онъ къ соблюденію церковнаго ритуала, къ дозволенію совершать богослуженіе и въ необычномъ мѣстѣ, не надъ алтаремъ, или къ соблюденію церковныхъ же предписаній объ отдыхѣ въ седьмой день или о постѣ. Ясно, что церковь не могла на первый планъ выдвигать обрядность и за нею забывать сущность религиозной идеи, забывать челоуѣка и его нужды, ради которыхъ церковь существуетъ. Эта мысль проста и естественна, но вынесенный изъ ея примѣненія принципъ нельзя произвольно расширять. Противъ такого расширенія говорятъ и иныя мѣста изъ *Corpus iuris canonici*. Еслибъ принципъ „*necessitas legem non habet*“ былъ общимъ правиломъ и легко вытекалъ изъ *naturalis ratio*, онъ нашель бы себѣ мѣсто въ с. 7 *Dist. I*, гдѣ говорится: *Jus naturale et commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio et omnium una libertas, acquisitio eorum, quae coelo, terra marique capiuntur; item depositae rei vel commodatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsio. Nam hoc, aut si quid huic simile est, nunquam iniustum, sed naturale aequumque habetur.* И между тѣмъ въ этомъ мѣстѣ ни слова не говорится о значеніи необходимости, и, напротивъ, для объясненія ненаказуемости кражи съ голоду с. 8 §§ 3, 4 *Dist. XLVII*,—приводится особое, нашедшее себѣ и въ с. 7 *Dist. I* мѣсто—основаніе: *communis omnium possessio*, хотя кража съ голоду легко объяснялась бы съ точки зрѣнія принципа „нужда закона не знаетъ“, еслибъ послѣдній принципъ былъ общъ. Указанную мысль подтверждають и с. 3 *X de furtis V*, 18, гдѣ за кражу съ голоду полагается *poenitentia*, *Civitatense* с. 78—*levis poenitentia*, и *Pseudo-Bedaе* с. 39 § 3, гдѣ указывается: *illi venia datur*. И по отношенію къ инымъ дѣяніямъ можно встрѣтить тѣ же указанія: за нарушеніе обѣта подъ вліяніемъ крайней необходимости полагалась *poenitentia* (с. 3 *C. XXII qu. 5*); въ с. 2 *X de observ. jejun III*, 46 категорически сказано: *illos non credimus puniendos, quos tam urgens necessitas excusavit*. Еслибъ указанный выше принципъ былъ всеобъемлющимъ, то такіа отступленія отъ него, притомъ весьма частыя, были бы нело-

гичны. На самомъ же дѣлѣ эти отступленія объясняются ограниченнымъ объемомъ общаго положенія. Надъ нимъ стоялъ, несомнѣнно, еще болѣе общій взглядъ каноническаго права, сущность котораго заключается въ томъ, что крайняя необходимость сама по себѣ не является обстоятельствомъ, сообщающимъ дѣянію характеръ, согласный съ существомъ каноническихъ велѣній.

Но если и можно сказать затѣмъ, что каноническое право видѣло въ крайней необходимости моментъ, лишь устраняющій наказуемость или смягчающій ее ¹⁾, то тѣмъ не менѣе нельзя игнорировать того обстоятельства, что наказуемость съ точки зрѣнія каноническаго права опредѣлялась противоправностью дѣянія лишь въ особомъ церковно-правовомъ смыслѣ, въ смыслѣ нарушенія религиозно-нравственныхъ велѣній, а отсюда—особой субъективной стороною дѣянія, возмущеніемъ духовнаго міра дѣятеля, требовавшего покаянія, очищенія. Въ виду этого, даже отрицая сдѣланные въ литературѣ выводы, устанавливающіе, что по понятіямъ каноническаго права дѣяніе въ крайней необходимости было дѣяніемъ правомѣрнымъ, нельзя идти далѣе и придавать точное юридическое значеніе заключеніямъ, сдѣланнымъ въ текстѣ, ибо наказаніе каноническое, какъ уже указано, могло слѣдовать и слѣдовало даже за дѣяніемъ съ свѣтско-юридической точки зрѣнія правомѣрнымъ, и наоборотъ. Оно опредѣлялось иными, внѣправовыми моментами, гдѣ все шатко, все строится на неюридическихъ основаніяхъ, все проникнуто особымъ религиознымъ субъективизмомъ. Въ этомъ смыслѣ каноническое право какъ въ области вопроса о крайней необходимости, такъ и вообще въ области уголовно-правовой—безплодно. Позднѣйшей наукой это не было понято; она восприняла многія изъ положеній каноническаго права, какъ точныя юридическія формулы, что надолго внесло недоразумѣнія, неопредѣленность и споръ во всю постановку вопроса.

Отсюда ясны и ограниченія, которыя дѣлаетъ каноническое право въ области объема крайней необходимости. Почти во всѣхъ постановленіяхъ идетъ рѣчь о коллизіи между личными благами субъекта ²⁾ и соблюденіемъ предписанія закона, т.-е.

¹⁾ Ср. Gillischewski, Ueber Nothstand und Nothrecht, 1873, 11—мнѣніе афористическое.

²⁾ Кромѣ, конечно, благъ отвѣченно-религознаго характера. См. Corrector Burchardi c. 51: *membra perdere, vitam aut adultimum bonasua*; Pseudo-Bedaе c. 49 § 2: *pro vita redimenda, pro alia aliqua necessitatis causa*; c. 3 C. XXII qu. 5: *pro vita redimenda etc.*; c. 6 X de poenit. V, 38: *ad necessariam-solummodo sustentationem*.

въ сущности формальнымъ нарушеніемъ ¹⁾. За исключеніемъ кражи, ненаказуемость коей объясняется притомъ спеціальными коммунистическими соображеніями, каноническое право не говоритъ объ иныхъ коллизіяхъ личныхъ благъ индивидовъ. Быть можетъ, такая постановка вопроса, если придать ей болѣе общее значеніе, весьма правильна, но каноническое право едва-ли имѣло это въ виду. Оно имѣло дѣло съ опредѣленнымъ кругомъ отношеній, съ особымъ міромъ нормъ, ихъ нарушеній и слѣдующей за послѣдними реакціи, и эта характерная черта отразилась на всемъ строѣ каноническихъ правоотношеній.

При всемъ томъ и каноническое право требовало извѣстной степени необходимости, чтобъ дѣяніе встало въ привилегированное положеніе. *Necessitas* должна быть *ultima* (с. 19 *Dist. IV de consecr.*), *summa* (с. II *Dist. I de consecr.*), *urgens* (с. 2 *X de observ. jejun. III, 46*), *vera, non simulata* (с. 102 *C. II qu. 3*) и т. д. Всѣ эти выраженія, несомнѣнно, говорятъ въ пользу того, что даже и каноническому праву порою не чужды былъ формализмъ извѣстныхъ требованій, смягчить которыя могла лишь высшая степень необходимости.

Для полноты обзора не лишено интереса коснуться и постановленій восточнаго каноническаго права. Сущность его опредѣлений остается та же. Церковь „*non punit, sed sanctificat, medetur*“, какъ сжато формулировалъ идею церковнаго наказанія Вальсамонъ ²⁾. Въ виду этого противоправность дѣянія является необходимымъ реквизитомъ наказанія также лишь въ спеціальномъ церковномъ смыслѣ.

Весьма суровымъ является отношеніе восточнаго каноническаго права къ отступленію отъ вѣры православной (Прав. Апост. 62; прав. II Ник. соб.; пр. 3 Посл. Петра Александрійскаго). Характерно по этому поводу замѣчаніе Вальсамона ³⁾: *etsi ius civile et dat veniam, qui vi vel metu aliquid facere adactus est,—ius tamen ecclesiasticum vult omnes orthodoxos esse fidei confessores*. Здѣсь замѣчается то же своеобразие церковной точки зрѣнія, строгость ея отношенія къ существу христіанской идеи. Все же, что выходитъ за эти предѣлы, что затрагиваетъ лишь обрядность, внѣшность, то и въ мнѣніи восточной церкви не встрѣчаетъ суроваго ригоризма. Въ этой сферѣ восточная цер-

¹⁾ Ср. Moriaud, 98.

²⁾ Толкованіе на пр. 43 Василія Каппадокійскаго.

³⁾ Migne, *Patrologia Graeca*, t. 137, стр. 160, I.

ковъ принимаетъ во вниманіе крайнюю необходимость, усматривая въ ней особый элементъ субъективной обстановки дѣянія, вызывающій снисхожденіе къ дѣятелю. Прав. Апост. 54, прав. 24 Лаодикійскаго Собора и 40-е Карфагенскаго не находятъ возможнымъ подвергать наказанію члена клира, зашедшаго утолить голодъ „in publicum diversorium“, когда иначе грозило изнеможеніе. Въ дѣяніи нѣтъ вины, по толкованію Зонары; дѣяніе должно быть прощено (ignoscendum est), по мнѣнію Аристина ¹⁾. Иныя постановленія права восточной церкви такъ же, какъ и западной, имѣютъ въ виду ритуальныя нарушенія, или, напр., употребленіе недозволенной пищи и т. д. Окраска постановленій та же; сущность же ихъ для точныхъ юридическихъ выводовъ — такъ же бесплодна.

IV.

Не чужды нормы, отмѣчающія значеніе крайней необходимости, и древне-германскому праву.

Существуетъ мнѣніе, что германцы квалифицировали дѣяніе, совершенное въ состоянціи крайней необходимости, какъ правомѣрное, что они знали только право нужды (Nothrecht) ²⁾. Возможность такого предположенія какъ-бы открывается народными пословицами ³⁾: Noth kennt kein Gebot; Noth bricht Eisen; ein besser Recht ist Leibesnoth, als Herrn Gebot; Noth sucht Brod, wo sie es findet; ein Nothschlag — kein Todtschlag и т. д. Но какія-либо заключенія на основаніи этихъ плодовъ народной мудрости должны быть дѣлаемы лишь съ большою осторожностью. Прежде всего трудно опредѣлить пору возникновенія и дальнѣйшаго значенія пословицы, ибо послѣдняя носитъ на себѣ слѣды чрезвычайно различныхъ историческихъ наслоеній ⁴⁾, а затѣмъ рискованно дѣлать изъ нея какіе либо юридическіе выводы. Нельзя навѣрное сказать, что смыслъ пословиць обнимаетъ элементъ противоправности дѣянія, а не элементъ наказуемости. Кромѣ того, по отношенію къ германскимъ пословицамъ слѣдуетъ замѣтить, что неизвѣстно, явились ли они плодомъ самостоятельнаго народнаго творчества, или отраженіемъ каноническихъ формулъ. По замѣчанію Вильды (525) чрезвычайно

¹⁾ Migne, l. c. t. 137, I, 147.

²⁾ Moriaud, 85—87; Titze, Die Nothstandsrechte, 1897, стр. 49.

³⁾ Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, 1864 S. 388 и слѣд.

⁴⁾ Ср. Walch, Opuscula, III, 288.

трудно и едва-ли возможно съ полной опредѣленностью установить, какіе элементы въ древне-германскомъ правосознаніи являются чисто германскими, и какія каноническаго происхожденія. Быть можетъ, послѣднее наложило свою печать и на эту сторону народнаго правовоззрѣнія, и тогда истинный смыслъ его раскрывается. — Безспорно, что крайняя необходимость принималась германцами во вниманіе въ весьма широкомъ объемѣ ¹⁾, но указанія положительнаго права далеко не говорятъ о самостоятельномъ значеніи права нужды или, даже устанавливая такое, строить его на особыхъ основаніяхъ, на особомъ *ratio*, а не на общемъ принципѣ *Nothrecht*.

Положительное древне-германское право даетъ въ этой сферѣ лишь отрывочныя указанія. Такъ по вестготскому праву бѣднякъ ²⁾, который не могъ достать работы и для утоленія собственнаго или своихъ близкихъ голода тайно совершилъ похищеніе, не признавался виновнымъ въ кражѣ, но за третью такую кражу уже подвергался наказанію, — *sei er Huin und misse Haut und Ohren*. Кража съ голоду, такимъ образомъ, правомѣрнымъ дѣяніемъ не была.

Рядъ другихъ мѣстъ говоритъ о томъ, что путникъ могъ развести огонь въ чужомъ лѣсу, срѣзать вѣтви съ деревъ, чтобъ исправить повозку, пустить утомленнаго коня пасть на чужой лугъ, собирать для утоленія голода ягоды грибы и пр. ³⁾

¹⁾ См. м. проч. A. Schmidt, *Echte Noth, ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1888—о процессуальномъ значеніи крайней необходимости.

²⁾ Wilda, 940, и указанія источниковъ.

³⁾ См. у Wilda стр. 140, 939; у Grimm'a, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 1854, стр. 400, 402, 517 и сл., 523, 554 и др., а также *Lex Visigothorum*, VIII, 2, 3: *Qui in itinere constitutus cuiuscunque forsitan campo applicaverit et ad coquendum cibum aut frigoris necessitate compulsus ignem fecerit, cautus sit ne ignis longius dilabatur. Aut si in spinis, sive in pabulis siccis, in quibus plerumque flamma nutritur, incendium conualescat, ignem cum crescit extinguat etc.* Позднѣе, *Sachsenspiegel*, II, 68: *Irleget deme wech verdigen manne sin perd, he mut wol korn Sniden unde im geven, else verne also he't gereken mach stande in me wege mit enen vute; he ne sal is aver nicht dannen voren.* См. также *Görlitzer Landrecht* c. XLI, § 2 (*Stammeler* 22; *Titze* 48); *Leg. feudorum* II § 27: *Quicunque per terram transiens equum suum pabulare voluerit, quanto propinquius secundum viam stans in loco amplecti potuerit ad refectiorem et reparationem equi sui, impune ipsi equo porrigat. Licitum sit etiam ipsi uti herba et viridi salva: et sine vastatione aliqua quilibet utatur pro sua commoditate et usu necessario.* Ср. *Monumenta Germaniae Historica*, 1893, *Legum sect. IV, Constit. I*, стр. 194,—*Friederici I Const. de pace tenenda*, 1152 года § 20, гдѣ повторено предыдущее постановленіе буквально; *ibid* стр. 382, *Friederici I Innovatio pacis Franciae Rhenensis* 1179 года § 13—постановленіе аналогичнаго содержанія, а также *Monum. Germ. ibid. const. II*, стр. 395, *Heinrici*

Всѣ эти случаи совершенія дѣянія въ крайней необходимости, за каковые не полагалось наказанія въ германскомъ правѣ (*impune, licitum, non sit culpa, nulla calumnia*), находятъ себѣ, однако, объясненіе, вытекающее не изъ общаго правового значенія послѣдней. Wilda ¹⁾ и Osenbrüggen ²⁾ говорятъ, что здѣсь отразилась идея германской *Friedensgenossenschaft*, налагавшей на всѣхъ сочленовъ обязанность взаимной помощи, со-сѣдско-дружеской поддержки. Конечно, если это объясненіе и способно привести къ идеѣ права нужды, то лишь путемъ посредственнымъ. Правомѣрный характеръ дѣянія, совершаемаго въ извѣстныхъ исчерпываемыхъ закономъ случаяхъ подъ давленіемъ крайней необходимости, опредѣляется не самостоятельнымъ правовымъ значеніемъ коллизіи интересовъ или особаго положенія дѣятеля, характернаго для крайней необходимости, а специфическими социальными воззрѣніями. Въ ограниченнаго круга случаевъ данный принципъ бесплоденъ. Къ тѣмъ же результатамъ приводитъ и иное, быть можетъ, болѣе правильное объясненіе. Въ приведенныхъ случаяхъ наблюдается общая всѣмъ народамъ на ранней ступени ихъ развитія идея—идея общности земли, лѣса, продуктовъ его, созданныхъ Богомъ для всѣхъ; проведеніе этой идеи въ законъ, а не состояніе крайней необходимости имѣетъ здѣсь первенствующее значеніе. Такое объясненіе также устраняетъ утвержденіе, что крайняя необходимость сама по себѣ создавала по началамъ германскаго права—право на нарушеніе чужихъ интересовъ.

Приведенными данными почти и исчерпываются постановленія германскаго права о крайней необходимости ³⁾. Рядъ ука-

regis Renovatio pacis antiquae Saxonicae, 1223 года § 8-ой. См. *Edict. Rothar.* с. 305: *si iterans homo propter utilitatem suam foris clausuram spulaverit, non sit ei culpa*; *Lex Visigot.* VIII, 4,24: *si iter clausum aut constrictum sit, rum-penti sepe aut vallum nulla calumnia moveatur.*

¹⁾ I. с. 140, 939.

²⁾ *Das alamannische Strafrecht*, 1860, стр. 350.

³⁾ Указанія Wilda стр. 928, 929, *Stammler*, 24; *Titze* 45 на *Lex Burgund*, XXIII, 2; *Edictum Roth.* 330; *Lex Alam.* 84, 5; *Lex Baiuvar.* 19, 10; *Schwabenspiegel* стр. 278, *Sachsenspiegel* II, 62 § 2 и равнѣ въ *Magdeburger Blume* I, 140; *Goslaer Statuten* 43, 31 (*notweringe, nodwer*)—относятся къ необходимой оборонѣ, а не къ крайней необходимости, ибо въ ту пору защиту отъ нападенія животнаго разсматривали, какъ необходимую оборону, потому что исходили изъ положенія защищающагося, а не нападающаго,—ср. *Berner, Nothwertheorie*, *Archiv des Criminalrechts*, 1848, стр. 551; *Osenbrüggen* I. с., стр. 155. Отсюда и правомѣрный характеръ дѣянія по отношенію къ собственнику животнаго.—Объясненія *Moriaud* съ ссылкой на *Grimm*'а I. с., 664, 665 не могутъ быть признаны удачными, ибо *Grimm* говоритъ лишь объ отвѣтственности

завій Osenbrüggen'a ¹⁾, Stammler'a и Moriaud на Monumenta Germanica I р. 366 и сл., на Grimm'a, 487 и на Tac. Annal. IV, 72, а также указанія Lassere ²⁾ имѣютъ лишь анекдотическій, а не научный интерес ³⁾. Постановленія эти, такимъ образомъ, допускаютъ объясненіе на почвѣ социальныхъ или экономическихъ воззрѣній той эпохи. Къ этому присоединялся, быть можетъ, особый характеръ германскаго уголовного права, проникнутый субъективизмомъ. Право германское углублялось внутрь человеческого дѣянія ⁴⁾, оно искало во внутренней сторонѣ этого дѣянія низкаго, позорнаго побужденія, особой порочности воли. Пользованіе плодами чужой собственности дозволялось только „pro sua commoditate et usu necessario“ ⁵⁾, „quod satis est“ ⁶⁾, но съ условіемъ „quod nihil inde deferat“ ⁷⁾, иначе дѣятель „pacem violavit, fur suspendetur“. Здѣсь отсутствіе элемента корысти, въ ненаказуемости кражи съ голоду игнорированіе элемента тайны, скрытности, вновь отбѣнявшагося въ наказуемости 3-ей кражи—достаточно указываютъ, что и въ постановленіяхъ о крайней необходимости германцы отмѣчали волю, не направленную по преимуществу на правонарушеніе, не злую, не антисоціальную. Изъ этихъ двухъ моментовъ, — социально-экономическаго и психологическаго, вытекаетъ и ограниченіе тѣхъ случаевъ, гдѣ крайняя необходимость по германскому праву находила себѣ примѣненіе. Спасити жизнь свою, не умереть съ голоду, спасти коня своего, цѣлость котораго въ пути, несомнѣнно, имѣетъ огромное значеніе, — вотъ почти всѣ случаи, гдѣ принималась во вниманіе крайняя необходимость. Насколько затѣмъ первый моментъ, помимо общаго значенія крайней необходимости, германцами мало отмѣчаемаго, могъ сообщить дѣянію правомѣрный характеръ, настолько же ограничивалъ его второй.

Въ дальнѣйшемъ развитіи германскаго уголовного права эти точки зрѣнія были забыты. Позднѣйшее право ⁸⁾ встаетъ на нехозяйина животнаго, причинившаго вредъ, а не о томъ, что животное въ ту пору признавалось дѣйствовавшимъ противозаконно. Ср. Koch, das Recht der Forderungen, 1843, III, стр. 973 и сл.; Wilda, стр. 588—594.

¹⁾ l. с., 215, 216.

²⁾ Etudes, стр. 137—139 и ссылки на Muyart de Vouglans и Partidas.

³⁾ Мѣсто изъ Тацита, см. Grimm, 461, находитъ себѣ объясненіе во власти отца семьи распоряжаться свободой дѣтей, ограниченной капитуляріемъ Карла Лыскаго 804 года.

⁴⁾ Wilda, 566 и сл.

⁵⁾ Lex feud. II, 27; Const. Friederici.

⁶⁾ Ibid.

⁷⁾ Const. Heinrici.

⁸⁾ Ср. Binding. Handbuch, 755.

правильно понятую каноническую точку зрѣнія и надолго остается въ цѣляхъ ея казуистическихъ положеній.

V.

Небогатый матеріалъ, оставленный въ наслѣдство грядущимъ вѣкамъ римскимъ и каноническимъ правомъ, но при поверхностномъ толкованіи его уже носящій въ себѣ зародыши неоднаковаго разрѣшенія вопроса о крайней необходимости, былъ воспринятъ средневѣковой практической доктриной, рѣзко обозначившей два направленія, коимъ отнынѣ суждено было господствовать въ сферѣ этого вопроса. Скудость общихъ построеній *doctorum utriusque iuris*, частія повторенія высказанной кѣмъ-либо и недостаточно критически провѣренной мысли, ограниченность и казуистичность юридическихъ положеній — все это легко объясняется современнымъ имъ состояніемъ науки вообще и науки уголовного права въ частности. Методъ юридическаго изслѣдованія носилъ схоластическій характеръ, — онъ не позволялъ проникать вглубь предмета. Главнымъ стремленіемъ юристовъ той эпохи было подчеркнуть *communis opinio doctorum*, ибо всѣ доказательства сосредоточивались на „*praeconceptarum opinionum cumulus ac praeiudicium auctoritatis*“¹⁾. Свѣжая мысль не рождалась наукой, если практика сама не наталкивала ее на истину. Но, тѣмъ не менѣе, высказанныя этими юристами положенія имѣютъ не только историческій интересъ, не только указываютъ генезисъ современныхъ теорій, — они легли въ основаніе законодательныхъ постановленій, и эти постановленія безъ ближайшаго знакомства съ взглядами практической школы понятны быть не могутъ.

Какъ болѣе ранняя доктрина (глосса XIII вѣка), такъ и болѣе поздняя останавливаются по преимуществу на частныхъ случаяхъ крайней необходимости, именно на кражѣ по нуждѣ, на преступленіяхъ въ сферѣ половой нравственности и на убійствѣ²⁾. Кража подъ влияніемъ нужды останавливается на себѣ

¹⁾ Ср. Brunnenmeister, Quellen der Bambergensis, 1879, стр. 210, 211.

²⁾ Глосса признаетъ неказуемой кражу по нуждѣ, основываясь на с. 3 X, de furtis V, 18, но не fornicatio — на основаніи l. 43 § 5 D. de rit. nupt. 23, 2. См. Moriaud, 101 — 104. Walch, Opuscula, III, 283 усматриваетъ въ толкованіи послѣдняго мѣста: non est ignoscendum ei qui obtentu paupertatis turpissimam vitam egit, — неправильность, указывая, что здѣсь рѣчь идетъ не о fornicatio, а о проституціи. Его мнѣніе безъ указанія источника повторяютъ Janka, 52 и Moriaud, 105.

особое вниманіе доктрины. Казуистика вопроса проходить красной нитью черезъ всю средневѣковую школу, проникаетъ въ законодательство (*Constitutio Criminalis Carolina* 1532 г.) и отражается на дальнѣйшемъ развитіи науки той эпохи. *Carolina*, внося формальную грань въ рядъ представителей школы, не вноситъ новой мысли. Она лишь закрѣпляетъ доктринальныя толкованія. Поэтому вся школа, касающаяся этого вопроса, проникнута однимъ духомъ, духомъ постановленій каноническаго права.

Уже Albertus de Gandino ¹⁾ и Jac. de Bello Visu ²⁾ отбѣняютъ извѣстную христіанско-коммунистическую мысль: *tempore necessitatis omnia esse communia* ³⁾. Болѣе поздняя литература, проводя ту же мысль, излагаетъ вопросъ о кражѣ по нуждѣ рядомъ съ вопросомъ о *fornicatio*. Здѣсь явно вліяніе глоссы. Таковы Aeg. Bossius ⁴⁾ и Andreas Gaill. ⁵⁾. Позднѣе это отражается на теоріи Harpprechtius ⁶⁾ и, наконецъ, наиболѣе подробное изложеніе находить у Covarruvias ⁷⁾. Всѣ указанные авторы единодушно высказываются за то, что положеніе крайней необходимости ни въ какомъ случаѣ не извиняетъ *fornicatio*, и

¹⁾ 1300. *Tractatus de maleficiis, de poenis reorum*, n. 60.

²⁾ 1335. *Aurea practica criminalis*, l. I c. 8 n. 47.

³⁾ Общая мысль послѣдняго автора: *sic intelligo theoreticam legum dicentium, quod necessitas non habet legem,—id est, cessat lex ubi venit necessitas.*

⁴⁾ 1546. *Tractatus varii*, tit. de furtis n. 52.

⁵⁾ 1550. *Practicarum observationum* l. I, observ. 102, num. marginalis 8, 13. Авторъ обращаетъ на себя вниманіе точностью терминологіи. *Necessitas non habet legem, sed propter necessitatem delinquere non oportet*, и въ *Observ.* 142 n. 8: *inter caetera commoda paupertatis refertur, quod furtum ob famis necessitatem excusetur.*

⁶⁾ *Consilia Tubingensia*, изд. 1695 г., стр. 449 n. 78: *necessitas non excusat a poena adulterii et fornicationis, sed mulier potius quidvis pati, quam tale delictum admittere debet... Necessitas nemini delinquere permittit* (Ср. Позднѣе у Berlich'a, p. V c. 39 n. 10); стр. 447 n. 50: *ac proinde in casu necessitatis ea, quae usu sunt consumptibilia, in commune deferenda esse.*

⁷⁾ 1577. *Opera omnia*, t. I pars I, Relect. cap. Peccatum, de Reg. iuris in 6 § 1 по изд. 1679 года. *Fornicatio воспрещается, и крайняя необходимость „non tollit molitiam huius actus, quia propter hanc circumstantiam non efficitur uxor ea, quae non est, nec coitus efficitur conjugalіs (n. 7). Иначе обсуждается кража (п. 3): Ratio ab eo deducitur, quod propter necessitatem et ad eam sublevandam omnia sunt communia. Siquidem natura ipsa institutum est, ut res inferiores sint inordinatae et destinatae ad hominum necessitatem. Quamobrem divisio rerum, quae post institutionem iuris naturalis facta est, non derogat ratione naturali, quae dictat ex rebus temporalibus subveniendum esse hominum necessitati extremae... Necessitas autem extrema tunc dicitur, quando imminet vitae periculum, cui aliter, quam per hanc acceptionem subveniri non potest.*

не менѣ единодушно объясняютъ ненаказуемость кражи съ голоду коммунистическимъ принципомъ. У Covarruvias послѣдній принципъ встрѣчаетъ даже освѣщеніе съ точки зрѣнія естественнаго права и утилитарныхъ соображеній.

Скоро, однако, въ области вопроса о кражѣ съ голоду доктрина начинаетъ углубляться въ безплодныя схоластическія различенія большой и малой кражи, *furtum magnum et parvum*. Такое различеніе встрѣчается у Hier. Cagnolus ¹⁾, а затѣмъ, уже подъ вліяніемъ Carolin'ы, у Damhouder'a ²⁾ и Henr. Vocerus ³⁾. Коммунистическую точку зрѣнія они принимаютъ уже только для оправданія малой кражи, причѣмъ Vocerus опредѣляетъ ее вполне точно: „*parvum furtum dicimus, cuius valor minor est quinque solidis ungaricis*“. Такая кража заслуживаетъ извиненія (*excusationi locus erit*); напротивъ, большая кража подлежитъ наказанію: „*magnum et grande furtum si fuerit, impunitatem non omnino meretur hic fur, sed coercendus est poena ordinaria, iurisperitorum iudicio, pro conditione rei definienda*“ ⁴⁾.

Такимъ образомъ, отношеніе указанныхъ авторовъ къ *fornicatio* не пробуждаетъ сомнѣній. Значеніе крайней необходимости для наказуемости этого преступленія абсолютно отрицается. Менѣ ясно ихъ отношеніе къ кражѣ по нуждѣ. Въ предѣлахъ этого спеціальнаго случая, хотя бы на почвѣ каноническихъ или естественно-правовыхъ положеній, а не на почвѣ спеціальнаго правового значенія крайней необходимости, они устанавливаютъ какъ бы правомѣрность такого дѣянія. Нельзя совершить похищеніе своей вещи, и если крайняя необходимость возвращаетъ имущественныя отношенія *ad integrum*, превращаетъ ихъ въ коммунистическія, то такое дѣяніе есть отправленіе права. Однако ни это соображеніе, ни отдѣльныя формулы: „*iure per-*

¹⁾ 1551. De regulis iuris, in l. quae propter necessitatem, n. 3.

²⁾ 1581, Praxis rerum criminalium, c. 110 de furto nn. 37, 38.

³⁾ 1600. Tractatus de furtorum poenis criminalibus c. II nn. 164—168.

⁴⁾ У Vocerus l. c. находится и категорическое рѣшеніе спорнаго въ то время вопроса о гражданскомъ вознагражденіи за вредъ, причиненный такой кражей. Covarruvias и позднѣ Berlich l. c. п. 47 защищали необходимость такого вознагражденія: Jul. Clarus (1575. Recept. sentent. l. V § Furtum) стоялъ на противоположной точкѣ зрѣнія, ибо „*tempore necessitatis licitum est furari*“; Vocerus l. c. n. 179 говоритъ: „*tum quia ex iuris permissu rei alienae ablatio hoc casu est facta, eaque res consumpta, proindeque de eius restitutione laborandum non est; tum postremo, quia dicto casu famelicus, de quo agimus, non omnino rem alienam, sed ob extremam necessitatem quodammodo suam abstulisse intelligitur.*“

mittente“, „*ex iuris permissu*“ и пр. не позволяют категорически утверждать, что по представлению цитируемых авторов нужда сообщала дѣянію правомѣрный характеръ. Едва-ли и самая идея общности имущества, вынесенная изъ давноминувшихъ вѣковъ или обосновываемая на метафизическихъ началахъ, соотвѣтствовала возрѣніямъ того времени, а мнѣнія отдѣльныхъ авторовъ, какъ *Souarruias*, *Cagnolus*, *Vivius*, въ особенности *Gaill*: „*furtum excusatur*“, „*propter necessitatem delinquere non oportet*“ и др. — указываютъ, что идея права, придаваемого дѣянію состояніемъ крайней необходимости, даже въ сферѣ похищенія имущества общепризнанной не была. Наконецъ, самое объясненіе правомѣрнаго характера акта изъ искусственнаго и фантастическаго для той эпохи принципа общности имущества вполне доказываетъ, что самостоятельнаго правового значенія крайней необходимости въ ту пору не признавалось ¹⁾.

То же подтверждаетъ и иная область преступныхъ дѣяній, — область посягательствъ на жизнь, куда значеніе крайней необходимости проникало лишь съ большимъ трудомъ. Такъ *Souarruias* ²⁾ отрицаетъ возможность болѣе мягкаго отношенія къ убійству въ крайней необходимости, ибо она не устраняетъ „*malitiam actus homicidii*“, ибо „*innocens alter est, qui occiditur*“ ³⁾. Исключеніемъ является одинъ случай, гдѣ доктрина какъ-бы подмѣчала вліяніе крайней необходимости. Такъ у *Julius Clarus* ⁴⁾ встрѣчается специальное указаніе. Онъ утверждаетъ, что въ необходимой оборонѣ дозволено не только убійство нападающаго, но и другого лица, если инымъ путемъ защита оказывалась невозможной. Авторъ ставитъ вопросъ, подлежитъ ли дѣятель наказанію за убійство, если во время нападенія на него Тиція вмѣшался Кай, чтобъ раздѣлить борющихся, и дѣятель, чтобъ не быть убитымъ, подставилъ Кая подъ ударъ Тиція, и Кай былъ убитъ. На это *Clarus* даетъ отрицательный отвѣтъ: „*modo*

¹⁾ Сбивчивость положеній указанной доктрины легко иллюстрировать, напр., выдержками изъ *Harpprechtius*, l. c., стр. 447 n. 54: *necessitas in omnibus dispositionibus excepta censetur... id quod alioqui de iure non licet, licitum reddit*; стр. 208 n. 52: *multum enim de justitia detrahit necessitas... quae quidem licet non sufficiant ad excusandum in totum a poena, bene tamen sufficiunt ad minuendam poenam*; стр. 447 n. 48: *necessitatis namque, intelligo extremae, urgentissimae atque Summae, vitandae causa, multa passim indulgentur, quae ex voluntate profecta prohibita sunt*; n. 49: *illum facile excusari etc.*

²⁾ l. c. n. 7.

³⁾ *Idem*—*I. Dicastillo*, 1653, *De iustitia et iure*, l. II tract. I disp. X dub. XI n. 133.

⁴⁾ *Receptarum Sententiarum* l. V § *Homicidium*, *Adde quod*.

ego me defendendo percutio alium, non debeo puniri, quia videor dare operam rei licitae“, и иллюстрирует свое мнѣніе примѣромъ изъ судебной практики: 24 окт. 1543 г. былъ оправданъ судомъ нѣкто Ant. Dauegius, картина дѣянія коего была именно такова, какъ указанная авторомъ. Такого же мнѣнія держался Аретинъ ¹⁾). Такимъ образомъ, доктрина эта не относилась все-таки убійство при указанныхъ обстоятельствахъ къ крайней необходимости, а соединяла его съ актомъ необходимой обороны, съ точки зрѣнія коей случай и подлежалъ обсужденію. Но даже и такой выходъ не оставался безъ возраженій ²⁾). Это указываетъ, съ какой осторожностью указываемая школа относилась къ крайней необходимости и съ какимъ трудомъ принимала ея юридическое значеніе.

Такова школа, выросшая на почвѣ каноническаго права и старавшаяся въ небольшомъ количествѣ случаевъ, гдѣ крайняя необходимость ею признавалась, дать ей то или другое обоснованіе. *Licitum est furari, videor dare operam rei licitae*, говоритъ она, приводя въ первомъ случаѣ объективныя основанія общности имущества, а во второмъ ограничиваясь голой формулой, отсылавшей явленіе къ готовому уже институту, отнимавшей у этого явленія способность дать матеріалъ для новаго юридическаго института. Насколько въ первомъ случаѣ крайняя необходимость сама по себѣ, *an sich*, не снабжаетъ дѣятеля правомъ на запрещенное по общему правилу дѣяніе, настолько же и во второмъ.

Не замѣченная этимъ направленіемъ сущность явленія развита другимъ направленіемъ средневѣковой школы,—направленіемъ субъективнымъ, почерпнувшимъ идеи свои изъ болѣе здороваго и опредѣленнаго источника—права римскаго.

За основаніе эта школа беретъ положенія римскаго права о вліяніи *metus* на юридическій характеръ дѣянія, но она игнорируетъ специфическое значеніе этихъ мѣстъ источниковъ, неразрывно связанное съ субъективнымъ воззрѣніемъ римлянъ на преступленіе, и устанавливаетъ, такимъ образомъ, собственныя

¹⁾ Оба автора стоятъ въ области этого вопроса на римской точкѣ зрѣнія, видя въ убійствѣ 3-го лица продолженіе акта необходимой обороны. Ср. также Kress, *Commentatio succincta in CCC.* 1786, стр. 436, 437,—*ad sui necessariam defensionem licet quoque Scienti volenti tertium occidere*; ср. Boehmer, *Meditationes*, стр. 693 ad art. 145: *Caedes innocentis ex causa defensionis facta: versatur talis reus in re licita*, и Brunnenmeister, *Quellen der Bambergensis*, о вліяніи итальянской доктрины на art. 145, стр. 177. На дѣлѣ это случай конкуренціи, см. Binding, *Handbuch*, 750 и сл.

²⁾ См. Pet. Navarra l. II с. 3 n. 147, Janka, 55.

точки зрѣнія. Исходнымъ пунктомъ для этой доктрины является психическій моментъ воздѣйствія *принужденія* на волю дѣятеля; съ формальной стороны источникомъ являются постановленія римскаго права объ обязательномъ приказѣ, ибо иныхъ данныхъ для такой новой теоріи римская юриспруденція предлагаетъ мало.

Значеніе момента принужденія подчеркивается въ ученіяхъ Aeg. Bossius ¹⁾, Jul. Clarus ²⁾ и Fagrinacius ³⁾. Пройдя затѣмъ чрезъ проникнутое идеями Сенеки ученіе Hipp. de Marsiliis ⁴⁾, субъективное воззрѣніе достигаетъ наибольшаго обобщенія въ ученіи Tiraquellus ⁵⁾, распространяющаго принципъ вліянія принужденія на волю человѣка — на всѣ дѣянія и не ограничивающаго его только убійствомъ. Съ огромной эрудиціей обсуждаетъ Tiraquellus общее значеніе крайней необходимости, устанавливая ту мысль, что необходимость носить въ себѣ, въ своей суровой власти, непреодолимое принужденіе нарушить законъ: *necessitas soluta est legibus, grave imperium, necessitati ne dii quidem resistunt* ⁶⁾. Устанавливая различные виды и источники воздѣйствія необходимости на волю дѣятеля, онъ обобщаетъ ихъ и представляетъ положеніе, что вездѣ, гдѣ человѣческая воля стоитъ подъ вліяніемъ принужденія, — дѣяніе подлежитъ болѣе мягкому обсужденію ⁷⁾. Но полной ненаказуемости такихъ дѣяній авторъ

¹⁾ Tractatus, tit. de Homicidio p. 95. Авторъ подкрѣпляетъ свои мнѣнія ссылками на Alb. de Gandino, de maleficiis, tit. de poenis reorum, и на Decius, De regulis iuris, reg. quae propter necessitatem, reg. eius vero nulla culpa est. Summa p. 95: Homicidium est impunitum, quando princeps vel potens aliquis mandet privato, ut occidat aliquem, alioquin quod occidet eum, et esset solitus talis princeps exsequi minas.

²⁾ Practica criminalis, § finalis, quest. 40, Quaero modo: delinquens propter metum vel coacte non punitur, et est communis opinio. Hinc infertur, quod si quis alium interficiat metu mortis, non est puniendus poena homicidii.—Между прочимъ, такое мнѣніе не было communis: Cagnolus, l. c. in l. velle non creditur, и Covarruvias, l. c., t. I, pars II c. 3 § 4 n. 6 Sqq.: metus nunquam excusat nec a mortali, nec a veniale crimine etc.

³⁾ Praxis et theoricarum crimin. qu. 97 causa 1 nn. 21, 22; ratio timoris.

⁴⁾ Practica Criminalis, изд. 1574 г., § Ulterius n. 7: совершающій преступленіе подъ вліяніемъ страха подлежитъ менѣ строгому наказанію, потому что (§ Quoniam, nn. 83, 84) „metus improvisus instantis periculi tollit rectum iudicium et consilium deliberandi. Homo enim intenso seu immenso dolore, vel timore motus non est in plenitudine intellectus.

⁵⁾ 1558. De poenis temperandis, causae 33—36.

⁶⁾ Изложеніе автора блестяще, оно полно литературныхъ указаній, гдѣ нашли себѣ мѣсто даже философы и поэты древняго міра.

⁷⁾ Causa XXXIV n. 1 и сл.: poena aut remittenda aut minuenda ei etc.; causa 35—de precibus et blanditiis; causa 36 n. 1: delinquentes inviti ac coacti, vi metuve impulsu, mitius puniendi.

не признаетъ, когда источникомъ принужденія является *vis conditionalis seu compulsiva: debemus potius quaelibet mala pati, говоритъ авторъ (п. 4 с. 36), quam malo consentire* ¹⁾. Съ этой стороны у Tiraquellus въ особенности ясно отразилось иное отношеніе доктрины къ внутреннему элементу дѣянія, *dolus*, представлявшему для римлянъ нѣчто существенно необходимое для состава преступленія, а поэтому, при отсутствіи своемъ, сообщавшее дѣянію полную наказуемость. Въ новомъ направленіи, быть можетъ, благодаря каноническому вліянію, этотъ элементъ не подчеркивается съ такой силой, и выставляется требованіе наказанія, хотя и смягченнаго, Эта же точка зрѣнія отмѣчается и у Farinacius (l. с. п. 24), положенія коего проникнуты стоически-моральными идеями: *qui coacte delinquant... volunt tamen delinquere, et sic aliquo modo eorum concurrat voluntas licet coacta, et consequenter peccant.*

Такимъ образомъ, выдвинувъ сначала принципъ всепоглощающаго вліянія принужденія на волю индивида, новое направленіе не рѣшилось на дальнѣйшія консеквенціи. Обсуждая положеніе крайней необходимости съ одной общей точки зрѣнія, расширяя значеніе общаго начала, оно въ результатъ пришло къ ограничительному выводу. Съ точки зрѣнія этого направленія крайняя необходимость не только не является обстоятельствомъ, сообщающимъ дѣянію правомѣрный характеръ, но и обстоятельствомъ, способнымъ привести къ ненаказуемости такого дѣянія: даже пресловутая кража съ голоду, при обсужденіи коей субъективная доктрина отбросила коммунистическую точку зрѣнія, представляется этой доктринѣ лишь дѣяніемъ, подлежащимъ менѣе строгому наказанію: *fame urgente si quicquam admittat, говоритъ Tiraquellus (с. 33 п. 1), mitius cum eo agendum.*

Въ результатъ оба направленія среднихъ вѣковъ близки другъ къ другу. Одно совершенно отрицало значеніе крайней необходимости, подставляя вмѣсто него иныя соціальныя или юридическія начала; другое признавало его, но выводы свои ограничивало лишь сферой наказуемости.

¹⁾ Idemque Tullius lib. veteris Rhetoricae 2: si quam, inquit, necessitudo turpitudinem videbitur habere, oportebit per locorum communium implicationem redarguentem demonstrare quidquid perpeti, *mori denique satius fuisse, quam eiusmodi necessitudini obtemperare.*

VI.

Сумма выводовъ, которую оставила только-что изложенная школа въ обоихъ ея направлѣнiяхъ, оказала сильное влiяніе на крупнѣйшій законодательный памятникъ эпохи, *Constitutio Criminalis Carolina* (императора Карла V) 1532 года, въ основу котораго легъ извѣстный трудъ Шварценберга. *Bambergensisches Halsgerichtsordnung* 1507 года. Правда, ближайшимъ источникомъ, изъ котораго черпало законодательство того времени свои положенiя, было римское право, но оно не воспринималось въ его чистотѣ, а лишь въ томъ видѣ, въ какомъ являлось оно, пройдя сквозь школу практиковъ. Это было римское право, нѣсколько вѣковъ жившее подъ влiяніемъ каноническихъ и лангобардскихъ началъ ¹⁾. И послѣ изданiя двухъ законодательныхъ памятниковъ 1507 и 1532 годовъ значенiе практической школы не умерло. Самостоятельная наука Германiи стояла не высоко; Каролину перевели на латинскій языкъ и въ этомъ видѣ комментировали ²⁾. Въ университетахъ ³⁾ штудировалось римское право, какъ *usus modernus pandectarum*, и, несомнѣнно, подъ этими влiяніями стояла и практика, всѣ *Städtische Oberhöfe*, *Juristenfacultäten* и *Schöffenstühle*, т.-е. „*Rechtsverständigen*“, которымъ такъ часто предоставляется рѣшенiе различныхъ вопросовъ *Carolina*. Ясно, что при такихъ условiяхъ и въ законѣ, и въ практикѣ должна была царить та же схоластическая запутанность, и такое положенiе продолжалось до той поры, когда новая школа, — школа естественнаго права, потрясла авторитетъ практической доктрины, внося въ изученiе правовыхъ вопросовъ философское освѣщенiе, чуждое представителямъ науки, все строившей на *communis opinio doctorum*.

Неудивительно поэтому, что въ сферѣ вопроса о крайней необходимости Каролина останавливается на кражѣ по нуждѣ. Статья 166 содержитъ слѣдующее постановленiе:

Item so jemandt durch recht hungers not, die er, sein weib oder kinder leiden, etwas von essenden dingen zu stehlen geursacht würde, wo dann derselb *Diebstahl*

¹⁾ Ср. Biener, *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1829, X, 615 и сл., *Brunnenmeister*, *Die Quellen der Bambergensis*, 1879, стр. 207.

²⁾ *Justinus Gobler*, *Augustissimi Imperatoris Caroli V de capit. iudiciis constitutio*, 1543; *Georgius Remus*, *Nemesis Carolina*, 1594.

³⁾ См. *Marezoll*, *Das gemeine deutsche Criminalrecht*, 1856, стр. 35—39.

dapffer gross und küntlich were, sollen abermals Richter und Urtheiler (als obsteht) raths pflegen. Ob aber derselbigen Dieb eyner unsträfflich erlassen würde, soll jm doch der kläger umb die klag desshalb gethan, nichts schuldig sein. Совершенно противоположнаго характера это постановление въ Bambergensis ст. 192:

Stelen in rechter hungersnot. Item so yemant durch rechte hungersnot, die er, sein Weib oder Kinder leiden, etwas von essenden dingen zu stelen geursachet würde, und doch derselbig *diebstal nicht sonderlich gross, gewerdlich oder schedlich* were, sollen abermals Richter und Urtheiler (als obstet) rats pflegen и т. д.

Bambergensis такимъ образомъ предоставляет усмотрѣнію суда лишь некрупную, неопасную или невредную кражу, въ то время, какъ Каролина такъ относится лишь къ кражѣ крупной. По Bambergensis послѣдняя, per analogiam, подлежитъ ординарному наказанію. Противоположный путь, на который встаетъ Каролина, вызвалъ даже догадку, что въ текстѣ Каролины допущена была опечатка ¹⁾, но формула законодательнаго памятника Карла V перешла и въ латинскій переводъ его, какъ неподлежащая сомнѣнію ²⁾.

Ст. 166-я Каролины, по общему мнѣнію ученыхъ, излагаетъ вопросъ о кражѣ въ крайней необходимости темно и запутанно ³⁾. Она является отраженіемъ тѣхъ схоластическихъ тонкостей, которыми наводнили науку толкователи *usus modernus pandectarum*. Для объясненія ея можно прибѣгнуть лишь къ общей истори-

¹⁾ Ср. Walch, Opuscula t. III, 1793, exercitatio quinta, ad art. 166.

²⁾ Латинскій переводъ Gobler'a: *si quis praeter iustam famis necessitatem quid ipse, uxor eius aut liberi alimentorum cibariorumve furari caussati idque furtum insigne, magnum et manifestum fuerit* etc.; толкованія Remus: *igitur si quis per diram famem aut frigus duiturnum et insolens, quae maxima vitae incommoda, cum uxore et sobole vivere aliter non possit, cibaria, obsonia, vestes subripiat, si quidem furtum rei magnae et manifestum sit* etc. Положительная формула текста ст. 166 Каролины установлена была на соборѣ въ Шпейерѣ въ 1529 году; первоначальная формула, выработанная ворскимъ соборомъ 1521 года, носила еще отрицательный характеръ ст. 192 Bambergensis, см. Walch, l. c. 282. Она не нашла себѣ одобренія. Если такая кража ничтожна по цѣнѣ украденнаго, говоритъ Kressius, Comment. ad art. 166 стр. 531, то какой смыслъ утрудять судъ? Иного мнѣнія Zöpfl, ср. Stammler, 26.

³⁾ См. Kressius l. c. стр. 531: *hunc articulum argumentum de furto in casu necessitatis commisso confuse et obscure aliquatenus tractare, nec diversas species et quaestiones rite discernere, nemo lectorum, ut puto, negabit*. Ср. Böhmer, Meditationes стр. 792: *articulus satis confuse conceptus*.

ческой критикѣ. Крупная кража создавала презумпцію противъ виновнаго, ибо ее нельзя было оправдать ссылкой на крайнюю необходимость. Возникла необходимость ближайшаго разсмотрѣнія дѣла судомъ. Законъ въ ту пору еще не въ силахъ былъ отличить вопросъ о доказательствахъ отъ вопроса о существѣ дѣла: это доказывается также безчисленными формальными ограниченіями необходимой обороны, которыя выросли въ ту пору на такой же почвѣ. Однимъ изъ проявленій этой слабости закона является и ст. 166-я ¹⁾.

Тѣмъ не менѣе, въ конструкціи Каролины, сравнительно съ *Vambergensis*, замѣчается движеніе впередъ: вліяніе крайней необходимости признается въ области вопроса о кражѣ съ голоду въ болѣе широкомъ объемѣ ²⁾. Неодинаковыя мнѣнія встрѣчаются въ литературѣ по вопросу о томъ, ограничительное или распространительное толкованіе слѣдуетъ придать постановленіямъ статьи 166-ой. Первое мнѣніе защищаютъ только Вальхъ ³⁾ и позднѣе Фейербахъ ⁴⁾. Основываясь на буквѣ закона, указанные авторы допускаютъ лишь кражу съ голоду, и именно съѣстныхъ припасовъ. Но огромное большинство юристовъ не соглашается съ такимъ мнѣніемъ, — *Vocerus*, *Harprechtius*, *Kressius*, *Berlichius* (l. c. p. V c. 44 п. 41), *Carpzowius* ⁵⁾, *Quistorp* ⁶⁾, *Boehmer* ⁷⁾, *Soden* ⁸⁾ не находятъ возможнымъ ограничить смыслъ формулы ст. 166-ой лишь кражей съѣстныхъ припасовъ, а расширяютъ объектъ таковаго похищенія на все, что способно утолить голодъ, жажду, что можно затѣмъ продать и на добытыя такимъ путемъ деньги купить нужное для утоленія потребности человѣка; *necessitas famis* они приравниваютъ *necessitas nuditatis*, и кражу одежды, напр., также обсуждаютъ при наличности извѣстныхъ условий

¹⁾ Аналогичное объясненіе дѣлаетъ *Moriaud*, 119.

²⁾ Ср. *Kress* l. c.; *Walch* l. c. 298, толкованія Бёмера и Квисторпа. Ср. также *Berlichius*, *Conclusiones practicabiles*, nn. 43—45.

³⁾ l. c. 293. Авторъ не распространяетъ постановленія ст. 166 и на жажду: *aquam, quae ipsis profecto nunquam deficiet, confugere possunt, ubi solum ea uti velint, ne siti pereant.*

⁴⁾ *Lehrbuch* § 321.

⁵⁾ *Practica nova* I, II qu. 83, n. 46: *etsi regula haec et art. 166 proprie loquantur de necessitate famis, quin tamen de nuditate corporis, si nempe propter eam quis vestem furatus fuerit, idem iudicium esse debeat, dubitandum non est. Cui accedit ratio identitatis; n. 47: parum refert, an ex necessitate famis cibaria, vel obsonia fur abstulerit, an vero alias res quasvis, ex quarum venditione pecuniam redigere, ac postea panem sibi comparare potest.*

⁶⁾ *Grundsätze des peinlichen Rechts*, S. 603.

⁷⁾ *Meditationes in Carolinam*, 1770, стр. 800: *ad comestibilia restringui nequit.*

⁸⁾ *Geist des peinl. Gesetz.* 352, 353.

съ точки зрѣнія статьи 166-ой. Kress категорически заявляетъ, что послѣдняя статья даетъ лишь примѣрное, а не исчерпывающее указаніе. Berlichius общимъ образомъ требуетъ лишь отсутствія *animus fraudulentus lucrandi*, не различая затѣмъ, что именно украдено.

Для пониманія ст. 166-ой нѣкоторыя указанія можетъ дать и ст. 175-ая Каролины, гдѣ идетъ рѣчь о кражѣ, совершаемой подъ вліяніемъ нужды изъ священныхъ мѣстъ или кражѣ священныхъ предметовъ ¹⁾. Эта статья, устанавливающая при условіяхъ крайней необходимости ненаказуемость или менѣе строгую наказуемость святотатства, представляетъ такое же частное правило, какъ и ст. 166-я, и это явленіе для той эпохи характерно. Если же одинаковое правило законъ устанавливаетъ для двухъ различныхъ случаевъ, то, надо думать, онъ имѣлъ въ виду, хотя и не высказанное ясно, общее начало. Нельзя поэтому не согласиться съ Kress'омъ и Marezoll'емъ ²⁾, что изложенныя указанія ССС. представляютъ лишь примѣрный характеръ.

На этой почвѣ были сдѣланы попытки обобщить явленіе и дать ему болѣе широкое основаніе. Такъ Struc ³⁾ полагаетъ, что Каролина признавала вліяніе крайней необходимости при всякомъ нарушеніи закона. Но, по справедливому замѣчанію Янки, это противорѣчитъ воззрѣніямъ той эпохи, и въ этомъ не трудно убѣдиться, вспомнивъ источники стт. 166 и 175-ой.

На ряду съ этимъ толкованіемъ смысла указанныхъ статей въ сферѣ объекта посягательства или догадки доктрины и въ иныхъ областяхъ. Такъ по вопросу о томъ, чья опасность служить достаточнымъ основаніемъ для примѣненія ст. 166-ой, доктрина скоро перешла границы, указанные въ текстѣ закона, и расширила кругъ лицъ, подлежащихъ защитѣ въ крайней необходимости ⁴⁾.

Въ изслѣдованіи же вопроса, у кого можетъ быть совершено похищеніе, доктрина доходитъ до мелочныхъ подробностей, разбирая контроверзу, можно ли похитить имущество и у человѣка равно нуждающагося ⁵⁾. Этотъ вопросъ, какъ уже замѣтилъ

¹⁾ Boehmer l. c. стр. 831 говоритъ по поводу этой статьи: *studium se conservandi purificat etiam hanc contrectationem et... omnem reatum tollit. Summa: poena sacrilegii mitigantur ob necessitatem etc.*

²⁾ l. c. 495.

³⁾ De iure necessitatis, Opera XII, 20.

⁴⁾ См. Walch § 11; Boehmer, Grolman (Grundsätze, § 138 n. a), Soden l. c. 355; contra—Feuerbach, l. c. § 321 up. 2 и Quistorp. l. c. 601.

⁵⁾ Pro Boehmer l. c. 801; contra Berlich, l. c. n. 46. Ср. также Grotius, de iure belli ac pacis L. II, c. 2 n. 8.

Штаммлеръ, вытекалъ изъ недостатка въ современномъ законодательствѣ постановленій относительно коллизіи жизней.

Внѣ этихъ деталей, по существу — крупные представители эпохи, жившей подъ вліяніемъ идей Каролины, смотрѣли на кражу, совершенную при условіяхъ крайней необходимости, какъ на преступленіе. Неправильно мнѣніе Stammler'a (30), усматривающаго въ ту пору идею правомѣрности такого дѣянія¹⁾. Рѣдкія мнѣнія такого характера, напр., Вальха²⁾, являются плодомъ страннаго противорѣчія³⁾. Большинство же авторовъ видятъ здѣсь кражу, т.-е. преступленіе⁴⁾. Berlichius по поводу несоблюденія законнаго требованія о количествѣ свидѣтелей при составленіи завѣщанія, высказываетъ общее положеніе: „vulgatum est, quod necessitas non habet legem et non subjacet legi“, но едва-ли можетъ быть сомнѣніе въ истинномъ значеніи такой формулы, если припомнить вышеприведенныя цитаты изъ того же автора. Категорически высказывается Карпцовъ⁵⁾: лицо, совершившее кражу подъ вліяніемъ голода, освобождается отъ ординарнаго наказанія, ибо въ пору нужды все должно быть общимъ;... но вообще отъ наказанія это лицо не освобождается: наказаніе можетъ быть лишь смягчено (ibid п. 52); но я не отрицаю, говоритъ авторъ, что иногда наказаніе можетъ быть и вовсе не наложено, когда кража не крупная (modicum), и когда, въ особенности, виновный, пойманный на мѣстѣ преступленія, нѣсколько дней пробылъ въ заключеніи. Мнѣніе Карпцова не лишено интереса въ силу того, что онъ устанавливаетъ старое основаніе значенія крайней необходимости, — *necessitatis tempore omnia debent esse communia*, и тѣмъ не менѣе дѣлаетъ лишь тотъ выводъ, что виновный освобождается отъ роена *ordinaria* и лишь въ особыхъ случаяхъ вообще отъ наказанія.

По существу дѣла, въ области вопроса о правомѣрномъ или неправомѣрномъ характерѣ дѣянія, предусмотрѣннаго ст. 166-ой Каролины, не можетъ быть двухъ мнѣній. Изъ постановленія этой статьи не только не вытекаетъ правомѣрность дѣянія, но недостаточно ясна даже его ненаказуемость⁶⁾.

¹⁾ Указываемое авторомъ мнѣніе Бёмера носитъ на себѣ слѣды позднѣйшихъ естественно-правовыхъ направленій.

²⁾ I. c. 291: Ср. Leyser, *Meditationes ad Pandectas spec.* 537, I: *summa necessitas ablationem rei alienae non excusat solum, sed iustam reddit.*

³⁾ Ср. Walch, I. c. 303.

⁴⁾ Ср. Kressius, I. c. 533.

⁵⁾ I. c. I. II quaest. 83 pp. 40, 42.

⁶⁾ Titze 63, усматриваетъ въ ст. 166-ой шагъ назадъ въ сравненіи съ поло-

Статья 166-я имѣть въ виду коллизію жизни съ имущественными благами и, при наличности указанныхъ въ законѣ условий ¹⁾, отсылаетъ дѣло къ разсмотрѣнію суда, которому предоставленъ просторъ наложить взысканіе вполнѣ, смячить его или освободить виновнаго отъ наказанія. Вездѣ статья эта говоритъ о Diebstahl, кражѣ, т.-е. преступленіи. И тотъ фактъ, что если судъ оправдаетъ виновнаго, послѣдній, тѣмъ не менѣе, не можетъ требовать съ обвинителя уплаты издержекъ и убытковъ ²⁾, едва-ли говорить, что дѣяніе считалось правомѣрнымъ.

Въ Каролинѣ есть еще статья 145-я, впервые съ точки зрѣнія крайней необходимости указанная Schütze (Nothwendige Theilnahme) и затѣмъ упоминаемая Янкой. Текстъ статьи слѣдующій:

Item so eyner inn eyner rechten beweisen nothwer wider seinen willen eynen unschuldigen mit stichen, streichen, würffen oder schiessen, so er den nötiger meynt, traffe und entleibt het, der ist auch von peinlicher straff entschuldigt. Однако современная доктрина разсматривала указанное въ этой статьѣ лишеніе жизни третьяго лица съ точки зрѣнія необходимой обороны. Такъ Бемеръ (693) при толкованіи 145-ой статьи употребляетъ характерное выраженіе: „versatur talis reus in re licita“; того же мнѣнія Крессъ (I. c. 436, 437) и Карпцовъ (I. c. L. I qu. 29 п. 54). О томъ, что такое дѣяніе можетъ быть квалифицировано, какъ лишеніе жизни кого-либо въ крайней необходимости, не думали ни доктрина, ни законъ. Источникомъ ст. 145-ой является ст. 171-я Bambergensis, въ основу которой легъ трактатъ Аретина, мнѣніе коего согласно съ вышеприведеннымъ мнѣніемъ Клара ³⁾. Послѣдній же обсуждаетъ вопросъ съ точки зрѣнія готоваго понятія необходимой обороны ⁴⁾. Въ такой конструкціи мало удивительнаго, ибо въ ту пору доктрина не требовала, чтобъ актъ необходимой обороны направлялся лишь противъ лица, противоправно-нападающаго ⁵⁾. Она

женіями каноническаго права. Это мнѣніе объясняется тенденціознымъ характеромъ изслѣдованія автора.

¹⁾ rechte Hungersnoth, похищеніе der tapfern Stücke, res pretiosiores, ср. Walchius, 298 и др.

²⁾ См. Walchius, 305; Boehmer, Medit. 803: neque tamen *furem*, si quoque a poena absolvatur, reparationem damnorum ab accusatore petere posse.

³⁾ Ср. Brunnenmeister I. c.; v. Calker, vom Grenzgebiete zwischen Nothstand und Nothwehr Zeitschrift Lucia XII, 1892.

⁴⁾ Ср. I. 45 § 4 D. 9, 2; ср. Tobler, Grenzgebiete, 113; Titze, 63.

⁵⁾ См. м. проч. Berlich, I. c. p. V с. XII п. 32 объ убійствѣ въ необх. оборонѣ *furiosos, mente captos, dormientes, noctambulos et similes*.

исходила изъ положенія лица защищающагося. Это объясняется и тѣмъ, что по вопросу о коллизіи жизней законъ не давалъ ничего, кромѣ указаній на необходимую оборону. Въ силу этого устраняется и противорѣчіе, которое находитъ Янка между таковымъ умолчаніемъ законодателя и ст. 145, которую авторъ обсуждаетъ съ точки крайней необходимости. Институтъ необходимой обороны достаточно пояснялъ современникамъ сущность такого дѣянія. Въ такомъ явленіи, съ нашей точки зрѣнія недопустимомъ, можно, пожалуй, усматривать начало новыхъ идей въ области вопроса о крайней необходимости, но отъ доктрины той эпохи это ускользало.

Но и внѣ исторической критики едва-ли ст. 145-я можетъ быть толкуема на почвѣ крайней необходимости. Характерная ремарка закона: „widere seinen Willen“, замѣчанія Карпцова (l. c.): *qui insultatus se voluit defendere et casu fortuito alium, quam aggressorem, veluti mediatorem occidit etc.* — болѣе заставляютъ предполагать, что въ ст. 145 шла рѣчь о простомъ *abergatio ictus*. Въ этомъ смыслѣ можетъ быть вліто содержаніе и въ догадку Moriaud, — стоящаго, впрочемъ, на точкѣ зрѣнія Янки, — что самъ Schwarzenberg видѣлъ въ дѣяніи, предусмотрѣнномъ ст. 145-ой, нѣчто совершенно отличное отъ акта крайней необходимости.

Таковы положенія Каролины. Являясь естественнымъ продолженіемъ предшествующей доктрины, давая теоріи лишь внѣшнюю грань, ибо и позднѣйшая доктрина преемственно развиваетъ тѣ же самые взгляды, — Каролина лишь закрѣпляетъ господство каноническихъ формулъ въ сферѣ вопроса. Надо, впрочемъ, отмѣтить, что формуламъ этимъ придается болѣе точное и жизненное значеніе. Саксонскіе криминалисты Берлихъ и Карпцовъ, даже расширяя идею крайней необходимости за указанные закономъ общіе предѣлы, строго держатся мысли закона, видятъ въ посягательствѣ на имущественныя блага другого лица при условіяхъ крайней необходимости — *преступленіе* и полагаютъ возможнымъ освободить здѣсь виновнаго только отъ роена *ordinaгіа*. Извѣстная степень суровости послѣдняго мнѣнія легко объясняется характеромъ той эпохи, а субъективизмъ доктринальнаго толкованія находитъ себѣ почву въ спеціальному характерѣ постановленій Каролины, не высказывавшей своихъ положеній точно и опредѣленно, а часто предоставлявшей квалификацію отдѣльныхъ случаевъ усмотрѣнію практики.

VII.

Въ XVII вѣкѣ зарождается новое научное движеніе. Оно не удовлетворяется положеніями дѣйствующаго въ ту пору права и стремится глубже проникнуть въ существо права, какъ общеннаго явленія. Оно подвергаетъ критикѣ правовыя положенія съ точки зрѣнія болѣе глубокихъ нравственныхъ началъ, живущихъ въ природѣ человѣка. На первый планъ оно ставитъ естественное право, какъ идеальное народное правосознаніе ¹⁾, и на почвѣ этого правосознанія, воплотившагося путемъ фингируемаго школой общеннаго договора въ законы, оно выводитъ юридическую сущность тѣхъ или иныхъ правовыхъ явленій.

Три главныхъ направленія характеризуютъ этотъ вѣкъ: социалистическая философія Гроція и Пуффендорфа; этическое, протестантское направленіе Томазія и юридическая доктрина Маттея.

Гроцій ²⁾ выводитъ всѣ свои положенія изъ договора лицъ, „*qui in societatem civilem consociant*“. Въ основѣ этого договора лежатъ требованія человѣческой природы; на этихъ требованіяхъ строятся всѣ правовыя положенія.

Отсюда вытекаетъ и объясненіе особаго отношенія законодателей къ состоянію крайней необходимости. Исключенія изъ общихъ правовыхъ нормъ, создаваемыя такимъ состояніемъ, не безызвѣстны уже божескимъ законамъ ³⁾, не потому, чтобъ Богъ не въ правѣ былъ требовать отъ людей постоянной покорности, даже смерти, а потому, что воля божія не представляется такой суровой (*quod leges quaedam eius sunt argumenti, ut non credibile sit datas ex tam rigida voluntate*). И человѣческій законъ могъ бы требовать „актовъ добродѣтели“, хотя бы цѣною смерти, но воля основателей закона не шла такъ далеко: они установили для себя и для другихъ право и выставили требованіе его исполненія, пока нѣтъ условій крайней необходимости, устраняющихъ возможность такого исполненія. Люди устанавливаютъ законъ и должны его устанавливать, лишь принимая во вниманіе человѣческую слабость, — *ferri enim leges ab hominibus solent et debent cum sensu humanae imbecillitatis (ibid.)*. Въ человѣческой слабости лежитъ главное основаніе исключенія изъ за-

¹⁾ См. Новгородцевъ, Историческая школа юристовъ, введеніе.

²⁾ *De iure belli ac pacis*. 1632.

³⁾ *l. c. L. I c. 4 n. 7.*

кона, признаваемое законодателемъ. Другое основаніе заключается въ идеѣ первоначальнаго коммунизма. Мысль и воля закона, устанавливающаго частную собственность, заключается въ томъ, чтобъ существованіе такой собственности какъ можно менѣе шло въ разрѣзъ съ естественнымъ равенствомъ ¹⁾, ибо, если писаные законы должны быть выполняемы лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ это возможно (*quatenus fieri potest*), то тѣмъ болѣе слѣдуетъ это сказать о нравахъ (*mores*), свободныхъ отъ формализма (*qui scriptorum vinculis non tenentur*) по существу своему. А отсюда слѣдуетъ прежде всего, что въ пору тяжелой нужды оживаетъ бывшее общее право на пользованіе имуществомъ (*reviviscere ius illud pristinum rebus utendi, tanquam si communes mansissent*), ибо необходимость создаетъ исключеніе изъ закона.

Въ приведенныхъ мѣстахъ изъ Гроція, на ряду съ зародышами позднѣйшей теоріи Фихте: „*scriptae enim leges in eum sensum trahendae sunt, quatenus fieri potest*“, какъ бы устанавливается идея права нужды, *Nothrecht*, „*reviviscere ius illud pristinum*“, но покоится эта идея, въ результатѣ, не на юридическихъ основаніяхъ, какъ то сдѣлали новѣйшіе авторы, и не на философскихъ, какъ установилъ Гегель, а на принципѣ Сенеки: „*necessitas magnum humanae imbecillitatis patrociniū omnemque legem frangit*“, на представленіи о человѣческой слабости.

Если давленіе необходимости достигаетъ крайнихъ предѣловъ, и иной выходъ изъ труднаго положенія, кромѣ нарушенія закона, отсутствуетъ, это положеніе создаетъ „*merum ius naturae*“, возрождаетъ первоначальное естественное право ²⁾. Въ такомъ правѣ Гроцій не видѣлъ дѣйствительнаго права дѣятеля при наличности коего не могло бы быть рѣчи о наказаніи. Заявляя ³⁾, что выше человѣческой природы и силъ ея — постоянно воздерживаться отъ всякаго нарушенія закона, и что акты, гдѣ дѣятель встаетъ на путь преступленія, лишь повинаясь неизбѣжнымъ требованіямъ природы, не должны подлежать наказанію, Гроцій въ основаніе такого мнѣнія кладетъ извинительность дѣянія: *quae mortis, carceris, doloris aut summae*

¹⁾ L. II c. 2 n. 6 l. c.

²⁾ L. II c. 6 n. 5. Sic vicissim parti ius non est a corpore recedere, nisi evidenter se aliter servare non possit: nam, ut supra diximus, in omnibus iis, quae humani sunt instituti, excepta videtur necessitas summa, quae rerum deducit ad merum ius naturae. Cp. L. III, c. 12 n. 1; c. 17 n. 1: necessitatem ut ius aliquod det in rem alienam, summam esse debere etc.

³⁾ L. II c. 20 n. 19.

egestatis vitandae causa *injuste* fiunt, maxime *excusabilia* videri solent. Самое „право“ естественное авторъ признаетъ не полнымъ въ такихъ случаяхъ, а ограниченнымъ ¹⁾. Неудивительно поэтому то особое толкованіе, которое старается придать Гроціи праву нужды въ L. III с. 1 п. 2. Все, что ведетъ къ извѣстной цѣли, находитъ себѣ оправданіе и внутреннюю оцѣнку въ самой цѣли; поэтому дѣяніе, предпринятое съ цѣлью осуществленія „права“ и необходимое для этого, съ моральной точки зрѣнія есть дѣяніе правомѣрное. Если я лишень возможности, говорить авторъ, иначе спасти свою жизнь, то мнѣ дозволено (*licet*) употребить насиліе противъ другого лица, хотя бы оно и не было виновнымъ (*reus*) въ моемъ положеніи, ибо право мое вытекаетъ не изъ преступленія другого, а изъ права, даннаго мнѣ природой. Поэтому, напр., я могу направить свою дѣятельность противъ чужого имущества (*invadere*), со стороны коего грозитъ мнѣ опасность, — не стать ея собственникомъ (*dominus*), ибо это не вело бы къ цѣли, но лишь на счетъ ея позаботиться о своемъ спасеніи. — Такое мнѣніе становится понятнымъ лишь съ точки зрѣнія началъ естественнаго права; на почвѣ юридической оно представляетъ явный логическій дефектъ, ибо мысль автора доказывается здѣсь тѣмъ, что подлежить доказательству.

Такъ своеобразно сочетались въ теоріи Гроція принципъ признанія слабости природы человѣка, создающій возможность прощенія проступка, моментъ юридическаго безразличія дѣянія въ крайней необходимости и *summa summarum* его теоріи — естественное право человѣка на самосохраненіе. Главнымъ центромъ ея остается *imbecillitas humana, natura humana*. Идеи права нужды въ ея точномъ юридическомъ смыслѣ Гроціи защищала. Она выступаетъ у него лишь въ специфической окраскѣ естественнаго правового ученія. А такое ученіе и не можетъ дать яснаго правового основанія институту права нужды, ибо въ немъ лежитъ противоположный полюсъ объективнаго права, сумма представленій и идей характера теоретическаго, пригодныхъ для критики, но не для точныхъ юридическихъ выводовъ. Идеальное правосознаніе, каковое въ противоположность положительному праву такъ отбѣнила школа естественнаго права, по существу своему, можетъ дать лишь этическое основаніе для тѣхъ или иныхъ построеній, но всякая попытка по-

¹⁾ *Restrictum*, откуда вытекаетъ обязанность гражданскаго вознагражденія, I. II с. 2 п. 9.

строить на таких данных правовой институт, игнорируя право положительное, должна быть неудачна; для такой попытки идеальное правосознание или естественное право представляет непригодный материал¹⁾.

Чрезвычайно близка теория Гроция основывающаяся на материалистических воззрениях Гоббса и подчеркивающая инстинкт самосохранения теория Пуффендорфа. Заслуга послѣдняго состоитъ въ томъ, что онъ послѣдовательно сдѣлалъ все выводы изъ общей идеи крайней необходимости, не ограничивая ее тѣмъ или другимъ специальнымъ случаемъ и расширяя ее до предѣловъ коллизии жизни. Съ послѣдней точки зрѣнія авторъ конструируетъ весь вопросъ. На первый планъ онъ выдвигаетъ задачу самосохранения, *necessitas incolumitatis*²⁾, ибо человекъ не можетъ отъ этого стремления освободиться, — „*quia non possit non homo omni studio ad se conservandum conniti, eoque non facile praesumatur, talem ipsi obligationem impositam, quae ardori propriae salutis conservandae praeponderare debeat*“. Это присущее человеку чувство самосохранения невозможно игнорировать. Богъ можетъ требовать отъ насъ, чтобы мы предпочли скорѣе умереть, чѣмъ на локоть отступить отъ его велѣній; того же можетъ требовать и гражданскій законъ и часто, дѣйствительно, требуетъ, но онъ не всегда такъ суровъ. Законодатели, устанавливая свои велѣнія, вводя правосудіе, заботились о благополучіи гражданъ; они имѣли передъ глазами природу человека (*temeritatem humanae naturae*), заставляющую человека искать спасенія, гдѣ ему грозитъ опасность (*quae ad ipsius destructionem tendunt*). Поэтому они отмѣчали особо положеніе крайней необходимости (*excipere casum necessitatis*). И такое отношеніе закона къ дѣянію въ состояніи крайней необходимости не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, чтобъ законъ тутъ или тамъ

¹⁾ Въ сравнительно недавнее время идеи Гроція нашли себѣ защитника въ лицѣ датчанина Oersted'a, см. Ueber das Nothrecht, als ein einflussreiches Princip in der Strafrechtspflege, 1822, Neues Archiv des Criminalrechts, V, стр. 349 — 351. Авторъ ищетъ рѣшенія случаевъ коллизіи жизни и собственности въ первоначальномъ общемъ правѣ собственности, отмѣненномъ общественнымъ договоромъ, а поэтому условно оживающемъ вновь, какъ только неприкосновенность частной собственности встаетъ въ противорѣчіе съ задачами сохраненія человеческой жизни. Иначе цѣль была бы пожертвована средству, — условіе обусловленному, а тогда частное право не существуетъ.

²⁾ De iure naturae et gentium, 1672, L. II c. VI de iure et favore necessitatis pag. 236, § 1 и сл. Противоположнаго мнѣнія былъ Цицеронъ (l. 2 de intent., necessitudo cum adiunctione), выдвигавшій на первый планъ *honestatem*, затѣмъ уже *incolumitatem et commoditatem*.

могъ быть свободно нарушаемъ, а лишь въ томъ, что законъ дѣлаетъ снисхожденіе къ дѣятелю въ виду его естественнаго влеченія (*ex benevola legislatorum mente simulque naturae humanae consideratione praesumitur, casum necessitatis sub lege generaliter concepta non contineri*) и создаетъ изъ своихъ общихъ правилъ исключеніе для случаевъ крайней необходимости.

Установивъ, такимъ образомъ, принципиальное значеніе того факта, что законодатель считается и не можетъ не считаться съ природою человѣка, что законъ прощаетъ дѣяніе, совершенное при условіяхъ крайней необходимости, снисходя къ слабости человѣка, Пуфендорфъ дѣлаетъ общій выводъ, что крайняя необходимость вездѣ должна приниматься во вниманіе, гдѣ это категорически не воспрещено закономъ, *nisi expresse in lege teneatur*. Авторъ, однако, не удовлетворяется приведенными основаніями и ищетъ иныхъ аргументовъ, способныхъ подтвердить идею ненаказуемости акта крайней необходимости. Углубляясь въ отвлеченную сторону вопроса, онъ подчеркиваетъ еще одну идею: гдѣ соблюденіе закона возможно лишь путемъ гибели, тамъ нѣтъ „*occasio, materia et facultas agendi*“. Къ этому онъ присоединяетъ и внутреннее юридическое основаніе: въ положеніи крайней необходимости дѣятель выступаетъ не какъ *causa principalis*, а какъ *causa instrumentalis*, „*posteriori modo ad actum concurrir*“, а слѣдовательно, и дѣяніе не можетъ быть вмѣнено ему, какъ его собственное (*actus ab ipso profectus*) ¹⁾.

Такимъ образомъ мотивъ исключенія, создаваемого крайней необходимостью въ сферѣ наказуемости дѣянія, выступаетъ

¹⁾ Въ концѣ своего изслѣдованія Пуфендорфъ упоминаетъ о конкретныхъ случаяхъ крайней необходимости, напр., употребленіи въ пищу человѣческаго мяса. Онъ приводитъ случай, имѣвшій мѣсто съ семью британскими моряками, потерпѣвшими крушеніе, блуждавшими въ морѣ безъ пищи и съ цѣлю спасенія отъ голодной смерти убившими и съѣвшими одного изъ товарищей. Какъ полагаетъ Simonson (*Zeitschrift* Листа X, стр. 381), случай этотъ Пуфендорфъ заимствовалъ у N. Tulpius, голландскаго писателя-врача, который рассказалъ объ этомъ фактѣ въ своихъ *Observationes medicae* 1641 года. Затѣмъ Пуфендорфъ возвращается къ пресловутому карнеадовскому примѣру „*tabula in naufragio duorum non sara*“, этому „*berümtes Wunderbrett*“ позднѣйшей школы. Но онъ отказывается поставить такое стеченіе обстоятельствъ вровень съ обычнымъ положеніемъ крайней необходимости, гдѣ гибель не грозитъ одинаково обоимъ дѣятелямъ, если одинъ изъ нихъ не рѣшится на преступленіе, и видитъ въ дѣяніи „*fatale malum*“. Это мнѣніе весьма характерно, но современной школой почему-то игнорируется, несмотря на то, что самое положеніе *duorum naufragi* выдвигается нерѣдко, какъ типическій случай крайней необходимости.

каждый разъ, какъ возникаетъ рѣчь о самосохраненіи чело-
вѣка. Онъ распространяется на всѣ области дѣяній, направляю-
щихся на чужія правоохраненныя блага для спасенія собствен-
ной жизни, и не ограничивается даже въ области преступленія
лишенія жизни. Это первая попытка такого расширенія, первый
свободный шагъ изъ-подъ сферы вліянія каноническихъ фор-
мулъ. Замѣчательно соединеніе оснований для такого положенія:
„non possit non homo refugere et amoliri illa, quae ad ip-
sius destructionem tendunt“, почему и законъ не можетъ требо-
вать того, что „communi animi humani constantia superius est“,
ибо и законъ „naturae humanae consideratione praesumitur“. Правда, Пуфендорфъ приводилъ и то соображеніе, что при
условіяхъ крайней необходимости нѣтъ „occasio, facultas et
materia agendi“, т.-е. дѣяніе совершается внѣ обычной правовой
сферы, но эта мысль, ранѣе встрѣчавшаяся въ формѣ намека
у Гроція и позднѣе возведенная въ догматическій принципъ
Фихте, является случайнымъ промахомъ теоріи автора, ибо идея
necessitas exlex для него несущественна. Въ общемъ, теорія
Пуфендорфа обращаетъ на себя вниманіе простотой и ясностью,
съ какою онъ высказываетъ свои положенія, и отчетливымъ,
сравнительно съ предшествующей доктриной, различіемъ сферъ
противоправности и наказуемости.

На ряду съ этимъ прогрессомъ Пуфендорфъ все-таки еще
не свободенъ отъ особаго отгѣненія кражи по нуждѣ, гдѣ по
отношенію къ своей общей точкѣ зрѣнія онъ допускаетъ укло-
ненія ¹⁾. Но и слѣдуя традиціи, онъ вноситъ нѣчто индиви-
дуальное въ обсужденіе вопроса. Онъ не останавливается на го-
ломъ соображеніи объ оживаніи первоначальнаго коммунизма,
или на нравственномъ постулатѣ, требующемъ, чтобъ чело-
вѣкъ помогалъ другому въ нуждѣ и не прятался за правовыя нормы,
устанавливающія частную собственность. Съ обычной точностью
мысли и терминологіи авторъ замѣчаетъ, что такое соображеніе
лишено юридическаго значенія, хотя и полагаетъ затѣмъ, что
нѣтъ никакихъ препятствій, чтобъ законъ гражданскій вмѣнилъ
такую помощь въ обязанность. Но вслѣдъ за этимъ начинается
колебаніе автора. Пуфендорфъ признаетъ, что право частной
собственности остается правомъ,—„appareat sane domini ius in
rem suam non exspirasse per alterius necessitatem“, но не рѣ-
шается открыто признать въ дѣяніи, вторгающемся въ сферу
частной огражденной правомъ собственности,—правонарушеніе.

¹⁾ Ср. Wenkenbach, Necessitas exlex, Jena, 1675; Moriaud 134—135.

Болѣ того,—если о такихъ несчастныхъ не позаботилось общество, спрашиваетъ онъ, то неужели они обречены на голдную смерть? Отвѣтомъ на это со стороны автора является установление не ненаказуемости такого дѣянiя, а особаго права на дѣйствiе, на обращенiе чужой собственности въ свою. Собственникъ *долженъ* уступить вещь,—„*quod quidem iste negligebit, necessitas ius dedit quidem eam rem arripienti*“, хотя бы, съ другой стороны, сохранялась обязанность возмѣщенiя вреда. Такой выводъ Пуфендорфа, рядомъ съ только-что изложенной его теорiей, представляетъ явную логическую погрѣшность, мало понятную для такого выдающагося юриста, каковымъ былъ Пуфендорфъ. Въ этомъ вопросѣ авторъ, несомнѣнно, отдаетъ дань своей эпохѣ. Напротивъ, излагая вопросъ о коллизiи двухъ имущественныхъ благъ, авторъ (*ibid.* § 8) снова возвращается къ точкѣ зрѣнiя извиненiя дѣянiя (*veniam indulgere*).

Основную идею инстинкта самосохраненiя, съ такимъ тактомъ имъ подчеркнутую, Пуфендорфъ проводитъ и въ области вопроса о психическомъ принужденiи ¹⁾.

Точка зрѣнiя Пуфендорфа встрѣчаетъ дальнѣйшее развитiе у Хр. Томазiя ²⁾.

Уже Пуфендорфъ, излагая частный случай крайней необходимости, кражу по нуждѣ, уклонился съ точнаго юридическаго пути, на которомъ стоитъ онъ въ своихъ общихъ разсужденiяхъ. Въ эту именно сторону направила теорiя Томазiя, категорически подчеркивающаго юридическое значенiе инстинкта самосохраненiя, „*instinctus naturalis vitae conservandae*“. Авторъ останавливается главнымъ образомъ на „*necessitas incolumitatis*“ и на формулѣ „*necessitas non habet legem*“. Ясно, говоритъ онъ ³⁾, что, отклоняя опасность, человекъ не только повинуется голосу

¹⁾ L. I c. 5 § 9 l. c. Imputari quoque nequeunt, quae quis coacte patitur, aut agit. Coactus autem habetur... etiam, si quis intentato vitae periculo aut alio gravissimo malo, ab altero compellitur ad suscipiendam executionem facinoris, quod ipse alias vehementer aversatur... si quis satelles iubeatur virum, quem ipse insontem novit, interficere, nisi ipse malit interfici... Huic enim eo nomine nihil potest imputari, cum eidem nuda executio iniungatur, quae neque a persona ipsius abhorret, neque ut cum dispendio vitae detrectetur ratio est; cum is sua nece innocentem haudquicquam sit servaturus.—Скептическое отношенiе Янка (80) къ методологическимъ приѣмамъ Пуфендорфа, критика сущности теорiи этого автора не могутъ быть названы усиленными. Они объясняются предвзятой точкой зрѣнiя.—Инстинктъ самосохраненiя, какъ извѣстно, воспринятъ Янкой, какъ одинъ изъ устоевъ его собственной конструкции, но не исчерпывающее значенiе его доказывается этой теорiей *implicite*.

²⁾ *Institutiones Iurisprudentiae divinae*, 1717; 1 изд. 1688.

³⁾ I. c. L. II c. 2 n. 123.

природы, но и въ правѣ дѣйствовать въ этомъ направленіи (*ius eidem ex distamine rectae rationis competere*), если остается только одинъ выходъ. Нарушая блага другихъ лицъ, онъ не виновенъ въ преступленіи, ибо нужда не знаетъ закона, ибо (I. II с. 6 п. 21) крайняя необходимость превращаетъ долгъ чело-вѣколюбія въ совершенное право (*officia humanitatis in ius perfectum mutare*). Въ качествѣ аргумента авторъ выставляетъ объективную утилитарную точку зрѣнія, характерную для протестантскаго направленія, представителемъ котораго онъ является, и въ этомъ пунктѣ въ особенности уклоняется отъ Пуффендорфа ¹⁾, аргументирующаго болѣе на почвѣ *temeritatis humanae*. Общая польза, говоритъ авторъ, вытекаетъ изъ пользы для частныхъ лицъ; общая польза болѣе выигрываетъ отъ сохраненія интересовъ частныхъ лицъ, чѣмъ отъ строгаго соблюденія закона: „*regulariter in legibus humanis necessitatem exceptionem facere, cum utilitas communis ex utilitate singulorum constet, et regulariter conservacione singulorum magis consulatur communi utilitati, quam observacione legis humanae*“ (ibid. n. 131). Ту же точку зрѣнія Томазіи стремится обосновать на теологической почвѣ, повторяя, впрочемъ, лишь намекъ Пуффендорфа на отсутствіе въ случаяхъ крайней необходимости нормальныхъ условий дѣятельности. При наличности такихъ отрицательныхъ условий нельзя предположить, чтобъ Богъ желалъ ригористическаго исполненія своихъ велѣній, хотя бы отъ этого люди страдали ²⁾.

Общую точку зрѣнія въ сферѣ преступленія лишенія жизни Томазіи ставитъ болѣе категорически. Онъ отрицаетъ, что убійство въ крайней необходимости противорѣчитъ естественному праву, ибо и послѣднему исключеніе, создаваемое крайней необходимостью, свойственно, „*quoties malitia hominum necessitas principaliter non intendit violacionem legis et medium evadendi suppeditatur ab instinctu naturali*“ (n. 164 ibid.). Вслѣдъ за этимъ авторъ излагаетъ вопросъ о кражѣ по нуждѣ. Онъ отрицаетъ то толкованіе, что въ указанномъ случаѣ оживаетъ первоначальный коммунизмъ, а затѣмъ опредѣленно, хотя несомнѣнно, и ошибочно, указываетъ логическую неточность со стороны тѣхъ,

¹⁾ Это не замѣчено Янкой, 81.

²⁾ Ibid. nn. 143, 146. Quod si necessitas adveniat a malitia humana, principaliter mortem intendente, et medium evadendi suppeditet instinctus naturalis, licebit istud usurpare, etiamsi alias a Deo sit prohibitum, quia Deus non praesumitur rigorem legis suae hic velle exercere in utilitatem nequitiae humanae, accedit, quod instinctus ad istud medium adhibendum a Deo sit, quia naturalis est.

кто зоветъ такое дѣяніе кражей: не можетъ быть деликта тамъ, гдѣ не налагается наказаніе (п. 168, 170). Собственное мнѣніе автора заключается въ томъ, что такое дѣяніе не содержитъ въ себѣ существеннаго элемента кражи, *contrectatio fraudulens*; заканчиваетъ Томазіи свои разсужденія блестящимъ аргументомъ *a posteriori*: если необходимость открываетъ право на жизнь другого лица, то тѣмъ болѣе на его имущество ¹⁾. Эта общая точка зрѣнія открываетъ автору легкую возможность вывода по отношенію къ поврежденію чужого имущества для спасенія жизни, гдѣ снова выступаетъ утилитарная точка зрѣнія, обосновывающая право на сторонѣ дѣятеля (п. 173). Напротивъ, менѣе рѣшительно высказывается Томазіи о крайней необходимости, возникающей при коллизіи имущественныхъ правъ. Въ такихъ случаяхъ, по мнѣнію автора, нѣтъ *summa necessitas*, такъ какъ не выступаетъ инстинктъ самосохраненія. Тѣмъ не менѣе авторъ находитъ возможнымъ извинить дѣяніе, — *venia indulgetur* (п. 174).

Начавшись такимъ образомъ на почвѣ отгнѣнія субъективнаго момента, новое направленіе школы естественнаго права приходитъ къ совсѣмъ неожиданнымъ выводамъ. Точность юридической постановки вопроса, являющаяся заслугой Пуффендорфа, постепенно уступаетъ мѣсто спекуляціямъ на почвѣ идеальнаго правосознанія, естественно-правовыхъ презумпцій, то-есть вопросъ переносится изъ присущей ему юридической сферы въ область внѣ-юридическую. Теряется точный критерій различенія неправомѣрности и наказуемости дѣянія, и, съ выставленіемъ внезапно возникшихъ утилитарныхъ принциповъ, вырастаетъ новое отчужденіе отъ началъ положительнаго права, новая неопредѣленность аргументаціи—афористичной и произвольной. Шагъ, сдѣланный Томазіемъ, звучитъ страннымъ диссонансомъ въ ряду конструкцій, придаваемыхъ вопросу о крайней необходимости его предшественниками. Пуффендорфъ ясно сознавалъ существо естественно-правовой доктрины; ея началами онъ пользовался для критики, для указаній, но въ догму онъ ихъ не возводилъ, ибо значеніе положительнаго права отъ него не ускользало. Томазіи не сознавалъ этого или игнорировалъ; онъ поглощенъ идеями естественнаго права; онъ смотритъ на нихъ, какъ на начала догматическія, далеко оставляющія въ тѣни право положительное. Такой пріемъ привѣтствовать невозможно. Протестантизмъ Томазіи не создалъ болѣе точнаго выясненія вопроса о крайней необходимости, но, быть можетъ, неожиданно для самого автора, привелъ его вновь къ ложно-понимаемой канонической формулѣ.

¹⁾ ad. § 168 t: si necessitas dat ius in vitam alterius, multo magis in eius res.

Иную картину представляет доктрина, развиваемая Маттеем¹⁾. Авторъ остается на чистой юридической точкѣ зрѣнія. Основная мысль его, хотя и высказанная имъ болѣе или менѣе нерѣшительно и съ оговорками, заключается въ различеніи моментовъ правонарушенія и наказанія и въ указаніи на возможность отмѣнить или смягчить наказаніе за дѣяніе въ состояніи крайней необходимости въ силу вліянія принужденія.

Остановливаясь на кражѣ по нуждѣ, Маттеи отрицаетъ правильность коммунистической точки зрѣнія, а также и мнѣніе, что такое дѣяніе непреступно въ силу отсутствія въ его внутренней сторонѣ *animus lucri faciendi*²⁾. Не соглашается авторъ и съ тѣмъ аргументомъ, что дѣятель въ правѣ воспользоваться чужимъ имуществомъ, ибо его влечетъ сила необходимости, заставляющая причинить вредъ другому лицу. Онъ приводитъ афоризмъ Цицерона, что лучше каждому нести свое бремя, чѣмъ отнимать отъ удобствъ и выгодъ другихъ. Право на пользованіе чужою собственностью онъ допускаетъ лишь на сторонѣ власти гражданской, но не частныхъ лицъ, которыя во всякомъ случаѣ остаются виновными въ кражѣ (*ibid.*). Возможность правильного рѣшенія вопроса Маттеи видитъ лишь въ различеніи правонарушения и наказанія: „*potuis inter crimen et poenam distinguendum arbitror*“, говоритъ онъ, — даже несмотря на крайнюю нужду, — преступленіе остается, но наказаніе, въ виду вліянія необходимости, можетъ быть вовсе не наложено или смягчено. Въ этомъ заключеніи авторъ дѣлаетъ огромный научный шагъ впередъ, не уклоняясь въ то же время отъ характера современнаго ему законодательства, т.-е. оставаясь въ предѣлахъ кражи по нуждѣ.

Ту же точку зрѣнія проводитъ авторъ и въ области *vis compulsiva*, гдѣ онъ является продолжателемъ Тиракелли³⁾. Исходя изъ понятія обязательнаго приказа⁴⁾, авторъ переноситъ сущ-

¹⁾ Matthäus, De criminibus, 1661; 1-е изд. 1644 г.

²⁾ l. c. tit. I de furtis, n. 7. Quis enim persuaserit homini intelligenti, lucri faciendi animum non habere eum, qui deficiente annona cibum alteri subtrahit, cum manifestum sit, ipsum illum cibum ab eo lucriferi?

³⁾ Янка (76) полагаетъ, что Matthäus, какъ и Гроціи не выходятъ изъ предѣловъ кражи.

⁴⁾ Utrum sponte quis deliquerit, an eius iussu, cui parere necesse fuit. Hoc enim casu qui iussit, ordinaria poena perinde tenetur, ac si sua ipse manu scelus perpetrasset.—In atrocioribus quidem nod ignoscitur, poena tamen propter iubentis vim mitigatur. Est enim iussus domini, patris, magistratus: hi autem propter imperium, quod obtinent in servos, liberos, cives, etiam vim quandam cogendi habent.—l. c. tit. XVIII c. 4 n. 14. Cp. Prolegomena, c. I n. 13: iussus

ность сказывающагося въ послѣднемъ принужденіи и на иные случаи „*vi metueque coactio ad peccandum*“ и выводитъ отсюда возможность смягченія наказанія: „*poena mitiganda est propter maioris rei impetum, cui difficulter resisti potest*“. Дѣяніе въ такихъ случаяхъ не является „*mere voluntarium*“, но „*mixtum*“, смѣшаннымъ, откуда вытекаетъ меньшая строгость кары ¹⁾; человекъ, совершая дѣяніе, повиновался импульсу, превышающему силу человѣческаго сопротивленія, *modum humanae abstinentiae*.

Ограниченная по объему, но глубоко содержательная по существу своему, точка зрѣнія Маттея представляетъ вѣнецъ естественно-правовой доктрины въ ея отношеніи къ положительному праву. На почвѣ послѣдняго, представляемаго въ свѣтѣ новомъ и мало понятномъ для современниковъ, Маттей рѣшилъ весь вопросъ о крайней необходимости. Онъ понималъ, что попытки разрѣшенія этого вопроса внѣ правовой сферы, съ точки зрѣнія началъ, лежащихъ внѣ границъ положительнаго закона, — осуждены на научную неточность, произвольность. Его точку зрѣнія по вопросу о наказуемости акта крайней необходимости можно подвергать критикѣ, но центръ тяжести теоріи Маттея не въ ней, а въ различеніи неправды и наказанія. На этомъ работа его, какъ юриста, была кончена, ибо дальнѣйшее развитіе его мысли зависитъ отъ политическихъ, а не отъ юридическихъ соображеній.

Позднѣйшей школой это понято не было. Она вновь оторвалась отъ истины и внесла въ дѣло массу произвольныхъ личныхъ мнѣній, затемнила его апріорной философіей и надолго отняла возможность точнаго выясненія вопроса.

На почвѣ указанныхъ направленій развивается вся позднѣйшая литература до Канта. Вопросъ о крайней необходимости не перестаетъ вызывать большое вниманіе. Въ XVII — XVIII вѣкѣ ему посвящается рядъ специальныхъ монографій, не представляющихъ, однако, никакой новой точки зрѣнія, ни одной свѣжей мысли ²⁾. Изъ болѣе крупныхъ представителей науки на

fere eadem ratio est, quae mandati: sed quantum ad crimen, non quantum ad poenam. Quum enim viro bono non possit ulla tanta necessitas imponi, ut facinoris alicuius labe se maculet, apparet eum, qui iubenti paruit, criminis reum esse. Но наказаніе можетъ быть смягчено, — fere tamen mitius puniuntur.

¹⁾ Возраженія на понятіе „ненаказуемаго преступленія“ сдѣланы были Томазіемъ и Бёмеромъ, I. с.

²⁾ Fritsch, *Dissertatio de praesidio necessitatis contra legem*, 1661; Wenkenbach, *Necessitas ex lex*, 1675; Simon, *De ablatione rei alienae in casu necessitatis*, 1675; Stryck, *Commentatio iuridica de iure necessitatis*, 1712; Wagner, *Tractatus iuris, qua regula, „necessitas non habet legem“ explicatur*, 1725; Nettelblat,

точкѣ зрѣнія Гроція стоитъ Хр. Вольфъ ¹⁾. Въ предѣлахъ имущественныхъ преступленій онъ остается на точкѣ зрѣнія додоговорнаго коммунизма. Собственность введена не для собственника, говоритъ онъ ²⁾, а для того, чтобъ всѣ извлекали изъ нея наибольшую выгоду. Поэтому, въ случаѣ нужды, если нѣтъ возможности купить, заработать вещь, одолжиться ею, то вещь можетъ быть взята противъ согласія хозяина, даже насильственнымъ путемъ. Въ такомъ дѣяніи нѣтъ ни кражи, ни грабежа, ибо крайняя необходимость превращаетъ „право просить“ въ „право принуждать“ (ibid. § 305). Это общее правило должно быть распространено на всѣ имущественныя преступления (ibid. § 309); на сторонѣ дѣятеля, остается лишь обязанность вознагражденія за вредъ, ибо указанное право не идетъ далѣе предѣловъ необходимости (ibid. § 306) ³⁾. — Другое направленіе, оставаясь въ предѣлахъ имущественныхъ нарушеній, въ вопросѣ объ обоснованіи ихъ ненаказуемости примыкаетъ къ Пуффендорфу, т.-е. подчеркиваетъ инстинктъ самосохраненія. Сюда принадлежатъ Wildvogel ⁴⁾, Leyser ⁵⁾, Boehmer ⁶⁾, склоняющійся, впрочемъ, уже къ тому видоизмѣненію взглядовъ Пуффендорфа, которое они получили у Томазія ⁷⁾. Ту же точку зрѣнія позднѣе защищаетъ Soden ⁸⁾ и Koch ⁹⁾. Небольшой подробностью ученія

Dissertatio iuridica de necessitate eiusque in iure effectu, 1752; Unger, De iure necessitatis, 1752; Tittel, De eo, quod licet secundum legem naturae, summa necessitate urgente, 1763; Struven, De facultate utendi rebus alterius in casu necessitatis, 1764; Schott, De furto ex necessitate commisso, 1772 и др., см. литературныя указанія у Köstlin'a System 112 пр. 6.

¹⁾ Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, 2 нѣм. изданіе 1769 г.

²⁾ I. c. § 304.

³⁾ На точкѣ зрѣнія Гроція стоитъ также Nettelblatt, см. выше.

⁴⁾ Disputatio de furtis impropriis, 1714 c. I § 9.

⁵⁾ Meditationes ad Pandectas sp. 537, med. 1, 2.

⁶⁾ Meditationes in CCC., 1774, стр. 798, 799.

⁷⁾ I. c. 798: non nova est haec doctrina, sed inter omnes gentes moratiores recepta et in recta ratione fundata, adeoque magna aequitatis ratione se commendat. Actor... suo iure agat, sine reatu et formidine poenae. Hoc enim est, quod vulgo dicitur necessitatem non habere legem, vel officia humanitatis in casu necessitatis in ius perfectum transire. Ita per se corrui doctrina Carpovii, quod haec contrectatio semper poenam extraordinariam connexam habeat.

⁸⁾ Geist der peinlichen Gesetzgebung, 1792, I, 351. Das erste Gesetz der Natur, die Pflicht der Selbsterhaltung, verschlingt alle andere; auch die Gesetzgebung muss es verehren. Wenn also eine Entwendung fremden Eigenthums nicht aus Gewinn, sondern zur Erhaltung, aus Noth geschieht, so ist sie kein Diebstahl

⁹⁾ Institutiones iuris criminalis, 1783, 6 изд., I. II c. 1 § 174: furtum in extrema necessitate... non illicite, sed iure potius agat, facile est intellectu. Verum

последняго является отъненіе коллизіи обязанностей: обязанность по отношенію къ самому себѣ должна одержать верхъ надъ обязанностью по отношенію къ другимъ, и это правило тѣмъ менѣе поллежитъ сомнѣнію, когда рѣчь идетъ объ избѣжаніи смерти. — Наконецъ, третье направленіе, защищаемое далеко не съ такой силой, примыкаетъ къ Маттею. Fritsch, Ziegler ¹⁾ видятъ въ дѣяніи при условіяхъ крайней необходимости „преступленіе“, но находятъ возможнымъ не полагать за него наказанія въ силу тѣхъ или иныхъ особыхъ условій ²⁾.

Особое мѣсто среди писателей излагаемой эпохи занимаютъ Шрёдеръ ³⁾, Квисторпъ ⁴⁾ и Пюттманнъ ⁵⁾, теоріи которыхъ чрезвычайно близки къ римскимъ конструкціямъ. Они устанавливаютъ, что состояніе крайней необходимости исключаетъ возможность умысла, а потому и не можетъ быть вмѣнено дѣятелю, — взглядъ, пригодный для римскихъ понятій преступленія и наказанія, но не пригодный для уголовного права болѣе поздней поры.

VIII.

Мысль, возникшая первоначально въ формулахъ каноническаго права и устанавливающая принципъ внѣправового положенія случаевъ, характеризующихся состояніемъ крайней необходимости, нашла себѣ ближайшее развитіе въ теоріяхъ Гроція, Пуффендорфа и Томазія. Но соображенія, высказанныя послѣдними авторами, не шли далѣе простаго указанія на то, что въ такихъ случаяхъ дѣятель находится внѣ нормальныхъ условій общественной жизни, что для него не существуютъ обычные „*occasio, materia et facultas agendi*“. На этихъ намекахъ позднѣе построена была цѣлая теорія, творцомъ которой является Фихте ⁶⁾.

Уже исходная точка зрѣнія автора не свободна отъ недостатковъ, ибо узка и одностороння. Конструкція Фихте покоится

hoc principium non solum in fame, sed et in aliis necessitatibus valet. Авторъ подвергаетъ сомнѣнію коммунистическій принципъ: *posita communione primaeva ius est cuique in quamcumque rem, quam alter nondum possidet, eaque non indiget.*

¹⁾ In Hugo Grotii de iure belli ac paci libros, 1706.

²⁾ Ср. Janka, 82.

³⁾ Elementa iuris socialis et gentium, 1779 c. VII §§ 128—142.

⁴⁾ Grundsätze des peinlichen Rechts, 1783, 3 изд. §§ 374—376.

⁵⁾ Elementa iuris criminalis, 1779, §§ 325, 450.

⁶⁾ Grundlage des Naturrechts, 1797, II S. 85.

на одномъ казусѣ, — „berühmtes Wunderbrett der Schule“, *tabula naufragio duorum non saraх*, гдѣ тотъ или другой изъ участниковъ долженъ погибнуть, ибо иначе гибель грозитъ одинаково обоимъ. Долженъ быть рѣшенъ вопросъ, какъ могутъ существовать нѣсколько „свободныхъ существъ“. Рѣшенъ онъ можетъ быть лишь въ томъ случаѣ, если установлена самая возможность сосуществованія. Когда такая возможность падаетъ, съ нею падаетъ и вопросъ о способахъ сосуществованія, о правѣ. О правѣ въ такомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи: право на жизнь отнято у обоихъ участниковъ естественнымъ путемъ, — разрѣшеніе коллизіи встаетъ въ зависимость исключительно отъ физической силы и произвола. Но такъ какъ послѣ совершенія дѣянія дѣятель все-таки встаетъ подъ господство закона, то право необходимости можно разсматривать, какъ право считать себя совершенно изъятымъ изъ сферы вліянія всякаго законодательства.

Эта теорія воспринимается цѣлымъ рядомъ авторовъ. Такъ von Gros ¹⁾ также начинаетъ свое изслѣдованіе предпосылкой, гдѣ конкретной иллюстраціей является положеніе двухъ лицъ, сосуществованіе коихъ по физическимъ законамъ невозможно. Такое положеніе лежитъ внѣ права, ибо нормальныя условія примѣненія послѣдняго отсутствуютъ. Это фактическое, естественное, а не правовое положеніе; другъ противъ друга стоятъ не „права“, а „природы“ (*Natur gegen Natur*). Вытекающее изъ такого положенія дѣяніе — не юридическое, внѣ-правовое. Поэтому авторъ замѣняетъ формулу „*Noth hat kein Gebot*“ формулой „*Noth bricht kein Gebot*“.

Съ нѣкоторыми видоизмѣненіями та же теорія встрѣчается у Грольмана ²⁾, различающаго общую невозможность сосуществованія двухъ индивидовъ и частную, то-есть невозможность сосуществованія отдѣльныхъ правъ. Въ томъ и въ другомъ случаѣ создается внѣ-правовой характеръ дѣянія. Однако, Грольманъ не видитъ въ основѣ такого дѣянія право считать себя изъятымъ изъ сферы вліянія закона, а лишь особыя черты, въ силу коихъ дѣяніе можетъ быть извинено. Это положеніе авторъ переноситъ и на кражу по нуждѣ, добавляя однако, что примѣненіе поставленнаго имъ принципа возможно лишь въ государствѣ, гдѣ нѣтъ достаточнаго количества учреждений, ставящихъ цѣлью помощь нуждающимся. Если же такія учрежденія существуютъ, или дѣятель, не прибѣгая къ нимъ, совершилъ

¹⁾ Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, 4 изд. 1822 г. §§ 39, 40.

²⁾ Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3 изд. 1818 §§ 21—23, 41, 138.

вторженіе въ сферу чужой собственности, то примѣненіе принципа невозможно ¹⁾. Не лишено затѣмъ интереса, что Грольманъ ближе подходитъ къ источнику необходимости, заявляя, что ту же роль можетъ сыграть и психическое принужденіе, напр., угрозы, ибо онѣ также устраняютъ физическую возможность сосуществованія.

Ту же точку зрѣнія принимаютъ Вэхтеръ ²⁾, позднѣе, впрочемъ, отказывающійся отъ нея, и съ небольшими измѣненіями, Генке ³⁾. Она повторяется и у Hufnagel'я ⁴⁾, который вновь отбѣняетъ истиннѣе самосохраненія. Въ коллизіяхъ, создающихся положеніемъ крайней необходимости, человекъ не можетъ признать правъ другого лица, если его собственное физическое существованіе не обезпечено. Такое положеніе лежитъ внѣ права, и ни законъ, ни судъ не могутъ вмѣнить дѣянія въ вину сильнѣйшему ⁵⁾.

Всѣ изложенныя теоріи, помимо односторонности конкретнаго матеріала, надъ которымъ онѣ оперируютъ ⁶⁾, страдаютъ основнымъ недостаткомъ, вытекающимъ изъ презумпціи, что право, по происхожденію своему, есть плодъ произвольнаго соглашенія людей. Отсюда слѣдуетъ, конечно, обычный для школы выводъ о возвращеніи къ договорному порядку вещей, если вопросъ не допускаетъ легкаго рѣшенія на почвѣ положительнаго права. О такомъ возвращеніи указанная доктрина говоритъ, какъ о логической аксіомѣ. Ясно, что съ современной точки зрѣнія,

¹⁾ Въ этомъ искусственномъ добавленіи Грольмана, Лефита, Nothwehr, 12 пр. 15 видитъ доказательство, что авторъ сознавалъ недостатки теоріи Фихте.

²⁾ Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts, I, 1825 § 55: es giebt kein Verbrechen, wo gar kein Rechtsverhältniss vorhanden ist.

³⁾ Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 1823, I § 36. Авторъ отрицаетъ возможность „Imputabilität der Handlung“, гдѣ нѣтъ возможности правового отношенія.

⁴⁾ Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg, 1840, I стр. 226, 227.

⁵⁾ Janka относитъ къ этой же группѣ теорію Heffter'a (Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 5 изд. 1854, § 40), но, помимо того, что у послѣдняго замѣчается уже болѣе развитая точка зрѣнія, устанавливающая правомѣрность дѣянія для спасенія жизни, и извинительность — для спасенія имущественныхъ благъ, — онъ не говоритъ о внѣ правовомъ положеніи дѣятеля, а лишь о томъ, что въ такихъ случаяхъ государство и законъ — „unwirksam oder kommen zu spät“ (пр. 1 § 40), а все положеніе лежитъ внѣ уголовного закона.

⁶⁾ Это упущено изъ вниманія проф. Таганцевымъ въ подробностяхъ его критики, Курсъ, I, 247.

когда установлена ошибочность договорной теории, когда отношение и связь личности съ обществомъ выяснены болѣе точно, внѣ произвольныхъ презумпцій,—это положеніе перестаетъ быть логической неизбѣжностью и требуетъ доказательствъ. Аподиктическое утвержденіе, что въ случаяхъ крайней необходимости право должно отказать отъ обычной регулировки коллизій человѣческихъ интересовъ, цѣли не достигаетъ, ибо точка зрѣнія физической невозможности сосуществованія еще ничего не объясняетъ. Есть не мало случаевъ, напр., война, исполненіе судебного приговора, гдѣ такая невозможность не имѣетъ значенія для противоположнаго ¹⁾. Остается затѣмъ неяснымъ, какъ на то указывалъ уже Гейеръ ²⁾, почему вновь возникаетъ рѣчь о правѣ, хотя бы о правѣ считать себя изъятымъ изъ сферы правовыхъ вѣднй, гдѣ не встаетъ никакого вопроса о правовой почвѣ. Также непонятно утвержденіе, что дѣятель послѣ дѣянія вновь встаетъ подъ господство закона, а слѣдовательно актъ его подлежитъ обсужденію съ точки зрѣнія права, когда этотъ актъ съ точки зрѣнія права иррелевантенъ. Въ этомъ случаѣ едва ли можетъ быть рѣчь и объ извиненіи дѣянія, какъ то думалъ Грольманъ. Не улучшаютъ недостатковъ теории и тѣ измѣненія, которыя внесъ въ нее Hufnagel, ибо инстинктъ самосохраненія *implicite* принималъ во вниманіе и Фихте, и тѣмъ не менѣе не находилъ, какъ и послѣдній авторъ, иного выхода, кромѣ установленія внѣ-правового положенія случаевъ крайней необходимости.

Недостаточность конструкціи какъ бы сознавалась и творцомъ ея. Считая дѣяніе въ крайней необходимости изъятымъ изъ сферы правового вліянія, Фихте счелъ нужнымъ подчинить его высшему моральному закону. Не предпринимай ничего, говорить этотъ законъ, а предоставь дѣло Божьей волѣ. Богъ спасетъ тебя, если такова Его воля, и если на то Его воли нѣтъ,—ты долженъ покориться ³⁾.

Такова эта сбивчивая, противорѣчивая, бесплодная теорія, недостаточно цѣнящая значеніе права, его отрицающая и снова къ нему возвращающаяся, въ концѣ концовъ прибѣгающая уже къ совсѣмъ не юридической аргументаціи. Сама по себѣ она не заслуживала бы серьезнаго вниманія, еслибъ не бросила тѣнь

¹⁾ Ср. Wächter, Sächs.-thüring. Strafrecht, 360; Levita, l. c. 11.

²⁾ Die Lehre von der Nothwehr, 1857, стр. 6.

³⁾ Авторъ стоитъ на точкѣ зрѣнія нѣмецкой народной мудрости: wenn die Noth auf's höchste steigt, Gott der Herr die Hand uns reicht. Русская народная мудрость полагаетъ иначе.

даже на труды представителей современной юриспруденции. Наиболее удивительнымъ является, что подъ влияніе этой теоріи подпалъ авторъ, который говорилъ, что взгляды Фихте въ нашу пору заслуживаютъ вниманія, лишь какъ рѣдкость ¹⁾).

Авторъ этотъ — Биндингъ. Сущность его теоріи и юридическій матеріалъ, надъ коимъ онъ оперируетъ, заключается въ слѣдующемъ. Биндингъ считаетъ методологически неправильнымъ ставить современное ученіе о крайней необходимости на почвѣ положительнаго права, ибо его опредѣленія узки, и жизнь въ правѣ требовать отъ науки указаній, какъ разрѣшаются аналогичные случаи, не обнимаемые формулой закона. Правильнымъ представляется лишь одинъ путь: описать совокупность житейскихъ явленій, гдѣ наблюдаются одни и тѣ же признаки, содержащіяся и въ признанныхъ положительнымъ правомъ случаяхъ крайней необходимости, — абстрагировать отсюда общее понятіе крайней необходимости и затѣмъ установить, насколько это понятіе охватывается положительнымъ законодательствомъ, и гдѣ найти рѣшеніе для остальныхъ случаевъ ²⁾).

Характернымъ признакомъ случаевъ крайней необходимости, положительнымъ правомъ обнимаемыхъ, является нежелательный для права конфликтъ двухъ благъ, которыя право желало бы видѣть неприкосновенными, притомъ конфликтъ въ такихъ условіяхъ, что сохраненіе одного изъ благъ требуетъ гибели другого. Указывая въ рядѣ разнородныхъ коллизій, напр., коллизіи благъ въ чистомъ видѣ, благъ и обязанностей или двухъ обязанностей, — присущую имъ эту общую черту, Биндингъ приходитъ къ общему опредѣленію, что крайняя необходимость есть такое положеніе лица, гдѣ оно можетъ спасти поставленное въ опасность правовое благо или исполнить правовую обязанность лишь путемъ запрещеннаго дѣянія ³⁾. Въ этомъ опредѣленіи, конечно, нѣтъ указанія на то, какъ этотъ конфликтъ долженъ быть разрѣшенъ ⁴⁾.

¹⁾ Binding, Handbuch, стр. 760 пр. 20.

²⁾ Handbuch, 756 и сл.

³⁾ Въ пр. 18 стр. 759 авторъ откровенно заявляетъ, что сходство его формулы съ той, которая предлагается Штаммлеромъ, объясняется тѣмъ, что послѣдній въ свое время посѣщавъ лекціи автора и конечно (!) воспользовался его конструкціей.

⁴⁾ По вопросу объ объемѣ крайней необходимости Биндингъ является продолжателемъ мыслей Гельшнера и Бернера, раздвинувшихъ объемъ крайней необходимости до коллизіи благъ и совершенія запрещеннаго дѣянія вообще. Введеніе въ содержаніе крайней необходимости и коллизій обязанностей не представляетъ чего-либо новаго, ибо здѣсь та же коллизія благъ-интересовъ. См. Meyer, Lehrbuch, 1888, стр. 341; Moriaud, 27; исполненіе правовой обязан-

Характернымъ моментомъ такой коллизіи, отличающей ее, напр., отъ коллизіи благъ въ необходимой оборонѣ, является противопоставленіе другъ другу двухъ правъ или двухъ обязанностей; насколько дѣяніе въ необходимой оборонѣ для права желательно, какъ дѣяніе, поддерживающее вѣдннн правопорядка, настолько же нежелательно для права дѣяніе въ крайней необходимости, ибо оно ведетъ къ правовому ущербу.

Вездѣ, гдѣ государство стоитъ предъ двумя злами, оно избираетъ большаго, избираетъ меньшее. По этому началу полусознательно, полубезсознательно течетъ вся человѣческая жизнь внутри и внѣ сферы права. Неправильно полагать, что всѣ правовыя блага *одинаково* священны, — уголовное право всего менѣе это подтверждаетъ, налагая за одни дѣянія высшую, за другія — низшую кару. Такимъ образомъ суду и тогда были бы даны опредѣленные правила, если бы законъ не давалъ совершенно указаній о разрѣшеніи коллизіи въ крайней необходимости (аналогія).

Въ виду этихъ соображеній рѣшеніе можетъ быть дано такое (762—764): 1) въ случаѣ дѣйствительной коллизіи обязанностей, — а) высшая должна быть выполнена на счетъ менѣе важной; нарушеніе послѣдней есть правомѣрное дѣяніе, я долженъ, напр., сдѣлать донесеніе о преступленіи въ ущербъ исполненію полицейскаго предписанія о снятіи гусеницъ и червей съ садовыхъ деревьевъ; б) изъ двухъ одинаково важныхъ обязанностей должна быть выполнена одна; неисполненіе другой извиняется признанной правомъ невозможностью, и такъ какъ ея исполненіе здѣсь правомъ не требуется, то неисполненіе ея — не деликтъ; 2) въ случаѣ коллизіи правовыхъ благъ законодательство также могло бы установить общее понятіе права нужды, разрѣшающее случаи коллизіи неравнодѣльныхъ благъ. Такія постановленія оно, дѣйствительно, нерѣдко дѣлаетъ, но лишь въ единичныхъ случаяхъ, по особымъ основаніямъ. Эти постановленія могутъ быть расширяемы путемъ аналогіи, но далѣе идти невозможно. За исключеніемъ этихъ отдѣльныхъ случаевъ права нужды остальная сумма коллизій, характерныхъ для положенія крайней необходимости, можетъ быть разрѣшена лишь однимъ путемъ. Правопорядокъ можетъ требовать соблюденія нормы, несмотря на положеніе крайней необходимости (и иногда это дѣлаетъ), но онъ не желаетъ такого соблюденія, ибо въ указываемости есть благо для государства. Напротивъ, есть моменты, на основаніи которыхъ противъ включенія въ содержаніе крайней необходимости коллизій обязанностей можно возражать.

мыхъ случаяхъ одинаково противорѣчило бы интересу правопорядка и соблюденію нормы, ибо, затѣмъ, дѣятель неизбѣжно послѣдуетъ давленію со стороны субъективныхъ мотивовъ. Такимъ образомъ, за исключеніемъ рѣдкихъ случаевъ права нужды, сохраненіе правового блага на счетъ другого, равноцѣннаго или менѣе важнаго, — *не запрещено* (*unverboten*). 3) Случай коллизіи правовыхъ обязанностей и правовыхъ благъ разрѣшаются по тому же принципу. Дѣяніе не запрещено, если высшее зло отклоняется путемъ совершенія низшаго или равнаго. 4) Во всѣхъ иныхъ случаяхъ дѣяніе противоправно и деликтно.

Теорія Биндинга нашла себѣ мѣсто, какъ центральная и основная, также въ монографіи Могіауд¹⁾. Углубляясь въ изслѣдованіе законодательнаго матеріала, предлагаемаго юридическими памятниками, Могіауд выводитъ изъ него принципъ относительности правовыхъ благъ. Этотъ принципъ онъ примѣняетъ и къ рѣшенію вопроса о крайней необходимости. Если коллидирующія блага неравноцѣнны, законъ не можетъ допустить, чтобъ меньшее благо сохранялось на счетъ бѣльшаго; наоборотъ, законъ можетъ только одобрить сохраненіе блага высшаго насчетъ низшаго. Если же блага равны, то ни одобрять, то-есть признавать правомѣрнымъ, ни порицать, то-есть признавать противоправнымъ дѣяніе законодатель не можетъ, ибо правовыя положенія глубоко отличаются отъ положеній этическихъ, и такой конфликтъ для права интереса не представляетъ. Правда, такое рѣшеніе какъ бы „санкціонируетъ силу“, по выраженію Бури, но это зло необходимое, какъ смерть, война или наказаніе. Государство, впрочемъ, лишь привнимаетъ во вниманіе эгоизмъ, наиболѣе могущественный изъ общественныхъ двигателей, наиболѣе сильную гарантію общественной безопасности. И еще одно соображеніе нельзя упускать изъ вниманія: общество не можетъ быть слишкомъ требовательно къ сочлену своему, по отношенію къ которому часто оно само виновно, оставляя его безпомощнымъ въ его слабости, какъ индивида (265).— Однако устанавливать общее право нужды, покоющееся на изложенныхъ соображеніяхъ, правопорядокъ не можетъ, ибо это было бы опасно. Въ отдѣльныхъ случаяхъ такое право существуетъ. Въ случаяхъ спасенія высшаго блага на счетъ низшаго правопорядокъ могъ бы пойти по такому же пути, но установить такую коллизію вполне точно возможно лишь послѣ совершенія дѣянія. Выставляя въ

¹⁾ Du délit nécessaire et de l'état de nécessité, 1888. Книга написана по очень простому методу,—если вынести за скобки все, что сказано уже въ литературѣ, то отъ книги ничего, кромѣ „errata“, не останется.

уголовномъ законѣ правила поведенія, законодатель не можетъ признать правомѣрнымъ актъ, условія котораго неизвѣстны, но не можетъ и порицать этотъ актъ, потому что дѣятель часто дѣйствуетъ въ интересахъ общества, всегда чтобъ избѣжать зла, нести которое общество не имѣетъ права отъ него требовать; жертва благомъ — здѣсь необходимое зло (276, 277).

Такимъ образомъ, въ глазахъ законодателя актъ крайней необходимости ни правомѣренъ, ни противоправенъ; законъ ни позволяетъ, ни запрещаетъ его. Въ глазахъ суда — это актъ, правомѣрность коего стоитъ въ зависимости отъ превосходства спасаемаго блага надъ приносимымъ въ жертву (*ibid.*)¹⁾.

Съ нѣкоторыми варіаціями излагаемая теорія воспринята Листомъ²⁾ и Тоблеромъ³⁾, при чемъ исходная точка зрѣнія обоихъ авторовъ одинаково неправильна въ силу узкости своей, такъ что даже съ внѣшней стороны отражаетъ на себѣ вліяніе Фихте. Листъ выходитъ изъ того положенія, что состояніе крайней необходимости есть состояніе борьбы правовыхъ интересовъ, при чемъ *каждый* можетъ быть сохраненъ лишь на счетъ другого, а Тоблеръ во главѣ своей монографіи ставитъ пресловутый карнеадовскій примѣръ, *tabula naufragii duorum non saraх*. Листъ, впрочемъ, не ограничивается указанной коллизіей и разбираетъ всю массу случаевъ крайней необходимости на три группы: а) если высшее благо должно быть спасено путемъ гибели низшаго, то дѣяніе правомѣрно; б) если благо низшее должно быть спасено на счетъ высшаго, — дѣяніе противоправно и наказуемо; в) если блага равноцѣнны, то у правопорядка нѣтъ ни власти, ни повода вмѣшиваться путемъ уголовной угрозы въ конфликтъ. Онъ не запрещаетъ поэтому дѣянія, котораго не хочетъ наказывать; онъ предоставляетъ дѣло его собственному теченію (*bescheidet sich, hier wie sonst, den Thatsachen Rechnung zu tragen*), терпитъ то, чего измѣнить не въ силахъ, но и опредѣляетъ то, во чтѣ не желаетъ вмѣшиваться. Дѣятелю правопорядокъ не сообщаетъ права нужды, а лишь открываетъ возможность дѣйствія (*lässt ihn gewähren*). — Тоблеръ, исходя изъ узкаго примѣра своего, старается доказать, что если государство признаетъ здѣсь правомѣрность дѣянія, то должно признать ее

1) Совершенно извращенно излагается теорія Moriaud у Tobler'a, *Grenzgebiete*, 30. — Теорію „незапрещенности“ дѣянія въ состояніи крайней необходимости принимаютъ также Sjögren, *Iherings-Jahrbücher*, B. 35, стр. 429; Unger, *Handeln auf eigene Gefahr*, *Iher. Jahrb.* B. 30, 1891, стр. 380.

2) *Lehrbuch*, 7 изд. 1895 г., стр. 128, 129.

3) *Grenzgebiete zwischen Nothstand und Nothwehr*, 1894, стр. 36—46.

на обѣихъ сторонахъ, что было бы нелогично; если же оно признаетъ дѣяніе противоправнымъ, то *implicite* объявить, что гибель обоихъ благъ въ его интересахъ. Но для государства желательно спасти хотя бы одну жизнь, а поэтому оно должно ждать исхода борьбы, а затѣмъ объявить дѣяніе ненаказуемымъ. Ненаказуемость въ такомъ случаѣ слѣдуетъ понимать не только въ смыслѣ отмѣны *sanctio poenalis*, но и въ смыслѣ отмѣны нормы, ибо противорѣчило бы государственному интересу настаивать на подчиненіи нормы, гдѣ результатъ такого подчиненія для государства невыгоденъ ¹⁾.

На изложенныхъ теоріяхъ лежитъ, таѣмъ образомъ, печать вліянія Фихте, хотя взгляды послѣдняго преподносятся здѣсь читателю приправленными и подкрашенными болѣе современными методологическими приѣмами и инымъ объемомъ юридическаго матеріала. Основнымъ положеніемъ школы является указаніе, что дѣяніе въ крайней необходимости, въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ, есть дѣяніе незапрещенное, не подлежащее воздѣйствію нормы, лежащее внѣ сферы права. Такая сфера, сфера внѣправовая, несомнѣнно, существуетъ ²⁾, ибо право обнимаетъ своими велѣніями далеко не всю сумму человѣческихъ отношеній. Но вопросъ въ томъ, можетъ ли правопорядокъ въ границахъ, его воздѣйствію уже подлежащихъ, парализовать силу нормъ своихъ, лишить отношенія правового характера, бросить его въ „внѣправовое пространство“, „*rechtsleerer Raum*“, по выраженію Бринца? На этотъ вопросъ не можетъ быть дано утвердительнаго отвѣта, ибо въ области, уже однажды правомъ регулируемой, и пока соответствующія нормы сохраняютъ присущую имъ законную силу, — правовое безразличіе недопустимо. Въ этой области нѣтъ средняго между правомъ и неправдой. *Etenim simulac iure fieri desiit, iniuria fieri necesse est, neque unquam existit, quod mathematici vocant punctum indifferentiae*, говоритъ Бернеръ ³⁾. Положеніе крайней необходимости не перестаетъ представлять картины коллизіи интересовъ, картины отношенія, а разрѣшеніе такой коллизіи, квалификация этого отно-

¹⁾ На дѣлѣ взгляды автора не изложены съ такой опредѣленностью. На стр. 40-й онъ указываетъ на теорію Биндинга, какъ на образцовую, а на стр. 45-й говоритъ, что понятіе незапрещенности—бланкетъ, ничего не говорящій объ объемѣ крайней необходимости, а потому устанавливаетъ на стр. 43—46 ненаказуемость.

²⁾ Это упущено изъ вниманія критикой, даже Р. Меркелемъ, *Kollision rechtsmässiger Interessen*, стр. 33, и ранѣе Seeger'омъ, по поводу теоріи Фихте, *Abhandlungen*, 1858, стр. 441.

³⁾ *De impunitate propter summam necessitatem proposita*, 8.

шенія, когда оно возникаетъ въ сферѣ, право интересующей, именно и является ближайшей задачей права ¹⁾, отказаться отъ которой право *не можетъ* по самому существу своему, по своимъ цѣлямъ. *Iuris et iustitiae imperium nunquam cessare posse*, говорилъ Цицеронъ ²⁾, *tantam iustitiae esse vim, ut ne illi quidem, qui maleficio et scelere pascuntur, possint sine ulla particula iustitiae vivere*. Отказъ отъ правовой нормировки человѣческихъ отношеній, хотя бы и въ рѣдкихъ сравнительно случаяхъ, указалъ бы на слабость, на безсиліе права, ибо возвращеніе къ господству силы и ловкости, какъ къ рѣшающимъ критеріямъ, недостойно права стойкаго и опредѣленнаго, способнаго устоять и не сломиться подъ давленіемъ обстоятельствъ. Правопорядокъ *не долженъ* допускать этой „законной санкціи силы“ и признавать ее неизбѣжной, какъ „смерть, война или наказаніе“, ибо такое возвращеніе къ первобытному состоянію господства физической силы или ловкости несогласно съ условіями жизни правового общества, и самая мысль о такой возможности есть мысль вредная, деморализующая, противная требованіямъ правовой педагогики ³⁾. Не должно право забывать и иныхъ интересовъ, съ коими связано его существованіе въ культурномъ обществѣ. Однимъ изъ крупныхъ такого рода интересовъ является интересъ мира, а не борьбы и насилія ⁴⁾. *Rex quaerenda est*, говорилъ Гоббсъ.

Несомнѣнно также, что установленіе правового безразличія извѣстнаго отношенія забываетъ рядъ иныхъ послѣдствій, съ коими такое отношеніе связано, и которыя представляютъ крупное правовое значеніе. Разрѣшеніе вопроса о необходимой оборонѣ, объ участіи третьихъ лицъ, даже въ извѣстныхъ объек-

¹⁾ Ср. Hälschner, Preussisches Strafrecht, II, 274.

²⁾ De officiis II, 11.

³⁾ Неубѣдительна и ссылка на афоризмъ: *Noth hat kein Gebot*, какъ на доказательство существованія случаевъ, гдѣ право безсилно послужить своей задачѣ. Самая формула эта можетъ быть истолкована, какъ формула признанія права, — она содержитъ воззваніе къ правопорядку соответствующимъ образомъ видоизмѣнить свои нормы, — см. Hälschner, Preuss. Str. II, 274; R. Merkel, Kollision, 33 пр. 2.

⁴⁾ См. Gareis, Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 1887; Коркуновъ, Общая теорія права, 132. Идея мира, лежащая въ основаніи правопорядка, характерно подчеркнута всей исторіей права германскаго, въ основѣ коей лежала идея *Friedensgenossenschaft*. См. *Monumenta Historiae Germanicae*, различныя „*innovatio pacis*“, „*renovatio pacis antiquae*“ и т. д. въ постановленіяхъ Фридриха и Гейнриха. Идея мира съ вѣншей стороны отразилась на наименованіи призванныхъ къ ея осуществленію органовъ, — *custodes pacis, juges de la paix*, мировые судьи.

тивно правовыхъ предѣлахъ о гражданскомъ вознагражденіи— требуетъ предварительнаго установленія правового характера дѣянія, ибо рѣшены эти вопросы могутъ быть лишь на почвѣ права. Въ этой области, какъ и слѣдовало ожидать, доктрина правового безразличія даетъ весьма разнорѣчивыя указанія. Биндингъ, исходя изъ идеи объективной неправды¹⁾, конечно, допускаетъ необходимую оборону противъ акта, совершаемаго въ состояніи крайней необходимости, т.-е. въ смыслѣ § 53 Германскаго уголовного уложенія считаетъ такой актъ противоправнымъ. Листъ, напротивъ, не соглашается съ такимъ мнѣніемъ и отрицаетъ допустимость необходимой обороны въ такихъ случаяхъ. И эта неудовлетворительность постановки вопроса является очевиднымъ послѣдствіемъ принятія идеи незапрещенности такого акта, въ силу чего правильность выводовъ относительно необходимой обороны является весьма шаткой, ибо вопросъ долженъ рѣшаться *post factum*. Такая шаткость блестяще доказана Могіауд, сначала высказавшимся за допущеніе необходимой обороны противъ дѣянія въ крайней необходимости, а затѣмъ (*errata*, въ прибавленіи) извиняющимся предъ читателями, что *errare humanum est*. Разрѣшеніе вопроса о допущеніи необходимой обороны *post factum*, понятно, ни логически, ни практически невозможно и неизбежно влечетъ къ произвольнымъ сужденіямъ.

Полная неопредѣленность обоснованія той идеи, что дѣяніе въ крайней необходимости при извѣстныхъ условіяхъ есть дѣяніе незапрещенное, — то ссылка на устраненіе уголовного закона, то нормы вообще, то указаніе на „природу вещей“ ясно вытекаетъ изъ одного момента, къ которому придется подробнѣе вернуться ниже, — изъ утилитарнаго принципа такъ называемаго перевѣшивающаго интереса. Совершенно неправильно полагать, какъ то дѣлаетъ Биндингъ (*Handbuch*, 766), что правопорядокъ настаиваетъ на соблюденіи нормы и на наказуемости ея нарушенія, если большая жертва предпочитается меньшей, — неправильно, ибо для правопорядка одинаковы всѣ интересы, какъ поводы правоотношенія, — большіе и малые, высшіе и низшіе. По характерному выраженію Маркардсена (I. с. 402), какъ незначительное государство является не менѣе сувереннымъ, чѣмъ могущественнѣйшая имперія, такъ же и всякое право не менѣе право, чѣмъ другое. Въ этомъ отношеніи теорія Биндинга пред-

¹⁾ То обстоятельство, что дѣяніе, по теоріи Биндинга, можетъ нарушать сферу частнаго права, не зависящую отъ нормы, не улучшаетъ конструкціи автора, ибо данное дѣяніе имѣетъ дѣло лишь съ охраняющей нормой, а не съ субъективнымъ правомъ. См. ниже.

ставляет удивительное колебаніе. Онъ считаетъ ошибочнымъ высказанное мнѣніе, настаивая на принципѣ относительнаго значенія правовыхъ благъ. Это заставляетъ ожидать, что авторъ придетъ къ выводамъ, устанавливающимъ въ извѣстныхъ случаяхъ право нужды¹⁾. Однако такой выводъ ограничивается лишь правомѣрностью акта, гдѣ высшая, болѣе важная обязанность осуществляется путемъ неисполненія низшей (ibid. 762). Въ области вопроса о коллизіи правовыхъ благъ между собою и правовыхъ благъ съ правовыми обязанностями авторъ съ опредѣленностью устанавливаетъ ограниченное значеніе случаевъ, гдѣ закономъ признано „право нужды“, т.-е. возвращается къ положительному праву, тогда какъ до этой поры онъ оперировалъ внѣ принятія во вниманіе нормъ послѣдняго и даже считалъ это необходимымъ. Разъ это случилось, то естественно бы предполагать, что хотя дальнѣйшія заключенія автора не выйдутъ изъ намѣченной сферы, т.-е. останутся въ предѣлахъ положительнаго права. Но Биндингъ идетъ другимъ путемъ. Онъ настаиваетъ, въ особенности на томъ, что и соблюденіе нормы здѣсь поведетъ къ ущербу для государства, и дѣлаетъ заключеніе, что дѣяніе при указанныхъ условіяхъ есть дѣяніе незапрещенное, вѣдѣнное. Онъ игнорируетъ то обстоятельство, что однажды установившаяся правовая регуляція не можетъ быть измѣнена въ силу утилитарныхъ соображеній. Насколько правильно его замѣчаніе объ ограниченномъ значеніи права нужды и о невозможности распространять его за указанные закономъ предѣлы, настолько же неправильно новое привнесеніе утилитарнаго принципа въ дальнѣйшее изложеніе, ибо это привнесеніе, имѣя въ виду цѣли, такъ сказать, экономическаго характера, влечетъ иной, болѣе крупный ущербъ, пораженіе наиболѣе высшаго интереса, интереса правопорядка, когда подъ вліяніемъ утилитарныхъ соображеній создается измѣненіе уже существующей правовой нормировки.

Эта внутренняя юридическая неточность конструкции выступаетъ еще съ большей силой въ теоріи Mogiaud. Дѣяніе, совершаемое при требуемыхъ имъ условіяхъ крайней необходимости, является, по мнѣнію автора, безразличнымъ юридически лишь для законодателя, а для суда можетъ быть даже правомѣрнымъ. Какъ будто законодатель и судъ обсуждаютъ правомѣрность или противоправность отношенія по различнымъ критеріямъ. Ясно, что критерій для нихъ одинъ и тотъ же, — требованіе нормы права и согласіе или несогласіе съ послѣднимъ извѣстнаго дѣянія, и уже тотъ результатъ, къ которому пришелъ Mogiaud,

¹⁾ Такъ поступаетъ Листъ.

результатъ, что характеръ дѣянiя для судьи тотчасъ опредѣляется, есть полное указанiе, что характеръ этотъ и не можетъ быть неопредѣленъ. Ссылка на трудность или невозможность для законодателя напередъ опредѣлить характеръ дѣянiя есть лишь указанiе на слабость теорiи автора, не больше. Велѣнiя законодателя не могутъ отличаться той чертой, что ихъ значенiе обнаруживается лишь *post factum*. Велѣнiя эти есть нормы поведенiя; ихъ главная цѣна въ ихъ опредѣленности. Не для законодателя и не для суда важно, каковъ правовой характеръ даннаго дѣянiя, а важно это для гражданина. Послѣднiй хочетъ и долженъ знать свое право, и плохъ тотъ законодатель, который говоритъ гражданину: я не въ силахъ сказать, правомѣрно или противоправно твое дѣянiе; поступай, какъ подсказываетъ тебѣ твое личное усмотрѣнiе,—быть можетъ, ты заслужишь наказанiе, но, можетъ быть, ты окажешься героемъ, стоящимъ на стражѣ правопорядка!

На указанныхъ теорiяхъ главнымъ образомъ отразилась конструкция права, какъ охраны интересовъ. Если интересъ правоохраненъ, то его гибель, независимо отъ источника опасности, является интересу правопорядка, волѣ права—противорѣчащей, противоправной. На дѣлѣ это совершенно неправильно. Напр., на меня нападаетъ волкъ, и я подставляю вмѣсто себя своего спутника. Если я не сдѣлаю этого, то моя гибель или тѣ или иные поврежденiя, которыя я понесу, волѣ права нисколько противорѣчить не будутъ, ибо въ данномъ случаѣ нѣтъ правового отношенiя, въ предѣлахъ коего можетъ выражаться воля права, нѣтъ членовъ такого отношенiя, къ коимъ нормы права обращаются. Здѣсь есть лишь фактическiй вредъ, быть можетъ, вредъ общественной экономiи, которой гибель блага всегда противорѣчить. Этимъ моментомъ, лежащимъ внѣ сферы права, дѣло и ограничивается. Напротивъ, если я подставляю своего спутника, то къ моменту вреда общественной экономiи присоединяется уже и противорѣчiе волѣ права. Возникаетъ дѣйствительное правоотношенiе, гдѣ для права нѣтъ основанiя желать перенесенiя вреда и есть политическое основанiе не желать его, стремиться къ его локализаци.

Къ этимъ внутреннимъ недостаткамъ теорiи присоединяется и практическая трудность примѣненiя ея выводовъ. Изъ вышесказаннаго уже ясно, что перенесенiе рѣшенiя вопроса на судебную дѣятельность ничего для правильной, здоровой постановки дѣла не даетъ. Гражданинъ остается безпомощнымъ. Самъ Биндингъ признаетъ, что установленiе относительности интересовъ есть дѣло необыкновенно трудное. Даже тамъ, гдѣ нѣтъ недо-

статка въ объективномъ критеріи, въ оцѣнѣ благъ по ихъ видамъ, эта оцѣнка не удовлетворяетъ иногда индивидуальнаго соотношенія, напр., коллизія жизни калѣки съ тѣлесной неприкосновенностью здороваго отца семьи. Вопросъ этотъ признается теоріей весьма „деликатнымъ“, но достаточно ли это указаніе, чтобъ имѣть юридическое значеніе? Не рѣшаются одинаково доктриной и весьма важные практическіе вопросы о необходимой оборонѣ противъ акта, совершаемаго въ состояніи крайней необходимости, а въ области вопроса объ участіи третьихъ лицъ теорія впадаетъ въ новое противорѣчіе, которое говоритъ не только о принципиальной, но и о конструктивной ея неправильности. Такъ Биндингъ признаетъ, что участіе третьихъ лицъ не всегда является „незапрещеннымъ“, ибо исключеніе это дѣйствуетъ лишь въ пользу лицъ, стоящихъ въ опасности. Въ этой сферѣ, такимъ образомъ, теорія *implicite* признаетъ недостаточность своего основного критерія и прибѣгаетъ къ критерію субъективному. Такой критерій вошелъ, какъ одинъ изъ реквизитовъ, въ теорію Биндинга ¹⁾, что положительно несовмѣстимо съ принципомъ „незапрещенности“, покоющимся на объективно-утилитарномъ основаніи. Это замѣтилъ и Morgiaud ²⁾, но и онъ не въ состояніи былъ совершенно устранить значеніе субъективной точки зрѣнія, ибо въ сферѣ вопроса объ участіи третьихъ лицъ дѣлаетъ тѣ же указанія, что и Биндингъ.

Такимъ образомъ и принципиальная юридическая неправильность, забвеніе значенія правопорядка для жизни, игнорированіе его задачъ, и непреодолимая трудность и шаткость практическихъ выводовъ, отнесеніе всего вопроса на разрѣшеніе суда, и конструктивныя неточности — говорятъ противъ изложенной доктрины. Она никоимъ образомъ не можетъ рассчитывать ни на законодательное, ни на судебное значеніе, ибо неудовлетворительна во всѣхъ отношеніяхъ такъ же, какъ и ея прототипъ — ученіе Фихте.

IX.

Болѣе глубокіе слѣды оставила школа естественнаго права въ теоріи, крупнѣйшимъ представителемъ коей является Кантъ ³⁾. Сущность его теоріи носитъ свои зародыши въ направленіи,

¹⁾ Handbuch, 785, 786, которымъ противорѣчатъ стр. 771—783, 786.

²⁾ Ср. также Tobler, 40.

³⁾ Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1838, herausgeg. von Schubert. Th. I. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*.

развитомъ въ особенности у Mathäus, а политическое обоснованіе, которое она получила у Канта, намѣчалось уже ранѣе авторами, останавливавшимися по преимуществу на субъективныхъ сторонахъ дѣянія вообще и на инстинктѣ самосохраненія въ частности.

Существо всякой частной юридической теоріи всегда стоитъ въ связи съ общеюридическими воззрѣніями того или иного автора на законъ и право. Полагаютъ, что эта обычная истина не подтверждается тѣмъ, что говоритъ Кантъ о законѣ вообще и о правомъ значеніи крайней необходимости въ частности ¹⁾. Кантъ смотритъ на законъ, какъ на норму, содержащую категорическій императивъ. По существу право есть совокупность условій, при которыхъ произволъ одного можетъ быть совмѣщенъ съ произволомъ другого по общимъ законамъ свободы ²⁾. Правда, слѣдовало бы ожидать, что авторъ признаетъ эти условія напередъ закрѣпленными закономъ и не подлежащими измѣненію подъ давленіемъ различныхъ внѣшнихъ или внутреннихъ причинъ. Однако, авторъ (I. с. 37) расчленяетъ комплексъ правовыхъ нормъ на двѣ группы: *ius strictum* и *ius latum*. Въ послѣдней группѣ обычное закону праву принужденія не можетъ быть опредѣлено напередъ никакимъ закономъ. Такихъ „истинныхъ или мнимыхъ“ (*wahrer oder vorgeblicher*) правъ — два: *Billigkeit* и *Nothrecht*. Справедливость характеризуется, какъ право безъ принужденія; право нужды — какъ принужденіе безъ права. Этотъ двоякій характеръ правопорядка вытекаетъ изъ очевиднаго существованія сомнительныхъ юридическихъ случаевъ (*bezweifelten Rechtes*), для разрѣшенія коихъ не можетъ быть призванъ никакой судъ.

Этими предварительными замѣчаніями открывается уже свободный путь къ различенію двухъ точекъ зрѣнія, съ которыхъ авторъ смотритъ на уголовный законъ вообще и на институтъ крайней необходимости въ частности. Критикѣ можетъ быть подвергнута лишь возможность допущенія такого *ius latum*, но не выводы, изъ него сдѣланные. И какъ только это допущеніе авторомъ сдѣлано, дальнѣйшая его работа идетъ опредѣленнымъ логическимъ путемъ. Нѣтъ затѣмъ спора, что Кантъ самъ не высказывался

¹⁾ Впервые указаніе на самопротиворѣчіе теоріи Канта сдѣлано Levita, *Nothwehr*, 6. Отсюда это замѣчаніе перешло во всѣ монографіи и отдѣлы учебниковъ, излагающіе вопросъ о крайней необходимости. Даже болѣе, напр., Gillischewski, *Ueber Nothstand und Nothrecht*, 1873, *Stammler* I. с. 45—46 ограничиваются въ критикѣ теоріи Канта однимъ этимъ формальнымъ указаніемъ.

²⁾ I. с. стр. 29—33.

научно-опредѣленно о *ius latum*. Онъ самъ называлъ его „дѣйствительнымъ или мнимымъ“, находя возможнымъ для оправданія такого допущенія сослаться лишь на фактическую очевидность. Подъ такимъ правомъ онъ понималъ, очевидно, идеальное правосознаніе, родъ естественнаго права, въ противоположность праву положительному. Въ этомъ мѣстѣ Кантъ не оказался лишь достаточно сильнымъ формалистомъ. Но толкованія, далѣе приданныя имъ положенію крайней необходимости, есть толкованія *ius latum*, того исключенія, которое, съ его точки зрѣнія, могъ допускать самъ законъ, и которое поэтому переставало быть исключеніемъ.

Съ точки зрѣнія *ius strictum* Кантъ смотритъ на уголовный законъ и исполненіе его вѣднѣй. Наложенное по суду наказаніе должно быть выполнено надъ преступникомъ уже потому, что онъ совершилъ преступленіе. Преступникъ долженъ быть наказанъ, прежде чѣмъ можетъ зайти рѣчь о полезности такого наказанія для него или для его согражданъ. Уголовный законъ есть категорическій императивъ, и горе тому, кто его нарушилъ. Это возмездіе, *talio*; оно должно быть воздано, ибо если исчезнетъ эта справедливость, то не стоитъ человѣку и жить на землѣ. Даже еслибъ гражданское общество, по соглашенію всѣхъ его сочленовъ, распалось, — долженъ быть казненъ послѣдній сидящій въ заключеніи убійца, чтобъ каждый зналъ цѣну дѣянію своему (*ibid.* 180).

Ius latum открываетъ Канту понятіе *Nothrecht*. Подъ *Nothrecht* онъ понимаетъ принужденіе безъ права, но онъ не дѣлаетъ отсюда выводовъ, къ которымъ пришелъ Фихте, не углубляется въ естественно-правовую сферу, чтобъ оттуда почерпнуть юридическое рѣшеніе вопроса. Онъ обсуждаетъ этотъ вопросъ съ точки зрѣнія уголовной политики и опредѣленно высказывается противъ „права нужды“, этого „мнимаго“ права (*vermeintes Recht*), какъ онъ его зоветъ. Не можетъ быть нужды, которая дѣлала бы согласнымъ съ правомъ то, чтѣ неправомѣрно. О такомъ правѣ можно вести рѣчь лишь тогда, когда дѣло идетъ объ отраженіи противоправнаго нападенія, — иначе создается лишь „дозволенное насиліе“ (*erlaubte Gewaltthatigkeit*) по отношенію къ лицу, которое съ своей стороны никакой силы противъ дѣятеля не направляло (I. с. 39). Дозволеннымъ же оно является по субъективнымъ основаніямъ, а не по объективнымъ. Если одинъ изъ потерпѣвшихъ крушеніе — для спасенія жизни своей — сталкивается съ плавающей доски другого потерпѣвшаго, то не можетъ быть уголовного закона, который грозилъ бы виновному наказаніемъ. Не можетъ быть потому, что такой законъ ни въ

какомъ случаѣ не окажетъ на дѣятеля предположеннаго вліянія. Угроза еще неопредѣленнымъ зломъ (смертною казнью по судебному приговору) не въ состояніи перевѣситъ страха передъ дѣйствительнымъ, неминуемо грозящимъ зломъ (потеря жизни въ волнахъ). Поэтому дѣяніе слѣдуетъ разсматривать не какъ *inculpabile* (*unsträflich*), а какъ *impunibile* (*unstrafbar*). Эта же политическая точка зрѣнія бездѣльности уголовной угрозы выражается и въ словахъ Канта, что весь случай слѣдуетъ обсуждать не съ объективной точки зрѣнія постановленію закона, а субъективной точки зрѣнія суда и его приговора. Эта мысль выражаетъ, конечно, не необходимость удержанія уголовной угрозы, во что бы то ни стало, а лишь удержанія въ законѣ указаній на неправильность, запрещенность дѣянія — безъ соотвѣтствующей санкціи ¹⁾.

Главнѣйшей заслугой Канта является строгое различіе реквизитовъ преступленія, — правонарушенія и наказанія. Тѣ разъясненія, которыя Кантъ даетъ въ невыясненной Маттеемъ политической области вопроса о наказаніи, скрываютъ въ себѣ несомнѣнное зерно истины. Но не трудно замѣтить, что вопросъ о наказуемости дѣянія, совершеннаго въ состояніи крайней необходимости, не исчерпывается тѣмъ, на чемъ останавливается Кантъ. Его толкованія, подобно объясненіямъ Фихте, узки и односторонни, ибо исходятъ лишь изъ спеціальнаго конкретнаго случая, столкновенія двухъ жизней. Кантъ упустилъ изъ вниманія, что практика даетъ и иные случаи крайней необходимости, гдѣ его положенія, быть можетъ, непримѣнимы, ибо волненіе и страхъ дѣятеля не достигаютъ такого напряженія. Съ этой точки зрѣнія понятно отрицательное отношеніе, которое встрѣтила теорія Канта въ критической литературѣ. Янка, напр., высказываетъ опасеніе, что взглядъ Канта при послѣдовательномъ его проведеніи могъ бы повести ко многимъ недоразумѣніямъ и, въ концѣ концовъ, къ упраздненію всего уголовного права. Такое опасеніе несомнѣнно преувеличено и вытекаетъ изъ неяснаго представленія о томъ различіи, которое придавалъ Кантъ *ius strictum* и *ius latum*, и о той связи, въ которой онъ эти два элемента представлялъ. Сфера, гдѣ Кантъ считалъ возможнымъ примѣнить свои положенія, имъ рѣзко обозначена; его основная точка зрѣнія на неправду и уголовный законъ также достаточно ясна.

¹⁾ Не лишено интереса замѣчаніе Morand, 147, — въ переводѣ „Lois pénales“ Pastoret (1790 г.), сдѣланномъ лейпцигскимъ проф. Эргардомъ; встрѣчаются мысли, позднѣе высказанныя Кантомъ. Pastoret, II, p. 157 Anmerk.

Существо теоріи Канта, оказавшей уже въ силу крупнаго значенія творца ея огромное вліяніе на дальнѣйшее научное развитіе вопроса о крайней необходимости, не вполне было понято его послѣдователями. На почвѣ этой теоріи создалась группа новыхъ построений, выработавшихъ изъ данныхъ, предложенныхъ Кантомъ, одну изъ наиболѣе распространенныхъ современныхъ деликтныхъ теорій — теорію извиненія, прощенія. На этой же почвѣ создалась теорія Фейербаха.

Взгляды Фейербаха ¹⁾ представляютъ обобщеніе и логическое проведеніе выводовъ Канта до крайнихъ предѣловъ. Они стоятъ въ прямой зависимости отъ общихъ воззрѣній Канта на уголовное право. Фейербахъ отказывается отъ трансцендентальнаго понятія свободы присущаго человѣку представленія, homo noumenon, и оперируетъ съ человѣкомъ дѣйствительности, homo phaenomenon, всѣ дѣйствія коего есть явленія дѣйствительности и подчинены законамъ причинности. Какъ въ своей „Revision des positiven reinlichen Rechts“, такъ и въ „Lehrbuch“, онъ проводитъ ту мысль, что въ основѣ преступленія лежитъ чувственный мотивъ, ожиданіе удовлетворенности, каковое и двигаетъ дѣятеля на путь преступленія. Этому мотиву угроза закона противопоставляетъ иной мотивъ, представленіе о злѣ, ожидающемъ дѣятеля въ томъ случаѣ, если преступленіе будетъ имъ совершено. Такимъ путемъ психическаго воздѣйствія „психологическаго принужденія“ — законодатель выполняетъ свою функцію предупрежденія преступленія. Для реализаціи же угрозы закона необходимо, чтобы налицо были всѣ условія, при которыхъ данная угроза могла воздѣйствовать на преступника, но не была принята имъ во вниманіе, т.е. условія вмѣненія. Вмѣненіе (ibid. §§ 84, 85) есть связь объективно-наказуемаго дѣянія, какъ слѣдствія, съ несогласнымъ съ закономъ волеопредѣленіемъ дѣятеля, какъ причиной. Обладая „Begehrensvermögen“, гдѣ кроется источникъ преступленія, внутри психики своей возставая противъ закона, — дѣятель долженъ затѣмъ, конечно, знать законъ и находиться въ такомъ состояніи, чтобы имѣть возможность согласовать свое волеопредѣленіе съ закономъ. Такое состояніе дѣятеля есть состояніе нормальной вмѣняемости.

Легко видѣть, что вмѣняемость, по теоріи Фейербаха, граничитъ съ способностью „быть устрашеннымъ“ уголовнымъ закономъ, а отсюда безъ труда выводится и противоположеніе: съ отсутствіемъ такой способности начинается невмѣняемость и, затѣмъ, ненаказуемость.

¹⁾ Lehrbuch, 14, изд. 1847.

Къ такого рода случаямъ относятся прежде всего случаи подчиненія человѣческой дѣятельности механическому воздѣйствію внѣшней силы и такія душевныя состоянія, гдѣ исключается возможность сознанія наказуемости дѣянія (*ibid.* § 89), а кромѣ того, такое несозданное собственной виной (*unverschuldet*) положеніе дѣятеля, гдѣ, даже при наличности знанія запрета закона, возможность воздѣйствія послѣдняго на волю индивида исчезаетъ (*ibid.* § 91). Въ послѣднюю группу входятъ: а) случаи совершенія дѣянія подѣ влияніемъ мучительныхъ страданій, которыя выше силъ обычной человѣческой выносливости, напр., кража съ голоду или въ силу душевной боли за умирающихъ съ голоду жену и дѣтей; б) случаи наличной неминуемой опасности для жизни или иного невознаграждаемаго личнаго блага, гдѣ правонарушеніе является единственнымъ выходомъ, — проистекаетъ ли эта опасность изъ внѣшняго событія (пожаръ, наводненіе) или изъ психическаго насилія (*vis compulsiva*) другого человѣка.

Эта теорія невмѣняемости дѣятеля, находящагося въ положеніи крайней необходимости, воспринята цѣлымъ рядомъ ученыхъ. Буквальное повтореніе ея встрѣчается у австрійскаго криминалиста Jenull'я ¹⁾, исходящаго изъ того же понятія вмѣненія и вмѣняемости, какое установлено Фейербахомъ. Авторъ лишь ближе подходит къ Канту, повторяя его мысль объ естественномъ предпочтеніи спасенія изъ неминуемой опасности — страху еще неопредѣленной въ своемъ наступленіи кары, а слѣдовательно и о безцѣльности законодательной угрозы ²⁾.

Нашла себѣ мѣсто теорія Фейербаха и въ трудахъ криминалистовъ индетерминистическаго лагеря. Salchow ³⁾ отрицаетъ примѣненіе наказанія тамъ, гдѣ дѣятель лишенъ былъ возможности свободнаго опредѣленія къ дѣйствію или яснаго сознанія о его наказуемости. Сюда относятся положенія физическаго и психологическаго принужденія. Въ области же Nothrecht ⁴⁾, т.-е. случаевъ крайней необходимости, обусловленныхъ явленіями

¹⁾ Das österreichische Criminalrecht, 1803, B. I S.S. 131—145; ср. также комментарий Frühwald'a, v. Hue, Herbst'a, Damjenitsch'a. См. Wessely, Die Befugnisse des Nothstandes, 1862 стр. 15 пр. 3.

²⁾ Janka 98—99 считаетъ этого автора индетерминистомъ. Стр. 144 книги Jenull'я въ связи съ стр. 131, 132 основанія къ такому утверженію не даютъ.

³⁾ Lehrbuch des peinlichen Rechts, 2 изд. 1817 §§ 49, 72, 78, 81.

⁴⁾ Авторъ не видитъ въ этомъ понятіи идеи правомѣрности дѣянія, ибо § 81 говоритъ: „объ условіяхъ ненаказуемости права нужды“. Это явленіе очень часто повторяется и въ трудахъ пныхъ авторовъ. Оно характерно, потому что указываетъ на переживаніе извѣстной формулы безъ удержанія ея юридическаго значенія.

физической природы ¹⁾, авторъ склоняется къ чистой точкѣ зрѣнія Канта, теории безполезности угрозы.

Близки къ только-что изложенной теории Rosshirt ²⁾ и Martin ³⁾, также соединяющіе вмѣстѣ точки зрѣнія Фейербаха и Канта ⁴⁾.

Излишне говорить о томъ, какой логическій порокъ скрывается въ послѣдней группѣ теорій, пытающихся соединить взгляды, навѣянные вліяніемъ Канта-Фейербаха съ доктриной свободы воли. Теорія Фейербаха могла создаться лишь на детерминистической почвѣ, въ коей она немислима. Ясны поэтому тѣ странныя противорѣчія, коимъ неизбѣжно подпадаютъ указанные индетерминисты ⁵⁾. Эта логическая неправильность лишаетъ выводы индетерминистовъ всякаго научнаго значенія. Отсюда же истекаетъ и крайняя произвольность, съ какой ими устанавливаются объективныя границы, въ предѣлахъ коихъ крайняя необходимость имѣетъ уголовно-правовое значеніе. Эта несомѣстимость двухъ принциповъ, взаимно другъ друга исключаящихъ, отмѣчена была въ свое время критикой. Thibaut ⁶⁾, подвергшій съ индетерминистической точки зрѣнія критику теорію Фейербаха, категорически высказался противъ ея первоосновъ, находя совершенно правильно, что принципъ свободы воли требуетъ въ своихъ консеквенціяхъ иного отвѣта на вопросъ.

Мало представляетъ интереса, какъ смотритъ на дѣло самъ Thibaut ⁷⁾. Критическія же замѣчанія его, повторенныя всей позднѣйшей литературой, сводятся къ слѣдующему. Если изгнать изъ уголовного права элементъ свободы и разсматривать человека, какъ „Naturwesen“, то судья долженъ признать всякое дѣяніе продуктомъ физической необходимости. Каждое совершенное дѣяніе должно было быть совершено. Идя послѣдовательно по этому пути, можно признать, что въ каждомъ такомъ случаѣ уголовная угроза не сыграла своей роли, потому что и не могла

¹⁾ Вновь различается крайняя необходимость по ея источнику,—явленіе, отразившееся позднѣе на партикулярномъ нѣмецкомъ законодательствѣ.

²⁾ Lehrbuch des Criminalrechts, 1826, стр. 54.

³⁾ Lehrbuch des Criminalrechts, 2 изд. 1829 §§ 32, 37, 56.

⁴⁾ Къ этой же группѣ относятся Bauer, Lehrbuch 1827 § 121 и Schröter, Handbuch. 1818, I §§ 101 и сл. Ср. Janka 98—99; Moriaud 155, 156.

⁵⁾ Напр., Salchow § 81.

⁶⁾ Beiträge zur Kritik der Feuerbach'schen Theorie, 1802, въ особ. стр. 32—47. Основныя возраженія автора перешли затѣмъ во всѣ монографіи.

⁷⁾ Was höchstens selten, als Eigenschaft heroischer Seelen existirt, muss der Gesetzgeber, welcher seine Vorschriften nur auf das Gewöhnliche richten kann, als nicht vorhanden ansehen.

ея сыграть, ибо въ борьбѣ владѣющихъ человѣкомъ силъ противозаконные стимулы оказались выше законныхъ ¹⁾. Съ принятіемъ теоріи Фейербаха слѣдуетъ отрицать всякую личную вину. Каждый преступникъ, котораго наказываютъ, есть мученикъ; его наказываютъ для другихъ, коимъ его кара должна послужить примѣромъ, и за другихъ, ибо онъ несетъ на себѣ ихъ пороки ²⁾. Позднѣйшая литература ³⁾ прибавила къ этому то заключеніе, что доктрина Фейербаха, при послѣдовательномъ ея проведеніи, должна повести къ упраздненію всего уголовного права.

Насколько слѣдовало ожидать возраженій противъ теоріи Фейербаха, сдѣланныхъ Тибо, настолько же неожиданно являются указанія позднѣйшей литературы. Устраненіе момента свободы воли изъ науки уголовного права, перенесеніе центра ученія о вмѣняемости на почву права и закона есть крупное приобрѣтеніе современной науки. Фейербахъ заложилъ въ этой области первый камень. Для криминалиста нынѣ не представляетъ значенія вопросъ о свободѣ воли, хотя бы его рѣшеніе современныя психологическія и естественныя науки и давали въ отрицательномъ смыслѣ. И не эта сторона теоріи Фейербаха подлежитъ критикѣ, а существо его возрѣвій на уголовный законъ ⁴⁾. Центр тяжести авторъ кладетъ на противовѣсь, который создается угрозой закона въ душѣ преступника и который долженъ оказаться побѣдителемъ въ борьбѣ мотивовъ. Приведеніе угрозы въ исполненіе есть, быть можетъ, лишь случайная прибавка къ системѣ, необходимая лишь тамъ, гдѣ система не оправдалась, но она направляется къ той же цѣли, къ коей направляется и угроза закона. Угроза и исполненіе ея по телеологическому, цѣлевому значенію своему однородны. Цѣль же эта ясно представлялась Фейербаху. Какъ уже замѣчено въ литературѣ, онъ лишь утонченно подчеркнулъ то, что практикова-

¹⁾ См. м. проч. у самого Фейербаха, Revision, 1800, II, стр. 184 и сл.

²⁾ У Тибо встрѣчаются побочныя неправильныя указанія, напр., на то, что не всякое наказуемое дѣяніе есть правонарушеніе, напр., куреніе на улицѣ, содомія и пр.

³⁾ Janka 94, 95; Moriaud 153.

⁴⁾ Доктрина, представителемъ которой является Фейербахъ, создавалась, какъ реакція противъ жалкаго положенія практики, видѣвшей свою ultima ratio не въ источникахъ права, а въ авторитетахъ, предъ коими она склонялась болѣе, чѣмъ передъ закономъ. Положеніе это создано было Каролиной, возлагавшей всю надежду на ростъ юриспруденціи на Rechtsverständigen, создавшей произволь и преклоненіе предъ крупными именами. Ср. Glaser, Ges. kleinere Schriften, 1868, I, стр. 28—40.

лось въ ту эпоху, когда онъ выступилъ съ своими юридическими работами,—цѣль эта есть устрашеніе, и на ней строится все уголовное право. Идя совершенно правильнымъ путемъ, Фейербахъ вывелъ изъ своей относительной теоріи наказанія и условія вмѣняемости, а отсюда и рѣшеніе вопроса о крайней необходимости.

Коренная ошибка теоріи Фейербаха кроется именно въ относительномъ характерѣ его конструкціи. Не говоря уже объ узкости и, быть можетъ, неправильности понятія устрашенія, которое авторъ кладетъ въ основу, въ оправданіе уголовной угрозы,—нѣтъ никакой возможности выбраться изъ логическихъ ошибокъ, если исходить при обсужденіи вопроса о вмѣняемости не изъ точнаго закона, а изъ преслѣдуемой имъ цѣли. Последняя неизбѣжно опредѣляется въ томъ свѣтѣ, въ какомъ она представлялась личному впечатлѣнію того или другого автора, въ какомъ она гармонировала съ его собственными социальными воззрѣніями. Такое положеніе дѣла способно повлечь лишь къ произволу, къ субъективизму, къ выводамъ, которыхъ, быть можетъ, вовсе не имѣлъ въ виду законодатель. Кромѣ того, въ частности, отдѣльныя цѣли наказанія представляютъ нѣчто второстепенное, побочное, отступающее на задній планъ передъ существомъ его. А существо наказанія опредѣляется чисто юридическимъ путемъ изъ момента неправды и связанной съ нею законной санкціи. Наказаніе есть обыкновенное правовое послѣдствіе неправды, есть подтвержденіе велѣній первичныхъ нормъ. Существенно важнымъ является лишь опредѣленіе условій, при которыхъ возможно существованіе правового отношенія, именуемаго неправдой. Последнее же опредѣленіе стоитъ внѣ всякаго соприкосновенія съ вопросомъ о цѣляхъ наказанія и вытекаетъ изъ точнаго текста законныхъ нормъ, выясняющаго всѣ условія, при коихъ законъ признаетъ или не признаетъ существованія неправды. Различные виды послѣдняго правового отношенія стоятъ въ полной зависимости отъ различныхъ группъ нормъ.

Вопросъ о цѣли угрозы закона, а, слѣдовательно, и о возможности построить на этомъ базисѣ какую-либо теорію вмѣняемости — совершенно падаетъ. Если наказаніе преслѣдуетъ какую-либо цѣль, то цѣль эта однородна съ общей цѣлью правовыхъ нормъ. Эта цѣль есть стремленіе къ порядку общественныхъ отношеній, ихъ опредѣленности и устойчивости. Въ этой области какой-либо предвзятый критерій не вноситъ никакой содержательной идеи и способенъ лишь затемнить дѣло, отодвигая на задній планъ единственное, что здѣсь важно,—норму закона и регулируемое ею отношеніе.

Къ этому присоединяются и другія неправильности теоріи Фейербаха, напр., стоящее въ связи со всей его теоріей утверждение, что преступленіе коренится въ „*Begehrensvermögen*“ дѣятеля. Изъ самаго поверхностнаго анализа правовыхъ нормъ ясна ложность такого утвержденія, и раздѣленіе преступленій на группы, какъ то сдѣлалъ Фейербахъ, не спасаетъ его принципа, ибо всѣ правонарушенія по генерическому существу своему одинаковы. Преступленія неосторожныя, полицейскія нарушенія—не подтверждаютъ основы теоріи.

Страдаетъ недостаткомъ теорія Фейербаха и съ ея конструктивной стороны. Сближая случаи крайней необходимости, протекающей изъ явленій физической природы, съ случаями *vis compulsiva*, т.-е. не подчеркивая послѣднюю, подобно Тиракеллю, какъ нѣчто исходное для обсужденія вопроса о крайней необходимости, а слѣдуя по пути Пуффендорфа, Фейербахъ, тѣмъ не менѣе, все низводитъ къ субъективной сторонѣ дѣянія, къ тому психическому процессу, который устраняетъ въ душѣ дѣятеля возможность подчинить свою дѣятельность законному мотиву. Но съ этой точки зрѣнія чрезвычайно странной представляется попытка Фейербаха исчерпывающимъ образомъ опредѣлить, въ какихъ случаяхъ такой психической процессъ будетъ имѣть мѣсто. Когда весь вопросъ сводится къ психической сторонѣ дѣянія, то сама по себѣ напрашивается мысль, что состояніе это, какъ такое, неизбѣжно будетъ носить слѣды индивидуальности даннаго субъекта, и перечень здѣсь логически невозможенъ, такъ какъ это вопросъ конкретнаго факта ¹⁾. Съ этой же точки зрѣнія непонятны и ограниченія, внесенныя авторомъ въ понятіе крайней необходимости, напр., требованіе личной невиновности дѣятеля въ созданіи положенія крайней необходимости,—требованіе, чтобъ опасность была неустранима иными средствами и пр., ибо и эти моменты, при принятіи во вниманіе индивидуальнаго душевнаго состоянія, не могутъ быть опредѣлены объективно ²⁾.

¹⁾ Ср. Janká 94, 95; Moriaud 153.

²⁾ Замѣчанія, которыя, затѣмъ, дѣлаются по адресу Фейербаха авторами гегельянской школы, естественно страдаютъ односторонностью и пристрастіемъ. См., напр., Köstlin, System 114; Levita, Nothwehr, 8 и др.—Въ нашей литературѣ ближе всего къ точкѣ зрѣнія Фейербаха подходитъ проф. Сергѣевскій. Онъ относитъ крайнюю необходимость къ числу обстоятельствъ, при которыхъ сохраняется въ психикѣ человѣка элементъ сознанія и предвидѣнія, но исключаетъ возможность принятія закона въ число реальныхъ мотивовъ дѣятельности, т.-е. авторъ какъ бы конструируетъ невмѣняемость дѣятеля, ибо въ данномъ случаѣ выпадаетъ одинъ изъ существенныхъ реквизитовъ нормаль-

Другимъ авторомъ, наиболее глубоко подѣйствовавшимъ на теченіе юридической мысли въ сферѣ вопроса о крайней необходимости, былъ Филанджіери, итальянскій ученый конца той эпохи, когда итальянская наука такъ сильно вліяла своей проповѣдью на современные воззрѣнія на преступленіе и наказаніе. Въ области вопроса о крайней необходимости Филанджіери строятъ теорію невмѣненія, чрезвычайно близкую къ тому, что уже высказывалось ранѣе нѣкоторыми представителями школы естественнаго права.

Въ крайней необходимости, говоритъ авторъ ¹⁾, человекъ стоитъ передъ выборомъ одного изъ двухъ золъ. Зло, которое онъ избираетъ, хотя и зависитъ отъ его воли ²⁾, но эта воля удержала бы человека отъ такого зла, если бы его не принуждала необходимость, стремленіе избѣжать другого зла. Такъ необходимость заставляетъ выбросить въ море товаръ, чтобы избѣжать крушенія; убить кого-либо подѣ страхомъ угрозы самому быть убитымъ. Моралистъ можетъ изслѣдовать устои, кои должны руководить совѣстью человека, но юристъ ограничивается тѣмъ, что должны сказать объ этомъ законы. А гражданскіе законы не могутъ требовать отъ гражданъ совершенства, хотя и должны его внушать. Возможны мученики, твердо стоящіе на почвѣ закона, какъ мученики религіозной твердости, но законъ не можетъ наказывать гражданъ, если они не владѣютъ душевными силами, коихъ требуетъ такое господство надъ самимъ собой.

ной вмѣняемости (Пособіе, 3 изд., стр. 276, 277). Объясненіе такого психическаго состоянія представляетъ также обобщеніе мысли Фейербаха: „Вліяніе страха, говоритъ авторъ, необходимость жертвовать своимъ правомъ для того только, чтобы не совершить нарушенія закона, являются столь сильными стимулами для человека, что законъ считаетъ необходимымъ освобождать отъ наказанія лицо, поддавшееся вліянію такихъ преобладающихъ воздѣйствій“ (ibid. 282). Съ другой стороны, проф. Сергѣевскимъ усвоены и позднѣйшія идеи, въ особенности развитыя Филанджіери (см. ниже): „Законъ какъ бы не считаетъ возможнымъ предполагать въ каждомъ столь высокое гражданское мужество, чтобы онъ жертвовалъ своими благами для сохраненія правомѣрности своихъ дѣйствій“ (ibid.). Отличіе отъ теоріи Филанджіери отгѣняется союзомъ „какъ бы“, т.-е. вмѣсто утвержденія предлагается догадка. Выводы же проф. Сергѣевского представляютъ резюме такъ называемой Excusationstheorie, что не вполне вытекаетъ изъ текста стр. 276, 277. Поскольку теорія проф. Сергѣевского слагается изъ указанныхъ элементовъ, постольку она открываетъ возможность критики. Ея конструктивная сторона во всякомъ случаѣ неудовлетворительна.

¹⁾ Filangieri, System der Gesetzgebung, B. IV, 1790, стр. 253—257.

²⁾ Эпиктетъ,—воля не можетъ быть принуждена, нѣтъ „разбойника и тиранна воли“.

КАБИНЕТЪ
УГОЛОВНОГО
ЗАКОНОВЪ
Университета

Къ этому критерию, уже известному со времени Гроція¹⁾, авторъ присоединяетъ критерій объективный: а) выборъ меньшаго изъ двухъ золъ не наказуемъ, но выборъ большаго — наказуемъ, если не примѣшивается никакой личный интересъ; б) наказуемъ этотъ выборъ тогда, когда личное зло незначительно, а выбранное — чувствительно и вредно для государства или другого человѣка²⁾.

Эта точка зрѣнія усвоена Кремани³⁾. Останавливаясь на вопросѣ о психическомъ принужденіи, авторъ замѣчаетъ, что въ этомъ случаѣ дѣятель поступаетъ въ известной мѣрѣ свободно⁴⁾. Такая свобода, быть можетъ, весьма незначительна, — „adhuc tamen libertas est“. Эту точку зрѣнія установилъ еще Аристотель, впервые назвавшій группу такихъ дѣяній „смѣшанными“ (μικτὰ πράξεις), и развивалъ Маттей (l. c. tit. XVIII c. 4 n. 14). И съ нравственной точки зрѣнія, предписываемой и естественнымъ правомъ, ясны правила, коимъ должно при разрѣшеніи такихъ случаевъ слѣдовать. „Propositis duobus malis, nempe turpi et turpi, tristi et turpi, tristi et tristi, — turpium nulla electio permittitur, ex tristibus minus triste, ex turpi et tristi — triste potius“, т.-е. слѣдуетъ перенести скорбь, мученіе, матеріальныя утраты, но не совершать преступления⁵⁾. Но эти принципы чужды гражданскимъ законамъ. Они высоко ставятъ тѣхъ, „quos Deus amavit, atque ardens evexit ad aethera virtus“, но, возлагая кару за дѣяніе, они требуютъ лишь попытки добродѣтели, ея тѣни, — „iniecta roenatum formidine conatum magis et quasi adumbrationem virtutis, quam virtutem ipsam a subditis exigunt“. Съ этой точки зрѣнія обсуждается вопросъ и въ уголовномъ правѣ. Все, что превышаетъ предѣлы человѣческаго сопротивленія, — то не знаетъ закона или знаетъ его въ томъ смыслѣ,

¹⁾ Grotius, l. c. I. I c. 4, n. 7: законъ не можетъ требовать отъ гражданина actus virtutis, — ferri enim leges ab hominibus solent et debent cum sensu humanae imbecillitatis.

²⁾ Филанджіери такимъ образомъ стоитъ на почвѣ невмѣненія, а не невѣрности, какъ неправильно полагаютъ Janka (105) и Moriaud. Поэтому и критика этихъ авторовъ неудовлетворительна. Правильно смотритъ Таганцевъ, Левціи II, 599.

³⁾ Aloysi Cremani, De iure criminali, 1791, vol. I l. I pars I c. IV §§ 38—40.

⁴⁾ In hac hypothesis aliqua mihi relinquatur libertas, quamvis agam invito animo, hoc est quamvis ob imminentis mali timorem faciam id, quod non facerem metu seposito.

⁵⁾ Эта идея не нова, — она ставилась еще Цицерономъ, De officiis III, 5 и нашла себѣ мѣсто въ трудахъ Варбейгас'а (примѣчанія къ Пuffендорфу I, 83), моралиста и публициста XVIII вѣка (1674—1744). Ср. Sarrau de Boynet, Des excuses légales, 1875.

ЮРИДИЧЕСКІЙ
КАБИНЕТЪ
В. Ж. К.

что преступленіе признается актомъ необходимости, а не воли. Главной ratio здѣсь является „ratio sui ipsius conservandi“¹⁾.

Въ дальнѣйшемъ литературномъ движеніи мысль эта встрѣтила огромный рядъ сторонниковъ²⁾. Совершенно въ духѣ Филанджіери и Тибо (см. выше) воспринимается она Титтманномъ³⁾. Авторъ категорически заявляетъ, что законъ не только не требуетъ, но и не можетъ требовать отъ гражданъ героизма, гдѣ выборъ дѣйствія вынуждается необходимостью, и гдѣ, дѣйствительно, грозитъ зло, перенести которое способна лишь необыкновенная душевная сила. Такое дѣяніе не подлежитъ вмѣненію (zurechnungslos). Еще болѣе высокую градацію представляютъ взгляды Henke⁴⁾ и Jarcke⁵⁾. Henke воспринимаетъ расширенное кантовское начало: грозящее зло, избѣжать коего преступнымъ путемъ стремится дѣятель, должно быть по крайней мѣрѣ такъ же значительно, какъ и установленное въ законѣ за дѣяніе наказаніе. Важно, что оно не отличается такой близостью и опредѣленностью, какъ упомянутое зло. Сюда авторъ присоединяетъ указаніе на мотивъ самосохраненія и обобщенный аргументъ объ очевидной недостаточности дѣйствительной охраны уголовныхъ законовъ. Всѣ эти объективные и субъективные моменты объединяются въ одномъ: волеопредѣленіе подъ влияніемъ принужденія перестаетъ быть свободнымъ, воля съ непреодолимой силой увлекается на путь преступленія, и пусть затѣмъ осуждаетъ преступника строгая нравственность, — государство не можетъ смотрѣть на него только какъ на существо, покорное законамъ разума (reines Vernunftwesen), оно не имѣетъ права требовать отъ гражданъ героизма и безусловнаго господства разума надъ чувствомъ. Тѣ же указанія дѣлаетъ Ярке, подвергающій критикѣ матеріалистическія воззрѣнія детерминистовъ, „заразившихся ложными теоріями французскихъ энцикло-

¹⁾ Въ Л. II с. VII art. I п. 4 авторъ смѣшиваетъ политическую точку зрѣнія съ юридической, полагая, что desiderium sui ipsius conservandi устраняетъ dolus, безъ коего furtum невозможно.

²⁾ Въ ряду ихъ особое мѣсто занимаютъ Kleinschrod, Systemat. Entwicklung der Grundbegriffe des peinlichen Rechts, 3 изд. 1805, ч. I, стр. 288, 290, 313; и Klein. Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts, 1796 §§ 40, 124, 435. — остававляющіеся лишь на простомъ отсутствіи въ дѣяніи подъ влияніемъ крайней необходимости — свободной воли въ силу давленія страха.

³⁾ Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2 изд. 1822, т. 1 §§ 83, 85, 89.

⁴⁾ Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 1823, ч. I, стр. 335—337.

⁵⁾ Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1827, § 20.

педистовъ и англійской философіи XVII вѣка“. Въ результатъ онъ приходитъ къ той же ссылкѣ на невозможность требованія героизма и на человѣческую слабость.

Сущность этой теоріи перешла и въ позднѣйшія законодательныя постановленія о крайней необходимости ¹⁾, что открыло доктринамъ возможность еще съ большей силой остановиться на моментѣ „слабости человѣка“, на отсутствіи въ немъ „героизма“. Breidenbach ²⁾ считаетъ утопическимъ законъ, который требовалъ бы отъ гражданъ непреклонной силы характера и игнорировалъ человѣческую слабость. Гдѣ положеніе таково, что для повиновенія закону требуется самоотверженное подверженіе себя опасности, рѣдкая сила душевная, — тамъ законъ извиняетъ, прощаетъ дѣяніе. Этотъ взглядъ усвоенъ и другими комментаторами, — Leonhardt'омъ ³⁾, Dollmann'омъ ⁴⁾ и въ наше время — Schwarze ⁵⁾. На этой же точкѣ зрѣнія стоятъ v. Wächter ⁶⁾ и Mittermaier ⁷⁾. Не лишняя, затѣмъ, интереса формулировка вопроса встрѣчается у Marezoll'я ⁸⁾. Основаніе ненаказуемости случаевъ, гдѣ нарушеніе закона совершено подъ давленіемъ крайней необходимости, подъ страхомъ собственной гибели, лежитъ въ принятіи во вниманіе человѣческой природы. Это требуется психологическими и уголовно политическими соображеніями. Сюда присоединяется несовершенство государственныхъ учреждений, въ силу чего трудно требовать отъ индивида, ждущаго помощи отъ государства, чтобы онъ жертвовалъ своимъ существованіемъ государственному уголовному закону. Это было бы несправедливо и даже невозможно.

Рядъ другихъ теорій, подъ вліяніемъ гегельянскаго ученія, начинаютъ различать чистую крайнюю необходимость, психическое принужденіе и право нужды. Krug ⁹⁾ полагаетъ, что дѣяніе, источникомъ коего являются два первыхъ положенія, остается противоправнымъ, фундаментъ его наказуемости сохраняется, — но законодатель прощаетъ, не вмѣняетъ въ вину этого дѣянія,

¹⁾ См. ниже.

²⁾ Kommentar zum Hessischen Strafgesetzbuch, 1841, art. 39, 45, стр. 526 и сл.

³⁾ Kommentar zum Hannov. Str. GB. 1846, I S. 362 ff.

⁴⁾ Str. GB. für Bayern, 1862 S. 437 ff.

⁵⁾ Kommentar zum Str. GB. für das Deutsche Reich, 5 изд. 1884, стр. 235.

⁶⁾ Das sächsische und das thüringische Strafrecht, 1857, стр. 356—391

⁷⁾ Nota II ad § 91 Feuerbachs Lehrbuch.

⁸⁾ Das gemeine deutsche Criminalrecht, 1856, 3 изд., стр. 92—94.

⁹⁾ Ideen zu einer gemeins. Strafgesetzgebung für Deutschland, 1857, стр. 61, 45 и пр.

имѣя въ виду чисто человѣческую слабость. Это бываетъ при коллизіи жизней. Напротивъ, иныя коллизіи подлежатъ разсмотрѣнію по объективному началу, съ точки зрѣнія права нужды. Авторъ отказывается дать исчерпывающій перечень такихъ коллизій, совершенно послѣдовательно замѣчая, что онѣ выходятъ изъ сферы права уголовного и подлежатъ изложенію въ правѣ гражданскомъ или полицейскомъ. — Принимаютъ эти идеи въ дополненіе къ своимъ сложнымъ конструкціямъ также Berner ¹⁾, Wessely ²⁾, Gillischewski, Göb ³⁾. Аналогичная теорія, лишь за исключеніемъ допущенія права нужды, предлагается Гейбомъ ⁴⁾. По совершенно случайнымъ основаніямъ, именно по противоправному характеру источника опасности и по произвольно устанавливаемому выходу изъ положенія крайней необходимости, авторъ различаетъ принужденіе ⁵⁾ и чистую крайнюю необходимость ⁶⁾. Дѣяніе, совершенное подъ влияніемъ психическаго принужденія, при условіи по крайней мѣрѣ равенства коллидирующихъ благъ, не подлежитъ наказанію, ибо дѣятель опредѣляется мотивомъ, для преодоленія коего требуется *известная степень* высоты душевныхъ силъ (Heroismus), что бываетъ лишь, какъ рѣдкое исключеніе. Крайняя необходимость — есть положеніе, гдѣ создается опасность для жизни ⁷⁾; выходъ изъ такого положенія, хотя бы путемъ принесенія въ жертву жизни другого человѣка, не говоря уже объ иныхъ благахъ, — ненаказуемъ, ибо для отказа отъ такого выхода потребна *совершенно чрезвычайная* нравственная сила, героическое самоотреченіе ⁸⁾. Сюда относится также

¹⁾ De impunitate, 12 и сл.

²⁾ I. с. 16.

³⁾ Goltdammers Archiv, B. 28, стр. 183—193.

⁴⁾ Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1861 B. II, SS. 220—222.

⁵⁾ Zwang, Drohung, vis compulsiva — создается противоправнымъ дѣяніемъ; выходовъ лишь два.

⁶⁾ Nothstand — не создается противоправнымъ дѣяніемъ, выборъ — болѣе широкій.

⁷⁾ Въ Курсѣ проф. Таганцева при изложеніи Гейба здѣсь допущенъ недосмотръ.

⁸⁾ Въ нашей литературѣ на подобной точкѣ зрѣнія стоитъ Спасовичъ (Учебникъ), также различающій принужденіе и крайнюю необходимость и лишь расширяющій послѣднее понятіе за предѣлы, указанные Гейбомъ. Съ варіаціями, зависящими исключительно отъ произвола автора, такъ же рѣшаетъ вопросъ Будзинскій. Такъ, по его мнѣнію, при угрозахъ ненаказуемость дѣянія ограничивается наличностью опасности для жизни, здоровья, свободы, но не для имущества; при крайней необходимости, гдѣ источникомъ опасности являются силы природы, — допускается и опасность для имущественныхъ благъ, но требуется объективный критерій высшаго блага. Защита 3-ихъ лицъ, равно

теорія Rotering'a ¹⁾, гдѣ авторъ, подобно Марецоллю, останавливается на уголовно-политическихъ соображеніяхъ, апеллируя, впрочемъ, главнымъ образомъ, къ природѣ „средняго“ человѣка. Лишь для такого человѣка нуженъ законъ ²⁾, для героевъ онъ не нуженъ.

Иная группа нѣмецкихъ авторовъ, подходя ближе къ первоосновамъ теоріи Кремани, останавливается по преимуществу на инстинктѣ самосохраненія. Это теченіе преименственно воспринимаетъ болѣе ранніе теоретическіе выводы, предложенные еще школой естественнаго права. Изъ старыхъ криминалистовъ сюда относятся Globig und Huster ³⁾. Законъ не можетъ требовать отъ гражданъ стоическаго презрѣнія къ собственной жизни, — ибо смертные не отличаются ангельскими совершенствами. Жизнь стоитъ выше всѣхъ другихъ правъ. Позднѣ этотъ взглядъ проводитъ Schütze ⁴⁾ и, съ уклоненіемъ въ сторону установленія права нужды (обязанности защиты жизни), — Temme ⁵⁾. На почвѣ „самосохраненія“ стоитъ также Янка въ первой половинѣ своей сложной конструкціи (стр. 195). Кто для спасенія жизни вторгается, какъ нарушитель, въ сферу права, тотъ совершаетъ неправду, и его наказуемость дана. Но можетъ ли право видѣть въ такомъ человѣкѣ преступника и наказывать его? Выспимъ закономъ природы является самосохраненіе; за существованіе борется все, даже право. Правопорядокъ можетъ не легитимировать этого момента, но онъ не можетъ игнорировать элементарнаго, всю жизнь проникающаго закона природы, и въ немъ для всѣхъ одинаковаго стимула — стимула самосохраненія. Послѣдній устраняетъ элементъ преступности дѣянія, когда нѣтъ иныхъ путей спасенія, кромѣ нарушенія права. И эту истину правопорядокъ долженъ признать не только въ случаяхъ опасности

какъ и необходимая оборона противъ акта крайней необходимости — допускаются лишь при опасности для жизни и здоровья.

¹⁾ Die eigene Gefahr, als Schuldausschlussgrund, Goltd. Archiv B. 31, 1883, стр. 247—265.

²⁾ Слѣдуетъ ли отсюда, что такой законъ можетъ не соблюдаться? — Аналогичная точка зрѣнія у Glaser'a, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrechte, 1858, I, стр. 109—124.

³⁾ Abhandlungen von der Criminalgesetzgebung, Zürich, 1783, стр. 122—137.

⁴⁾ Die Nothwendige Theilnahme am Verbrechen, 1869, стр. 296—299.

⁵⁾ Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1876 §§ 51, 53. Der Benöthigte ist zu allem berechtigt, was zu dieser Vertheidigung nothwendig ist, in den Mitteln, wie im Maasse. Ср. также Baumeister, Bemerkungen zur Strafgesetzgebung, 1847, стр. 88, гдѣ мысль объ инстинктѣ самосохраненія развивается съ болѣе философскою глубиной, но безъ выводовъ въ сторону права нужды.

для жизни, но и для всего, что представляет существенныя условия физическаго существованія, что обуславливаетъ существенную его цѣлость (Integrität). Сюда относится свобода, при дѣлающемся ея подавленіи, и половая честь.

Ниже излагается вопросъ о томъ, какъ отразилась эта нѣмецкая доктрина на законодательствѣ германскихъ государствъ. Законодательство въ свою очередь повліяло на научное движеніе, закрѣпляя въ немъ тѣ элементы, которые, быть можетъ, и не представлялись вполнѣ доказанными.

Такъ было въ особенности во Франціи, юридическая наука коей, впрочемъ, и вообще рѣдко возвышалась до самостоятельнаго теоретическаго обсужденія научныхъ вопросовъ, ограничиваясь лишь комментаторскимъ изложеніемъ закона.

Раннее законодательство Франціи не знаетъ постановленій о крайней необходимости. О ней ничего не говорятъ ни королевскіе ордоннансы, ни революціонные кодексы. Есть законы, напр., ордоннансъ Франциска I, 1539 г. (ст. 168), упоминающій о помилованіи убійцъ путемъ *lettres de rémission ou de grâces*, дать каковыя былъ въ правѣ суверень, но неизвѣстно положительно, примѣнялся ли онъ на практикѣ и по отношенію къ убійству въ крайней необходимости ¹⁾. Французская доктрина, начиная съ *Burlamaqui*, профессора естественнаго права въ Женевѣ ²⁾, встаетъ на точку зрѣнія естественно-правовыхъ началъ, завѣщанныхъ Пуффендорфомъ. Въ духѣ послѣдняго *Burlamaqui* ³⁾ выясняетъ значеніе „*actions mixtes*“, хотя и вынужденныхъ, но совершаемыхъ при нѣкоторомъ участіи воли, и раскрываетъ значеніе внутренняго момента, такіа дѣйствія характеризующаго. Обязанности человѣка вытекаютъ изъ его психической организаціи ⁴⁾, его способностей и назначенія, Богомъ на него возложеннаго. Богъ желаетъ, чтобъ каждый изъ насъ стремился къ самосохраненію и совершенствованію, къ достиженію наивысшаго счастья, къ коему мы способны по своей природѣ. Отсюда первый принципъ обязанностей человѣка—*amour de soi même*. Разумно направляемый, онъ не долженъ оскорблять за-

¹⁾ *Muyart de Vouglans, Institutes au droit criminel, 1757 p. 84* и *Jousse, Traité de la justice criminelle, 1771, II, 625—627*, утверждаютъ, что *lettres de grâces* въ случаяхъ крайней необходимости примѣнялись. *Ср. Tissot, Le droit pénal, 3 éd. 1888 p. 62*. Но см. *Moriaud, 227*. Во всякомъ случаѣ въ дѣлахъ исправительной и муниципальной полиціи вопросъ о виновности подлежалъ рѣшенію суда, см. *Lasserre, Etudes sur les cas de non culpabilité, 1877 p. 138, 171*.

²⁾ *Principes du droit naturel, 1747*.

³⁾ *l. c. стр. 31, 32*.

⁴⁾ *l. c. livre II ch. IV § IX p. 183*.

коновъ религіи и общества. Но по отношенію къ крайней необходимости авторъ не слѣдуетъ съ выводами. Совершаемое при условіяхъ крайней необходимости дѣяніе остается „volontaire“ и по своему существу способно подлежать вмѣненію ¹⁾). Абсолютно не выше твердости духа человѣческаго — перенести страданіе и даже скорѣе умереть, чѣмъ измѣнить долгу. И законодатель можетъ возложить на гражданина такую суровую обязанность и часто въ интересахъ общественныхъ это дѣлается, напр., для воиновъ, на полѣ брани. Но гдѣ такой обязанности нѣтъ, тамъ выступаетъ важное значеніе вышеуказаннаго принципа.

Въ томъ же смыслѣ, но ссылаясь на Дамгудера, рѣшаетъ вопросъ о крайней необходимости Du Rousseaud de la Combe ²⁾), остающійся, впрочемъ, лишь въ предѣлахъ кражи по нуждѣ. Дѣяніе подлежитъ прощенію, ибо дѣятель „ad furtum reпе соactus et impulsus fuerit“. О важномъ значеніи принужденія говоритъ и Pierre François Muyart de Vouglans ³⁾). Далѣе, Jousse ⁴⁾ затрагиваетъ вопросъ о кражѣ по нуждѣ и объ убійствѣ въ крайней необходимости и, ссылаясь на итальянскихъ практиковъ, въ томъ и другомъ случаѣ прибѣгаетъ къ указанію на значеніе инстинкта самосохраненія, подъ давленіемъ коего дѣятель совершаетъ преступленіе ⁵⁾).

Такимъ образомъ, французская доктрина конца XVIII вѣка, развивая начала итальянской практики или принципы естественнаго права, болѣе или менѣе единодушно отмѣчаетъ одинъ моментъ, создающій извиняемость дѣянія, совершеннаго при условіяхъ крайней необходимости. Моментъ этотъ характеризуется, какъ извѣстное принужденіе, какъ давленіе на волю человѣка болѣе сильнаго мотива, чѣмъ угроза закона. Можно думать, что подъ этимъ вліяніемъ сложилось и первое законодательное постановленіе французскаго права о крайней необходимости, ст. 64. Code pénal 1810 года: „Il n'y a pas ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en état de demence au temps de l'action ou lorsqu'il a été contraint par une force, à laquelle il n'a pu résister“. И если для этого не предлагается болѣе близкихъ основаній моти-

¹⁾ Стр. 285 *ibid.*

²⁾ *Traité des matières criminelles*, 5 éd. 1757 p. 83.

³⁾ I. c. 1757 pp. 11, 393 n. 4. Въ п. 19 стр. 393, стр. 553 и 591 авторъ касается вопроса о кражѣ по нуждѣ и находитъ возможнымъ не подвергать дѣятеля наказанію или наказывать менѣе строго въ виду отсутствія въ дѣяніи *animus furandi*.

⁴⁾ I. c. 1771 vol. IV p. 256; vol. III p. 507.

⁵⁾ См. также стр. 840 vol. IV: *parjure, si est extorqué par menaces ou par violence, est excusable.*

вами статьи 64-й ¹⁾, наводящими на мысль, что въ ней рѣчь идетъ лишь о физическомъ принужденіи, то рѣшающимъ моментомъ все-таки является то содержаніе, которое вложено въ ст. 64 доктриной и практикой французской.

На почвѣ „actions mixtes“ стоитъ уже Rossi ²⁾. Моральный принципъ ясенъ; онъ повелѣваетъ страдать, но не совершать беззаконія, и если актъ въ крайней необходимости можетъ быть извиненъ закономъ, то лишь тогда, когда дѣятель подчиняется мотиву самосохраненія ³⁾. Въ дѣяніи недостаетъ героизма, но можетъ ли его требовать человѣческое правосудіе?

Предпосылка свободы воли и идея „смѣшанныхъ дѣйствій“ проникаютъ всю дальнѣйшую французскую литературу. Аргументація на этой почвѣ встрѣчается у Ортолана ⁴⁾, который принимаетъ во вниманіе опасность, грозящую и тѣлесной неприкосновенности (mort, mutilations, tourments corporels), но не опасность для имущественныхъ благъ ⁵⁾. Не лишено интереса мнѣніе автора о безразличіи источниковъ опасности (р. 145). Ортоланъ, какъ и Бланшъ ⁶⁾, ограничивающійся, впрочемъ, лишь комментариемъ ст. 64-й, распространяетъ значеніе крайней необходимости и на область „нарушеній“ (contraventions), что является хотя и формальнымъ, но большимъ шагомъ впередъ. Bertauld ⁷⁾ повторяетъ мысль Цицерона, о „глупости“ дѣятеля, рѣшившагося въ нуждѣ пожертвовать своей жизнью для соблюденія закона, но извиненіе дѣянія мотивируетъ также пресло-

¹⁾ См. Chauveau et Hélie, Théorie du C. P. 6 éd. 1887, I n. 347: „une règle commune à tous les prévenus, soit du fait principal, soit de complicité, est qu'on ne peut déclarer coupable celui qui, malgré la plus vive résistance, n'a pu se dispenser de céder à la force. Tout crime ou délit se compose de fait et de l'intention; or dans les deux cas dont nous venons de parler, aucun intention ne peut avoir existé de la part des prévenus, puisque l'un ne jouissait pas de ses facultés morales et qu'à l'égard de l'autre, la contrainte seule a dirigé l'emploi de ses forces physiques.“

²⁾ Traité de droit pénal, 1829, II ch. 23 p. 212 sqq.

³⁾ Сюда Росси присоединяетъ рядъ иныхъ доказательствъ, — критеріи объективный, указанія право-политическія, идею безцѣльности угрозы закона р. 216 *ibid.* Изложеніе автора сбивчиво, казуистично; критика лишена юридической точности, аргументація болѣе взываетъ къ чувству, чѣмъ къ логикѣ.

⁴⁾ Eléments de droit pénal, 3 éd. 1863 vol. I p. 143 и сл. недостатокъ силы, величія духа, нравственной высоты; законъ долженъ видѣть въ людяхъ ихъ человѣческія черты, чувства, инстинкты, слабости.

⁵⁾ Въ этой области указанія автора крайне неопредѣленны. Выраженія: mal considérable, peu considérable, grave, peu grave — точносью не отличаются.

⁶⁾ Etudes pratiques sur le C. P., 2-me étude, 1864 pp. 2, 276, 309, 313.

⁷⁾ Cours de C. P. et leçons de législation criminelle, 4 éd. 1873 p. 359. Его цитируетъ и Lefort, Cours élémentaire du droit criminel, 1877 p. 204.

вутымъ недостаткомъ героизма, котораго не можетъ требовать законъ. У послѣдняго автора находится уже указаніе, что источникъ опасности долженъ лежать внѣ дѣателя, а не въ немъ самомъ ¹⁾.

Наиболѣе прочно устанавливають идею „недостатки героизма“ авторы *Théorie du C. P.* — Шово и Эли ²⁾. Исходной точкой зрѣнія ихъ выводовъ является „*faiblesse et pusillanimité*“ дѣателя, который повинуется естественному инстинкту. Въ этой области авторы заходятъ такъ далеко, что видятъ въ дѣатель орудіе (*instrument*) чуждой силы и уже совершенно исключаютъ всякое участіе его воли. Странно лишь, что дѣлаемые ими отсюда заключенія ведутъ не къ установленію невмѣняемости, а лишь къ невмѣненію. Естественно, затѣмъ, что они ограничиваютъ опасность лишь „*mort ou un mal physique très grave*“ ³⁾, допуская въ менѣе тяжелыхъ случаяхъ лишь смягченіе наказанія ⁴⁾, ибо если законъ не можетъ требовать героической твердости, то не долженъ и снисходить къ „*coupables faibles*“ ⁵⁾. Воспринята эта точка зрѣнія и въ специальныхъ монографіяхъ *Sarrau de Boynet* ⁶⁾ и *Lasserre* ⁷⁾.

¹⁾ Авторы, несомнѣнно, упустили изъ вниманія случай, имѣвшій мѣсто въ французской судебной практикѣ и указанный Ортоланомъ (I. с. p. 143). Въ Парижѣ въ 1856 г. мать, истощенная голодомъ, боясь за участь своихъ дѣтей, покинула ихъ въ церкви *St. Eustache*. Судъ приговорилъ ее лишь къ двумъ недѣлямъ тюрьмы. — Эта идея проникла затѣмъ въ дальнѣйшіе труды французскихъ авторовъ, см. *Lefort*, 206; *Chauveau et Hélie* I, n. 376 (допускается лишь смягченіе наказанія); *Hélie, Pratique criminelle* II n. 111; *Lassere* 263, 266; *Trebutien, Cours* I, 407; *Boitard, Leçons*, 197; *Tissot* 66; *Laborde, Cours*, 107.

²⁾ 6 éd. 1887 I p. 549 и сл.

³⁾ См. также *Lefort* I. с. 206; *Trebutien, Cours* I, 407; *Boitard, Leçons* 197 допускаетъ лишь опасность для жизни; ср. *Villey, Précis*, 1891, p. 109; *Tissot, Le droit pénal*, 1888, p. 61 требуетъ „*grand mal physique ou moral, comme perte de la vie, de la liberté, d'un membre, de l'honneur et quelquefois des biens*“, т.-е., ставитъ вопросъ болѣе широко. Тоже: *Laborde, Cours*, 108; *Haus, Principes*, 1874. I n. 649.

⁴⁾ p. 599, ибо *la volonté n'était pas entièrement libre, son assistance n'a été prêtée qu'après une certaine (?) résistance*.

⁵⁾ Ср. *Haus, Principes généraux du droit pénal belge*, 2 éd. 1874, I n. 649.

⁶⁾ *Des excuses légales en droit pénal*, 1875 p. 61.

⁷⁾ I. с. p. 266 и сл. Къ обычной ссылкѣ на то, что „*la loi ne peut exiger le martyre*“, авторъ присоединяетъ кантовскую мысль о безполезности законодательной угрозы. Съ особой внимательностью авторъ останавливается на сюжетѣ, повѣданномъ Ливіемъ въ исторіи о Лукреціи и Секстѣ Тарквиніи и отмѣченномъ *Fournel'em* въ *Traité de l'adultère*. Затѣмъ авторъ цитируетъ *Cremani* и *Rossi*. Заслугой его является полное обобщеніе деликта, совершаемаго въ состояніи крайней необходимости.

Въ позднѣйшихъ учебникахъ и комментаріяхъ мысль эта повторяется безконечное число разъ, напр., у Trebutien ¹⁾, менѣе подробно у Tissot ²⁾, у Boitard ³⁾, Laborde ⁴⁾, Lainé ⁵⁾, Garraud ⁶⁾.

Не лишена интереса подробность французской доктрины, всецѣло вытекающая изъ предвзятаго, якобы поставленнаго закономъ принципа, что источникъ принужденія долженъ лежать внѣ дѣятеля. Она заключается въ томъ, что всѣ указанные авторы, за исключеніемъ Villey, подвергающаго сомнѣнію вѣрность принципа, особо упоминають о кражѣ по нуждѣ, не находя возможнымъ обсуждать это дѣяніе на почвѣ ст. 64-й. Они полагають, что голодъ — это источникъ принужденія „interne et personnel“². Неправильность такой точки зрѣнія очевидна; выдѣ-

¹⁾ Cours élémentaire de droit criminel, 2 éd. 1878, I, p. 402: la loi pénale ne peut exiger l'héroïsme à peine d'un châtement etc. — обычныя общія мѣста: force commune de la volonté humaine, faiblesses et défaillances и пр.

²⁾ Le droit pénal ou introduction philosophique etc. 3 éd. 1888, I, p. 61: les législateurs prenant en considération la faiblesse de la plupart des hommes etc. Сюда присоединяется замѣчаніе психологическаго характера: у дѣятеля могла возникнуть идея, что онъ безъ труда потомъ возмѣститъ причиняемый имъ вредъ, p. 63.

³⁾ Leçons de droit criminel, 13 éd. par Villey, 1890, p. 197: la loi ne peut guère y voir la matière à pénalité.

⁴⁾ Cours élémentaire de droit criminel, 1891, p. 108: „juger humainement des choses humaines“ et ne point exiger d'une personne plus de fermeté, qu'elle n'en peut avoir. Авторъ дѣлаетъ выводы изъ ст. 1112 Cod. Civ., ср. Ortolan, l. c.; судъ долженъ изслѣдовать, какъ поступила бы въ данномъ случаѣ une personne raisonnable.

⁵⁾ Traité élémentaire de droit criminel, 1881, p. 138—140, 145—159.

⁶⁾ Précis, 4 éd. 1892, p. 176, n. 138 и сл.; Traité theorique et pratique, I, 372 и сл. Исключеніемъ изъ французскихъ авторовъ является Villey, Précis d'un cours de droit criminel, 5 éd. 1891, который ограничивается указаніемъ на необходимость привлеченія объективнаго критерія, p. 109: la question est mal posée, — tout depend de la proportion entre le mal à éviter et le mal à faire. На общефранцузской точкѣ зрѣнія стоитъ бельгійскій криминалистъ Haus, Principes I n. 652: en établissant des peines pour prévenir les crimes, le législateur doit considérer les hommes tels qu'ils sont en général, et non ce petit nombre d'élus, dont la vertu méprise la mort, lorsqu'elle ne peut être évitée, qu'au prix d'un crime. La sanction pénale ne peut donc empêcher l'homme ordinaire de choisir le crime comme unique moyen de salut, et des lors la société n'a point le droit de punir; car la peine sociale cesse d'être légitime, lorsqu'elle est impuissante à produire l'effet en vue duquel elle est établie, — и итальянецъ Carrara, Programme du cours de droit criminel, trad. par Baret, 1876. Юридическими основаніями наказуемости акта, совершаемаго въ состояніи крайней необходимости, для автора являются „conflict des devoirs“ и „perturbation de l'âme“; политическія основанія всецѣло заимствованы изъ школы естественнаго права.

леніе послѣдняго случая изъ общей группы не можетъ основываться на указанномъ принципѣ, ибо самый принципъ какъ юридически, такъ и психологически ложенъ ¹⁾.

Съ такой дѣйствующей силой захватили научное движеніе идеи Филанджіери. Во Франціи, несмотря на огромные шаги впередъ, которые сдѣлала съ той поры наука, эти идеи живутъ и понынѣ и даже являются единственно господствующими. Не исчезли онѣ и въ Германіи, несмотря на сильный ударъ, нанесенный имъ философской доктриной Гегеля.

Филанджіери конструируетъ ненаказуемость дѣянія, совершеннаго въ состояніи крайней необходимости, какъ плодъ невѣренія этого дѣянія въ вину. Теорія его представляетъ удивительное сочетаніе двухъ реквизитовъ: свободы воли и совершенно новаго фактора, — особой окраски этой воли, степени энергіи, которая требуется для преодоленія преступнаго влеченія, т. е. силы нравственной. Вѣреніе дѣянія невозможно тамъ, гдѣ нѣтъ извѣстной степени этой нравственной силы, хотя бы свобода воли была налицо. Эта искусственная конструкція, исторически подготовленная теоріями болѣе ранняго періода, суще-

¹⁾ Правильно — у Haus, I. с. Между тѣмъ, общественное мнѣніе Франціи сильно заинтересовано этимъ вопросомъ. Онъ послужилъ темой для блестящаго романа В. Гюго, сюжетъ коего, впрочемъ, всецѣло авторомъ вымышленъ, равно какъ вымышлено и невозможное съ процессуальной стороны преслѣдованіе. Въ наши дни вопросу этому суждено предстать на обсужденіе законодательныхъ палатъ Франціи. Дѣло въ томъ, что французская судебная практика уже постулилась вышеуказаннымъ принципомъ (источникъ принужденія долженъ лежать внѣ дѣятеля), создавъ цѣлый рядъ прецедентовъ, оправданій лицъ, подверженныхъ такъ-называемой клеptomаніи. Рѣчь шла обыкновенно о дамахъ (*prévenues de haute marque*), совершавшихъ, благодаря недостатку надзора, мелкія похищенія въ большихъ французскихъ магазинахъ. Доходя до суда, дѣянія эти обсуждались на почвѣ ст. 64-й. И вотъ послѣ амьенскаго случая, когда былъ приговоренъ къ тюрьмѣ бродяга, совершившій съ голоду незначительную кражу, президентъ гражданскаго трибунала въ Château Thierry направилъ въ палату петицію о пересмотрѣ ст. 64 С. Р. и ст. 136 закона 5 апр. 1884 г. Эта петиція мотивирована указаніемъ на изложенные прецеденты и на необходимость гуманнаго отношенія къ случаямъ голодной кражи. Общество, указываетъ авторъ петиціи, Magnaud, не въ правѣ преслѣдовать гражданъ, по отношенію къ коимъ оно не выполнило своего долга. Въ силу этой петиціи радикально-соціалистическій депутатъ Сены Мильеранъ внесъ въ концѣ марта текущаго года въ палату проектъ, согласный съ предложеніемъ Magnaud. Есть основаніе предполагать, что разсмотрѣніе проекта произойдетъ въ скоромъ времени, ибо коммиссія, коей поручено его разсмотрѣніе, во главѣ съ предсѣдателемъ ея Lariette относится къ проекту очень сочувственно.

ственно неправильно какъ въ составныхъ частяхъ своихъ, такъ и въ ихъ совокупности.

Неправильность построеній авторовъ, стоящихъ на точкѣ зрѣнія Филанджіери, заключается прежде всего въ игнорированіи юридическихъ моментовъ правонарушенія, политическихъ моментовъ наказанія и въ перенесеніи всего вопроса на почву отвлеченно-философскихъ, метафизическихъ понятій свободы воли. Уже въ замѣчаніяхъ на теорію Фейербаха указано, что для криминалиста нашего времени нѣтъ необходимости входить въ изслѣдованіе вопроса о томъ, свободна или несвободна человѣческая воля. Независимо отъ полной неопредѣленности понятія свободной воли ¹⁾, на немъ можетъ быть построена только одна практическая теорія уголовного права, теорія возмездія, т.-е. абсолютная теорія, будетъ ли выражаться она въ императивахъ моральной, діалектической, религіозной или эстетической необходимости, — совершенно несоотвѣтствующая правовому и нравственному развитію современнаго общества (идея мести), неспособная дать никакого отвѣта на рядъ частныхъ вопросовъ юридической науки (гражданская неправда, напр.) и совершенно непримѣнимая на практикѣ (вина—мѣра наказанія). Со стороны ея правильности по существу—она противорѣчитъ всѣмъ даннымъ, установленнымъ современной эмпирической наукой, даннымъ физиологической психологіи и наукъ социологическихъ. Но и это до сихъ поръ необщепринятое положеніе о несвободѣ воли не имѣетъ значенія для уголовного права, ибо оно оперируетъ не съ абстрактнымъ понятіемъ воли. Для уголовного права важенъ только одинъ моментъ, краеугольный устой, на которомъ его мѣры зиждутся такъ же, какъ и рядъ иныхъ общественныхъ мѣропріятій,—моментъ законѣрности человѣческой дѣятельности, зависимости ея отъ разнообразныхъ мотивовъ, входящихъ извнѣ и изнутри человѣка, изъ его прошлаго и настоящаго, изъ наслѣдственности, среды, т.-е. изъ области физической и социальной. Весь этотъ капиталъ мотивовъ, образующій характеръ человѣка, двигаетъ его поступками, и велѣнія закона—это лишь одинъ изъ такихъ стимуловъ. Внѣ представленія о законѣрности человѣческихъ дѣяній не можетъ быть никакой общественной дѣятельности. Ясно, поэтому, что говорить о свободной волѣ, какъ объ основаніи вмѣняемости, неправильно.

Вмѣняемость, далѣе, не является понятіемъ, привходящимъ въ право извнѣ, изъ сферы, напр., психологическихъ предста-

¹⁾ См. Сергѣевскій, Пособіе, 227 и сл.

влений. Это есть юридическій институтъ, носящій на себѣ характеръ права, его воспринявшаго, въ сферѣ права живущій и имъ проникнутый. Сказать, что вмѣненіе дѣянія возможно лишь тому, кто психологически вмѣняемъ, въ данномъ случаѣ — чья воля свободна, — было бы юридически неправильно. Вмѣняемъ тотъ, кому допускается вмѣненіе съ точки зрѣнія закона. Исторически понятіе вмѣненія измѣняется, а съ нимъ измѣняется и понятіе вмѣняемости. Нынѣ рѣшающимъ моментомъ для вопроса объ уголовно-юридической вмѣняемости является существо наказанія, какъ санкціи, какъ мѣры подтвержденія охраняющихъ правовыхъ нормъ, поддержанія устойчивости правопорядка, мѣры, направленной на интеллектъ человѣка, вселяющей въ него болѣе сильный мотивъ. Уголовный законъ обращается, по существу своему, лишь къ людямъ, имѣющимъ уши, чтобы слышать; рассчитываетъ онъ на ихъ способность принять велѣніе закона въ число мотивовъ своей дѣятельности. Исключительно этими моментами опредѣляется и вмѣняемость человѣка, совершенно внѣ всякаго значенія свободы или несвободы воли.

Такъ падаетъ первый элементъ доктрины Филанджіери, элементъ свободной человѣческой воли. Не менѣе слабъ второй ея элементъ — указаніе на принужденіе, принимаемое во вниманіе закономъ въ виду человѣческой слабости. Если остаться на почвѣ ученія о свободной волѣ, то послѣдній реквизитъ съ такимъ ученіемъ несовмѣстимъ. Это понято было въ Германіи философской школой Гегеля, выставившей діаметрально противоположное утвержденіе, что воля мыслящаго существа неизмѣнно свободна и никоимъ образомъ не можетъ быть принуждена. Но и внѣ этого формальнаго самопротиворѣчія доктрины — понятіе принужденія въ указанномъ смыслѣ неудовлетворительно. Безспорно, что идея *μητάι πρᾶξις* могла увлечь за собой изслѣдователей въ болѣе отдаленную пору, когда уровень социологическихъ и психологическихъ наукъ не былъ еще высокъ, когда не такъ ясно сознавалось или не всѣми сознавалось, что человѣкъ, его характеръ, его поступки есть плодъ массы самыхъ разнообразныхъ вліяній и воздѣйствій, что свободная воля, независимая отъ мотивовъ, не существуетъ. Менѣе понятно это въ нашу пору, когда принципъ законмѣрности человѣческой дѣятельности ясенъ для cadaго. Странно теперь говорить объ этомъ, на этомъ моментѣ основывать особый характеръ дѣяній, совершаемыхъ въ состояніи крайней необходимости, когда таковы всѣ дѣянія человѣка, когда именно на сознаніи законмѣрности строится все, начиная съ педагогики и кончая правомъ.

Идея принужденія, страннымъ образомъ сочетавшаяся съ моментомъ свободы воли, не удовлетворяетъ, такимъ образомъ, требованіямъ, которыя могутъ быть къ теоріи предъявлены, ни съ логически-конструктивной, ни съ практической стороны. Съ послѣдней точки зрѣнія, строго проведенная, она привела бы къ тому выводу, что всѣ человѣческія дѣянія лежатъ внѣ отвѣтственности, ибо всѣ они совершаются подъ вліяніемъ принужденія.

Третій реквизитъ теоріи заключается въ указаніи на слабость человѣческую, на то, что законодатель не можетъ требовать отъ гражданъ мученичества, героизма. Указаніе это скрываетъ въ себѣ тотъ смыслъ, что на мѣстѣ дѣятеля *каждый* человѣкъ поступилъ бы такъ же; оно имѣетъ въ виду средняго человѣка. Нѣтъ сомнѣнія, что въ основѣ каждаго преступленія лежитъ моментъ человѣческой слабости. Въ области преступленія эта слабость характеризуется, какъ отсутствіе достаточной силы подчинить свою дѣятельность законнымъ мотивамъ. Но уголовный законъ, какъ и вообще охраняющія нормы, и направляется именно на то, чтобъ бороться съ этой стороною человѣческой психики, вселяя въ нее сильныя, стойкіе мотивы, способные противостоятъ инымъ стимуламъ. Если эту мысль о человѣческой слабости усилить, довести ее до указанія на невозможность требовать героизма, то и въ такомъ случаѣ теорія не въ состояніи будетъ дать объясненія, напр., наказуемости солдата или матроса, подъ вліяніемъ крайней необходимости нарушившихъ свой долгъ ¹⁾. Не можетъ дать отвѣтъ теорія и на такіе случаи, гдѣ она требуетъ наказанія лицъ, своей собственной дѣятельностью создавшихъ условія крайней необходимости ²⁾. Нельзя не присоединиться къ ироническому замѣчанію Morgiand (187), что собственная вина, несомнѣнно, неспособна превратить такихъ лицъ въ героевъ, какъ таковыхъ, подлежащихъ наказанію.

Логическій порокъ, скрывающійся въ исходной точкѣ зрѣнія теоріи, отражается и на деталяхъ ея проведенія. Доктрина не устанавливаетъ, „не можетъ“, „не долженъ“ или „не имѣетъ права“ требовать героизма законъ, т.-е. даже въ основной идеѣ не приходитъ къ единодушію. Безполезно затѣмъ искать ближайшаго обоснованія требуемаго отношенія закона къ дѣятелю. Почти вся школа молчитъ объ этомъ, довольствуясь афористическимъ повтореніемъ, съ тѣми или иными варіаціями, главной темы, и

¹⁾ Ср. Breidenbach, стр. 527.

²⁾ Passim, у указанныхъ авторовъ.

лишь немногіе авторы присоединяют сюда уголовно-политическія соображенія. Въ связи съ этимъ, несомнѣнно, стоитъ и рѣшеніе вопроса о томъ, остается ли и насколько остается въ дѣяніи пресловутая свободная воля, рѣшеніе, отличающееся такимъ же сбивчивымъ и неединодушнымъ характеромъ.

Принципъ, положенный въ основу теоріи,—опасенъ. Помимо тѣхъ вредныхъ послѣдствій, которыя могло бы повлечь его послѣдовательное проведеніе, способное исказить все существо уголовного права, онъ недопустимъ съ политической точки зрѣнія. На это указывалъ уже Кѣстлинъ, говоря, что въ принципѣ этомъ кроется *carte blanche* для всякихъ нарушеній права ¹⁾. Въ немъ лежитъ антипедагогическая идея, создающая представленіе о безпомощности и безсиліи права, ослабляющая чувство ответственности передъ закономъ, чувство долга ²⁾.

Принципъ этой теоріи, наконецъ, практически непримѣнимъ. Эластическое понятіе „героизма“ не можетъ дать отвѣта на вопросъ, что такое „геройство“, гдѣ начинается его высшій трагизмъ, и гдѣ кончается обычная душевная сила. Въ теоріи—одна группа авторовъ говоритъ о героизмѣ, имѣя въ виду лишь спасеніе жизни ³⁾; это справедливо, но, несомнѣнно, односторонне, ибо могутъ быть случаи, гдѣ о такомъ героизмѣ не можетъ быть и рѣчи, но которые, тѣмъ не менѣе, съ такимъ же усиліемъ допускаютъ освобожденіе дѣятеля отъ наказанія. Доктрина какъ бы сознала это. Рядъ авторовъ ⁴⁾ присоединяетъ сюда и тѣлесную неприкосновенность, а затѣмъ и вообще всякое касающееся личности ⁵⁾ или невозмѣстимое ⁶⁾ благо. Другіе удовлетворяются ссылкой на отклоненіе „большаго зла“ ⁷⁾, т.-е. допускаютъ и опасность для имущества и т. д. Ясно, что это дѣло произвола. — Къ этому присоединяется и иная неопредѣленность, ибо не всѣ указанные авторы исходятъ изъ единого представленія о крайней необходимости. Тѣ изъ нихъ, которые

¹⁾ System, § 37, пр. 1: mit der Maxime, dass der Staat von seinen Bürgern keinen Heroismus zu fordern habe, wäre ein Freibrief für mannigfaches Unrecht erteilt.

²⁾ Ср. Binding, Normen, II, 83. Напротивъ, не вполне правильны указанія автора въ Handbuch 764 и сл.

³⁾ Thibaut, Marezoll, Krug, Rossi, Boitard.

⁴⁾ Breidenbach, Mittermaier, Wächter, Leonhardt, Schwarze, Chauveau et Hélie, Lefort, Trebutien, Villey.

⁵⁾ Tittman.

⁶⁾ Нye.

⁷⁾ Jarcke, Wessely, Gillischewski, Haus, Ortolan, Sarrau de Boynet, Tissot, Laborde.

допускают различіе чистой крайней необходимости и принужденія, углубляются еще въ болѣе запутанныя complicacіи. Напр., Гейбъ при крайней необходимости требуетъ опасности для жизни, допуская при принужденіи опасность и для всякаго иного блага. Въ нашей литературѣ Будзинскій, наоборотъ, при крайней необходимости допускаетъ опасность для всякаго блага, даже имущественнаго, а при угрозахъ—лишь для жизни, здоровья и свободы.

Доктрина отсылаетъ для рѣшенія къ суду (Rotering), но, несомнѣнно, и судъ будетъ находиться въ тѣхъ же неопредѣленныхъ условіяхъ, т.-е. въ сущности вынужденъ будетъ рѣшать вопросъ на почвѣ чувства или субъективнаго мнѣнія ¹⁾.

Законодатель, который пожелалъ бы воспользоваться проповѣдуемымъ школою принципомъ, и на немъ построить свои положенія, остался бы безпомощнымъ. Это доказали нѣмецкія законодательства, въ основѣ постановленій коихъ о крайней необходимости легли разнородныя сочетанія теорій Канта, Фейербаха и школы Филанджіери.

Развитіе этихъ законодательствъ шло слѣдующимъ путемъ. Идея принужденія воспринята уже наиболѣе старыми изъ нихъ, австрійскими уложеніями, которыя стоятъ на точкѣ зрѣнія, уже намѣчаемой нѣкоторыми представителями школы естественнаго права, т.-е. какъ бы превосхищаютъ развитую позже идею человѣческой слабости. Таковы Codex iuris Bavarici criminalis 1751 года ²⁾ и Constitutio Criminalis Theresiana 1768 ³⁾.

¹⁾ Тѣ же замѣчанія могутъ быть сдѣланы и на болѣе узкую группу указанной доктрины, останавливающуюся на инстинктѣ самосохраненія. Она вынуждена дѣлать мало оправдываемыя исключенія для особыхъ случаевъ выполненія долга; она открываетъ слишкомъ широкій просторъ безнаказанности; она утверждаетъ, а не доказываетъ; она забываетъ о формальномъ понятіи права, а тѣмъ болѣе преступленія; она вредна, потому что, подчеркивая моментъ эгоизма, игнорируетъ общественныя обязанности индивида. См. также Wessely I. c. 16: въ уголовномъ правѣ важенъ имѣвшійся въ виду результатъ, а не цѣль.

²⁾ Pars I c. 1 § 4, § 33: Wem es an genugsamen Verstand oder freyen Willen ermangelt, der ist keines Verbrechens fähig. Was demnach aus Nothzwang geschieht, wird für kein Verbrechen geachtet. — Wenn zur Entschuldigung die Noth und Forcht vorgeschützt wird, ist zu erwegen, wie hoch die Noth gewesen, und wie schwer die Rettungsmittel gefallen, auch ob man sich nicht selbst muthwillig hierinn gestürzt habe. Nebst deme soll man eines jeden seine besondere Condition, Leibs- und Gemüths-beschaffenheit, und andere dergleichen Umständ wohl in Obacht nehmen und darnach ermässigen, wie weit die Straff zu milderen oder gar nachzusehen sein mögte.

³⁾ Art. 41 § 8, 2: Wenn Gewalt, Noth und Forcht zur Entschuldigung vorgeschützt wird, ist zu erwegen, ob solche Zunöthigung so beschaffen gewesen,

Эта точка зрѣнія принужденія повторяется и въ позднѣйшемъ законодательствѣ Австріи. Оно также выходитъ изъ понятія *metus* и представляетъ широкій просторъ судебному усмотрѣнію. Сюда относятся *Josephinisches Strafgesetzbuch* 1787 г. ¹⁾ Уложение 1796 года уже обобщаетъ *Zwang* и *Gewalt* въ одно понятіе ²⁾, а уложение 1803 г. § 2 l. c. и дѣйствующее уложение 1852 г. § 2 lit. g. снова возвращаются къ *unwiderstehlicher Zwang*. Какъ признаетъ австрійская доктрина, въ этомъ понятіи объединяются *vis absoluta*, *vis compulsiva* и крайняя необходимость ³⁾. Къ той же группѣ относятся законодательства Пруссіи и Баваріи. Уже *Allgemeines Preussisches Landrecht*, указывая въ II, 20 § 11—15 на кражу по нуждѣ (въ духѣ Карцова), говоритъ въ II, 20 §§ 19 — 21 объ угрозахъ и, подобно австрійскимъ уложениямъ, отсылаетъ рѣшеніе къ усмотрѣнію суда. Напротивъ, § 40-й уложения 14 апр. 1851 года составленъ совершенно въ духѣ ст. 64-й французскаго *Code Pénal* ⁴⁾. Въ основу статьи, какъ указываютъ мотивы ⁵⁾, положенъ тотъ общій принципъ, что наказуемость каждаго дѣянія обусловлена вмѣняемостью, свободнымъ пользованіемъ силами разума и свободнымъ волеопредѣленіемъ, чтѣ устраняется насиліемъ и угрозой. На той же точкѣ зрѣнія стоитъ баварское уложение 1861 года § 67. Болѣе же раннее баварское законодательство, уложение 6 мая 1813 года ст. 121 ⁶⁾, стоитъ на почвѣ теоріи Фейербаха, но ограничиваетъ свои исключенія лишь угрозами, представляющими опасность для жизни. Нѣкоторое расширеніе даетъ баварскій проектъ 1822 года. Въ ст. 73-й онъ присоединяетъ къ указаннымъ угрозамъ и угрозы опасныя для здоровья, а кромѣ того, даетъ особую ст. 85-ю, гдѣ идетъ

dass auch eine standhafte Person sich hieran entsetzen könne? dann wie schwer die Rettungsmittel gewesen? und ob man sich nicht selbst muthwillig darein gestürzt habe? Nebst demе soll man eines jeden etc., какъ въ уложеніи 1751 г.

¹⁾ § 5. Der Abgang des freien Willens stricht von der Anschuldigung eines Kriminalverbrechens los... e) wenn bei der gesetzwidrigen Unternehmung ein Zwang, eine unwiderstehliche Gewalt vorhanden war.

²⁾ § 8. Hingegen wird die Handlung oder Unterlassung nicht als Verbrechen angerechnet, wenn... f) die That durch unwiderstehliche Gewalt erzeugt worden.

³⁾ Подъ вліяніемъ австрійскаго права стоитъ и ст. 100-я нашего Ул. о нак. Ср. Таганцевъ, Курсъ 253 пр. 156.

⁴⁾ Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der That wahnsinnig oder blödsinnig, oder die freie Willensbestimmung desselben durch Gewalt oder durch Drohungen ausgeschlossen war.

⁵⁾ См. Hälschner. System § 69; v. Wächter, Sächsthür. Str. 387 — 389; ср. Janka, 225.

⁶⁾ Ср. также Strafgesetzb. für die Herzoglich-Oldenburgischen Lande 10 сент. 1884 г. ст. 126.

рѣчь о крайней необходимости въ случаѣ опасности для жизни — въ смыслѣ ненаказуемости соответствующаго дѣянiя.

Проектъ этотъ послужилъ отправной точкой для всего дальнѣйшаго партикулярнаго законодательства Германiи ¹⁾. Въ постановленiяхъ послѣдняго, относящихся къ крайней необходимости, воплотились направленiя изложенной выше доктрины въ самыхъ разнообразныхъ сочетанiяхъ.

Въ уложенiяхъ баденскомъ, ганноверскомъ и брауншвейгскомъ невмѣняемость дѣятеля предполагается, какъ *ratio legis*, и одинаково обнимаетъ собой какъ угрозы, такъ и чистую крайнюю необходимость. Уложенiе саксонское съ этой точки зрѣнiя разсматриваетъ лишь угрозы, а постановленiя о крайней необходимости ставятъ на иную почву. Въ иныхъ уложенiяхъ наблюдаются и другiя сочетанiя ²⁾, гдѣ не послѣднюю роль играетъ принужденiе нравственное.

Совершенно произвольнымъ является ограниченiе или расширенiе благъ, спасенiе коихъ въ крайней необходимости дозволено. Такъ ганноверское уложенiе ³⁾, брауншвейгское ⁴⁾, саксенъ-альтенбургское ⁵⁾, тюрингенское ⁶⁾, саксонское ⁷⁾, а также пересмотрѣнное уложенiе саксонское 10 окт. 1868 г. ⁸⁾ допускаютъ, какъ въ случаяхъ чистой крайней необходимости, такъ и при угрозахъ лишь опасность для жизни или здоровья (*Leib oder Leben*). Баденское уложенiе 6 марта 1845 года ⁹⁾, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ допускаетъ защиту только жизни, а при угрозахъ иному благу устанавливаетъ смягченiе наказанiя. Наконецъ, допускаютъ при угрозахъ — защиту жизни и здоровья, а при крайней необходимости — только жизни уложенiя виртембергское ¹⁰⁾, гессенское ¹¹⁾ и герцогства Нассау ¹²⁾.

Произвольность построенiй, неизбѣжная при шаткости основнаго принципа, не ограничивается сферой объема благъ, подле-

¹⁾ Ср. Marquardsen, Arch. des Criminalrechts, 1857 стр. 396; Köstlin, System, 117 и сл.

²⁾ См. подробно у Janka 233 и сл.

³⁾ 8 авг. 1840 г. art. 84.

⁴⁾ 10 июля 1840 г. §§ 33, 34, 73, 79, 168.

⁵⁾ 3 мая 1841 г. Art. 69, 72.

⁶⁾ 20 марта 1850 г. Art. 64, 65.

⁷⁾ 13 авг. 1855 г. Art. 92 (echte Noth) 93 (Zwang).

⁸⁾ Art. 92.

⁹⁾ §§ 81 (Nothstand), 82 (Zwang).

¹⁰⁾ 1 марта 1839 г. Art. 101, 106.

¹¹⁾ 17 сент. 1841 г. Art. 39, 45.

¹²⁾ 14 апр. 1849 г. Art. 37, 42.

жащих дозволенной защитѣ въ крайней необходимости въ широкомъ смыслѣ. Она съ наибольшей силой проявляется въ области вопроса объ участіи третьихъ лицъ. Широкое допущеніе защиты всѣхъ третьихъ лицъ при условіяхъ крайней необходимости дѣлаютъ лишь уложенія саксенъ-альтенбургское и тюрингенское, притомъ только при угрозахъ, а при чистой крайней необходимости предлагаютъ перечень лицъ близких (Angehörigen). Послѣдняя система примѣняется въ обоихъ случаяхъ уложеніями виртембергскимъ, гессенскимъ, допускающимъ, однако, расширеніе при имущественныхъ нарушеніяхъ, и баденскимъ — послѣднимъ съ наибольшими подробностями. Далѣе, одни изъ уложеній совершенно ничего не говорятъ о винѣ дѣятеля, о заслуженности опасности, другія требуютъ отсутствія личной виновности, напр., альтенбургское, гессенское, а баденское и гамбургское 30 апр. 1869 г. (ст. 30) требуютъ отсутствія ненаказуемой вины ¹⁾.

Къ такимъ результатамъ привела законъ точка зрѣнія психологическаго и нравственнаго принужденія. Изъ нея вытекаютъ всѣ колебанія и произвольность законодательства о крайней необходимости.

Прямымъ наслѣдіемъ этого капитала является дѣйствующее законодательство Германіи. Статья 52-я германскаго уголовного уложенія говоритъ о ненаказуемости дѣянія, совершеннаго подъ вліяніемъ непреодолимой силы или угрозы, представляющей опасность для жизни или здоровья дѣятеля или одного изъ его близкихъ, при чемъ предлагается исчерпывающій перечень близкихъ лицъ. Въ ст. 54-й содержатся постановленія о ненаказуемости дѣянія, совершеннаго въ необходимой оборонѣ, въ крайней необходимости, для спасенія тѣхъ же благъ и тѣхъ же лицъ. Какъ указываютъ мотивы ²⁾, въ § 52 законъ стоитъ на точкѣ зрѣнія психологическаго принужденія. Мнѣнія о § 54 въ литературѣ спорны ³⁾.

¹⁾ Въ нѣкоторыхъ кодексахъ встрѣчается еще и иная особенность, — требованіе немедленнаго донесенія о событіи, напр., въ уложеніи брауншвейгскомъ, виртембергскомъ, — плодъ переживанія формальной системы доказательствъ, слабости слѣдственной власти.

²⁾ См. Olshausen, Comment. 5 изд. стр. 246; Oppenhof, Komm. S. 113 и сл.; Janka 238.

³⁾ Schwarze, Comm. 5 изд. 1884 г. стр. 236; Olshausen l. c. п. 3 — полагаютъ, что § 54 лишь прощаетъ дѣяніе, которое остается противоправнымъ. Иного мнѣнія Oppenhof, l. c. 109, ср. Janka 240. Binding, Handbuch 771 и Lisst l. c. полагаютъ, что принципомъ § 54 является незапрещенность дѣянія. Мотивы говорятъ, наконецъ, объ относительности благъ: „Nothstand — die Kollision zwischen zwei Rechten, bei welcher das geringere Recht dem grösseren weichen muss“. Oppenhof переноситъ это и на законъ, ср. Binding 774 — 776 l. c. Ols-

Въ области объема подлежащихъ защитѣ благъ германское уложение примыкаетъ къ саксонскому праву. Въ нѣмецкой литературѣ уже указаны неосновательность отдѣленія угрозъ отъ крайней необходимости, соединенія первыхъ съ *vis absoluta*, перечня близкихъ лицъ и пр. Большія контрroversы вызываетъ толкованіе формулы закона „*Leib oder Leben*“, а также реквизи́тъ „невиновности“¹⁾.

Изъ другихъ европейскихъ законодательствъ обращаютъ на себя вниманіе постановленія уложенія Сень-галленскаго кантона 1819 г.²⁾, гдѣ идетъ рѣчь о такомъ побужденіи къ дѣянію, совершенному въ состояніи крайней необходимости, которое дѣлало недѣйствительной угрозу закона. Грозящее зло, однако, должно быть больше или такъ же высоко, какъ установленное за дѣяніе наказаніе. Это наиболѣе чистый видъ Кантовской теоріи. Но уже уложеніе 1857 г. того же кантона мѣняетъ точку зрѣнія, вводя моментъ устраненія „свободы выбора“ для *vis absoluta* и видоизмѣняя указанный объективный критерій для принужденія: зло совершенное не должно быть больше грозившаго (ст. 33). Въ виду нравственнаго принужденія наказаніе или вовсе не полагается, или смягчается. — Остальные швейцарскіе кодексы по большей части говорятъ объ устраненіи свободы воли (*libre arbitre*) или повторяютъ постановленія партикулярныхъ нѣмецкихъ законодательствъ³⁾.

hausen, напротивъ, находятъ это неправильнымъ, ибо идея эта не нашла выраженія въ законѣ (I. с. п. 6; см., впрочемъ S. 234 п. 8.). Того же мнѣнія R. Merkel, Kollision S. 27.

1) См. ниже. Въ практикѣ германскаго имперскаго суда принципиальное обсужденіе случаевъ крайней необходимости еще не имѣло мѣста, см. Max Apt, Die Grundlegenden Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts, 2 Aufl. 1898 S. 49. — Германское законодательство, впрочемъ, обращаетъ вниманіе и на иные случаи крайней необходимости, — таковы Seeman. Ordnung § 57, Strandungs Ordn. 17 M. 1874 § 9; Milit. G. B. § 130; Str. G. B. § 360 п. 10, § 313, § 148 и др. ср. Binding I. с. 772, — гдѣ общее постановленіе §§ 52 и 54 болѣе конкретизировано.

2) См. Morgaud 239 и сл.

3) Въ 1893 году проф. Stooss'омъ былъ составленъ проектъ общешвейцарскаго уголовного уложенія, ст. 18-я котораго встрѣтила рѣзкую критику со стороны Листа, — Archiv für sociale Gesetzgebung und Statistik, 1893 VI S. 394 и сл. Текстъ ст. 18: „Wer ein Verbrechen begeht, um Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen oder ein anderes Gut für sich oder einen Anderen aus einer unmittelbaren Gefahr zu erretten, kann, wenn die That den Umständen nach entschuldbar ist, von Strafe befreit oder milder bestraft werden“. Мотивы статьи настаиваютъ прежде всего на томъ, что дѣяніе въ крайней необходимости никоимъ образомъ не можетъ быть правомѣрнымъ. Листъ находить, что такое заключеніе, порожденное мелочными полицейскими соображеніями, недостойно свободнаго

Приведенный бѣглый обзоръ постановленій положительнаго права указываетъ, на какой шаткій путь вступаетъ законодатель, усвоивая не провѣренную критически доктринальную точку зрѣнія. Такую роль сыграла и продолжаетъ понынѣ играть субъективная теорія принужденія, психологическаго или нравственнаго. Проведеніе въ жизнь ея нетвердыхъ положеній возможно только путемъ совершенно произвольныхъ и всегда неудовлетворительныхъ границъ и путемъ большихъ практическихъ трудностей.

Въ заключеніе отдѣла не лишено интереса коснуться своеобразной теоріи Гейера, послѣдователя Гербарта, по ученію коего свобода, какъ господство человѣческаго я надъ волей, есть не реальность, а идеаль, къ которому надлежитъ стремиться¹⁾.

Гейеръ ищетъ отвѣта на вопросъ о волѣ и ея свободѣ въ психологіи. Ежедневный опытъ указываетъ, что человѣкъ несвободенъ, не является властелиномъ своей воли, а слѣдуетъ желаніямъ, наиболѣе сильно имъ владѣющимъ. Идея психической свободы чужда волѣ, ибо послѣдняя опредѣляется мотивами. Психическая свобода заключается въ возможности поставить логическій постулатъ для воли и подчинить ее этому постулату. (*Einsicht und Bestimmungskraft, kennen und können*). Такая свобода не прирождена человѣку, а развивается постепенно и у различныхъ лицъ въ неодинаковой мѣрѣ. Но ее нельзя смѣшивать съ моральной свободой, именно съ способностью всегда регулировать волевой актъ этическими мотивами; послѣдняя наступаетъ поздно, лишь тогда, когда человѣкъ достигаетъ высшаго духовнаго развитія. Это идеаль, къ которому можно лишь приближаться. Въ обыкновенныхъ же случаяхъ человѣкъ владѣетъ лишь ограниченными духовными силами, а „*ultra posse nemo obligatur*“. Такимъ образомъ, если извѣстное желаніе овла-

народа, — I. c. S. 412, эта статья — „*Nachwächterzopf*“. Далѣе, на точкѣ зрѣнія моральнаго принужденія стоятъ уложенія бельгійское 1867 года ст. 71 и голландское 1881 г. ст. 40-я. См. *Moriaud*, 231. См. у него же интересныя подробности объ уголовномъ кодексѣ Индіи (заимств. у *Simonson'a*), Соединенныхъ штатовъ Америки, Испанскомъ уложеніи 1870 г., а также попытку перечня *Nothrecht* въ дѣйствующемъ правѣ, стр. 231—243 и сл.

¹⁾ *Geyer*, *Die Lehre von der Nothwehr*, 1857, S. 4—8; *Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand*, 1862, S. 116; *Zur Lehre vom Nothstande*, *Krit. Vierteljahrshchr.* 1863, V, S. 63—83; *Grundriss zu Vorlesungen*, 1884. — Таганцевъ, Лекціи II, 599 пр. 1 неправильно относитъ Гейера къ числу послѣдователей Фейербаха.

дѣяетъ имъ, несмотря на напряженіе всѣхъ духовныхъ силъ, то дѣяніе не должно быть вмѣнимо въ вину, — „über das Können hinaus gibt es kein Wollen“. Въ этомъ случаѣ дѣяніе не вытекаетъ изъ „я“, и не можетъ быть рѣчи о наказаніи. — Ясно отсюда и рѣшеніе вопроса о крайней необходимости. Трудно сказать, въ состояніи ли человѣкъ, при напряженіи всѣхъ силъ его, сопротивляться отдѣльному мощному стимулу, вытекающему изъ чувства самосохраненія и влекущему на путь правонарушенія. Но этого и не требуется. Государство не можетъ требовать постоянного напряженія психическихъ силъ, героической добродѣтели. Состояніе крайней необходимости или дѣйствительно создаетъ невмѣняемость дѣятели, или эта невмѣняемость законодателемъ фингируется. Поступая такимъ образомъ, законодатель имѣетъ передъ глазами средняго человѣка. По общимъ началамъ теоріи дѣяніе каждаго индивида должно бы подлежать обсужденію сообразно съ личными психическими качествами послѣдняго. Но это невозможно для суда, ибо такимъ путемъ отнимается устойчивое основаніе у судебного приговора.

Такова теорія Гейера, котораго не спасло отъ вреднаго вліянія точки зрѣнія „героизма“ даже его искусственное пониманіе свободы воли. Противъ послѣдняго пониманія не можетъ быть возраженій, — Гейеръ настоящій детерминистъ; его замѣчанія о моральной свободѣ, къ коей слѣдуетъ стремиться, имѣютъ въ виду идеальныхъ людей, въ дѣйствительности существующихъ, какъ рѣдкость. Существованію понятій Гейера о свободѣ соответствуетъ и его пониманіе юридической вмѣняемости. — Поскольку для теоріи Гейера имѣетъ значеніе идея „героизма“, — теорія эта страдаетъ тѣми же недостатками, что и изложенная ранѣе доктрина. Но слѣдуетъ протестовать и противъ попытки Гейера внести въ уголовное правосудіе фикцію. Созданіе вымышленной, ложной невмѣняемости не достойно законодателя и вредно для правосудія и для общества. Такая фикція есть указаніе на безсиліе закона. Не пригодна и вторая фикція, отмѣченная также въ французской литературѣ, — масштабъ средняго человѣка. Дѣйствительно, невыполнимая задача для судьи установить достоверно ту или иную степень индивидуальныхъ качествъ, необходимыхъ для того, чтобъ дѣяніе, съ точки зрѣнія теоріи Гейера, подлежало вмѣненію и наказанію. Непосильная задача, такъ какъ совокупность образующихъ личность факторовъ многообразна и различна, и судъ, передъ которымъ въ теченіе недолгаго времени стоитъ преступникъ, такъ же не могъ бы эту личность опредѣлить, какъ часто не могутъ опредѣлить ее врачи,

подъ долгимъ наблюденіемъ коихъ субъектъ находится. Однако, кто въ преступленіи видитъ достойную наказанія вину свободной воли, кто строить на ней уголовно-правовую отвѣтственность, — для того вина должна быть очевидно, математически доказана. И если, затѣмъ, авторъ сознаетъ эту невозможность, то допущеніе масштаба средняго человѣка, фикція — указываетъ значительную шаткость основнаго принципа теоріи ¹⁾.

1) Совершенно особое положеніе среди теоретиковъ, рѣшающихъ вопросъ о крайней необходимости на почвѣ субъективной, занимаетъ проф. Таганцевъ, соединяющій въ одно цѣло самыя разнорѣчивыя предположенія. Стр. 250 Курса I устанавливаетъ *непротивозаконность* дѣянія, совершеннаго въ состояніи крайней необходимости. Стр. 245, подтверждая ту же мысль, указываетъ, что такое дѣяніе въ то же время и *не правомерно*. Мысль, что авторъ держится мнѣнія, позднѣе высказаннаго Биндингомъ, не подтверждается дальнѣйшимъ изложеніемъ. Далѣе Курсъ I, 257 говоритъ: „причины, уничтожающія наказуемость дѣянія, совершаемаго въ состояніи крайней необходимости, лежатъ *не въ лицѣ* дѣйствующемъ, а *въ дѣяніи*, его отношеніи къ дѣйствующему. Не потому данный фактъ не наказуемъ, что лицо, его совершившее, не подлежитъ отвѣтственности, а потому данное лицо ненаказуемо, что совершенное имъ дѣяніе не заключаетъ въ себѣ условій, необходимыхъ для примѣненія уголовной кары“. Если авторъ обращаетъ главное вниманіе на субъективную сторону дѣянія, что высказывается на стр. 250-й, то причины ненаказуемости лежатъ именно въ лицѣ; если же точка зрѣнія автора объективна, то стр. 250-я ей противорѣчитъ. Стр. 261-я поясняетъ, что авторъ имѣетъ въ виду оба критеріи: „вредъ, причиняемый находящимся въ такомъ положеніи, считается ненаказуемымъ, потому что въ немъ нѣтъ достаточныхъ субъективныхъ условій для примѣненія уголовной кары, а *самое дѣйствіе* притомъ для общества безразлично“. Неправильность послѣдней точки зрѣнія какъ бы сознается авторомъ, — стр. 266-я совершенно отбрасываетъ объективный критерій: „весь вопросъ въ томъ, *находятся ли въ воли лица* такіе элементы, которые оправдывали бы примѣненіе къ нему уголовнаго наказанія“. То же подтверждаетъ стр. 262-я, гдѣ идетъ рѣчь о случаяхъ, когда государство можетъ потребовать отказа отъ *эгоизма*, иначе принимаемаго во вниманіе. — Въ Лекціяхъ, II, стр. 601—602 устанавливаются юридическія основанія ненаказуемости акта крайней необходимости. Сюда прежде всего принадлежатъ основанія объективнаго характера: „охрана (въ крайней необходимости) рѣзкими чертами отличается отъ правонарушительныхъ или преступныхъ дѣйствій, такъ какъ подобное посягательство вызывается особенными условіями, въ которыя поставленъ интересъ, пользующійся правоохраной, вызывается охраной его *противъ неправомернаго нападенія* и въ этомъ отношеніи является элементомъ борьбы за право, необходимымъ его атрибутомъ“. Но, несомнѣнно, силы природы, какъ источникъ опасности, фізіологическіе и біологическіе процессы, совершающіеся въ индивидѣ, и пр. не могутъ представить картины неправомернаго нападенія, а защита права путемъ правонарушения никоимъ образомъ не можетъ быть атрибутомъ права. (Этотъ аргументъ автора заимствованъ у Кёстлина). И авторъ на стр. 608 говоритъ: „не нужно забывать, что здѣсь нѣтъ защиты права противъ неправа“, а нѣсколькими строками выше: — „дѣйствіе... не является подмогой государственной дѣятель-

X.

Сильный удар вышеизложенной субъективной школѣ былъ нанесенъ новымъ объективнымъ направлениемъ, почерпнувшимъ принципы свои изъ прогрессившей во всемъ мыслящемъ мирѣ философіи Гегеля. Въ области юридической она отрѣшилась отъ цѣпей болѣе или менѣе практическаго направленія науки права и поднялась до крайнихъ степеней отвлеченности, выразившейся въ своеобразныхъ юридическихъ формулахъ ¹⁾.

Въ частности, изслѣдованіе вопроса о крайней необходимости, такъ долго уже занимавшаго научную мысль, нашло себѣ мѣсто у самого Гегеля ²⁾. Вопросъ этотъ излагается слѣ-

ности“, каковой ово, конечно, являлось бы, еслибъ причиняемый вредъ былъ плодомъ борьбы за право. Большее вниманіе авторъ кладетъ на сторону субъективную: „подобная охрана (602) содержитъ въ себѣ всѣ элементы умышленной вины, но, несомнѣнно, что въ ней не заключается условій, оправдывающихъ примѣненіе наказанія. Защищавшійся не руководился ни злобой, ни мстью, ни корыстью; онъ не хотѣлъ выразить неуваженія къ требованіямъ права и юридическаго порядка“. Послѣдній критерій, однако, совершенно неправиленъ, ибо, напр., всѣ неосторожныя преступленія не окрашены указанными субъективными чертами; есть дѣянія, гдѣ не только о мотивахъ, но и вообще о субъективной виновности законъ не спрашиваетъ, напр., полицейскія нарушенія; указанные элементы могутъ быть налицо въ дѣяніи ненаказуемомъ, напр., въ гражданскомъ обманѣ, и даже въ дѣяніи правомѣрномъ. Современное право не требуетъ опредѣленія преступной воли по ея отдаленному содержанію или требуетъ лишь въ видѣ исключенія, напр., ст. 1615 Ул. о Нак. Быть можетъ, потому авторъ присоединяетъ къ указанному критерию и нѣны соображенія: „дѣятели нельзя даже упрекнуть въ неблагоуразуміи, онъ былъ проникнуть однимъ страхомъ за свое существованіе, однимъ желаніемъ охранить свои интересы“. Здѣсь, такимъ образомъ, авторъ такъ же, какъ и въ Курсѣ подчеркиваетъ моментъ эгоизма. Тѣмъ не менѣе правонарушеніе остается, ибо его не устраняетъ забота о самомъ себѣ. Но и на это есть отвѣтъ у автора, пользующагося, наконецъ, аргументаціей Филанджіери и Канта: „Мораль можетъ осуждать, но право не можетъ требовать такого героизма отъ обыкновенныхъ людей, а потому примѣненіе наказанія было бы безцѣльно и съ точки зрѣнія преступника и въ интересахъ общества“.

¹⁾ Не мѣсто здѣсь говорить объ общемъ значеніи философіи Гегеля для науки права, но этотъ вопросъ, не исчерпанный и понынѣ, могъ бы быть благодарной темой для научнаго изслѣдованія. Вліяніе этой философіи было такъ огромно, ея идеи такъ глубоко провикли въ науку, что и понынѣ, даже въ трудахъ авторовъ формально-юридическаго направленія, часто проскальзываютъ метафизическія мысли, какъ переживаніе минувшей эпохи. Ихъ удаленіе — задача современной юриспруденціи, имѣющей дѣло не съ понятіями, вынесенными изъ апіорныхъ предпосылокъ, а съ понятіями, предлагаемыми положительнымъ правомъ.

²⁾ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 2 изд. 1840 г. § 127.

дующимъ образомъ. Особенность (Besonderheit) интересовъ естественной воли, слитая въ ея простую цѣлостность (Totalität), есть личное бытіе (Daseyn), какъ жизнь (Leben). Послѣдняя въ крайней опасности и въ коллизіи съ правовыми имущественными благами другого лица является высшимъ правомъ (Notrecht, nicht als Billigkeit, sondern als Recht), такъ какъ на одной сторонѣ стоитъ безконечное пораженіе бытія и въ немъ полное уничтоженіе всего права (totale Rechtslosigkeit), а на другой — лишь пораженіе отдѣльнаго, ограниченнаго бытія свободы (Daseyn der Freiheit). При этомъ признается право, какъ таковое, и правоспособность лица, поражаемаго лишь въ этой имущественной сферѣ.

Если жизнь можетъ быть спасена посредствомъ, напр., похищенія хлѣба, то хотя въ такомъ случаѣ и нарушается имущественное право, но неправильно было бы видѣть въ этомъ дѣяніи кражу. Запрещеніе такого дѣянія знаменовало бы установленіе безправности даннаго лица, отрицаніе всей его свободы. Будущее теряется въ случайностяхъ; въ настоящей моментъ жизнь требуетъ помощи. Неминуемая пужда управомочиваетъ на дѣяніе (unrechtlіche Handlung), ибо при несодѣяніи такового создается высшая неправда, именно полное отрицаніе бытія свободы.

Гегель, такимъ образомъ, снова переноситъ весь вопросъ на объективную почву, на почву соотношенія коллидирующихъ благъ, такъ ярко выразившуюся въ старыхъ конструкціяхъ кражи по нуждѣ. Самая идея конфликта въ теоріи Гегеля не является новой, ибо она отмѣчена была уже, напр., Пуффендорфомъ. Не нова и идея права нужды. Гегель даетъ ей лишь широкое философское обоснованіе, развивающее всю предыдущую доктрину принужденія. Воля въ ученіи Гегеля, какъ и въ ученіи его послѣдователей, есть нѣчто, абсолютно неспособное къ принужденію (absolut Unzwingbare). О какомъ-либо значеніи принужденія не можетъ быть рѣчи; на субъективныхъ основаніяхъ никакого разрѣшенія вопроса о крайней необходимости, съ точки зрѣнія Гегеля, дано быть не можетъ. Найдено можетъ быть это рѣшеніе лишь въ сферѣ объективной. Въ этой области, ясно, построенія Канта и Фихте, расширившихъ предѣлы крайней необходимости до столкновенія равныхъ благъ, должны быть отброшены ¹⁾.

¹⁾ Позднѣе, когда недостатки теоріи Гегеля были созваны, доктрина возвратилась къ старымъ построеніямъ, соединяя разнородные элементы стараго и новаго, началъ субъективныхъ и объективныхъ — въ нестройныя, смѣшанныя положенія, исключая другъ друга.

Все новое, что внесъ Гегель въ изслѣдованіе вопроса, въ то, что дала Каролина и, позднѣе, объективное направленіе школы естественнаго права, заключается въ quasi-юридическомъ характерѣ его философскихъ положеній. Эти положенія развиваются и адептами школы Гегеля, и, всего полнѣе, его убѣжденнымъ послѣдователемъ, коронеемъ гегельянской уголовно-юридической литературы—Кѣстлиномъ ¹⁾.

Кѣстлинъ подвергаетъ суровой критикѣ конструкціи теорій принужденія, не соглашаясь даже съ тѣмъ, что чистая крайняя необходимость и принужденіе стоятъ на одинаковой ступени по отношенію къ психикѣ индивида ²⁾. Онъ указываетъ на опасность максимы, что государство не можетъ требовать отъ гражданъ героизма, указываетъ на огромное колебаніе законодательства, строившихъ свои положенія на почвѣ субъективной доктрины ³⁾, и старается придать собственнымъ объективнымъ идеямъ историческое подтвержденіе и объясненіе, указывая, что зародыши правильнаго разрѣшенія вопроса заключаются уже въ источникахъ общегерманскаго права, что, наконецъ, и доктрина, имѣющая въ виду положенія законодательныхъ памятниковъ, не подвергала ихъ отрицательной критикѣ по существу, а расходилась лишь по вопросу о подробностяхъ, „Modalitäten“ понятія права нужды ⁴⁾.

Собственная теорія Кѣстлина представляетъ строгое проведеніе гегельянскихъ идей. Уже въ самой объективации права, какъ „опредѣленности какого-либо конкретнаго существованія“ (Bestimmtheit irgend einer concreten Existenz), Кѣстлинъ видитъ возможность коллизіи „опредѣленнаго, особеннаго и ограниченнаго бытія свободы съ болѣе высшимъ и болѣе общимъ бытіемъ ея“. И если „цѣлостность“ блага частной воли, какъ существо личности и правоспособности, коллидируетъ съ простымъ имущественнымъ правомъ, то на сторонѣ ея создается преимущественное право, полномочіе. Въ признаніи этого права лежитъ необходимое дополненіе правоспособности ⁵⁾. Позднѣе, въ System (§ 37), авторъ приходитъ къ убѣжденію, что жизнь, какъ „цѣ-

¹⁾ Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, § 154; System des deutschen Strafrechts, 1855, §§ 61, 37, 32 с.

²⁾ System, § 61, пр. 2.

³⁾ ibid., § 37, пр. 1, 2.

⁴⁾ Противъ такого мнѣнія возражаетъ Wessely 5, 6 и въ особенности Marguardsen, 1. с., 402. Впрочемъ, историческія справки послѣдняго автора не всегда освѣщены правильно, напр., въкоторыя положенія римскаго права.

⁵⁾ Revision, § 154, стр. 596—606.

лостность“, можетъ противостоять и инымъ „единичнымъ“ правамъ чловѣка, а не только имущественнымъ. Гдѣ „бесконечное“ противостоятъ „конечному“, тамъ оно должно быть сохраняемо на счетъ послѣдняго. Это наступаетъ, когда жизнь коллидируетъ съ единичными правами личности, „въ особенности съ имущественными“ или, „напримѣръ, дѣйствительная жизнь — съ возможной“. На сторонѣ первой — право нужды, ибо иначе отрицалась бы основа бытія, вполне признаваемая при принятіи права нужды.

Такимъ образомъ въ System Кёстлинъ дѣлаетъ значительный шагъ впередъ, видя въ коллизіи жизни и собственности лишь примѣръ права нужды.

Расширенную идею права нужды воспринимаетъ, далѣе, Лефита ¹⁾, хотя не вполне отчетливо. Онъ основывается главнымъ образомъ на коллизіи жизни и собственности, присоединяя сюда ²⁾ и случай перфорациі, случай, создавшій позднѣе одну изъ любимыхъ темъ гегельянской литературы ³⁾. Однако у автора встрѣчаются и замѣчанія общаго характера: „абсолютной неправдой было бы, говорить онъ ⁴⁾, если бы огражденіе низшаго права наступало путемъ уничтоженія высшаго“ ⁵⁾. Лефита, впрочемъ, не останавливается на такой конструкціи, сознавая, что и коллизіи иныхъ благъ могутъ создать положеніе крайней необходимости. Здѣсь онъ снова встаетъ на извѣстную точку зрѣнія вліянія вѣдшихъ побужденій. Сюда относится коллизія „равно сильныхъ правъ“, напр., двухъ жизней, двухъ имущественныхъ правъ, а также и положеніе лица, вынуждаемаго къ право-

¹⁾ Levita, Das Recht der Nothwehr, 1856, S. 2—17.

²⁾ I. с., стр. 3, пр. 2.

³⁾ Вопросъ о перфорациі разрѣшался различными авторами неодинаково. Кёстлин, Levita, Wessely видятъ здѣсь Nothrecht на сторонѣ матери, ибо въ данномъ случаѣ наступаетъ коллизія „des wirklichen, selbständigen Lebens mit dem bloss möglichen des Kindes“; Martin видитъ въ такомъ случаѣ коллизію равныхъ правъ; Wächter смотритъ на embryo, какъ на pars ventris; Janouli, Ueber Kaiserschnitt und Perforation, 1834, фингируетъ право матери, какъ вытекающее изъ особаго договора между нею и государствомъ. Болѣе подробно см. у Гейба.

⁴⁾ I. с., 3.

⁵⁾ См. также стр. 14. Marquardsen, Die Lehre vom Nothstande, Arch. d. Criminalrechts, 1857, стр. 399, справедливо указываетъ на неопредѣленность такой конструкціи. Неясно, обнимаетъ ли право нужды и случаи, напр., нанесенія неопасныхъ для жизни ранъ для спасенія жизни, или эти случаи подлежатъ лишь смягченному наказанію. — Замѣчанія Moriaud, 199, пр. 3 — неправильны.

нарушенію угрозою или насиліемъ ¹⁾. Въ такихъ случаяхъ немислимо говорить о правѣ совершенія дѣянія, ибо нѣтъ юридическаго основанія возлагать на кого-либо бремя утраты его правъ лишь потому, что другой рискуетъ лишиться своихъ правъ. О невѣроятности здѣсь также рѣчи быть не можетъ, потому что дѣйствіе совершается съ опредѣленною цѣлью, а, затѣмъ, съ точки зрѣнія положительнаго права, „правовое положеніе одного поκειται на тѣхъ же основаніяхъ, что и правовое положеніе другого“. Поэтому дѣяніе является безусловно преступнымъ (verbrecherisch). Но такъ какъ наказуемость соизмѣряется съ субъективными моментами дѣянія, съ свойствомъ проявленной воли, то наказаніе должно быть здѣсь менѣе сурово, ибо воля вступила на путь преступленія не по свободному влеченію, а повинаясь особымъ внѣшнимъ побужденіямъ (äussere Reizmittel) ²⁾.

Къ числу авторовъ, неустоявшихъ на строгомъ проведеніи идей Гегеля, но ими проникнутыхъ, относится также Аберггъ ³⁾. Въ области права нужды Аберггъ доводитъ мысли Гегеля до крайнихъ предѣловъ ⁴⁾. Гдѣ индивидуальное благо, говоритъ авторъ, каковое является правомъ, коллидируетъ съ другимъ „ограниченнымъ“ правомъ,—оно уполномочено искать спасенія на счетъ послѣдняго и даже морально обязано къ этому. Такие случаи регулируются „высшимъ закономъ“ ⁵⁾. Но эти случаи должны быть ограничены коллизіей жизни, какъ цѣлостности и предположенія всякихъ правъ, съ ограниченнымъ и возмѣстимымъ правомъ другого. Гибнетъ въ этомъ случаѣ не право, а лишь объектъ его, напр., имущество. — Если же аналогичное дѣяніе предпринимается не для спасенія жизни, а для спасенія имущества, то хотя, согласно съ принципомъ теоріи, преступленія можетъ и не быть, но случай подлежитъ регуляціи со стороны гражданскаго права.

¹⁾ I. с., 14.

²⁾ Иногда такое побужденіе можетъ повести и къ невѣроятности, см. стр. 16. I. с. Henke. I. с., I, 337, признавая это, находитъ въ такихъ случаяхъ возможнымъ вмѣненіе въ неосторожную вину, степени коей должны обсуждаться конкретно, ср. Levita 17, пр. 18. — Janka, 144, неправильно относитъ сюда и Marezoll'я.

³⁾ Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836, стр. 166—168.

⁴⁾ Не лишено интереса замѣчаніе автора на стр. 166, что случаи нарушенія чужихъ правъ въ крайней необходимости тѣмъ рѣже должны проявляться въ общественной жизни, чѣмъ тверже и основательнѣе мощь закона, чѣмъ болѣе нравственнаго вліянія оказываетъ онъ на гражданъ. Это прекрасная мысль.

⁵⁾ Ср. Abegg, Untersuchungen, 107, 180, 279, 340

На такой же точкѣ зрѣнія стоитъ Wessely ¹⁾. Подобно всѣмъ гегельянкамъ, онъ усматриваетъ въ состояніи крайней необходимости коллизію правъ и различаетъ затѣмъ виды ея: а) жизни съ жизнью, т.-е. личности одного, какъ цѣлостности его бытія, съ личностью другого; б) жизни съ отдѣльными правами личности, напр., здоровьемъ, свободой, честью, имуществомъ; в) отдѣльныхъ правъ личности съ равными или неравными таковыми же другой личности. По источнику авторъ уже не различаетъ видовъ крайней необходимости. Что касается разрѣшенія перваго вида коллизій, то авторъ отказывается найти какое-либо юридическое объясненіе ненаказуемости и встаетъ снова на почву психологии (*psychologische Berücksichtigungen*, стр. 16): слаба чело-вѣческая природа и несовершенны учрежденія государства. Героизмъ встрѣчается лишь какъ исключеніе, у рѣдкихъ натуръ, а обыкновенные люди не обладаютъ ни терпѣніемъ и добродѣтелью мучениковъ, ни смѣлостью и энергіей героевъ, и ни на кого не можетъ быть возложено юридической обязанности жертвовать своей жизнью. Дѣяніе остается противоправнымъ и наказуемымъ и лишь извиняется государствомъ, которое должно брать людей, какими они обыкновенно бываютъ, и не требовать отъ нихъ ничего выдающагося, чрезвычайнаго. Второй видъ авторъ разрѣшаетъ на почвѣ гегелевской философіи, т.-е. какъ право нужды, а третій — подобно первому, если въ входящихъ въ эту группу случаяхъ возможно усмотрѣть аналогичный моментъ ²⁾.

Таковы конструкціи авторовъ, проводящихъ въ области вопроса о крайней необходимости теорію Гегеля-Кёстлина. Уже на первыхъ ступеняхъ теорія эта потребовала значительнаго расширенія, подсказываемаго простой логикой. Дальнѣйшія построенія сторонниковъ той же школы показали, что въ ней есть и иные недостатки.

Вся сила конструкціи Гегеля связана съ его философско-правовой концепціей: жизнь есть „безконечное“, которое всегда должно торжествовать надъ „конечнымъ“ ³⁾. Едва-ли, однако, „конечность“ или „безконечность“ субъективнаго права имѣтъ какое-либо значеніе для правопорядка. Жизнь есть такое же правоохраненное благо, какъ и другія блага, и, какъ таковое,

¹⁾ Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr, 1862.

²⁾ Съ незначительными вариациями эта точка зрѣнія воспринимается и Gillischewski, авторомъ поверхностной учебной работы *Ueber Nothstand und Nothrecht*, 1873.

³⁾ Cp. Binding, *Handbuch*, 169; A. Merkel, *Lehrbuch*, 12 sqq.

по своему абсолютному значенію не отличается какой-либо специфической правовой характеристикой. „Абсолютнымъ“ правомъ жизнь ни въ какомъ случаѣ не является, ибо тогда во всѣхъ коллизіяхъ ея съ иными правами и благами она выходила бы побѣдительницей. Между тѣмъ, государство требуетъ жизни отъ солдата, отдавая предпочтеніе болѣе высшимъ интересамъ своимъ; законъ не видитъ преступленія убійства въ лишеніи жизни кого-либо въ необходимой оборонѣ, исходя изъ высшихъ соображеній правопорядка. Право, стоящее то ниже, то выше иныхъ правъ, не можетъ быть признано абсолютнымъ¹⁾. Жизнь есть только благо, такое же условное, относительное благо, какъ и всѣ другія.

Безспорно также, что жизнь, являясь, несомнѣнно, главнѣйшимъ условіемъ пользованія всѣми остальными благами, сама по себѣ, безъ этихъ благъ, не представляетъ еще много цѣннаго. Наслажденіе жизнью возможно лишь при наличности иныхъ условій, иныхъ благъ— физическихъ, духовныхъ, матеріальныхъ, и, во всякомъ случаѣ, даже высшая цѣнность этого блага не открываетъ еще возможности утверждать, что для ея спасенія все возможно и позволено, даже нарушеніе права, тотъ специфическій разрывъ его цѣлостныхъ нормъ, который на сторонѣ этого блага якобы долженъ создать такія огромныя преимущества.

Гегельянская литература утверждаетъ, что преимущественной охраной жизни, въ коллизіи ея съ низшимъ благомъ, поддерживается правоспособность (*Rechtsfähigkeit*), каждаго, то-есть право *in substantia*, и, наоборотъ, въ противномъ случаѣ отрицается все право, а, слѣдовательно, и право ограниченное, низшее. На дѣлѣ, конечно, рѣчь можетъ идти лишь о коллизіяхъ отдѣльныхъ правоохраненныхъ благъ; разрѣшеніе этихъ коллизій въ томъ или иномъ смыслѣ нисколько *правоспособности* того или другого изъ заинтересованныхъ субъектовъ не затрагиваетъ и лишь особая концепція школы могла привести къ тому выводу, что въ такихъ случаяхъ все право, его сущность— въ опасности. Неправильность такого положенія какъ бы отмѣчена уже Аберггомъ.

¹⁾ Ср. Berner, De impunitate, 10; Geyer, Nothwehr, 7. Возваніе къ „высшему принципу справедливости“ заслуживаетъ энергическаго протеста. — См. Thon, Rechtsnorm: жизнь есть одно изъ благъ, коими человекъ „пользуется“. Самое пользованіе не выполняетъ содержанія права и не является отправленіемъ послѣдняго, ибо для правопорядка, за извѣстными исключеніями, безразлично, пользуется ли данное лицо своими благами. Онъ устраняетъ лишь препятствія такого пользованія, чтѣ и является его задачей.

И, между тѣмъ, указанная формула положена доктриной въ основаніе ея выводовъ. Отъ ученыхъ гегельянской школы не ускользнуло, что простой фактъ опасности, грозящей моимъ благамъ, едва-ли, *de lege ferenda*, можетъ явиться достаточнымъ основаніемъ для того, чтобъ другое лицо обязано было страдать въ своихъ правахъ, чтобъ оно не имѣло права защищаться отъ нападенія. Заключенія въ эту сторону были бы слишкомъ странны. Напр., нѣкто, охраняя свою жизнь, поджигаетъ домъ, въ которомъ онъ находится. Онъ осуществляетъ свое право, и собственникъ дома не можетъ ограждать своего имущества и долженъ способствовать поджогу, ибо на немъ лежитъ юридическая обязанность. Или, напр. (по конструкціи Wessely), нѣкто, подъ страхомъ угрозы смертью, совершаетъ нападеніе на третье лицо, чтобъ нанести ему реальную обиду. Это третье лицо также не можетъ обороняться и должно пассивно отдаться нападенію. Но для гегельянской литературы эти заключенія вытекаютъ изъ предпосылки, что право жизни безгранично, что ея огражденіе — есть подтвержденіе правоспособности. Странно лишь, что на ряду съ такимъ положеніемъ гегельянцы ¹⁾ безконечно расширяли объемъ необходимой обороны, допуская лишеніе нападающаго жизни даже для защиты имущества, т.-е. игнорируя безграничное право жизни ²⁾.

Формула Гегеля о признаніи правоспособности въ широкомъ смыслѣ на почвѣ отрицанія отдѣльнаго права, помимо кроющагося въ ней недоразумѣнія, представляетъ серьезныя этическія опасности ³⁾.

Самая этимологія слова *Nothrecht*, право нужды, указываетъ на скрытую въ этомъ понятіи мысль, что это есть право дѣлать то, что въ иныхъ обстоятельствахъ, внѣ условій нужды, необходимости — правомѣрнымъ не является. Такимъ образомъ, право нужды есть право совершать правонарушенія ⁴⁾. Очевидно въ такомъ понятіи скрывается логическое противорѣчіе, страннымъ образомъ незамѣченное гегельянской доктриной ⁵⁾.

¹⁾ Wessely, 55 и др.

²⁾ У Geyer'a I. с. приведено много интересныхъ критическихъ замѣчаній по поводу конструкцій отдѣльныхъ авторовъ школы Гегеля; указанія эти имѣютъ въ виду детали вопроса.

³⁾ Ср. Geyer, *Zur Lehre vom Nothstand*, *Krit. Vierteljahrshchr.* 1863, V, S. 63 — 85.

⁴⁾ *Das Recht—Unrecht zu thun*, формула Канта.

⁵⁾ Справедливо замѣчаетъ Гейеръ I. с. 64: „Es ist das eine von den vielen Sünden der Hegel'schen Rechtsphilosophie, welche nun einmal nicht anders

Противъ этой идеи надо въ особенности протестовать, ибо она вновь ожила въ нашу пору, создавъ въ связи съ современной общеправовой доктриной пресловутую теорію перевѣшивающаго интереса. Самая идея безграничнаго права есть мифъ, въ дѣйствительности не существующій. Противоположеніе его праву ограниченному есть отрицаніе послѣдняго и отрицаніе не только конкретнаго права въ лицѣ его носителя, но отрицаніе прочности правопорядка, устойчивости правоохраны. Правопорядокъ не знаетъ ни ограниченныхъ, ни безграничныхъ, ни конечныхъ, ни безконечныхъ правъ,—для него священно всякое благо, взятое имъ подъ свою охрану, всякое отношеніе, имъ регулируемое. И съ того момента, какъ правопорядокъ установленъ, какъ законъ по извѣстнымъ, въ широкомъ смыслѣ утилитарнымъ (т. е. и нравственнымъ, педагогическимъ и т. д.) соображеніямъ регулировалъ правоотношеніе, взявъ подъ свою охрану тѣ или иные интересы, какъ поводы отношенія,—не можетъ быть рѣчи ни о какомъ относительномъ значеніи правъ ¹⁾. Признаніе принципа относительности правъ ведетъ къ серьезнымъ опасностямъ,—оно способно пошатнуть стойкость правопорядка, авторитетность его нормъ и разлагающимъ образомъ подѣйствовать на нравственность народную, коя должна оставаться высшей святыней для законодателя ²⁾.

Недостатки построеній, зиждущихся на положеніяхъ Гегеля, скоро заставили теорію, хотя и не свободную еще отъ вліянія философіи послѣдняго, въ значительной степени измѣнить конструкцію вопроса.

Люденъ ³⁾ распространяетъ предѣлы крайней необходимости

operiren kann, als mit chamäleonisch schillernden, sich selbst aufhebenden Begriffen“.

¹⁾ См. ниже. Ср. Geyer l. c.: „Jenes höhere Recht, welches das niedere verschlingt, ist nichts weiter, als ein Recht, Unrecht zu thun. Denn jedes Recht ist heilig, und man hüte sich, Forderungen als rechtliche aufzustellen, welche consequent durchgeführt, das Recht selbst vernichten“. Ср. Таганцевъ, Курсъ I, 248.

²⁾ И между тѣмъ, гегельянская доктрина стоитъ на совершенно правильной точкѣ зрѣнія, что крайняя необходимость есть коллизія правъ. Эта идея, быть можетъ, ею недостаточно ясно формулировала, что и дало поводъ къ возраженіямъ Janka, 148 и Binding'a, Handbuch 757 пр. 9. Напротивъ, квалифікація крайней необходимости, какъ коллизіи только фактической, коллизіи только интересовъ внѣ сферы ихъ правового значенія,—является неправильной и влечетъ къ абсурднымъ выводамъ.

³⁾ Luden, Abhandlungen, 1840, II, 509 и сл.; Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts, 1847, I, 304—310.

до коллизіи жизни ¹⁾ съ совершеніемъ всякаго запрещеннаго дѣянія ²⁾. Основаніе ненаказуемости такого дѣянія авторъ усматриваетъ въ субъективныхъ его моментахъ: дѣянiе совершается безъ преступнаго волеопредѣленія, каковое возможно лишь въ случаяхъ совершенія дѣйствительнаго преступленія. Дѣянiе же подъ давленіемъ крайней необходимости не есть преступленіе. Основанія этого лежатъ въ томъ, что человекъ вообще обязанъ страдать въ своихъ правахъ лишь по юридическимъ требованіямъ, и если потеря его правъ не предписывается объективнымъ правомъ, то онъ въ правѣ нарушить права другого, иначе объективный порядокъ всталъ бы въ противорѣчіе съ самимъ собой. Изъ понятія субъективнаго права, гдѣ то не воспрещено закономъ, вытекаетъ полномочіе стремленія къ ненарушимости такового, хотя бы путемъ нарушенія чужого субъективнаго права. Послѣднее нарушеніе обязываетъ лишь къ возмѣщенію вреда. Необходимая оборона противъ дѣйствія въ крайней необходимости также не исключается.

Конструкція Людена въ высшей степени не отчетлива. Не зачѣмъ говорить о ненаказуемости дѣянія, если оно правомѣрно; если же оно правомѣрно, то противъ него не можетъ быть необходимой обороны. Совершенно правильно замѣчаніе, что человекъ не обязанъ безъ предписанія объективнаго права страдать въ правахъ своихъ, но сомнительно, чтобы отсутствіе такой обязанности переходило въ право вторженія въ чужую правовую сферу. Для этого, очевидно, нужно иное основаніе, иначе ограниченія крайней необходимости по объему, дѣлаемая Люденомъ, ничѣмъ бы не оправдывались. Но такого основанія и не можетъ быть, ибо вторженіе въ сферу чужихъ правъ для огражденія собственнаго субъективнаго права, не являясь нарушеніемъ несуществующей обязанности страдать въ своихъ правахъ, въ то же время представляетъ нарушеніе общей обязанности, возлагаемой охраняющими нормами, въ силу коего новое отношеніе становится противоправнымъ. А при такихъ условіяхъ элементами противоправности окрашено и волеопредѣленіе дѣятеля, на непроступности коего настаиваетъ Люденъ. Противорѣчія объек-

¹⁾ „natürlicher Entstehungsgrund dez Nothrechtes“, Handb. 304. Въ Abhandlungen 510 пр. авторъ вообще говоритъ о правахъ, невозстановимымъ по ихъ природѣ.

²⁾ Трудно сказать, является ли идея права нужды въ изложеніи автора съ присущими ей по существу чертами: дѣянiе то называется правомѣрнымъ, то ненаказуемымъ. Handb. 304: „Das Recht des Nothstandes besteht darin, dass man in diesem Falle die verbotene Handlung unbestraft begehen darf“.

тивного права съ самимъ собой никоимъ образомъ не создается, ибо охрана субъективнаго права простирается лишь до тѣхъ границъ, пока такимъ путемъ не совершается нарушенія другого субъективнаго права. Напротивъ, противоположный выходъ привелъ бы къ самопротиворѣчю объективнаго права. Перенесеніе, затѣмъ, вопроса на почву возмѣстимости или невозмѣстимости права ничего не объясняетъ, — эта точка зрѣнія нынѣ уже всѣми оставлена ¹⁾, ибо абстрактная возмѣстимость права ничего еще не говоритъ о ея конкретной возмѣстимости ²⁾. Совершенно, наконецъ, неправильно ставить рѣшеніе вопроса въ зависимость отъ различія субъективнаго и объективнаго права, отъ различія гражданской и уголовной неправды, ибо право субъективное есть плодъ объективнаго. Съ уничтоженіемъ послѣдняго уничтожается первое; съ пораженіемъ перваго поражается послѣднее. Гражданская же неправда, въ данномъ случаѣ, по существу своему одинаковой природы съ уголовной ³⁾.

Между тѣмъ, аналогичное построеніе встрѣчается и у Гельшнера ⁴⁾. Исходной точкой зрѣнія автора является мысль, что ближайшей задачей права представляется не только огражденіе его нормъ отъ неправды, но и правовое разрѣшеніе коллизій различныхъ правъ. Основанія такого разрѣшенія лежатъ въ самомъ положительномъ правѣ: оно отдаетъ предпочтеніе высшему субъективному праву передъ низшимъ, ибо всѣ отдѣльныя права находятъ свое предположеніе и основу въ общественномъ правопорядкѣ, какъ члены правового организма. Отсюда слѣдуетъ, что никто не можетъ притязать на абсолютное, а лишь на относительное и условное значеніе своего права. Иное рѣшеніе ведетъ къ распаденію правопорядка. — Тотъ же принципъ авторъ примѣняетъ и къ разрѣшенію вопроса о крайней необходимости. Съ полной опредѣленностью онъ встаетъ на точку зрѣнія объек-

¹⁾ Ср. Levita 208 и сл.

²⁾ Это ясно и для самого автора, см. Abhandlungen 510.

³⁾ Ср. Merkel, Lehrbuch 19—20. Вопросъ о томъ, направляется ли наказуемое дѣяніе противъ объективнаго или субъективнаго права, — имѣетъ лишь схоластическое значеніе. Онъ имѣетъ ту же цѣну, какъ вопросъ, направляется ли неповиновеніе дѣтей противъ родительскаго приказа или противъ приказывающихъ родителей. Ср. Holtzendorff's Encyclopädie 15 § 10; Binding, Normen I, стр. 91, 295.

⁴⁾ Hälschner, Preussisches Strafrecht II, 1857; Deutsches Strafrecht, 1881, I, S. 485, sqq. Гельшнеръ и Бернеръ расширили объемъ крайней необходимости, установленный Люденомъ, до коллизіи между сохраненіемъ правового блага вообще и запрещеннымъ дѣяніемъ.

тивнаго критерія, оставаясь, однако, убѣжденнымъ, что дѣяніе въ крайней необходимости всегда является неправдой. Вопросъ можетъ быть рѣшенъ лишь на почвѣ понятія блага (Wohl). Право по существу и назначенію своему не есть ничто отличное отъ блага, ему противоположное; право есть нравственная форма совмѣстной человѣческой жизни, гдѣ благо человѣка должно находить свое осуществленіе. И если въ крайней необходимости, напередъ закономъ не разрѣшенной, совершается сознательное нарушеніе права, чтобъ въ наивысшемъ объемѣ оградить поставленное въ опасность благо, то такое дѣяніе, даже направляясь противъ формальнаго права, вполне соотвѣтствуетъ цѣлямъ человѣческаго общества и задачамъ права, и ненаказуемость такого дѣянія является требованіемъ справедливости. Детали такого положенія могутъ быть лишь слѣдующія: качественно высшее право охраняется на счетъ такового же низшаго; изъ качественно равныхъ охраняется высшее количественно. Трудность практическаго проведенія принципа не доказываетъ его неправильности. При такомъ положеніи дѣятель идетъ на встрѣчу требованіямъ правопорядка, служитъ его задачамъ. Его волеопредѣленіе не представляетъ безнравственнаго пренебреженія нормами права, сознательно-виновнаго возвышенія собственнаго произвола надъ этими нормами, а, наоборотъ, направляется на актъ, гдѣ дѣятель нравственно отдается волѣ права и его цѣлевому назначенію, чтобъ послужить благу человѣческому и справедливости тамъ, гдѣ негибкое формальное право не въ силахъ отвѣтить на требованія жизни. И если, такимъ образомъ, въ дѣяніи нѣтъ противорѣчія волеопредѣленія дѣятеля правовой нормѣ, то наказаніе было бы безцѣльно, лишено юридическаго основанія, несправедливо.—Коллизія совершенно равноцѣнныхъ благъ, естественно, съ этой точки зрѣнія разрѣшена быть не можетъ. Дѣяніе остается наказуемымъ и лишь въ наиболѣе тяжкихъ случаяхъ, напр., коллизіи двухъ жизней, можетъ быть установлена ненаказуемость на почвѣ уголовно-политическихъ соображеній (невозможность требовать геройства). Но если, затѣмъ, дѣяніе и ненаказуемо, оно все-таки остается противоправнымъ и создаетъ обязанность вознагражденія за вредъ, т.-е. является гражданскою неправдой.

Оставляя пока въ сторонѣ критику привнесеннаго Гельшнеромъ съ такой силой объективнаго критерія, слѣдуетъ указать на внутренніе и формальные недостатки теоріи автора.

Положеніе, что дѣяніе въ крайней необходимости, въ указанныхъ авторомъ предѣлахъ, является противоправнымъ, т.-е.

противорѣчающимъ формальному праву, а волеопредѣленіе дѣятеля, напротивъ, согласно съ болѣе глубокими задачами и цѣлями права, — является не болѣе, какъ методологической ошибкой. Авторъ упущена изъ вниманія связь „задачъ и цѣлей“ права съ опредѣленными правовыми положеніями, кои являются единственнымъ выраженіемъ сокровенныхъ правовыхъ тенденцій. Лишь эти положенія, лишь формальное право и его велѣнія представляютъ критерій противоправности человѣческихъ отношеній и выливающегося въ дѣяніе волеопредѣленія. Характеризовать послѣднее по его соотвѣтствію или несоотвѣтствію съ извѣстными правовыми цѣлями, внѣ указываемыхъ правомъ формальнымъ, невозможно, ибо такое мѣрило слишкомъ шатко, ибо ему грозитъ субъективизмъ концепціи изслѣдователя. Выводы отсюда получаются неюридическіе, ибо самая почва изслѣдованія лежитъ внѣ права. — Устанавливать характеръ волеопредѣленія въ зависимости отъ его согласія или несогласія съ отдаленными цѣлями неправильно, затѣмъ, и потому, что цѣли и мотивы человѣческой дѣятельности не прибавляютъ ни малѣйшаго плюса въ обсужденіе юридическаго существа волеопредѣленія, — въ этой области цѣли и мотивы безразличны. Пресловутая кража св. Криспина остается кражей, его волеопредѣленіе неизмѣнно остается преступнымъ, какъ бы ни оправдывать его съ точки зрѣнія той теоріи, что право стремится къ осуществленію человѣческаго блага въ наибольшемъ объемѣ. Къ тому же въ состояніи крайней необходимости дѣятель нисколько не думаетъ о „служеніи задачамъ права“, а лишь о непосредственномъ спасеніи своихъ благъ; волеопредѣленіе влечетъ его, дѣйствительно, къ „сознательно-виновному“ нарушенію нормы.

Неправильно различается Гельшверомъ также субъективное и объективное право. Первое формулируется имъ, какъ благо, его правовой характеръ игнорируется, игнорируется такимъ образомъ и его первооснова, право объективное, формальное, и на первый планъ выдвигаются „нравственные цѣли“ права, внѣ его точнаго, положительнаго значенія. Но разъ фиксированныя правомъ человѣческія отношенія не перестаютъ быть правовыми. Чтобъ выйти изъ сферы права, чтобъ перенести рѣшеніе вопроса въ область нравственности, — необходимо отрицать уже существующую правовую регулировку. Это оказалось невозможнымъ и для Гельшнера, это привело къ неудачѣ и его эклектической попыткѣ. — Что касается, затѣмъ, установленія въ дѣяніи, совершенномъ при условіяхъ крайней необходимости, моментовъ гражданской неправды, то это не выясняетъ вопроса, а, напро-

тивъ, также заслуживаетъ порицанія, ибо гражданское вознагражденіе не зависитъ отъ противоправности дѣянія ¹⁾.

Нѣчто подобное теоріи Гельшнера предлагаетъ Baumeister ²⁾, который обосновываетъ ненаказуемость акта крайней необходимости на поддержаніи нравственныхъ началъ, куда относится и долгъ самосохраненія, спасенія личности, какъ первоосновы всякой нравственности. Такимъ образомъ, авторъ также поднимается къ „мотивамъ и конечнымъ цѣлямъ“. Уголовное право, всегда взывающее къ эгоизму человѣка, и въ случаяхъ крайней необходимости не должно его игнорировать ³⁾.

Близка къ теоріи Baumeister'a также теорія Marquardsen'a ⁴⁾, сильно ограничивающаго объемъ крайней необходимости. Актъ послѣдней, говоритъ авторъ, стоитъ на границѣ между задачей и правомъ государства съ одной стороны и сферой индивидуальнаго блага съ другой. Государство можетъ требовать жизни человѣка для общаго блага, но не можетъ повелѣть гражданину жертвовать своей жизнью для другого индивида, равно какъ не можетъ запретить ему и всѣми мѣрами стремиться къ спасенію изъ опасности для жизни.

Послѣднія теоріи, подобно теоріи Гельшнера, грѣшатъ тѣмъ, что смѣшиваютъ правовую сторону дѣянія съ иными моментами — нравственности или сферы индивидуальнаго блага. Право, какъ формальная скала, въ согласіи съ коей должны двигаться человѣческія отношенія, въ примѣненіи своемъ не подлежитъ критикѣ со стороны нравственныхъ началъ. Государство же въ правѣ возлагать на человѣка всякія обязанности, и отдѣльная жертва въ виду проведенія общихъ идей для него не имѣетъ значенія. Что же касается индивидуальной сферы, то она и остается въ предѣлахъ, правомъ ей отведенныхъ, неприкосно-

¹⁾ Изъ единства понятія права и блага Гельшнеръ выводитъ не священность права каждаго, какъ бы слѣдовало, а необходимость поступиться этимъ правомъ, если другое, высшее — въ опасности. Онъ какъ бы воспринимаетъ принципъ Спинозы: *nemo pactis stare tenetur nisi spe maioris boni vel metu maioris mali*. При такихъ условіяхъ каждый правопорядокъ есть „относительная неправда“. Ср. Geyer, Nothstand. S. 76.

²⁾ Bemerkungen zur Strafgesetzgebung, 1847 S. 88 sqq. Marezoll l. c. отзывается о подобныхъ теоріяхъ, какъ о мистическихъ.

³⁾ Аналогичнаго характера теорія Temme l. c. §§ 51, 53. Разница между обоими авторами въ томъ, что Temme ясно признаетъ Nothrecht, а Baumeister этотъ неизбежный выводъ изъ его конструкціи разрушаетъ тѣмъ, что указываетъ на наличность объективныхъ признаковъ преступленія и ссылается на ограниченное содержаніе уголовной угрозы.

⁴⁾ l. c. S. 403, 404.

венной. Но если она за эти предѣлы выступила, тамъ не можетъ быть иного критерія противоположности отношенія, кромѣ общихъ правовыхъ нормъ, и ясно, что для оправданія извѣстнаго дѣянія простого указанія на индивидуальныя требованія недостаточно.

Наиболѣе же сильнымъ отступленіемъ отъ гегелевской доктрины является теорія Бернера. Ея зачатки высказаны авторомъ еще въ 1848 году въ его первой статьѣ „Die Nothwehrtheorie“¹⁾, и хотя въ первомъ изданіи учебника онъ является чистымъ сторонникомъ теоріи Гегеля²⁾, позднѣе отъ началъ, высказанныхъ послѣднимъ, онъ сильно уклоняется. Подробное развитіе его теоріи, подтвержденной затѣмъ рядомъ позднѣйшихъ изданій его учебника³⁾, находится въ его монографіи „De impunitate propter summam necessitatem proposita“ 1861 г.

Основаній ненаказуемости дѣянія, совершеннаго въ состояніи крайней необходимости, можетъ быть лишь два: *ius laedendi* и *laesionis excusatio*.

Въ области перваго вопроса, вопроса о правѣ нарушенія, Бернеръ исходитъ прежде всего изъ коллизіи жизни и имущественныхъ благъ. Онъ сомнѣвается въ томъ, чтобъ лицо, жертвующее жизнью своей лишь для того, чтобъ не нарушить имущественнаго права другого лица (*pro proprietate aliena mori dulce et decorum putaret*), поступало согласно съ требованіями добродѣтели (*virtuti convenienter*) и мудрости; напротивъ, онъ видитъ въ такомъ человѣкѣ крайняго глупца, смерть коего есть смерть не героя, а безумнаго. *Afferte*, восклицаетъ авторъ, *non martyris coronam, sed scurrae cucullum, quo caput eius digne exornemus!* Эта уже извѣстная изъ цicerоновскаго фрагмента точка зрѣнія, естественнымъ образомъ, не представлялась убѣдительною и самому автору, ибо односторонней аподиктической ссылкой на глупость дѣятеля еще нельзя рѣшить вопроса. Даже признавая свои заключенія „*lucis clariora*“, при дальнѣйшемъ расширеніи *ius laedendi* авторъ вступаетъ на почву объективныхъ началъ, относительной соціальной важности коллидирующихъ интересовъ. Мудро и согласно съ требованіями государ-

¹⁾ Archiv des Criminalrechts, 1848 S. 552 sqq. Авторъ здѣсь стоитъ на точкѣ зрѣнія Аберга, и его конструкція крайней необходимости, какъ коллизіи правъ низшаго и высшаго, есть лишь попытка приблизиться къ теоріи указаннаго ученаго. Levita l. с. 5 не находитъ возможнымъ присоединить Бернера къ школѣ Гегеля, но это происходитъ изъ того, что взгляды свои Бернеръ въ первой статьѣ высказалъ еще недостаточно опредѣленно.

²⁾ Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1857 § 85.

³⁾ Последнее изданіе, 18-е, 1898 года § 57-й.

ства и общественности поступает тотъ, кто нарушаетъ чужія низшія права для спасенія правъ высшихъ. Все право относительно, говоритъ авторъ, развивая карнеадовскія положенія ¹⁾; на одну чашку вѣсовъ падаетъ неизбежное въ крайней необходимости зло, на другую—пораженіе чужого права, и если первая чашка перетягиваетъ, — на сторонѣ дѣятеля *ius laedendi* и наоборотъ ²⁾. Нельзя права людей разсматривать, какъ абсолютныя и независимыя отъ гражданскаго общества „*non licet hominum iura a societate separari*“. „*Nunquam non fuit hominum societas, neque unquam fuerunt singulorum iura, quae cum societatis reliquorum sivism salute sociari non possent*“. На всѣхъ правахъ человѣческихъ лежитъ печать ихъ социальнаго значенія, ихъ относительности. Область права всегда знаетъ исключенія, создаваемая благополучіемъ (*salus*) государства и отдѣльныхъ гражданъ, ибо область эта обусловлена возможностью общественной жизни, жизни разумно-совмѣстной.

Такъ разрѣшается вопросъ о *ius laedendi*. Если же коллидирующія права равноцѣнны, то дѣяніе можетъ быть извинено, ибо отъ человѣка нельзя требовать „*heroica virtus*“ ³⁾.

На почвѣ этихъ принциповъ долженъ стоять законодатель. Соединеніе ихъ, „*coniungere principia atque ex coniunctis iudicare*“—это долгъ суда ⁴⁾.

Выросши на почвѣ гегелевскихъ конструкцій, расширяемая постепенно по объему—идея права нужды все болѣе и болѣе приковываетъ къ себѣ вниманіе изслѣдователей. Наука отрывается отъ казуистическаго изложенія частныхъ случаевъ, встрѣчавшихся въ уголовномъ законѣ. Неудовлетворенная метафизическими тол-

¹⁾ См. выше стр. 25.

²⁾ Но грозящее зло должно быть „*magnum, non parvi pretii, summum magni boni periculum*“, что невозможно опредѣлить законодательнымъ путемъ напередъ, стр. 11.

³⁾ Но авторъ, стр. 13, полагаетъ, что послѣдній принципъ „*non accurate definitur neque bene intelligitur: herois enim non modo hoc esse puto, quod vulgo iactatur, summis animi commotionibus imperare sed etiam multo magis illud, quod in optimos homines cadit, in summis necessitatibus, immo in vitae poscat ius, alienae saluti posthabere*“.—Въ *Lehrbuch*, 18 изд., § 57 авторъ говоритъ: бываютъ случаи, гдѣ было бы нравственно пожертвовать своимъ благомъ, но гдѣ эта жертва требуетъ необыкновенной высоты нравственныхъ силъ. Государство не можетъ требовать нравственнаго героизма.

⁴⁾ Стр. 22.

гованіями Гегеля и его ближайших послѣдователей, увлеченная кажущейся содержательностью идеи, выросшей из первоначальных намековъ въ цѣлую систему, — наука стремится придать этой идеѣ широкое общественное значеніе и доказать ее документально, путемъ изложенія и анализа положительнаго права.

Пройдя сквозь рядъ писателей, углублявшихся въ изученіе „права нужды“, но пришедшихъ къ отрицательному выводу по вопросу о болѣе широкомъ и общемъ значеніи этого института ¹⁾, идея права нужды вновь оживаетъ въ нашу пору, въ новомъ видѣ, въ формѣ категорическихъ выводовъ, связанныхъ съ общей системой господствующихъ правовоззрѣній. Родиной новаго ученія является Германія. Упоенная побѣдами семидесятыхъ годовъ, проникнутая прусскими идеями господства силы, она и въ юридической наукѣ выдвигаетъ этотъ принципъ, формулируя существо права, какъ политику силы. Борьба интересовъ—это тотъ горнь, гдѣ выковывается право; охрана интересовъ, слѣпо слѣдующая за ихъ высшимъ или низшимъ социальнымъ значеніемъ,—это задача права. Соціальная подделка правовыхъ нормъ выдвигается на первый планъ; за нею исчезаетъ всякая мысль о правоотношеніи, коему интересы эти служатъ лишь поводомъ, о правѣ, какъ нормѣ поведенія челоуѣка въ общественной жизни. Утилитаризмъ поглощаетъ всякое представленіе о дальнѣйшей работѣ правовыхъ нормъ; онъ заставляетъ забывать даже огромное общественное значеніе послѣднихъ, необходимость ихъ стойкости, съ коей связанъ дальнѣйшій прогрессъ народный, народная нравственность. Все приносится въ жертву первоосновѣ права, интересу, и близорукая будничная забота закрываетъ глаза науки и законодателя на болѣе отдаленное будущее ²⁾.

¹⁾ Binding, Moriaud, Tuhr.

²⁾ Въ сферѣ вопроса о крайней необходимости идеи господства силы, высшего интереса надъ низшимъ, ясно проводятся у Schaper'a, Holtz. Handbuch, II, 132 и сл., указывающаго, что коллизія, характерная для крайней необходимости, влечетъ Güterverletzung, а не Rechtsverletzung. Однородное построеніе предлагается Штаммлеромъ, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes, 1878. Есть право крайней необходимости, говоритъ авторъ, стр. 74, какъ право необходимой обороны, и не противоправно, а согласно съ правомъ, если качественно-высшее право сохраняется на счетъ низшаго, или количественно-большее на счетъ качественно-равнаго, но количественно-меньшаго, или, по крайней мѣрѣ, качественно- и количественно-равное право на счетъ другого. Право весьма заинтересовано въ неприкосновенности каждаго правового блага, но его средства для охраны часто недостаточны, и потому здѣсь начинается, вытекающая изъ юридического значенія блага, роль самого индивида. Она безусловна въ защитѣ противъ нападенія и условна въ крайней необходимости. Излишне и неправильно возраженіе, что не можетъ быть права

Теорія интереса воспринимается и развивается цѣлой плеядой писателей, излагавшихъ вопросъ о крайней необходимости. Послѣ Lehmann'a ¹⁾ и Иеринга ²⁾, наиболѣе глубоко развившихъ идею „относительности интересовъ“, идея эта встрѣчается уже, какъ необходимый реквизитъ теоретическихъ конструкцій.

Теоретическія положенія литературы сводятся къ тому, что крайняя необходимость есть коллизія благъ-интересовъ, а не правъ. Крайняя необходимость есть такое положеніе, гдѣ пораженіе или поставленіе въ опасность одного блага необходимо для спасенія другого, что уже является вопросомъ факта. Основнымъ принципомъ для разрѣшенія такой коллизіи является принципъ, выработанный народной мудростью: *e duobus malis minimum eligendum est*. Принципъ этотъ имѣетъ значеніе не только въ жизни индивидуальной, но и въ жизни общественной и правовой. Всѣ люди равны для права; его миссія регулировать коллизіи жизни, преслѣдуя задачу наивысшаго блага чловѣка и общества ³⁾. Исходнымъ и цѣлевымъ пунктомъ для законодателя являются человѣческіе интересы. Они сталкиваются, реализація каждаго изъ нихъ въ полномъ объемѣ немыслима. Одинаковой охраны право предоставить имъ не можетъ. Въ силу этого правопорядокъ слѣдуетъ общему утилитарному принципу, отдавая, сообразно съ идеями времени, страны, культуры, предпочтеніе высшему интересу. Этотъ принципъ долженъ быть примѣненъ и къ вопросу о крайней необходимости, ибо онъ при- сущъ праву.

Вслѣдъ за этимъ начинается аргументація. Исслѣдованія

противъ права, ибо всѣ права условной природы; право знаетъ эту относительную оцѣнку, облагая одни преступленія большимъ наказаніемъ, чѣмъ другія, и отъ этого принципа не можетъ отступать и въ случаяхъ крайней необходимости. Вышее право должно стоять надъ низшимъ. То же слѣдуетъ сказать и о коллизіи равноцѣнныхъ правъ. Если правопорядокъ не можетъ разрѣшить такой коллизіи, то правовыя блага эти должны измѣряться по фактическому результату борьбы, по *силѣ* правовыхъ благъ, въ „отвлеченномъ“ смыслѣ для правопорядка равноцѣнныхъ. Побѣждаемое не заслуживаетъ правовой охраны, потому что оно оказалось *фактически слабѣйшимъ* и, поэтому, *менше цѣннымъ* для права. Такимъ образомъ, пораженіе чужого права въ крайней необходимости и здѣсь согласно съ правомъ. Гдѣ это сомнительно, не очевидно, тамъ законодатель можетъ предоставить дѣло суду, который рѣшитъ его по господствующимъ воззрѣніямъ.

¹⁾ Ueber die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes, Ihering's Jahrbücher, 1874, XIII, 215 sqq.

²⁾ Zweck im Recht, I, 1 изд. 1877.

³⁾ Ср. Бентамовскій принципъ, Traité de législation civile et pénale, 3 изд. 1830 г. II, стр. 52 и сл.

литературныя углубляются въ сферу исторіи права и изученія права положительнаго, стремясь найти здѣсь основы рѣшенія вопроса ¹⁾.

Глубоко интересной попыткой въ области перенесенія вопроса о крайней необходимости въ сферу внѣ-уголовную является трудъ Тура ²⁾. Авторъ обращается къ анализу правоотношеній всякаго рода, какъ запрещенныхъ — контрактныхъ и внѣконтрактныхъ, такъ и дозволенныхъ дѣяній съ правовыми послѣдствіями. Онъ усматриваетъ значеніе крайней необходимости при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ, при исполненіи обязательствъ ³⁾. Съ большими подробностями останавливается Туръ на вопросѣ о значеніи послѣдней внѣ области обязательствъ, по отношенію къ принципу *inimem laede*. Здѣсь налицо коллизія спасенія блага или исполненія обязанности путемъ нарушенія чужой правовой сферы, т.-е. *prima facie* — деликтъ. И въ этой сферѣ чрезвычайно часты случаи, гдѣ правопорядокъ, несмотря на необходимость правоохраны даже ничтожнаго блага, все-таки допускаетъ относительную оцѣнку. Онъ слѣдуетъ здѣсь экономическому разумному началу выбора изъ двухъ золъ меньшаго. Мотивы выгоды, благополучія (*Wohlfahrtsmotiv*) одерживаютъ верхъ надъ мотивами правоохраны (*Rechtsschutzmotiv*). Основаніями для этого, напр., въ римскомъ правѣ, является или *ratio religionis* ⁴⁾, или *favor libertatis* ⁵⁾, или, наконецъ, моментъ *iuris*

¹⁾ Это очень правильный путь для установленія принципа перевѣшивающаго интереса, а съ нимъ и права нужды. Съ этой точки зрѣнія неосновательно указаніе Janka, что ни одинъ уголовный законъ не знаетъ *Nothrecht* (см. вступленіе его къ обзору законодательнаго матеріала). Дѣяніе правомѣрное и не можетъ попасть въ уголовный кодексъ. Странно то же встрѣтить у Moriaud, стр. 226.

²⁾ Tuhr, *Der Nothstand im Civilrecht*, 1888. Авторъ принимаетъ опредѣленіе крайней необходимости, данное Виндингомъ, но по вопросу о значеніи послѣдней въ правѣ уголовномъ примыкаетъ къ теоріямъ, провозглашающимъ безцѣльность наказанія. Авторъ не лишень юридическаго такта, что выгодно отличаетъ его отъ иныхъ писателей той же школы.

³⁾ Если въ послѣднемъ случаѣ коллидируютъ обязанности публичнаго и частнаго характера, то перевѣсъ на сторонѣ публично-правовой обязанности (стр. 15); та же коллизія обязанностей можетъ наступить и въ частно-правныхъ отношеніяхъ, но и разрѣшается по началамъ гражданскаго права. Эта область авторомъ разработана скудно, на что и указала своевременно критика, см. Bruckner, *Krit. Vierteljahrschrift*, B. 35, S. 521 sqq., притомъ и не имѣетъ непосредственнаго отношенія къ уголовному праву, ибо послѣднее интересуется лишь противоправными отношеніями. Ср. *Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft*, 1890, X, S. 742.

⁴⁾ *Summam esse rationem, quae pro religione facit*, напр., *iter ad sepulcrum*, l. 12 pr. D. XI, 17.

⁵⁾ См. у автора, стр. 81—95, рядъ указаній изъ *Corpus iuris*.

persecutionis, въ силу коего, по условіямъ процессуальнымъ, гражданинъ долженъ страдать въ благахъ своихъ въ виду высшихъ требованій правосудія¹⁾. Religio, libertas, iuris persecutio—являются высшими благами, реализаціи коихъ долженъ уступить интересъ низшій. Въ эту же группу относятся и положенія о принудительномъ отчужденіи имущества²⁾ и, напр., положеніе о tignum iunctum,—ne urbs ruinis deformatur, ne aedificia rescindi necesse sit. и рядъ частноправныхъ коллизій, напр., установленіе сервитутовъ, исковъ изъ интердикта de arboribus caedendis, actio aquae pluviae arcendae etc.³⁾.

Туръ ограничиваетъ свои изслѣдованія римскимъ правомъ, но идея перевѣшивающаго интереса не чужда и современному дѣйствующему праву⁴⁾. Таковы, напр., положенія французскаго Code rural, t. II, 41, о правѣ ѣзды по загороженному полю, если общественная дорога непроходима, и нѣтъ иного пути⁵⁾; § 17 германскаго закона почтоваго 1871 г. о такомъ же правѣ; § 9 der Strandungsordnung 17 мая 1874 года, по коему Strandvogt имѣетъ право пользоваться принадлежащими частнымъ лицамъ лодками и пр. для спасенія жизни людей, проходить безъ дорогъ по частнымъ владѣніямъ и пр.⁶⁾. Сюда же можно присоединить изъ нашего права, напр., ст. 157 уст. о нак., ст. 1230 улож. о нак. (e contratio), ст. 268 т. XI, ст. 379, 387, *ibid.*, рядъ статей изъ т. X ч. 1-ой, и вообще продолжать этотъ перечень до безконечности.

На этой почвѣ возникаетъ крупная юридическая теорія крайней необходимости. Первоначальное отношеніе литературы къ добытому ея изслѣдованіями матеріалу отличается еще нерѣшительностью⁷⁾. Туръ, констатируя наличность въ правѣ случаевъ, гдѣ мотивъ экономическій преобладаетъ надъ мотивомъ

¹⁾ *Ibid.*, стр. 95 и сл.

²⁾ I. 1, 2 C. 10, 27; I. 9 C. 8, 12; I. 2 C. 1, 6—*expedit rei publicae, ne quis sua re male utatur*. Ср. Lehmann, I. c., S. 236—247.

³⁾ Ср. Ihering, Zweck I, 520.

⁴⁾ Ср. R. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen, 1895. Авторъ приводитъ много указаній, большею частью извѣстныхъ изъ работъ А. Меркеля, Геринга и Унгера.

⁵⁾ Ср. I. 14, § 1 D. VIII, 6.

⁶⁾ Ср. также Art. 702, 704, 708 торговаго германскаго уложенія о *grosse Navaree*, § 75 *der Seemannsordnung*, 27 дек. 1872 г. о выбрасываніи за бортъ багажа; § 300 уголовного германскаго уложенія и § 52 угол. судопроизводства о нарушеніи частной тайны свидѣтельскими показаніями.

⁷⁾ Исключеніемъ является Lehmann, который требуетъ перенесенія вопроса о крайней необходимости въ область гражданскаго права по принципу высшаго интереса, стр. 247, I. c.

правоохраны, видить, однако, въ приводимыхъ имъ указаніяхъ лишь отдѣльные, точно ограниченные случаи. Выводовъ о расширеніи принципа онъ не дѣлаетъ. Напротивъ, Р. Меркель встаетъ на совершенно противоположную точку зрѣнія. Цитируя нѣкоторыя судебныя рѣшенія, несогласныя съ обобщаемымъ имъ принципомъ перевѣшивающаго интереса ¹⁾, и подвергая ихъ суровой критикѣ, онъ категорически ставитъ идею относительности всѣхъ правъ. Права и обязанности есть выраженіе извѣстныхъ интересовъ, ради коихъ они существуютъ. И какъ интересы эти съ точки зрѣнія ихъ цѣнности относительны, такъ же относительны и корреспондирующія имъ права и обязанности. Отграниченіе ихъ въ этомъ смыслѣ закономъ не исчерпываетъ вопроса. *Принципъ требуетъ расширенія на пути аналогіи и болѣе общихъ опредѣленій закона* ²⁾.

По этому принципу долженъ рѣшаться и вопросъ о крайней необходимости. Слѣдуетъ вникнуть въ ея родовое понятіе, имѣющее значеніе и проявляющееся во всей правовой жизни. Общій характеръ крайней необходимости есть *коллизія интересовъ*, т.-е. такое ихъ соотношеніе, что осуществленіе одного изъ нихъ возможно только путемъ гибели другого. Вся задача въ томъ, чтобъ найти формулу правового разрѣшенія такой коллизіи. Это задача не легкая, но еслибъ право отказалось отъ ея рѣшенія, оно отказалось бы отъ рѣшенія части своей общей задачи.

Въ понятіи крайней необходимости заключается понятіе *принужденія*, чѣмъ этотъ родъ коллизій отличается отъ иныхъ (стр. 17). Это принужденіе можетъ основываться на почвѣ *субъективной*, какъ ограниченіе свободы рѣшенія (*Beschränkung der Entschliessungsfreiheit*), гдѣ основнымъ моментомъ является *абсолютное* значеніе интереса. Но принужденіе можетъ проистекать и изъ *объективной* цѣнности интереса, гдѣ важно *относительное* значеніе даннаго интереса рядомъ съ другимъ интересомъ. Вопросъ нынѣ по преимуществу разрабатывается на почвѣ субъективнаго принужденія, въ сферѣ права уголовнаго, коему субъективный критерій свойственъ. Между тѣмъ, такое положеніе дѣла является совершенно ненормальнымъ, что ясно при первой попыткѣ критики положительнаго права. Уголовное право уже предполагаетъ противоправность дѣянія; но по вопросу, гдѣ начинается противоправность, слѣдуетъ обращаться къ инымъ источникамъ права. Отвѣтъ на это можетъ дать право гражд-

¹⁾ I. c., S. 60, 64 и сл.

²⁾ I. c., стр. 71, 75.

данское. А для гражданского права, при отграниченіи правовых сферъ и разрѣшеніи коллизій между интересами различныхъ индивидовъ, важна лишь *объективная* точка зрѣнія. Она можетъ быть проведена лишь путемъ *сравнительной оцѣнки* коллидирующихъ интересовъ, и если они неравноцѣнны, то, конечно, для права болѣе желательно, чтобъ, при невозможности иного выхода, высшій интересъ осуществлялся на счетъ низшаго. Этотъ принципъ вездѣ одинаковъ; онъ соответствуетъ общественнымъ интересамъ и гармонирующимъ съ ними господствующимъ этическимъ воззрѣніямъ на цѣнность интереса ¹⁾. Право же — органъ этихъ интересовъ и воззрѣній. Только большое право могло бы наложить печать преступления на дѣяніе, которое всякому представляется разумнымъ, справедливымъ, цѣлесообразнымъ и даже нравственно необходимымъ (42). Этимъ путемъ присущій праву принципъ перевѣшивающаго интереса переносится и въ область вопроса о крайней необходимости. Рѣшеніе и возможно лишь по началу объективному, — ибо иначе дѣятель всегда поставитъ выше *свой* интересъ, — притомъ по такому началу, какое право вообще примѣняетъ согласно съ социальными интересами и ихъ оцѣнкой. Дѣяніе, охраняющее высшій интересъ, есть дѣяніе правомѣрное. Если же приносимый въ жертву интересъ выше, — дѣяніе противоправно (44) и подлежитъ компетенціи права уголовного; при равенствѣ коллидирующихъ интересовъ для права нѣтъ повода вставать на сторону поставленнаго въ опасность интереса, хотя бы дѣяніе было и „умно“. Въ этомъ случаѣ дѣяніе можетъ быть извинено, прощено по началамъ субъективнымъ, на почвѣ силы мотива, ибо оно „человѣческое“ (*menschlich*) дѣяніе, а къ человѣку не могутъ быть предъявляемы слишкомъ высокія требованія силы характера. Это „*factum impruibile, quamvis non inculpabile*“ ²⁾.

Какъ практически примѣнить такой принципъ? При всѣхъ житейскихъ коллизіяхъ законъ не можетъ дать такихъ ясныхъ указаній, какъ онъ дѣлаетъ это въ вышеприведенныхъ постановленіяхъ. И общее положеніе, еслибъ законъ такое далъ, по необходимости многое отнесетъ къ судебному усмотрѣнію. Но

¹⁾ Ср. Berner, Buri, Lehmann и др.

²⁾ Здѣсь въ силу субъективнаго момента могутъ быть удержаны и тѣсныя границы уголовного закона по объему крайней необходимости, участію третьихъ лицъ и пр.—Если, впрочемъ, положеніе таково, что оба интереса должны погибнуть (*aequae perituris*), если одинъ изъ нихъ не будетъ спасенъ путемъ гибели другого, то съ точки зрѣнія общественной, конечно, выгодноѣе, чтобъ погибъ лишь одинъ, и тогда дѣяніе правомѣрно со всѣми послѣдствіями.

ни это отнесеніе, ни практическія трудности не могутъ подорватьъ правильности принципа (76), ибо онъ и можетъ быть примѣненъ лишь путемъ *arbitrium boni viri*. Конечно, повсюду примѣнимой и неизмѣнной скалы цѣнности интересовъ выставлено быть не можетъ, уже потому, что эта цѣнность измѣнчива. Кроме того, общая квалификація интересовъ не представляетъ большого значенія, потому что исходить слѣдуетъ не изъ абстрактнаго отношенія ихъ, а изъ *конкретной цѣнности* ихъ въ данномъ конфликтѣ. Необходимо, чтобъ судъ нашелъ, что сужденіе дѣятели объ относительномъ значеніи интересовъ, въ предѣлахъ даннаго случая, *соответствуетъ общественной оцѣнкѣ*. Для суда ясно, что при коллизіи качественно равноцѣнныхъ интересовъ *минимальное количественное различіе* не можетъ дать перевѣса. Равнымъ образомъ, дѣяніе, предпринятое для защиты низшаго интереса, не должно простираться до пораженія высшаго, напр., я въ правѣ достать съ поля занесенную туда вѣтромъ шляпу, но не убить сопротивляющагося хозяина ¹⁾). Сюда приводятся и этическія воззрѣнія общества, напр., каннибализмъ настолько оскорбляетъ общественную этику, что все значеніе перевѣшивающаго интереса исчезаетъ (84). По такимъ же основаніямъ разрѣшается и коллизія обязанностей, какъ положительныхъ, такъ и отрицательныхъ, или коллизія обязанностей съ правовыми интересами (87—89).

На той же точкѣ зрѣнія „перевѣшивающаго интереса“ стоитъ Титце ²⁾). Авторъ находитъ необходимымъ изъять вопросъ о крайней необходимости изъ сферы права уголовного и перенести его въ область частнаго права ³⁾). Въ основѣ понятія крайней не-

¹⁾ При наличности высшаго значенія интереса не имѣетъ значенія вина дѣятеля. Участіе третьихъ лицъ вездѣ допустимо, исключая умысла такимъ путемъ совершить преступленіе. Принята во вниманіе можетъ быть не только правовая, но и нравственная вина, напр., кража для уплаты карточного долга,—здесь честь ниже имущества.

²⁾ Titz, Die Nothstandsrechte im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, 1897.

³⁾ Предисловіе и стр. 32. Своей конструкціи Титце предпосылаетъ почти всецѣло заимствованное у Виндинга разсужденіе о различіи субъективныхъ частныхъ правъ и субъективнаго права государства на провиненіе. Онъ слегка затрогиваетъ неясный вопросъ, такъ противорѣчиво поставленный самимъ Виндингомъ, о различіи значенія права, вытекающаго изъ субъективныхъ правомочій и изъ такъ называемой „Schutznorm“, устанавливая, что нарушеніе первыхъ правъ лишь *rechtswidrig*, но не *verboten*, а вторыхъ—*verboten*, что нарушеніе первыхъ остается противоправнымъ, несмотря на отсутствіе въ волѣ дѣятеля субъективныхъ моментовъ, а нарушеніе вторыхъ всегда можетъ быть только виновнымъ. Дѣяніе, нарушающее чужіе интересы внѣ сферы субъективнаго права, что авторъ неправильно опредѣляетъ по содержанию, внѣ компетенціи нормы,—онъ признаетъ *rechtlich frei*.

обходимости лежит момент принужденія, момент альтернативы (15). Это принужденіе можетъ быть двоякаго рода. Оно вытекаетъ или изъ эгоизма, именно, гдѣ грозящее зло таково, что эгоизмъ, по мнѣнію всѣхъ разумно-мыслящихъ людей, повелѣваетъ воспользоваться всякою возможностью избѣжать зла, т.-е. крайняя нужда, Noth, является мотивомъ дѣянія. Или принужденіе заключается въ реакціи правового чувства противъ неправомѣрнаго нападенія. Это видъ крайвей необходимости — необходимая оборона. Соединяя такимъ образомъ, подобно Р. Меркелю ¹⁾, въ одну группу какъ крайнюю необходимость, такъ и необходимую оборону, авторъ, не замѣчая противорѣчія, ставитъ одну общую формулу, что крайняя необходимость есть положеніе, гдѣ дѣятель вынужденъ или принять на себя грозящее зло, или совершить an sich противоправное дѣяніе. Разграничивая, затѣмъ, всѣ противоправныя дѣянія на двѣ группы, rechtswidrige и pogtwidrige, Titze въ послѣдней области ограничивается лишь литературными ссылками, не подвергая ихъ ближайшей критикѣ ²⁾, и, напротивъ, весь интересъ свой сосредоточиваетъ на первой группѣ. На почвѣ общеправовыхъ воззрѣній автора разрѣшеніе коллизіи этого характера, гдѣ дѣяніе нарушаетъ частное субъективное право, возможно, несомнѣнно, лишь путемъ установленія права нужды, ибо лишь такое право способно оправдать нарушеніе правъ субъективныхъ. Такъ и поступаетъ авторъ. Онъ ссылается на то, что законъ призналъ право нужды въ сферѣ необходимой обороны и самопомощи (Selbsthilfe), а затѣмъ съ осторожностью подходитъ къ случаямъ чистой крайней необходимости. Появленію права нужды мѣшаютъ три обстоятельства: 1) стремленіе законодателя и науки разрѣшать однородныя явленія посредствомъ общихъ постановленій и по одинаковому критерию; 2) трудность разрѣшенія вопроса о гражданскомъ вознагражденіи; 3) изложеніе вопроса о крайней необходимости въ уголовномъ правѣ, ex professo имѣющемъ дѣло лишь съ противоправными дѣяніями. Чтобы устранить эти препятствія, надо отказаться отъ одинаковой регулировки всѣхъ слу-

¹⁾ См. также Wessely I. с. 4.

²⁾ I. с. стр. 22. Крайняя необходимость можетъ не имѣть никакого значенія, если налицо высшій интересъ, Rechtspflicht; или дѣяніе не перестаетъ быть противорѣчающимъ нормѣ, но падаетъ его наказуемость; или совершенно устраняется норма. Но такъ какъ устраненіе нормы не есть еще устраненіе субъективнаго права, то дѣяніе можетъ остаться противоправнымъ, ибо съ устраненіемъ нормы не устраняется правопорядокъ. Иначе дѣяніе становится rechtlich frei.

чаевъ крайней необходимости. Это случаи разные. Кто отрицаетъ возможность установленія права нужды, тотъ забываетъ случаи, гдѣ это право является требованіемъ справедливости. Доказательствомъ этого является уже тотъ фактъ, что писатели, пытавшіеся дать одинаковое разрѣшеніе, все-таки разбивали случаи крайней необходимости на двѣ группы (напр., Янка). Переходя затѣмъ къ положительной конструкціи, Titze всецѣло встаетъ на точку зрѣнія Р. Меркеля. Право нужды обосновывается на томъ принципѣ, что всѣ выставленныя правопорядкомъ права и обязанности *относительны*, обусловлены возможностью общественнаго состоянія, разумной совмѣстной жизни ¹⁾. Дѣятель, носитель высшаго интереса, спасая его, здѣсь дѣйствуетъ болѣе въ интересахъ общества, чѣмъ тотъ, кто, погружаясь въ доктринализмъ, въ угоду только правовой нормѣ, погибаетъ. Вездѣ, гдѣ поставленный въ опасность крупный (*schwerwiegendes*) интересъ можетъ найти осуществленіе лишь путемъ пораженія другого, конкретно значительно (*beträchtlich*) низшаго интереса, — дѣяніе должно быть объявлено правомѣрнымъ. Напротивъ, гдѣ противостоящій интересъ выше, равноцѣненъ или *лишь на тѣнититъ* ниже поставленнаго въ опасность, — тамъ право нужды допущено быть не можетъ. Последнее потому, что это было бы бесполезно: въ горячности такое отношеніе трудно опредѣлить, а правопорядокъ, въ особенности при крайней необходимости, гдѣ требуется быстрая дѣятельность, *не можетъ оставлять дѣятеля въ неизвѣстности относительно его правъ*. Но при такихъ условіяхъ должна быть принята во вниманіе сила мотива, — отъ чловѣка нельзя требовать сверхчеловѣческаго героизма.

Эти доктринальныя положенія проникаютъ и въ законъ. Новое германское гражданское уложеніе, имѣющее вступить въ силу съ 1900 года, затрагиваетъ вопросъ о крайней необходимости въ нѣсколькихъ статьяхъ. Основной является статья 904-я.

Собственникъ имущества (*Sache*) не въ правѣ воспрепятствовать воздѣйствію (*Einwirkung*) другого лица на имущество, если такое воздѣйствіе необходимо для отклоненія наличной опасности, и грозящій вредъ, въ сравненіи съ вредомъ, возникающимъ въ силу этого воздѣйствія на сторонѣ собственника, несоизмѣримо (*unverhältnissmässig*) великъ.

Какъ говорить Листъ ²⁾, для криминалиста эта статья является наиболѣе важной, ибо ею категорически устанавливается право

¹⁾ Это фраза Бернера, проходящая сквозь всю школу.

²⁾ Die Delictsobligationen im System des BGB'-s, 1898.

нужды, т.-е. правомѣрность дѣянія, которое поэтому выходитъ изъ сферы уголовно-правовой. § 54 уголовного уложенія становится субсидіарнымъ, именно для случаевъ, гдѣ лицо, поставленное въ опасность, вторгается не въ сферу чужихъ имущественныхъ интересовъ, а въ иную сферу, притомъ лишь для случаевъ опасности для жизни или здоровья. Въ послѣднемъ случаѣ отпадаетъ требованіе относительности благъ, поставленное ст. 904-ой. Дополнительной статьёй является въ BGV. ст. 228-я, подвидъ ст. 904-ой, особое значеніе коей исчерпывается отношеніемъ къ вопросу о вознагражденіи:

Кто разрушаетъ или повреждаетъ чужое имущество (Sache), чтобъ отъ себя или другого лица отклонить грозящую со стороны этого имущества опасность, поступаетъ не противоправно, если разрушеніе или поврежденіе потребно для отклоненія опасности, и вредъ не стоитъ внѣ отношенія къ опасности. Если дѣятель виновенъ въ созданіи опасности, то онъ обязывается къ гражданскому вознагражденію.

Таковы рѣшительные выводы, къ коимъ пришла современная доктрина въ области вопроса о крайней необходимости. Эти выводы закончились блестящимъ финаломъ, принятіемъ ихъ въ одинъ изъ наиболее крупныхъ законодательныхъ актовъ нашего времени.

Этотъ успѣхъ, который школа можетъ съ полнымъ основаніемъ привѣтствовать, едва-ли однако является заключительнымъ звеномъ въ цѣпи тѣхъ фазисовъ, которые должна была пройти трудная и сложная проблема крайней необходимости. Насколько неудовлетворительны были направленія субъективныя, насколько мало они привнесли въ рѣшеніе этой проблемы, настолько же слабымъ является и послѣднее объективное направленіе. И если первыя страдали субъективизмомъ, произвольностью, недостаточной вдумчивостью и отсутствіемъ юридическаго характера, то послѣднее, поражая на первый взглядъ глубиной своей, своей исторической и юридической обоснованностью, представляется значительнымъ лишь по внѣшности. Критика его труднѣе, ибо школа обставила это направленіе сложной системой аргументаціи, ибо она достигла зенита своего въ нормахъ права положительнаго, но критика эта тѣмъ необходимѣе. Въ господствѣ новаго направленія, выросшаго изъ пресловутыхъ іеринговскихъ конструкцій, лежитъ серьезная опасность, не создаваемая школой субъективной.

Возраженія противъ основъ этого направленія, въ наукѣ уже

извѣстныхъ ранѣе, давно уже появлялись въ литературѣ. Отрицательная критика встрѣтила уже тѣ положенія, которыя поставлены были объективнымъ направленіемъ въ его первоначальныхъ формахъ ¹⁾. Аналогичныя сомнѣнія могутъ быть предъявлены и къ новѣйшей доктринѣ.

Прѳтоу ψεδδος, главнымъ порокомъ этого направленія является его основа, на которой строятся всѣ дальнѣйшіе научные выводы. Общей канвой, общимъ фономъ его служить принципъ, что право является слугою человѣческихъ интересовъ, человѣческихъ благъ, что оно существуетъ лишь ради послѣднихъ и, какъ гибкая линейка критскихъ каменотесовъ, слѣдуетъ въ своихъ положеніяхъ или должно слѣдовать за разнообразіемъ житейскихъ коллизій. Утилитаризмъ, нашедшій себѣ благодарную почву въ условіяхъ германской политической, общественной, а затѣмъ и научной жизни, поглощаетъ всякую возможность иного обсуждения такихъ коллизій, какъ только съ точки зрѣнія ближайшей практической цѣлесообразности. Тотъ специфическій характеръ, который правопорядокъ придаетъ регулируемымъ имъ житейскимъ отношеніямъ, забывается, игнорируется или выбрасывается за бортъ, какъ ненужный балластъ. Исчезаетъ всякая мысль объ отвлеченномъ, идейномъ значеніи правовой нормы и той работы, которую производитъ она въ жизни общества и индивида. *Après nous le deluge*, — вотъ девизъ этой школы. Чтò будетъ дальше, какъ отзовется такая погружающая въ материализмъ система на дальнѣйшей общественной культурѣ, — объ этомъ вопроса не ставится.

Высшій интересъ, высшее благо должны быть поставлены надъ благомъ низшимъ. Имъ отдается предпочтеніе, ибо для общества выгоднѣе, чтобы сумма его экономическихъ благъ не уменьшалась, не падала. При сохраненіи высшаго блага не нужно останавливаться на мысли, что оно сохраняется насчетъ другого блага, — послѣднее не есть благо священное, неприкосновенное лишь потому, что охраняется правомъ. Право имѣетъ дѣло съ общественнымъ благомъ, а не съ отдѣльнымъ. Такъ ли это?

Такъ ли безсильна, въ самомъ дѣлѣ, правовая норма, чтобъ отказаться отъ требованія, выставленнаго ею однажды, чтобъ свою точность и строгость принести въ жертву служенію благу,

¹⁾ См. Kant I. c.; Marquardsen I. c.; Geyer, Nothstand, Kr. Viert. Schr. I. c.; passim Hälschner, Syst. I, 273 sqq.; Deutsches Strafrecht I, 488; v. Wächter passim; Schütze, Nothwendige Theilnahme 295; Ср. также Janka 166; Binding Handbuch 763; Tobler, Grenzgebiete 19 sqq.; Buri, Nothstand und Nothwehr, Gerichtss. 1878, S. 434 sqq. и др.

интересу? Неужели максима Спинозы о торжествѣ принципа пользы или вреда надъ принципомъ договора единственно правильна, и *bonum* или *malum* являются по значенію своему для правовой жизни выше, чѣмъ *racum*? Едва-ли это такъ, ибо при такихъ условіяхъ теряется подъ ногами всякая правовая почва,—мало того, она становится излишней, ибо рѣшающимъ критеріемъ для отношеній человѣческихъ становится не правовая норма, а экономическое или иное, только не правовое значеніе коллидирующихъ интересовъ. Съ такой точки зрѣнія правъ св. Криспинъ, совершающій похищеніе для помощи бѣднымъ. Правомѣрно дѣйствуетъ и Раскольниковъ, убивающій старуху-ростовщицу, чтобъ на добытыя разбоемъ деньги облагодѣтельствовать страдающихъ бѣдняковъ, ибо благо этой массы бѣдняковъ стоитъ неизмѣримо выше жизни наслаждающейся видомъ накопленныхъ денегъ, никому ненужной старухи. Но при такомъ критеріи нѣтъ нужды говорить о правомѣрномъ или противоправномъ характерѣ дѣянія — достаточно остановиться на моментѣ полезности или вредности его. И эта точка зрѣнія должна быть проведена не только въ сферѣ тѣхъ дѣяній, которыя правопорядокъ продолжаетъ звать противоправными или преступными,—она должна быть проведена и въ области отношеній правомѣрныхъ. Богатый не долженъ требовать долга отъ бѣдняка; судья въ процессѣ долженъ отказать истцу, на сторонѣ коего ясное право, и присудить искъ отвѣтчику, если для послѣдняго предметъ иска нужнѣе, полезнѣе, чѣмъ для истца. Моментъ права становится излишнимъ тормазомъ на пути достиженія наивысшаго благополучія.

Новѣйшее направленіе полагаетъ спасти свой принципъ на почвѣ аргументаціи изъ сферы народной мудрости. Но такимъ путемъ едва-ли оно достигаетъ своей цѣли. Въ томъ положеніи, что изъ двухъ золъ слѣдуетъ выбирать меньшее, нѣтъ ничего новаго, оно старо, какъ міръ. Эта истина дѣйствительно проводится и будетъ проводиться, какъ въ жизни частнаго лица, такъ и въ жизни общественной, это общая, ежедневная точка зрѣнія. Она безспорна и вѣрна, но въ своей безспорности въ то же время безцвѣтна и бесплодна. Она не въ состояніи ничего прибавить къ выясненію вопроса, ибо ея постоянное существованіе предполагается всей общественной жизнью такъ же, какъ условія пространства и времени. Въ такой общей формѣ она не можетъ служить никакимъ доказательствомъ, ибо расплывчата и растяжима. Для ея правильнаго пониманія надо ее конкретизировать, влить въ нее опредѣленное содержаніе, придать ей опредѣлен-

ную форму, на чашки вѣсовъ бросить всё культурные моменты, въ зависимости отъ коихъ двигается общественная жизнь. Тогда принципъ этотъ можетъ сослужить свою службу.

Такъ ли поступила доктрина, хотя бы въ лицѣ ея крупнейшихъ представителей?

Есть два методологическихъ пути, коими можетъ идти наука при разрѣшеніи вопроса о томъ, какъ регулируетъ право чело-вѣческія отношенія. Принципомъ перваго является положеніе, что право есть правило съ исключеніями ¹⁾. Это положеніе выражаетъ ту мысль, что право одинаково обнимаетъ своей охраной всё признанные имъ интересы, и если они однажды признаны, то отмѣна правовой нормы, правоохраны, можетъ возникнуть въ силу тѣхъ или иныхъ соображеній, лишь какъ исключеніе. Принципомъ втораго является мысль, что юридическая нормировка интересовъ не является твердо напередъ установленной, а возникаетъ всякій разъ снова, какъ только наступаетъ столкновение интересовъ, и измѣняется такъ же, какъ измѣняется отношеніе сталкивающихся интересовъ ²⁾.

Наиболѣе крупный представитель теоріи перевѣшивающаго интереса, Р. Меркель, не высказывается по вопросу о томъ, какой методъ онъ считаетъ болѣе правильнымъ, но изъ его изложенія ясно, что онъ принимаетъ послѣдній ³⁾. Для выводовъ школы онъ чрезвычайно удобенъ, ибо позволяетъ говорить о коллизіи интересовъ и ихъ разрѣшеніи независимо отъ существующей уже правовой нормировки, изображать эти интересы какъ бы стоящими внѣ сферы права и лишь своей коллизіей обуславливающими соотвѣтствующее примѣненіе его нормъ. И Меркель довольно чутко стоитъ насторожѣ. Для установленія относительнаго значенія сталкивающихся интересовъ онъ готовъ привлечь всё культурныя теченія общественной жизни, соображенія нравственности, разумности, цѣлесообразности, и не хочетъ привлечь только одного момента, момента существующей правовой регуляціи, такъ ясно выразившагося уже въ заглавіи его книги „Kollision *rechtmässiger* Interessen“. Между тѣмъ, въ этомъ все дѣло, въ игнорированіи этого момента вся ошибка

¹⁾ См. Binding, Normen, I.

²⁾ См. Коркуновъ, Общая теорія права, 130 и сл.

³⁾ Небольшую непоследовательность онъ допускаетъ, признавая на стр. 82, 84 рѣшающимъ моментомъ элементъ правовой вины въ дѣяніи, или на стр. 15, строя на этомъ моментѣ особый видъ крайней необходимости изъ института необходимой обороны.

конструкціи. Привнесение его въ конструкцію лишаетъ послѣднюю всей ея силы, конструкція тогда падаетъ.

Указываютъ на то, что „право нужды“ существуетъ въ законодательствѣ. Но существующій, какъ право, институтъ этотъ уже перестаетъ имѣть ближайшее отношеніе къ институту крайней необходимости. „Право нужды“, какъ плодъ предписаній объективнаго права, права творческаго, но иногда и разрушительнаго для интересовъ частныхъ, есть дѣйствительное, обыкновенное выраженіе принципа перевѣшивающаго интереса, который сферѣ права присущъ. Принятое въ законъ постановленіе о такомъ правѣ есть обыкновенное правовое постановленіе. Оно можетъ идти въ разрѣзъ съ правильно понимаемыми культурно-педагогическими задачами правопорядка, но пока оно не отмѣнено тѣмъ же законодательнымъ порядкомъ, о немъ не можетъ быть спора. Ограниченіе одного интереса въ пользу другого есть совершившійся фактъ, вытекающій изъ воли законодателя. Совершенно другой вопросъ, долженъ ли этотъ принципъ быть перенесенъ и въ сферу вопроса о крайней необходимости, то-есть въ сферу отношеній, правомъ уже регулированныхъ иначе (ибо отсутствіе такой регуляціи указываетъ, что извѣстныя отношенія лежатъ внѣ права, и тогда самый вопросъ о крайней необходимости не представляетъ для права интереса), гдѣ на страдающую сторону не возложена напередъ обязанность уступки, ограниченія ея правъ.

Разрѣшеніе вопроса въ смыслѣ излагаемой школы заключаетъ въ себѣ логическую ошибку. Въ особенности въ ней повиненъ Р. Меркель, соединяющій въ общую массу случаи совершенно различнаго содержанія или пытающійся вывести изъ группы одной категоріи и перенести на группу другой категоріи то, что для послѣдней характернымъ не является. Его догматически-юридическая аргументація обнимаетъ собой въ большей части тѣ случаи, гдѣ рѣчь идетъ не о сохраненіи или спасеніи, а лишь о лучшемъ упражненіи правового интереса, или, какъ выражается Lehmann (I. с. 235), не объ избѣжаніи большого зла, а о достиженіи большей полезности. Послѣдніе случаи напередъ разрѣшены закономъ и не представляютъ трудности въ практическомъ примѣненіи судомъ и частнымъ лицомъ вложенныхъ въ нихъ принциповъ. Случаи первой категоріи являются совершенно иными въ своемъ характерѣ. Перенесеніе на нихъ принциповъ второй группы представлялось бы неправильнымъ.

Излишне говорить о томъ, что для законодателя нѣтъ никакихъ юридическихъ препятствій отмѣнить законъ, создать

новое правовое отношеніе. Это ясно теоретически и практически. Законодатель подъ влияніемъ многообразныхъ, но каждый разъ ясно сознаваемыхъ соображеній, подвергаетъ ограниченіямъ интересы однихъ лицъ въ пользу другихъ, интересы, въ иныхъ случаяхъ пользующіеся общеправовымъ признаніемъ и полнымъ правовымъ могуществомъ. Онъ ограничиваетъ ихъ въ силу моментовъ общественнаго характера, въ формѣ ли непосредственно имъ противостоящихъ общественныхъ интересовъ или въ формѣ скрывающагося за частнымъ интересомъ нравственнаго или вообще культурнаго начала, — таковы римскія *rationes libertatis, religionis, iuris persecutionis*. Это частыя явленія для объясненія коихъ не слѣдуетъ привлекать идеи права нужды, какъ то дѣлаетъ новая литература, ибо законодатель юридически не связанъ. Онъ всемогущъ, на пути его лежатъ лишь соображенія политическія. Но и избирая наивысшее благо, законодатель не можетъ и не долженъ игнорировать значенія культурнаго элемента правовой обеспеченности, и поэтому долженъ класть въ основу такихъ нормъ отчетливое представленіе о соединенномъ съ ними правовомъ ущербѣ. Поэтому такія постановленія закона должны быть толкуемы ограничительно и не выходить за точный свой разумъ. Сомнительно даже, чтобы могла быть допущена аналогія ¹⁾. Уже римское право подмѣтило эту черту: *ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* ²⁾, и въ явленіи этомъ римляне не признавали продуктивнаго принципа, ограничивая его только необходимостью: *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est, producendum ad consequentias* ³⁾.

Такимъ образомъ и въ сферѣ законодательной препятствія нарушенія уже существующей нормировки чрезвычайно серьезны, хотя бы и носили лишь политической характеръ. Санкціонируя принципъ относительности интересовъ въ своихъ постановленіяхъ, признавая его съ народно-хозяйственной точки зрѣнія наиболѣе выгоднымъ и примѣнимымъ, законодатель не можетъ расширить этого принципа на всѣ отношенія и, въ частности,

¹⁾ Иного мнѣнія Binding, Handbuch 764.

²⁾ L. 16 D. I, 3.

³⁾ L. 14 *ibid.* Pro-Ihering, Geist, I; иного мнѣнія Регельсбергеръ, I. с. 116, 171, и указанная имъ литература. Къ ряду этихъ случаевъ можно отнести, напр., разнообразныя привилегіи, которыя знаетъ византійское право, напр., *Cod. Theodosianus* XI, 1, 1. объ освобожденіи церковнаго имущества отъ всѣхъ налоговъ, для всей церкви; *ibid.* XVI, 2, 29, 30 и др.; *Nomos. Phot.* II, 1 о давности, о налогахъ при переходѣ имущества отъ частныхъ лицъ въ собственность церкви и т. д. Здѣсь ограничивается право государства.

на отношенія, создаваемыя положеніемъ крайней необходимости. Последнее положеніе не перестаетъ представлять для законодателя не только коллизію интересовъ высшихъ и низшихъ, но и интересовъ правовыхъ, т.-е. коллизію, затрагивающую сферу идеальную, отвлеченную, каковая не уничтожается и не затемняется утилитарной точкой зрѣнія. А съ такой, болѣе определенной точки зрѣнія, принимающей во вниманіе культурные интересы господства права, — для правопорядка представляется, несомнѣнно, выгоднѣе стремиться къ локализациіи вреда въ сферѣ того, на чью долю опасность и вредъ выпали, а не прибѣгать къ ихъ перенесенію на другое лицо путемъ пораженія его, хотя бы низшихъ, интересовъ.

Поступая противоположнымъ образомъ, создавая для указанной группы случаевъ обобщенную норму, зиждущуюся на принципѣ относительности интересовъ, преимущественной охраны высшаго интереса, законодатель совершаетъ въ высокой степени антипедагогическій шагъ. Такая норма закрѣпляетъ идею отсутствія значенія формальнаго права въ виду ближайшей выгоды иного разрѣшенія конфликта, разрѣшенія на почвѣ относительнаго соціальнаго значенія интересовъ; она вкореняетъ матеріализмъ въ народное правосознаніе и, въ силу обобщенности нормы и возвышенія роли суда въ ея примѣненіи, ставитъ это правосознаніе надъ нормами положительнаго права, подрывая такимъ образомъ авторитетъ послѣдняго.

Идея перевѣшивающаго интереса, вылившись въ обобщенную правовую норму и уже по существу своему выражая пренебреженіе къ строгости правоохраны и святости для нея каждаго правового блага, найдетъ себѣ постоянное примѣненіе въ судебныхъ приговорахъ и въ жизни, и такимъ путемъ нарушеніе права приобрѣтетъ длящейся характеръ.

Въ основу судебного приговора ляжетъ не точная правовая норма, а голая формула, содержаніе коей составитъ на основаніи господствующихъ воззрѣній, ибо „судья есть гражданинъ своей страны“. „Судъ долженъ проводить въ жизнь идею справедливости“.

Эта сторона вопроса имѣетъ въ особенности большое значеніе въ русской жизни, гдѣ вопросъ о подзаконности суда и о господствѣ нормъ положительнаго права надъ голосомъ народнаго правосознанія, „справедливости“, и понынѣ не получилъ еще надлежащаго разрѣшенія. Насколько постоянно мнѣніе о необходимости подзаконности администраціи, этого больного мѣста русской общественности, настолько же неустойчиво это

мнѣніе по отношенію къ суду. Перенесенная на нашу почву точка зрѣнія перевѣшивающаго интереса только укрѣпить нерѣдкія у насъ противъ-юридическія теченія.

Въ нашей литературѣ высказываются мнѣнія ¹⁾, что надо отличать два момента,—право и справедливость. Различіе этихъ понятій представляется какъ различіе съ одной стороны идеи чего-то непреклонно строгаго, формальнаго, логичнаго, разумнаго, дѣйствительнаго, согласнаго съ основными требованіями даннаго общественнаго и государственнаго строя, подчасъ эгоистическаго и—съ другой стороны—идеи снисходительнаго къ человѣческимъ слабостямъ, альтруистичнаго, вникающаго въ существо, удовлетворяющаго требованіямъ нравственнаго чувства и т. д. Противоположеніе права и справедливости есть форма, въ которую выливается борьба юридическихъ идей. Государство обладаетъ двумя могучими органами, чтобъ обращать ее въ право. Эти органы — законъ и судъ. Но ожидать законодательной реформы — значить допускать на долгое время накопленія слишкомъ большого числа отдѣльныхъ несправедливостей. Слѣдуетъ довѣрить суду постоянное и постепенное проведеніе въ жизнь справедливости, по мѣрѣ возникновенія отдѣльныхъ случаевъ, обнаруживающихъ столкновеніе жизни съ дѣйствующимъ закономъ. Судъ долженъ индивидуализировать право, придавать общему правилу свой особый смыслъ, сообразный съ условіями случая. Въ здоровой государственной жизни судъ творить такъ же, какъ и законодатель, только при помощи иныхъ пріемовъ; судъ озабоченъ примѣненіемъ закона, который сохраняетъ свои корни въ юридической совѣсти общества, но онъ столько же озабоченъ видоизмѣненіемъ закона, когда этотъ послѣдній пересталъ уже казаться справедливымъ. Судья-законодатель тѣмъ болѣе дѣятельный, чѣмъ менѣе дѣятельнымъ оказывается самъ законодатель; судья—проводникъ въ жизнь тѣхъ началъ, которыя сознаніе общества, въ противоположность дѣйствующему закону, объявляетъ справедливыми и естественными ²⁾.

Такая точка зрѣнія, при всемъ ея согласіи съ настроеніемъ русскаго общества, представляется въ высшей степени неправильной. Она игнорируетъ существо судейской дѣятельности.

¹⁾ См. Муромцевъ, Право и справедливость, Сборникъ Правовѣднія и общественныхъ знаній.

²⁾ Къ этой точкѣ зрѣнія, повидимому, близокъ Регельсбергеръ стр. 17 и 156; по см. стр. 22, 86 и 169. Ср. также компилятивно-электическую рѣчь г. Тютрюмова въ засѣданіи Курскаго Юрид. Общества 10 октября 1898 г. Вѣстникъ Права 1899 III.

Эта точка зрѣнія вполне примѣнима, напр., къ третейскому суду, который „по совѣсти“ устанавливаетъ и фактическую сторону разрѣшенія дѣла, и примѣняемую правовую норму, и въ этомъ смыслѣ является дѣйствительнымъ законодателемъ *ad hoc* ¹⁾. Но эта точка зрѣнія непримѣнима къ суду официальному, подзаконному. Дѣло въ томъ, что дѣятельность судьи складывается изъ двухъ моментовъ, — констатирования факта и его субсумпціи подъ законъ, т.-е. установленія гипотезы нормы съ одной стороны и затѣмъ — примѣненія ея диспозиціи — съ другой. Справедливо замѣчаетъ Боровиковскій (221—222), что еслибъ возможно было, предусмотрѣвъ всѣ встрѣчающіеся въ дѣйствительной жизни изгибы юридическихъ отношеній, указать судѣ до мельчайшихъ подробностей правила, руководствуясь которыми, при констатированіи фактической стороны дѣла, онъ найдетъ истину, — другими словами, еслибъ возможно было достигъ того, чтобъ мыслилъ законъ, а судьи лишь протоколировали его мысль, то, конечно, это было бы идеаломъ суда. Но такая регламентація была бы и невозможна, и нецѣлесообразна, поэтому законъ ограничивается лишь нѣкоторыми руководственными указаніями о порядкѣ доказыванія, предоставляя остальное мысли и совѣсти судьи. Иначе рѣшается вопросъ по отношенію къ второму моменту судебной дѣятельности. Въ нашу пору „господинъ надъ гражданами законъ“, и судья обязанъ ему повиноваться. Для судьи это дѣло не трудное, такъ какъ законъ всегда извѣстенъ, такъ какъ не можетъ быть входящихъ въ сферу права человеческихъ отношеній, не допускающихъ опредѣленной правовой квалификации, не выливающихся въ законную формулу. И какъ скоро смыслъ закона суду открытъ, судья обязанъ подчиниться велѣнію закона, хотя бы оно и представлялось ему несправедливымъ ²⁾. Протестъ чувства противъ строгости закона, повиновеніе „голосу справедливости“, жалости къ лицу, страдающему въ силу требованія закона, повиновеніе вопреки прямой волѣ закона — являлось бы актомъ глубоко вредоноснымъ. Такой актъ узурпировалъ бы роль законодателя, ибо „справедливость“ лежитъ въ основѣ законодательной, а не судебной дѣятельности,

¹⁾ См. Боровиковскій, Законъ и судебская совѣсть, стр. 221.

²⁾ Извѣстно, что Montesquieu, *De l'esprit des lois*, VI, III, считалъ признакомъ свободы государственной тотъ фактъ, что судъ слѣдуетъ только закону: „Dans le gouvernement républicain il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Правда, здѣсь идетъ рѣчь о свободѣ суда отъ политическихъ вліяній, но судъ долженъ быть свободенъ и отъ иныхъ вліяній.

которая прежде всего должна быть законна и тогда будет справедлива. Онъ внесъ бы въ жизнь глубокія нестроения, вызвалъ бы тѣ вредныя послѣдствія, которыя влечетъ за собой близорукое приспособленіе закона къ конкретнымъ условіямъ его примѣненія. Удовлетворяя въ частномъ случаѣ требованію справедливости, замѣняя стойкій абстрактный масштабъ правовыхъ нормъ, закона, внѣ имъ самимъ указанныхъ отступленій, масштабомъ конкретнымъ или масштабомъ идеальнаго народнаго правосознанія, — такое примѣненіе закона повело бы къ полному уничтоженію правопорядка, создавая на его мѣстѣ полную неопредѣленность отношеній. Такимъ путемъ разрушается польза, достигнутая существованіемъ положительнаго закона. Почему бы тогда совершенно не отбросить законъ, не возвратиться къ патриархальнымъ судамъ народнымъ, къ юстиціи римскихъ преторовъ, въ буквальномъ смыслѣ творившихъ право, а не только примѣнявшихъ его? Отступленіемъ отъ закона подрывается и огромный культурный элементъ народной жизни, чувство законности, эта потребность, инстинктъ соблюденія закона ¹⁾. А съ точки зрѣнія психологической это отступленіе бросаетъ мостъ черезъ пропасть, лежащую между закономъ и беззаконіемъ, ибо „въ малѣ порушишь, все преданіе нарушишь“. Неисполненіе закона, какъ прекрасно говоритъ проф. Петражицкій, оказываетъ „разлагающее вліяніе на тотъ драгоцѣнный и спеціально необходимый для здоровья и успѣшнаго дѣйствія всего правопорядка элементъ культуры и народной этики, который называется правовымъ чувствомъ, чувствомъ святости и ненарушимости права, какъ такового. Для укрѣпленія и развитія этого этического элемента необходимы постоянство и непрерывность ассоціаціи идей закона и его неуклоннаго фактическаго исполненія. При такомъ только условіи и по мѣрѣ его фактическаго осуществленія названная ассоціація идей кристаллизуется въ прочный инстинктъ необходимости повиновенія праву, въ прочное чувство святости и ненарушимости законовъ“. Въ этомъ смыслѣ содержаніе закона можетъ подъ вліяніемъ культуры мѣняться, могутъ быть отмѣнены старыя и созданы новыя законоположенія, отъ которыхъ въ свою очередь политика права можетъ требовать принятія во вниманіе педагогическихъ началъ, но существеннымъ остается прежде всего, такъ сказать, формальное представленіе о ненарушимости закона, его авторитета, остается твердое чувство законности.

¹⁾ См. Шершеневичъ „О чувствѣ законности“ и „Въ свою защиту“, Казань. 1898.

Перенесенная на нашу почву, идея перевѣшивающаго интереса, давая формальную санкцію господствующему у насъ стремленію подчинить судъ не строгому закону, а голосу внутренняго правосознанія, сыграла бы роковую роль, ибо и виѣ такой почвы требованіе представителей указанной идеи идетъ въ разрѣзъ съ идеей правовой обезпеченности и законности.

Чтобы достигнуть высокой цѣли проведенія идеи законности и укрѣпленія чувства законности, законъ долженъ быть прежде всего точнымъ и опредѣленнымъ. Законъ существуетъ для народа, для индивида; ему даетъ онъ нормы поведенія, его правовыя воззрѣнія регулируетъ ¹⁾. Это необходимое правило законодательной техники теоріей перевѣшивающаго интереса забывается. Въ силу чрезмѣрной общности предлагаемыхъ ею нормъ она неизбѣжно приходитъ къ судебному усмотрѣнію, что приводитъ къ весьма невыгоднымъ для индивида результатамъ. Последний при такихъ условіяхъ не знаетъ и не можетъ знать своего права, онъ лишенъ необходимой нормы поведенія ²⁾. Въ моментъ дѣятельности онъ самъ становится судьей правомѣрности или противоправности своего дѣянія; по окончаніи дѣйствія его мнѣніе подлежитъ контролю суда. Судъ произноситъ свой приговоръ надъ дѣяніемъ уже тогда, когда оно соверши-

¹⁾ См. стр. 95 ч. I, изд. 2 Суд. уст. съ мотивами: „...для гражданъ не можетъ быть большаго зла, когда они не знаютъ, что законно и что противно закону, когда они теряютъ сознание о своихъ правахъ и обязанностяхъ, между тѣмъ какъ всякое гражданское общество существуетъ прочно только подъ управленіемъ на твердомъ основаніи закона“. Какъ всякое плодотворное начало, позитивное право является не результатомъ теоретическихъ измышлений, а живого требованія времени, стремящагося къ твердости правовыхъ нормъ. Только положительное, строго опредѣленное право можетъ служить прочнымъ фундаментомъ для правильнаго юридическаго оборота. Для того, чтобы на него можно было опереться, какъ на каменную стѣну,—въ чемъ заключается его высшее призваніе,—оно должно быть твердымъ и непоколебимымъ. Предназначенное для того, чтобы охранять личность отъ произвола, оно не можетъ зависѣть отъ субъективнаго усмотрѣнія. Имѣя въ виду создавать почву для разрѣшенія споровъ, оно само должно быть безспорнымъ. Поэтому позитивность или, что то же—опредѣленность и авторитетная непрерываемость права составляютъ существенную его привадежность, безъ которой оно лишается своего главнаго преимущества. Въ ясномъ сознаніи этихъ свойствъ положительнаго порядка наука нашего времени стремится къ установленію точныхъ признаковъ юридическихъ нормъ и къ проведенію строгихъ границъ между идеальнымъ правосознаніемъ и положительнымъ правомъ. Все движеніе новѣйшей юриспруденціи въ пользу разграниченія формальныхъ и матеріальныхъ основъ права находить здѣсь свое объясненіе. См. Новгородцевъ, Историческая школа юристовъ, стр. 175.

²⁾ Это не ускользнуло даже отъ вниманія Титце.

лось, когда правовая квалификация его перестает быть для индивида непосредственно интересной и нормой поведения уже служить не может. Судебный приговор дает картину права, стоящего над индивидомъ и независимо отъ послѣдняго свершающаго свой путь; картину абсолютной юстиціи, абсолютной распредѣляющей и воздающей справедливости, игнорирующей сущность и цѣлевой характеръ права — дать норму человѣческаго поведения. Мысль, лежащая въ основѣ теоріи, понятна и плодотворна, когда она дается суду для движенія въ предѣлахъ санкціи закона, но безусловно вредна, когда является основой его диспозиціи, притомъ въ формѣ, никакихъ опредѣленныхъ указаній индивиду не дающей. Ни судъ, ни тѣмъ болѣе индивидъ не призваны рѣшать вопроса о томъ, какое благо, какой интересъ должны стоять выше или ниже, должны быть пожертвованы другому благу или интересу, на что они неизбѣжно обречены при существованіи такихъ неопредѣленныхъ правовыхъ положеній. Этотъ вопросъ подлежитъ рѣшенію только законодателя, который не можетъ ставить безсодержательныхъ правилъ.

Таковы ясныя принципиальныя и политическія соображенія, въ силу коихъ идея перевѣшивающаго интереса при ея перенесеніи въ сферу вопроса о крайней необходимости оказывается не только неудовлетворительной, но и опасной. Съ огромной тяжестью падаютъ на этотъ принципъ и практическіе выводы, въ коимъ онъ приходитъ.

Излишне было бы говорить о томъ, какую массу неточностей скрываетъ доктрина права нужды въ той формѣ ея, которую придалъ ей Штаммлеръ, т. е. въ формѣ наиболѣе широкой. Въ случаяхъ коллизіи благъ равноцѣнныхъ высшимъ является то, которое побѣдило въ борьбѣ, ибо оно, какъ сильнѣйшее, является для права болѣе дорогимъ. На дѣлѣ сильнѣйшимъ оказывается, конечно, не благо и не право, а его носитель, отъ силы, ловкости или хитрости котораго зависитъ исходъ борьбы, и это совершенно не затрагиваетъ вопроса о болѣе или менѣе важномъ значеніи для права защищаемаго блага. Такой критерій противорѣчитъ всякой логикѣ и устраняетъ, а не поддерживаетъ значеніе правопорядка ¹⁾. Установленіе же права нужды на сто-

¹⁾ Въ случаѣ коллизіи имущественныхъ благъ бѣднякъ можетъ быть сильнѣе богача; въ случаѣ коллизіи благъ личныхъ, напр., двухъ жизней, трудно сказать, чья жизнь для государства выше и дороже. Здоровый бродяга, спасающій свою жизнь на счетъ лица, имѣющаго какое бы то ни было положительное общественное значеніе, несомнѣнно, представляетъ „полезность“ низшаго порядка. Странно, наконецъ, что вопросъ рѣшается исходомъ борьбы.

ронѣ блага высшаго, внѣ идеи силы, представляется, при перенесеніи его съ абстрактной высоты формулы на почву конкретную, — абсолютно невозможнымъ ¹⁾. Оно создаетъ значительныя трудности даже при постановкѣ болѣе ограниченной, напр., при принятіи конструкціи гегельянцевъ (Кёстлинъ, Абергъ, Лефита, Вессели, Гёбъ и др.) или теоріи „*massvoller Verletzung*“ (Люденъ), ибо почти невозможно опредѣлить въ точности соотношеніе благъ такъ, чтобы постановленія права не были лишены хотя существенно-необходимыхъ контуровъ. Абстрактной относительности благъ, очевидно, недостаточно; качественная, количественная разница, соединяясь одна съ другой, еще болѣе усложняютъ рѣшеніе вопроса. Даже предложенный Бернеромъ критерій, по которому каждый найдетъ отказъ отъ нарушенія верхомъ глупости, даетъ также неодинаковый, а зависимый отъ индивидуальности отвѣтъ ²⁾. Но и въ этихъ предѣлахъ возникаютъ новыя трудности. Если на сторонѣ А право, то Б не можетъ обороняться отъ нападенія, онъ обязанъ терпѣть пораженіе своихъ правъ. Но такъ какъ неизвѣстно вполнѣ, есть ли право на сторонѣ А, такъ какъ Б, затѣмъ, не можетъ и не долженъ допускать вторженія въ свою правовую сферу по простому усмотрѣнію А, то положеніе его оказывается не только юридически, но и практически невозможнымъ. Обороняясь, онъ рискуетъ совершить правонарушеніе; уступая, — лишиться своихъ благъ безъ достаточнаго юридическаго основанія.

Совершенно такое же положеніе создается новѣйшими нѣмецкими теоріями, ибо въ рѣшеніе практическихъ вопросовъ онѣ не привнесли ничего новаго, ограничившись общими мѣстами и ссылками на *arbitrium boni viri*.

Тѣ же практическія трудности и то же отсутствіе правильной принципіальной постановки вопроса представляютъ и по-

Понятіе правомѣрности дѣянія должно быть установлено до ея начала, ибо иначе борьба и нападеніе сами по себѣ представляются неправомѣрными, т. е. юридически даютъ эвентуально наказуемое покушеніе. По теоріи же Штаммлера выходитъ, что нападеніе до исхода борьбы ненаказуемо, а съ ея исходомъ правомѣрно для сильнѣйшаго и противоправно для слабѣйшаго, ибо онъ обязанъ былъ уступить. Въ крайнемъ случаѣ, при равенствѣ силъ и ловкости, право нужды создается на обѣихъ сторонахъ, необходимая оборона нигдѣ допущена быть не можетъ, возникаютъ два взаимно парализующія другъ друга права. Ср. большія подробности у Buri, l. c. S. 440 sqq.

¹⁾ По теоріи Stammeler'a даже минимальное различіе коллидирующихъ благъ должно дать перевѣсъ на сторонѣ высшаго интереса, напр., похищеніе 2-хъ рублей должно быть признано правомѣрнымъ, если дѣятелю иначе грозитъ потеря 3-хъ рублей и т. д.

²⁾ Ср. Janka 170.

ложения Германскаго Гражданскаго Уложения. Такъ дѣяніе, о коемъ идетъ рѣчь въ статьѣ 904-ой, есть дѣяніе правомѣрное, противъ котораго не можетъ быть необходимой обороны. Текстъ закона даетъ тотъ же отвѣтъ и на тѣ случаи, гдѣ состояніе крайней необходимости создано личной виной дѣятеля. Таково мнѣніе Endemann'a ¹⁾ и Titze ²⁾. Листъ, напротивъ, не рѣшается высказаться за недопущеніе необходимой обороны въ послѣднихъ случаяхъ, ибо противъ этого, по его мнѣнію, говорить § 54 Str. GB. и конецъ ст. 228-ой BGB. Контроверзу эту придется рѣшать практикѣ.

Излишне, затѣмъ, говорить о трудности понятія „unverschuldet“, заключающагося во 2-ой части ст. 228. Вся доктрина толкуетъ его въ томъ смыслѣ, что дѣятель не предвидѣлъ или не могъ предвидѣть опасности ³⁾. Важнѣе вопросъ о необходимой оборонѣ по ст. 228. Протоколы комиссіи не находятъ возможнымъ допустить здѣсь необходимую оборону даже при заслуженной опасности. Къ этому взгляду присоединяются Endemann ⁴⁾ и Titze ⁵⁾. Листъ ⁶⁾ не раздѣляетъ этого взгляда, мотивируя это тѣмъ, что по § 54 даже для защиты жизни или здоровья требуется незаслуженность опасности, тѣмъ болѣе необходимъ этотъ реквизитъ для защиты имущественныхъ правъ ⁷⁾.

Таковы разногласія литературы по крупному вопросу при мѣненія ст. 228 и 904, на который статьи эти отвѣта не даютъ ⁸⁾. Не менѣе неопредѣленно выражена въ нихъ идея права нужды.

¹⁾ Einführung in das Studium des BGB's I, § 88 Anm. 6.

²⁾ I. с. 108. Послѣдній приводитъ примѣръ, обнаруживающій противорѣчіе ст. 904 съ ст. 823, гдѣ обязанность вознагражденія признается лишь при противоправности дѣянія: я могу взломать дверь чужого дома, чтобы достать воды и потушить горящее платье мое, хотя причиненія является моя собственная вина. Это дѣяніе правомѣрное.

³⁾ Листъ, Delictobligationen 92 Titze 115.

⁴⁾ I. с. § 88 II, 4 с.

⁵⁾ I. с. 108, 112.

⁶⁾ I. с. 94.

⁷⁾ Но и Листъ вынужденъ признать огромныя правомочія (I. с. 90), которыя даетъ дѣятелю ст. 904-я, и которыя, конечно, дѣлаютъ эту статью опасной. — Я врываюсь въ чужую конюшню и противъ воли хозяина сѣдлаю лошадь, чтобы ѣхать въ ближайшій городъ за докторомъ, необходимымъ въ виду болѣзни моего ребенка. Хозяинъ въ силу ст. 904-й не можетъ сопротивляться. Но если онъ сопротивляется, могу ли я взять револьверъ и стрѣлять? Несомнѣнно, отвѣчаетъ Листъ; если же возражать, что хозяинъ долженъ допустить лишь вторженіе въ свою имущественную сферу, а не нападеніе на личность, то съ такимъ ограниченіемъ падаетъ все значеніе предоставленнаго ст. 904-ой права.—Моментъ опасности такого постановленія Листъ игнорируетъ.

⁸⁾ Большія подробности см. въ ук. соч.

Статьи эти устанавливають такое право лишь для вторженія въ имущественную сферу. Абсолютный характер имущественнаго права сильно ограничивается въ социальномъ смыслѣ; относительность субъективныхъ правъ признается фактически ¹⁾. Ограниченіе принципа относительности правъ сферой права имущественнаго литературой, съ полнымъ основаніемъ, одобряется, ибо разрѣшеніе каждому, находящемуся въ крайней необходимости, вторгаться въ чужую правовую сферу было бы въ благоустроенномъ обществѣ невыносимымъ. Станнымъ образомъ однако литература забываетъ, что то же самое можно сказать и при указанномъ ограниченіи, тѣмъ болѣе, что необходимая оборона, по существу дѣла, недопустима.

Проведеніе же принципа, даже въ такомъ ограниченномъ объемѣ, едва-ли окажется дѣломъ легкимъ. Нѣтъ спора, что жизнь выше имущественнаго блага, а напр., свобода, честь? Ссылка на то, что эти блага по абстрактному значенію своему выше имущественныхъ, вопроса еще не рѣшаетъ, ибо рѣшенъ этотъ вопросъ можетъ быть лишь на конкретной почвѣ индивидуальнаго случая. А при такомъ условіи судъ можетъ встать въ весьма затруднительное положеніе, если ему придется, напр., высказаться по вопросу о томъ, что выше, — имущественное ли благо или честь лица, для коего послѣднее благо не имѣетъ ни малѣйшаго значенія, или свобода, стѣсненная не „dauernd“, напр., на $\frac{1}{2}$ часа. Не менѣе неубѣдительно и другой критерій, что цѣнность блага должна быть „дѣйствительно-реальною“, wirklich reale, а не субъективною, не „Affektionswert“, стоящей въ зависимости отъ личной оцѣнки лицъ, интересы коихъ затрагиваются. Даже примѣры и указанія литературы отнюдь не указываютъ на точность такого критерія ²⁾.

Различіе цѣнностей коллидирующихъ интересовъ, указываютъ комментаторы уложенія, должно быть значительно, be-

¹⁾ Это если не творческая, то реформаторская дѣятельность законодателя, возвратившагося къ старо-германскимъ конструкціямъ, говоритъ Titze, 100.

²⁾ Моя лошадь упала и поранила ногу; я въ правѣ взять для перевязи ея кусокъ полотна, хотя бы для собственника онъ былъ единственнымъ воспоминаніемъ о его покойной бабушкѣ; но я не могу для той же цѣли взять кусокъ брюссельскихъ кружевъ. Я могу убить кошку, рвущую цѣнную для меня рукопись, хотя бы эта кошка была величайшимъ сокровищемъ старой дѣвы; но я не могу убить сень-бернардскую собаку, рвущую мой коверъ. Если А ѣдетъ въ коляскѣ съ вокзала, а Б не можетъ пѣшкомъ поспѣть на поѣздъ, то послѣдній не имѣетъ права выбросить А и повернуть лошадь къ вокзалу; но если А ѣдетъ въ ту же сторону, то Б имѣетъ право сѣсть въ коляску.

trächtlich ¹⁾, — я не могу для спасенія своей вещи уничтожить другую, лишь на minimum ниже цѣнную. Такой критерій однако слишкомъ неопредѣленъ, эластиченъ, зависимъ отъ субъективнаго взгляда даннаго лица и совершенно лишенъ юридическаго характера, чтобъ на немъ могло быть основано судебное рѣшеніе, имѣющее ни болѣе, ни менѣе, какъ установить право лица на дѣяніе. Не спасаетъ критерія и ссылка на то, что субъективизмъ долженъ быть устраненъ изъ оцѣнки, что оцѣнка частнаго лица должна совпадать съ таковой же общественной. Частное лицо никогда не въ силахъ будетъ отрѣшиться отъ субъективизма, тѣмъ болѣе въ моментъ горячей дѣятельности, и всегда истолкуетъ законъ въ свою пользу. Безполезна такой критерій и для суда, рѣшеніе коего *post factum* для индивида уже лишено значенія. И между тѣмъ, къ судебному усмотрѣнію, какъ въ послѣдней инстанціи, прибѣгаетъ все содержаніе статей Германскаго Гражданскаго Уложенія.

Съ соціальной же стороны законъ вреденъ. Стоя на утилитарной точкѣ зрѣнія, онъ одного лишь не взвѣшиваетъ, драгоценнаго общественнаго интереса ненарушимости права. Хотя и въ ограниченномъ объемѣ, онъ вводитъ въ правовую жизнь деморализующій произволъ, подрывая точныя правовыя начала. Если теперь уже спекулирующая наука расходится въ его истолкованіи, то что будетъ позднѣе, когда жизнь выдвинетъ свои часто неожиданныя коллизіи? Endemann ²⁾ полагаетъ, что практикѣ удастся по мѣрѣ возможности „обезвредить эту теоретическую *Gesetzeskünstelei*“. Лишь и въ этомъ сомнѣвается. Странный законъ, который судебная практика должна сдѣлать безвреднымъ!

Принципъ перевѣшивающаго интереса при перенесеніи его на коллизіи, характеризуемая состояніемъ крайней необходимости, оказывается такимъ образомъ настолько же бесплоднымъ, насколько юридически неправильнымъ. Изъ всего матеріала, надъ коимъ доктрина оперируетъ, долженъ быть сдѣланъ совершенно противоположный выводъ. Указанный принципъ постольку подлежитъ примѣненію, поскольку въ конкретныхъ случаяхъ онъ указанъ самимъ законодателемъ. Его распространеніе недопустимо, ибо *ratio* закона не можетъ быть одинакова для случаевъ, глубоко различныхъ не только по видовымъ своимъ фактическимъ чертамъ, но и, главное, по чертамъ юридическимъ. Гдѣ законъ

¹⁾ Это мѣрило принимаютъ также много теоретиковъ, защищавшихъ идею права нужды или перевѣшивающаго интереса.

²⁾ I. c. I § 88 пр. 6.

призналъ этотъ принципъ, тамъ дѣяніе является правомѣрнымъ, по правилу не входящимъ въ уголовное право или, въ существующей системѣ науки уголовного права, обнимаемымъ рубрикой „осуществленіе права“. Моментъ „нужды“ здѣсь совершенно исчезаетъ и юридическаго значенія не имѣетъ ¹⁾. Въ этой области законъ даетъ исчерпывающія опредѣленія, и перенесеніе ихъ по аналогіи на сферу неправды невозможно. По извѣстнымъ основаніямъ неправда можетъ быть ненаказуемой, но стать актомъ правомѣрнымъ она можетъ лишь по особымъ, специальнымъ указаніямъ закона. Такъ поступаетъ законъ нерѣдко, таковъ, напр., art. 8 Genfer Jagdreglement 1887 г., гдѣ запретъ стрѣльбы въ жиломъ мѣстѣ устранивается въ случаѣ появленія вредныхъ животныхъ или § 360 п. 10 Германскаго Уголовнаго Уложенія объ ограниченіи непрекословнаго повиненія полицейской власти. Законодатель можетъ даже эти исключенія по извѣстнымъ группамъ обобщить, но онъ каждый разъ имѣлъ и будетъ имѣть на это болѣе глубокія и жизненныя основанія, чѣмъ простая формула перевѣшивающаго интереса. Это доказываетъ и исторія. Пока же законъ этого не сдѣлалъ, юристъ не можетъ говорить объ аналогіи, тѣмъ болѣе такой антипедагогической и вредной. И еслибъ такой широкой аналогіи послѣдовалъ законодатель, то онъ рисковалъ бы создать уродливый, поверхностный законъ, не проникающій въ глубь многообразія психическихъ моментовъ, на коихъ покоится общественная культура, общественный здоровый прогрессъ, — законъ вредный для жизни, подрывающій собственный авторитетъ. Нѣчто подобное создало законодательство Германіи ²⁾.

¹⁾ То же можно сказать о коллизіи обязанностей: здѣсь не можетъ быть рѣчи о крайней необходимости, ибо законъ далъ категорическое рѣшеніе, и исполненіе законной обязанности дѣлаетъ дѣяніе правомѣрнымъ. Чаще всего картина представляетъ коллизію нормъ, — вопросъ, не имѣющій никакого отношенія къ институту крайней необходимости, быть можетъ, острый, но нерѣшенный. Во всякомъ случаѣ не суду и, тѣмъ болѣе, не частному лицу, а только закону можетъ быть предоставлено его рѣшеніе.

²⁾ Не лишнее указать и на иныя, хотя чисто доктринальнаго характера контroversы, въ коихъ теряется ученіе о перевѣшивающемъ интересѣ. Меркель не затронулъ юридическаго момента, опредѣленія, что такое право, которое при такой конструкціи сообщается частному лицу. Но послѣ него доктрина пошла дальше. Titze (32, 33) говоритъ, что такимъ путемъ создается субъективное частное право. Это совершенно несогласно съ тѣмъ, что школа говоритъ о необходимой оборонѣ, включаемой ею въ крайнюю необходимость и устанавливающей публичное право. Право нужды есть абсолютное частное право, т.-е. противъ каждаго, притомъ безъобъектное, т.-е. право на дѣйствіе. Такія права еще мало изслѣдованы. Sjögren (Zur Lehre von den For-

XI.

Огромное и бесспорное значение принципа преимущественной правовой охраны высшаго интереса не может однако и не должно быть игнорируемо. Но внѣ сферы первичныхъ нормъ, устанавливающихъ правомѣрность или противоправность извѣстныхъ дѣяній, онъ имѣетъ уже второстепенное значеніе. Этотъ моментъ *implicite* подмѣченъ теоріей Янки. Янка исходитъ въ разсужденіяхъ своихъ изъ понятія неправды, конструируемой имъ по типу теоріи Биндинга. Въ сферѣ неправды воля индивида противорѣчитъ выраженной въ правовомъ положеніи общей волѣ. Право сильно лишь тамъ, гдѣ оно можетъ сопротивляться возстающей противъ его велѣній частной волѣ. Мѣры, имѣ для этого принимаемыя, оправдываются его цѣлью. Одной изъ такихъ мѣръ является наказаніе. Понятіе наказуемости совпадаетъ съ признаками неправды, которая вся, по существу, лежитъ въ сферѣ наказуемаго, но въ силу требованій эпохи не всегда дѣйствительно наказуема. Потребность въ уголовной юстиціи тѣмъ менѣе, чѣмъ прочнѣе общественная безопасность. Въ этой сферѣ законодатель свободенъ; онъ можетъ объявить извѣстное дѣяніе преступленіемъ и, наоборотъ, *при извѣстныхъ условіяхъ, снять криминализацию съ дѣянія*, при чемъ по общему правилу, при общихъ условіяхъ, дѣяніе остается преступленіемъ. Таково и отношеніе законодателя къ дѣянію, совершенному подъ давленіемъ крайней необходимости. По исключенію, какъ скоро есть на то основанія, законодатель не объявляетъ этого дѣянія преступленіемъ ¹⁾.

Центръ вопроса лежитъ въ опредѣленіи такихъ основаній, что трудно уже потому, что дѣяніе нарушаетъ норму и субъективное право. Основанія эти Янка находитъ въ двухъ принципахъ, завѣщанныхъ современной теоріи историческимъ развитіемъ вопроса о крайней необходимости. Первымъ основаніемъ является инстинктъ самосохраненія, коему покорно все живущее *des Unrechts*, *Jher. Jahrb. XXXV S. 430*) однако отрицаетъ за этимъ „правомъ“ правовой характеръ, потому что оно не пользуется правоохраной, не можетъ быть осуществлено судебнымъ порядкомъ, путемъ иска, т.-е. не владѣетъ „*die höchste Karte, die das Privatrecht auszuspielen vermag*“ (выраженіе Вендта). А если дѣяніе не вытекаетъ изъ субъективнаго права, откуда оно черпаетъ свою правомѣрность? *Titze* полагаетъ, что право это сообщается дѣятелю лишь для критическаго момента, ибо разсчитано на опасность. Но опасность не есть источникъ права.

¹⁾ Ср. *Schwarze, Commentar 5 Aufl. 1884, стр. 159.*

щее, коему покоренъ и человекъ. Этого момента правопорядокъ никоимъ образомъ игнорировать не можетъ ¹⁾. Вторымъ основаніемъ является присущая праву идея относительности интересовъ. Въ послѣдней области Янка не встаетъ на путь позднѣйшей доктрины, не совпадаетъ въ выводахъ своихъ и съ одновременно появившейся теоріей Штаммлера, т.-е. не считаетъ вопроса о крайней необходимости преюдицированнымъ въ принципѣ относительности интересовъ ²⁾. Идея относительности интересовъ принимается Янкой для разрѣшенія случаевъ, гдѣ въ опасности не стоитъ „die gesammte Existenz“ дѣятеля, гдѣ опасности подвергаются сравнительно низшія блага, кои дѣятель спасаетъ путемъ нарушенія еще болѣе низшихъ благъ. Если право, говоритъ Янка, преслѣдуетъ задачу въ возможно полномъ объемѣ реализовать благо индивида, то высшая цѣль права подсказываетъ ему принять во вниманіе въ случаѣ конфликта высшій интересъ, который, при данныхъ условіяхъ, не можетъ существовать безъ пораженія низшаго. Правда, жертвуемый интересъ—чужой, правоохраненный, даже общій интересъ, но это обстоятельство не связываетъ рукъ правопорядку, ибо послѣдній имѣетъ въ виду благо въ его общности, благо единицы въ отношеніи къ общему благу, къ благу всѣхъ другихъ. И хотя вредъ причиняется лицу невиновному, но спасаемое благо болѣе цѣнное. Правда, что при „незначительномъ, минимальномъ, ускользящемъ“ различіи должно быть соблюдаемо юридическое положеніе: „каждый долженъ быть охраненъ въ своей правовой сферѣ, въ своемъ правѣ, интересѣ, благѣ“, но гдѣ различіе „значительное“, тамъ на первый планъ выступаетъ иной принципъ: „благо должно быть охранено въ наивысшемъ объемѣ“. Такимъ образомъ, вопросъ рѣшается не относительностью благъ, а ихъ „несоразмѣрностью“, „Missverhältniss“. Нѣтъ необходимости создавать „право нужды“, хотя оно принципиально и возможно, ибо есть иное средство—ненаказуемость дѣянія.

Теорія Янки встрѣтила возраженія со стороны Бури ³⁾. Авторъ останавливается главнымъ образомъ на практической сторонѣ развитыхъ Янкой началъ. Если дѣяніе, совершаемое при извѣстныхъ условіяхъ въ крайней необходимости объявляется заранѣе ненаказуемымъ, то такое положеніе практически со-

¹⁾ См. выше, стр. 105.

²⁾ Разсужденія Янки совершенно однородны съ разсужденіями Штаммлера, но лишь въ сферѣ неправды, а не въ сферѣ правомѣрности. Принципиально Янка также признаетъ возможность установленія права нужды.

³⁾ Nothstand und Nothwehr, Gerichtssaal, 1878, XXX, 434—477.

здасть на сторонѣ дѣятеля полномочіе совершить указанное дѣяніе, т.-е. право, хотя бы оно и квалифицировалось, какъ неправда. И если, затѣмъ, законъ видитъ въ дѣяніи неправду, то и не можетъ ея не наказывать. Кромѣ того, вся система едва-ли можетъ быть проведена правильно, ибо присущая теоріи Янки идея относительности интересовъ при примѣненіи своемъ представляетъ массу неопредѣленностей ¹⁾).

Главныя замѣчанія Бури совершенно неправильны. Первое изъ нихъ упускаетъ изъ вниманія преимущественное значеніе первичной нормы, диспозиціи закона, передъ санкціей ея, а также и юридическія послѣдствія правомѣрнаго или неправомѣрнаго характера извѣстнаго дѣянія. Второе указываетъ на неясное представленіе автора о связи между неправдой и наказаніемъ. Но указанія по поводу практическаго примѣненія теоріи Янки вполнѣ правильны. При полной неопредѣленности постановки вопроса у Янки, при критеріи „значительнаго“ или „ускользающаго“ различія благъ никакого точнаго юридическаго отвѣта дано быть не можетъ.

Сюда присоединяются конструктивныя недостатки теоріи. Расчлененіе дѣяній, совершаемыхъ въ состояніи крайней необходимости, на двѣ группы, установленіе для каждой изъ этихъ группъ особаго критерія — есть указаніе на слабость теоріи. Такъ, устанавливается, напр., наказуемость нарушенія высшаго или равноцѣннаго блага въ дѣяніяхъ второй группы, но тотъ же принципъ не примѣняется къ дѣяніямъ первой группы. Спасеніе жизни ни въ какомъ случаѣ не подлежитъ наказанію, хотя бы жизнь спасалась и путемъ нарушенія неизмѣримо высшаго блага. Легко представить себѣ, напр., захваченнаго въ военное время непріателемъ крестьянина, который, подъ угрозой лишенія жизни, указываетъ непріятелю дороги, выдаетъ отрядъ своихъ и пр. На этой сторонѣ конструкціи Янки какъ бы отразилась гегельянская идея абсолютнаго права жизни.

Ничего не выигрываетъ теорія Янки и отъ отрицательнаго, такъ сказать, перевернутаго характера идеи относительности благъ, ибо принципъ остается тотъ же самый. Замѣчательно, что и повсюду отчетливый, точный языкъ Янки въ изложеніи во-

¹⁾ Эту сторону своихъ критическихъ замѣчаній Бури иллюстрируетъ безконечнымъ количествомъ примѣровъ, поражающихъ своей изысканной искусственностью. Ср. аналогичныя и не менѣе искусственныя указанія у Hertz'a, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*. S. 94, 95. Hälschner, *Das gem. deutsche Strafrecht*. S. 489, съ основаніемъ называетъ замѣчанія Бури „wohl grundlose Bedenken“.

проса о „несоразмѣрности“ благъ становится весьма сбивчивымъ. Выдвигаются апріорныя, якобы философскія или соціологическія аксіомы, которыхъ авторъ не доказываетъ; въ изложеніи свазывается сознание какой-то неточности, будто самъ авторъ чувствовалъ недостатокъ какой-то лучшей точки зрѣнія для своей конструкціи. Несомнѣнно, произвольная подстановка принципа: „благо должно быть охраняемо въ своемъ наивысшемъ объемѣ“ подъ другой: „каждый долженъ быть охраняемъ въ своей правовой сферѣ“ — совершенно нелогична, не носитъ юридическаго характера, ибо забываетъ существующую правоохрану, и бесполезна, если изъ нея не выводится право нужды. Остается совершенно непонятнымъ, почему Янка отъ такого вывода уклонился ¹⁾.

Со стороны теоретическихъ соображеній близка къ теоріи Янки и конструкція его критика — Бури (l. c.). Исходя изъ трудности практическаго проведенія критерія относительности интересовъ, Бури подчеркиваетъ, какъ болѣе важный моментъ, моментъ различія не благъ, а грозящей утраты, „nicht Wertdifferenz, sondern Verlustdifferenz“. Ненаказуемо дѣяніе, если оно предпринято для спасенія *значительнаго* правового блага, когда грозящая потеря относительно ниже вреда, причиняемаго правонарушеніемъ. Но слишкомъ отгнать общественный характеръ признанныхъ правомъ интересовъ невозможно. Различіе грозящихъ утратъ должно быть „очень значительно“, sehr bedeutend. Въ особенности при коллизіи имущественныхъ интересовъ лучше требовать отказа отъ носителя высшаго интереса, чѣмъ жертвы отъ носителя низшаго. Такимъ образомъ, Бури болѣе отчетливо отмѣтилъ значеніе правового принципа и поставилъ нѣсколько болѣе тѣсныя рамки для ненаказуемости

¹⁾ Къ конструкціи Янки весьма близокъ швейцарскій проектъ во второй редакціи, см. Zeitschrift, Листа XV, 1895, S. 294: „Wer eine als Verbrechen bedrohte That begeht, um Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen oder ein anderes Gut für sich oder einen Anderen aus einer unmittelbaren Gefahr zu erretten, ist nicht strafbar, wenn er einer Pflicht oder dem Triebe der Selbsterhaltung gehorchte, oder wenn das gerettete Gut ungleich wichtiger ist, als das aufgeopferte. Im übrigen kann der Richter die Strafe unbeschränkt mildern. Въ этой статьѣ, однако, оба критерія соединяются для обѣихъ группъ дѣяній въ крайней необходимости. Lilienthal, *ibid.*, находитъ статью неудовлетворительной какъ со стороны идеи (моральнаго) долга, такъ и со стороны чрезвычайнаго неопредѣленной идеи самоохраненія, а также съ точки зрѣнія устанавливаемаго ею критерія пропорціональности благъ. Авторъ находитъ первую редакцію текста (см. выше, стр. 120 пр. 3) болѣе удовлетворительной, „vollkommen ausreichend, sie bringt einen richtigen Gedanken zum klaren Ausdruck“.

акта крайней необходимости ¹⁾. Но результатъ, къ которому онъ приходитъ, совершенно неудовлетворителенъ, въ силу тройного дѣленія дѣяній въ крайней необходимости, а также об-сужденія каждой изъ получаемыхъ группъ по особому критерию и отсылки къ судебному усмотрѣнiю.

И между тѣмъ, въ теорiяхъ Янки и Бури, съ ихъ своеобразной точкой зрѣнiя на объективный критерiй, есть несо-мнѣнное зерно истины. Ошибочны лишь ихъ методологическiе приѣмы, недостаточно точное различенiе реквизитовъ, изъ коихъ складывается понятiе преступленiя, и, отсюда, игнорированiе политическихъ моментовъ, на коихъ строится фактическая на-казуемость или ненаказуемость преступнаго дѣянiя.

На эту сторону дѣла уже издавна обращалось вниманiе. Начиная съ Канта, эта мысль, хотя и въ видѣ нестройныхъ положенiй, проводится Salchow'омъ, Rossi, Grollmann'омъ, въ особенности Rotering'омъ и Hugo Meyer'омъ ²⁾. Послѣднiй под-черкиваетъ тотъ моментъ, что дѣянiе въ крайней необходимости, по существу своему, не представляетъ для правопорядка такого значенiя, какъ иныя преступленiя. Его ненаказуемость практи-чески не повлечетъ за собой такихъ невыгодныхъ послѣдствiй, какъ ненаказуемость послѣднихъ. Здѣсь нѣтъ практическихъ карательныхъ цѣлей.

Эта сторона дѣла, встрѣчающаяся у указанныхъ авторовъ, лишь какъ неразвитаго догадка, заслуживаетъ серьезнаго вни-манiя. Рядъ изложенныхъ теорiй доказалъ, что ни исклю-чительно субъективная, ни исключительно объективная точки зрѣ-нiя, ни эклектическое, тѣмъ самымъ обреченное на неудачу со-единенiе ихъ—вопроса не разрѣшаютъ. Способны привести къ болѣе или менѣе удовлетворительному разрѣшенiю его лишь завѣщанное Маттеемъ разграниченiе моментовъ общеправовыхъ отъ моментовъ политическихъ и связь всего вопроса съ суще-

¹⁾ Биндингъ, Handbuch, 756, пр. 8 по этому поводу замѣчаетъ: „Die von Buri signalisirte rückläufige Bewegung wird hoffentlich, weil durchaus ungesund, ausbleiben“. По теорiи Бури, при всѣхъ ея недостаткахъ, несомнѣнно, болѣе здо-ровая теорiя, чѣмъ таковая же Биндинга. По этому вопросу цѣнныя замѣчанiя встрѣчаются у Hertz'a, l. c., 98. Къ указанiямъ на высокое значенiе право-вого принципа Hertz добавляетъ то соображенiе, что правовая сфера инди-вида не такъ обширна, какъ сфера его интересовъ. Такимъ образомъ, норма запрещаетъ не вообще пораженiе интересовъ, а лишь въ кругу тѣхъ случаевъ, гдѣ того не желаетъ право. Впрочемъ, теорiя самого автора не отличается ясностью, ибо соединяетъ въ себѣ ограниченную конструкцiю въ духѣ Гегеля съ соображенiями характера политическаго.

²⁾ Lehrbuch, 1875, S. 256 sqq. Ср. Jänka, 185; Stammler, 80; Moriaud, 218.

ствомъ правовой нормы, ея санкціи и регулируемыхъ ими правоотношеній.

ХІІ.

Въ заключеніе обзора долгаго пути, которымъ шло развитіе института крайней необходимости въ теоріи и законодательствѣ, слѣдуетъ остановиться на его исторической эволюціи въ правѣ русскомъ.

Наши древніе юридическіе памятники совершенно не упоминаютъ о крайней необходимости. Быть можетъ, это является указаніемъ, что нашему правосознанію не ясно рисовались исключенія, создаваемые крайней необходимостью, или объясняется тѣмъ, что специфическія условія, подчеркнутыя, напр., правомъ германскимъ, — идея общности плодовъ земли и самой земли — и у насъ были налицо ¹⁾. Возможно и то, что здѣсь вліяли особыя процессуальныя условія, подсудность случаевъ крайней необходимости судамъ церковнымъ.

Неклюдовъ ²⁾ находитъ, что о крайней необходимости упоминается уже въ Уставѣ Ярослава о земскихъ дѣлахъ: „аще нѣдци въ винограды или въ сады входятъ въ чужіе, аще съести токмо винодоша, неповинни суть, аще-ли красти, біени будутъ и одежду своихъ лишени“, но, какъ замѣтилъ уже проф. Таганцевъ ³⁾, постановленія этого устава представляютъ простой переводъ изъ Юстиніановыхъ книгъ. Но и кромѣ того, внѣ момента рецепціи, здѣсь наблюдается обычное явленіе такъ-называемаго самовольнаго пользованія, которое и нынѣ еще не освободилось отъ вліянія особыхъ народныхъ воззрѣній на „плоды земные“, на ихъ освоеніе путемъ приложенія труда человѣческихъ рукъ и т. д. Минимальное похищеніе, „съести только“, не даетъ состава кражи. О томъ же, что дѣятель входитъ въ „винограды чужіе“ подъ вліяніемъ голода, — мѣсто ничего не говорить.

Неклюдовъ ссылается, затѣмъ, на ст. 68 Русской Правды по Карамзинскому списку и ст. 50 по Троицкому: „аще который купецъ гдѣ-либо шедъ съ чюжими кунами источится, любо рать

¹⁾ Уничтоженіе или поврежденіе чужой вещи безъ злого намѣренія было у насъ, къ тому же, всегда лишь гражданскимъ нарушеніемъ, см. Русская Правда, 51, 101.

²⁾ Приложение къ учебнику Бернера.

³⁾ Курсь, I, 249, стр. 152.

возьметъ, ли огонь, то не насилити ему, не продати его, занеже пагуба отъ Бога есть, а не виновать; аже-ли пропѣтся, то... какъ любо тѣмъ чии то товарь... продадять-ли, а своя имъ воля". По поводу этой статьи, повторенной и обоими Судебниками, Владимірскій-Будановъ ¹⁾ указываетъ, что преступленіе по Русской Правдѣ есть не всякій вредъ, причиненный другому, а лишь вредъ, въ основѣ коего лежитъ злая воля чловѣка, руководимая сознаниемъ ²⁾. Указываемое же ст. 68-ой дѣяніе представляетъ явленіе случайное, независящее отъ воли чловѣка; это истребленіе имущества по несчастному случаю, а не въ защиту своихъ правъ ³⁾.

Трудно сказать, есть ли намекъ на крайнюю необходимость въ ст. 98-ой Псковской Судной Грамоты: „А который чловѣкъ съ приставомъ прїѣдетъ на дворъ тата имать, и татьбы искать, или должника имать, а жонка въ то время дѣтя вывержетъ, да пристава оучнетъ головшинной окладати (обвинять въ убійствѣ) или иста; ино въ томъ головшины нѣтъ". Это, очевидно, юридическій казусъ, возведенный въ законъ ⁴⁾. Сворѣе можно думать, что со стороны пристава дѣяніе является исполненіемъ обязанности, а со стороны иста — осуществленіемъ права, осложнившимися причиненіемъ случайнаго или неосторожнаго вреда, въ зависимости отъ того, знали ли они о нахожденіи въ домѣ беременной женщины.

Въ Уложеніи 1649 года уже встрѣчаются близкія къ вопросу статьи. Такъ Чебышевъ-Дмитріевъ ⁵⁾ указываетъ ст. 282 гл. X: „а будетъ кто у кого собаку убьетъ нарочнымъ дѣломъ, и на немъ по сыску велѣтъ за ту собаку допряма указную цѣну отдать истцу“ и ст. 283 гл. X: „а будетъ кто собаку убьетъ ручнымъ дѣломъ, бороняся отъ себя, и ему за ту собаку не платить и въ вину ему того не ставить“. На эти же статьи ссылается проф. Таганцевъ ⁶⁾, видящій въ нихъ начало постановленій нашего закона о крайней необходимости. На дѣлѣ эти статьи, какъ судя по характерному выраженію, „бороняся отъ себя“ ⁷⁾, такъ и по общей тенденціи древней эпохи относятся

¹⁾ Христоматія, I, стр. 57, пр. 92.

²⁾ Карамз. спис., ст. 98, 123, 126, 129.

³⁾ Ср. также Сергѣевичъ, лекціи, изд. 1897 г., стр. 215; Таганцевъ, *ibid.*

⁴⁾ Ср. Владимірскій-Будановъ, Христоматія, I, стр. 167, пр. 201.

⁵⁾ О преступномъ дѣйствіи, стр. 235.

⁶⁾ Курсъ, I, 249.

⁷⁾ Ср. ст. 105, 200, 201, гл. X уложенія 1649 г. о необходимой оборонѣ.

къ необходимой оборонѣ ¹⁾. Проф. Сергѣевичъ ²⁾ усматриваетъ въ Уложеніи только одинъ близкій случай: „кого лошадь понесетъ, а удержать ее будетъ не можно, и онъ наскочитъ и задавитъ кого, наказанія не чинитъ“, но, понятно, въ этомъ мѣстѣ рѣчь идетъ о *vis absoluta*, гдѣ совсѣмъ нѣтъ дѣянія ³⁾.

Изъ эпохи, какъ предшествующей Уложенію 1649 года, такъ и непосредственно за нимъ слѣдующей, можно привести нѣсколько указаній фактическаго характера, но совершенно неизвѣстно, какъ такіе случаи разрѣшались закономъ ⁴⁾. Такъ Teestander ⁵⁾ рассказываетъ о томъ, что во время голода въ Москвѣ при царѣ Борисѣ ѣли людей, убивали живыхъ, употребляли въ пищу трупы умершихъ. То же повѣствованіе встрѣчается у P. Petreius de Erlesunda ⁶⁾ и у Масса ⁷⁾. Объ употребленіи недозволенной пищи говоритъ также „Лѣтопись о многихъ мятежахъ“ ⁸⁾: „Сидѣнье поляковъ въ Москвѣ было столь жестоко, что не токмо собакъ и кошекъ, людей русскихъ и сами другъ друга побиваху и ядаху; да не токмо живыхъ людей побиваху, но и мертвыхъ изъ земли выкапываху. Какъ убо взяли Китай, то сами видѣхомъ очима своими, что многіе чаны насолены

¹⁾ Ср. выше, стр. 49, пр. 3, объ аналогичныхъ случаяхъ по германскому праву. Поступать такъ заставляло законодателя именно отсутствіе института крайней необходимости, почему и обнимаемые имъ случаи относились къ готовому уже юридическому понятію. Съ нашей точки зрѣнія это, несомнѣнно, крайняя необходимость.

²⁾ Лекціи, стр. 215.

³⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 347, *ibid.*, замѣчаетъ, что состояніе принужденія у насъ не всегда являлось обстоятельствомъ, уничтожающимъ виновность и не всегда давало право (?) на предпріятіе дѣйствія для отвращенія этого состоянія. Таковы, напр., Правила Кипріана о воспрещеніи вскрывать тѣло умершей женщины, чтобъ спасти жизнь ребенка и т. д. или указанія А. Э., IV, 284, ст. 6 (Чебышевъ, стр. 235, пр. 25), о наказуемости отступленія отъ вѣры православной. Надо замѣтить, что всѣ возможные въ этой области указанія стоятъ въ зависимости отъ перенесенныхъ на нашу почву византийскихъ началъ, отъ постановленій церковныхъ, см. Migne, *Patrologia Graeca*, Th. Balsamon, t. 137, стр. 160 и др., гдѣ встрѣчаются аналогичныя положенія.

⁴⁾ Указанія эти любезно сообщены автору проф. Н. Д. Сергѣевскимъ.

⁵⁾ *Iter Persicum*, Altenburg 1610, S. 41, 42.

⁶⁾ *Historien und Bericht von dem Grossfürstenthum Muschow*, Lipsiae, 1620. Русский переводъ Шемякина, Москва, 1867: *Исторія о Великомъ Княжествѣ Московскомъ*, которую обнародовалъ Петръ Петрей де Ерлесунда, стр. 191, 192; въ оригиналѣ стр. 292, 293, — во время голода 1601—1603 гг. люди ѣли другъ друга. Авторъ видѣлъ, какъ мать шла по улицѣ съ ребенкомъ на рукахъ, ударила его кулакомъ и откусила два куска отъ ручекъ ребенка и ѣла, сидя на улицѣ.

⁷⁾ Смутное время, стр. 77: матери ѣли своихъ дѣтей.

⁸⁾ Стр. 265, объ осадѣ поляковъ въ Кремлѣ.

быша человѣческими мясами“. Затѣмъ, въ „Житіи протопопа Аввакума, имъ самимъ составленномъ“¹⁾, Аввакумъ описываетъ голодъ въ отрядѣ въ Дауріи: „а иные и самыхъ озяблыхъ бѣли волковъ и лисицъ и что получаютъ, всякую скверну. Кобыла жеребенка родить, а голодные втай и жеребенка, и мѣсто скверное кобылѣ сѣдятъ. А Пашковъ (начальникъ отряда) свѣдалъ и *кнутомъ до смерти забьетъ*“. Кромѣ послѣдняго указанія, имѣющаго уже болѣе или менѣе юридическое значеніе, можно привести еще мѣсто изъ *Актовъ Историческихъ*²⁾: Ясашная самаодъ измѣнила и сдѣлала нападеніе на Мангазею; трое измѣнниковъ взяты въ плѣнъ; „и я (Мангазейскій воевода) тѣхъ воровъ и измѣнниковъ дву человѣкъ велѣлъ четвертовати, руки и ноги и головы отсѣчь и на колые втыкать, а *третьему человеку, который взятъ неволею къ городу приступать, велѣлъ у него обрзывать уши*“.

Такимъ образомъ, указанія нашей исторіи чрезвычайно скудны, и никакихъ выводовъ, если не считать послѣдняго случая, гдѣ наказаніе значительно смягчено, сдѣлать не позволяютъ. И это не удивительно, ибо памятники наши и вообще бѣдны въ области вопросовъ уголовного права. Трудно и думать, чтобъ крайняя необходимость, хотя бы какъ субъективный моментъ дѣянія, могла въ ту пору вырости до самостоятельнаго института. Самая личность стояла не высоко, и мало было дѣла до ея субъективныхъ отгѣнковъ въ дѣяніи: законъ стоялъ исключительно на сторонѣ государственныхъ интересовъ³⁾. Это обстоятельство вліяло и на всю политику права той эпохи.

Несомнѣнное введеніе института крайней необходимости въ законодательство наше сдѣлано Воинскимъ Уставомъ 1716 г. Въ арт. 154, гдѣ идетъ рѣчь объ убійствѣ, сюда отнесены случаи, гдѣ дѣяніе совершено „безъ нужды и смертнаго страху“⁴⁾, откуда открывается возможность вывода а *contrario*. Въ арт. 180, ведущемъ рѣчь о поврежденіи чужого имущества⁵⁾, замѣчено: „развѣ по необходимой нуждѣ (*unumgängliche Noth*) востребуется и на то позволится“ (*Erlaub dazu ertheilt worden*). Въ толкованіи на арт. 195 говорится: наказаніе воровства обыкновенно

¹⁾ 1861, стр. 38, 39. См. также т. V *Матеріаловъ для исторіи раскола*.

²⁾ VIII, № 44, стр. 148 и сл., 162 и сл., 1678 — 1682, актъ о сибирскихъ дѣлахъ.

³⁾ Ср. Сергѣевскій, *Наказаніе въ русскомъ правѣ XVII вѣка*, стр. X, 23, 62.

⁴⁾ „Кто кого волею и нарочно безъ нужды и безъ смертнаго страху (*ohne Noth und rechter Lebensgefahr*) убьетъ... голову отсѣчь“.

⁵⁾ „Нагазуются,... кто сломаеть, сожжетъ дворы, заборы“ и т. д.

умалается или весьма оставляется, ежели кто изъ крайней голодной нужды (äusserster Hungersnoth), которую онъ доказать имѣеть, съѣстное или питейное или иное что не великой цѣны украдетъ“.

Конечно, эти постановленія пересажены на нашу почву изъ чужеземнаго права, но съ ними вмѣстѣ проникаетъ идея о юридическомъ значеніи крайней необходимости, хотя и въ ограниченномъ объемѣ.

Проектъ Уголовнаго Уложенія 1813 года, напротивъ, не находитъ возможнымъ признать въ крайней необходимости обстоятельство, совершенно устраняющаго отвѣтственность. § 91 п. 4 говоритъ: „чѣмъ болѣе преступникъ былъ обольщенъ или обманутъ хитрыми подущеніями другого или угрозами и приказаніемъ вынужденъ, или же по крайней бѣдности и нуждѣ покусился на преступленіе для спасенія себя отъ неизбѣжной гибели“, тѣмъ болѣе смягчается наказаніе, т. е. видитъ въ крайней необходимости лишь обстоятельство, уменьшающее вину и степень наказанія. Въ § 551 говорится, что „за кражу съѣстныхъ припасовъ или другихъ необходимыхъ потребностей, въ случаѣ доказанной крайней нужды, столько, сколько для насыщенія или удовлетворенія надобно было, судить по полицейскимъ законамъ“. Чрезвычайно трудно установить, какими законодательными прецедентами руководился составитель Проекта, но противоправность акта крайней необходимости онъ понималъ вполне.

Въ XV т. Свода Законовъ изданія 1842 года, гдѣ лишь повторены правила, вошедшія въ Сводъ 1832 года, указанія на крайнюю необходимость весьма неопредѣленны. Ст. 147-я говоритъ: „преступленіе, учиненное кѣмъ-либо по насильству или по обману, не вѣняется въ вину, когда будетъ доказано и судомъ признано, что принужденіе точно было насильственнымъ и непреодолимо, и обманъ неизбѣженъ“. Что такое насильство и принужденіе, о которыхъ ведетъ рѣчь ст. 147-я, ближе не опредѣляется, а ссылки на Полное Собраніе Законовъ №№ 3006 и 5181 также не даютъ точнаго объясненія. Первая ссылка относится къ арт. 167, 168 и 172 Воинскаго Устава, гдѣ говорится о физическомъ насиліи или обманѣ. Вторая ведетъ рѣчь о Сенатскомъ указѣ 16 окт. 1727 г., гдѣ также имѣется въ виду лишь физическое принужденіе ¹⁾. Ст. 141 п. 2 къ обстоятельствамъ,

¹⁾ О учиненіи смертной казни Арзамасцу Аратскому за изнасилованіе малолѣтней дочери. „А помянутая его Аратскаго дочь за вышеписаннымъ насиліемъ, и что она не въ совершенныхъ лѣтахъ, отъ наказанія признавается свободна“.

уменьшающимъ вину, относить и случай, „когда доказано будетъ, что преступленіе учинено по крайней нуждѣ и бѣдности“, и ссылается на толкованіе арт. 195 Военскаго Устава. Иныхъ постановленій Сводъ Законовъ не содержитъ.

Дѣйствующее Уложеніе о Наказаніяхъ даетъ въ ст. 100-й очень ограниченное опредѣленіе: „Учинившему противозаконное дѣяніе вслѣдствіе непреодолимаго къ тому отъ превосходящей силы принужденія и токмо для избѣжанія непосредственно грозившей его жизни, въ то самое время неотразимой другими средствами опасности, содѣянное имъ не вмѣняется въ вину¹⁾“.

Такимъ образомъ, наше право никогда не знало широкаго значенія крайней необходимости. Напротивъ, въ немъ замѣчается тенденція ограниченія этого института. Дѣйствующее право включило его въ тѣсныя рамки спасенія жизни, притомъ только своей. Трудно сказать, поступалъ ли такъ законодатель, прислушиваясь къ голосу народнаго правосознанія или вступая на путь заимствованій изъ иностраннаго права. По крайней мѣрѣ самое возникновеніе института крайней необходимости въ нашемъ правѣ обязано такому заимствованію. Не свободно отъ него и постановленіе ст. 100-й Уложенія, чрезвычайно близкой къ постановленіямъ австрійскаго законодательства. Тѣмъ не менѣе въ настоящее время институтъ этотъ пересталъ быть намъ чуждымъ, онъ вполне реципированъ нашимъ правомъ, и эта рецепція требуетъ къ себѣ большаго вниманія, ибо узкія, ограниченныя положенія закона не соотвѣтствуютъ условіямъ современной жизни. Законъ требуетъ реформы, чтобы не заставить практику обходить его, къ чему въ нашихъ правахъ открывается наибольшая возможность. Но и въ этой реформѣ не долженъ быть забываемъ одинъ принципъ, нашему праву присущій — что дѣяніе въ крайней необходимости представляется прежде всего противоправнымъ.

Исключенія въ этой сферѣ указаны нашимъ правомъ категорически. „Право нужды“ устанавливается ст. 379, 387, 389 уст. торг. (т. XI, ч. 2, изд. 1893 г.), нашедшими себѣ отголосокъ въ ст. 1230 Ул. о Нак., и ст. 400 уст. торг., отразившейся на ст. 1238 Ул. о Нак. Блага, охраняемые закономъ, здѣсь различны; блага жертвуемые — имущественныя. Кромѣ того, ст. 1521 Ул. о Нак. и ст. 1208, 1209 — представляютъ ограниченіе въ пользованіи имущественными правами, обусловленное интересомъ общественнымъ.

¹⁾ Мировой Уставъ, ст. 10: проступки не вмѣняются вовсе въ вину, когда они совершены... 4) по принужденію отъ непреодолимаго силы.

Послѣднія статьи имѣютъ чрезвычайно важное педагогическое значеніе и совершенно устраняютъ рядъ контроверзь, выдвинутыхъ правомъ германскимъ по вопросу о необходимой оборонѣ противъ акта крайней необходимости. Собственникъ имущества въ нашемъ правѣ, въ такихъ случаяхъ, не имѣетъ права необходимой обороны, иначе лишь усугубляетъ свою вину по ст. 1521¹⁾.

Проектъ Уголовнаго Уложенія Редакціонной Коммиссіи даетъ въ ст. 38 очень широкія постановленія, сходныя съ конструкціей, предложенной Янкой: „Не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное для спасенія жизни своей или другого лица отъ происшедшей вслѣдствіе незаконнаго принужденія или иной причины опасности, въ то самое время другимъ средствомъ неотвратимой. При тѣхъ же условіяхъ не почитается преступнымъ и дѣяніе, учиненное для спасенія здоровья, свободы, цѣломудрія или иного личнаго или имущественнаго блага, если учинившій имѣлъ достаточное основаніе считать причиняемый вредъ мало-важнымъ сравнительно съ спасаемымъ благомъ. Постановленія

¹⁾ Не лишнее затѣмъ указать, что вопросъ о крайней необходимости по отношенію къ актамъ, направляющимся на поврежденіе чужого имущества, стоить въ зависимости отъ того, какъ опредѣляетъ законъ составъ такого преступленія и считаетъ ли вообще такой актъ преступленіемъ. Въ Германіи вопросъ этотъ далъ благодарную пищу тѣмъ нареканіямъ, которымъ подверглись постановленія Германскаго Уложенія о крайней необходимости, ибо германское право караетъ и простое поврежденіе имущества, *Sachbeschädigung*, не включая въ его составъ особыхъ реквизитовъ. Противоположностью является право англійское, гдѣ имущественныя поврежденія въ извѣстныхъ объективныхъ предѣлахъ лишь тогда являются наказуемыми, когда къ нимъ присоединяются особыя квалифицирующія обстоятельства, напр., посягательство на личныя блага или моментъ общественной опасности. Аналогичныя постановленія знаютъ нѣкоторые германскіе партикулярные кодексы, напр. баварскій 1813 г., баденскій 1845 и др., ставящіе подъ угрозу наказаніемъ лишь поврежденія имущества общественной или сопровождающіяся мотивами злобы или мести. См. Объясн. Записку къ Проекту Уг. Ул. объ имущ. прест., стр. 2. Весьма широки постановленія нашего права, гдѣ привнесеніе мотива дѣянія въ составъ преступленія поврежденія имущества встрѣчается лишь по исключенію, напр. въ ст. 1615. И между тѣмъ наше старое право не знало наказуемости обыкновеннаго поврежденія имущества, ср. Русская Правда ст. 51, Псковская Судная Грамота ст. 112. Уложеніе 1649 г. говоритъ въ гл. X ст. 228 лишь о зажигательствѣ, т.-е. общественной опасности дѣянія. Ср. Сергѣевскій, Пособіе 285. Внесеніе въ составъ наказуемаго поврежденія имущества особыхъ реквизитовъ указанного характера легко рѣшило бы одну изъ трудныхъ контроверзь юридической науки въ сферѣ вопроса о крайней необходимости.—Ст. 157 п. 1 Миров. Уст. строится по особому основанію, особому взгляду на непосѣянный или непосаженный дѣсь и по важному значенію средствъ передвиженія для нашихъ дорогъ, и аналогіи не допускаетъ.

сей статьи не примѣняются, когда самое уклоненіе отъ опасности составляетъ преступное дѣяніе“. Постановленія эти, хотя и не совсѣмъ свободныя отъ недостатковъ, привѣтствуетъ почти вся уголовно-юридическая литература.

XIII.

Старая литература иногда дѣлала указанія, что случаи крайней необходимости представляются въ жизни чрезвычайной рѣдкостью. По преимуществу она останавливалась на бросающихся въ глаза и привлекающихъ общее вниманіе случаяхъ морскихъ несчастій. Такъ Marquardsen ¹⁾ подробно излагаетъ дѣло А. Гольмса, разбившагося въ мартѣ 1842 года въ восточномъ округѣ Пенсильваніи. Гольмсъ обвинялся въ томъ, что по соглашенію съ товарищами своими, матросами, для спасенія собственной жизни выбросилъ за бортъ въ море пассажировъ, спасшихся послѣ крушенія „William Browne“ на одной шлюпкѣ, неспособной вмѣстить слишкомъ большого количества лицъ ²⁾. Но это мнѣніе ошибочное. Случай, подобные вышепри-

¹⁾ Archiv des Criminalrechts, 1857, S. 408.

²⁾ Гольмсъ былъ признанъ виновнымъ, но приговоренъ лишь къ кратковременному тюремному заключенію. Аналогичный случай сравнительно недавно былъ на разсмотрѣніи англійскаго суда, см. Simonson, Der „Mignonette“ — Fall in England, Zeitschrift Листа, V, 1885, стр. 367—388. 19-го мая 1884 г. оставила Соутгэмптонъ небольшая яхта „Mignonette“, направляющаяся въ Сидней. На ней были капитанъ Дудлей, лоцманъ Стифенсъ, матросъ Бруксъ и юнга Пэркеръ. Вблизи мыса Доброй Надежды яхта потерѣла крушеніе. Экипажъ спасся на маленькомъ ботѣ. Капитанъ успѣлъ захватить два фунта какихъ-то консервовъ, а прѣсная вода вся погибла. На 4-й день блужданія по морю, когда пища уже вышла, несчастные поймали голубя, и это было ихъ единственной пищей въ продолженіе 20 дней. Воду давалъ имъ дождь, капли котораго они бережно собирали. Послѣдніе 8 дней до дѣянія они были безъ пищи, 6 дней безъ воды. За 3 дня до дѣянія они почти условились, что одинъ изъ нихъ для спасенія остальныхъ долженъ быть убитъ. Бруксъ не соглашался на это; юнга лежалъ больной отъ голода и морской воды. Дудлей и Стифенсъ рѣшили, что лучше всего пожертвовать юнгой, ибо они сами — люди семейные. На утро въ назначенный день, послѣ тщетныхъ исканій на горизонтѣ какого-либо судна, Дудлей помолился, приготовилъ безпомощно лежавшаго мальчика и зарѣзалъ его ножомъ. Жадно пили они, даже Бруксъ, теплую кровь, четыре дня были сыты, а затѣмъ ихъ подобралъ итѣмекій корабль и привезъ въ Фальмутъ. — Дѣло прошло нѣсколько инстанцій и дошло до суда королевской скамьи. Они были приговорены къ повѣшенію (королева смягчила приговоръ до 6 мѣсяцевъ servitude penal); общество отнеслось къ приговору суда съ симпатіей. Въ основаніе приговора легли соображенія, что въ дѣяніи налицо убійство внѣ необходимой обороны, что

веденному, дѣйствительно, встрѣчаются не часто, но въ ихъ возможна масса случаевъ, гдѣ существо положенія совершенно одинаково съ вышеуказаннымъ. Легко себѣ представить продрогшаго въ морозную ночь путника, съ насиліемъ проникающаго въ первое попавшееся жилище; легко представить, что нѣкто присоединяется къ заговору, ибо иначе ему грозятъ смертью; что тюремный смотритель выдаетъ подъ такой же угрозой ключи, почтальонъ *caeteris paribus* денежную сумку; обитатели дома, охваченнаго пламенемъ, полуодѣтые выбѣгаютъ на улицу; нѣкто, спасаясь отъ преслѣдованія разъяреннаго быка, подставляетъ вмѣсто себя другого человѣка, бѣжитъ чрезъ засѣянное поле; крестьянинъ укрываетъ преступника, грозящаго убійствомъ и т. д.

Всѣ эти случаи можно видоизмѣнить, подставивъ вмѣсто опасности для жизни опасность тѣлесной неприкосновенности, угрозу лишенія чести для женщины, лишеніе свободы, напр., нѣкто, запертой въ чужомъ помѣщеніи, совершаетъ поджогъ, чтобъ освободиться; опасность для добраго имени, напр., на вопросъ должностнаго лица я называю себя ложнымъ именемъ, боясь иначе навлечь на себя позорныя подозрѣнія; *caeteris paribus* адвокатъ сообщаетъ частныя тайны, довѣренныя ему въ

англійская судебная практика не знаетъ подобныхъ прецедентовъ, и оправданіе виновныхъ было бы на будущее время опасно, безправственно и несо-вмѣстимо ни съ какими принципами права. Самосохраненіе абсолютно не является обстоятельствомъ, устраняющимъ наказуемость, ибо для матроса выше всего долженъ стоять его долгъ: *necesse est ut eam, non ut vivam* (Бэконъ). — Высказанная обществомъ симпатія къ приговору неудивительна, ибо идея долга есть одна изъ твердыхъ англійскаго духа. Такъ недавно, въ ночь на 19 марта 1899 г. (см. Новое Время 31 марта 1899 г.) произошло крушеніе англійскаго парохода „Stella“. Капитанъ и всѣ офицеры погибли, стремясь прежде всего къ спасенію пассажировъ. Иначе относятся къ дѣлу французы, что доказалъ пожаръ *Bazar de charité* въ Парижѣ. — Вообще же отношеніе англійской юриспруденціи къ случаямъ крайней необходимости не лишено интереса. За исключеніемъ лорда Бэкона (*Bacon's Maxims* № 5) и отчасти Стифена (*Digest of the Criminal Law*, 3 глава ст. 32. Авторъ, впрочемъ, не высказывался въ пользу извиненія дѣянія въ крайней необходимости по поводу несчастія въ морѣ) англійскіе юристы высказываются противъ болѣе мягкаго отношенія къ случаямъ крайней необходимости. Таковы мнѣнія старыхъ юристовъ, *Sir Mathew Hale* (1609—1676) въ „*Treatise on Pleas of the Crown*“, *Michael Foster* (1689—1763), *Edward East*, *Dalton* въ „*Justice of the Peace*“ и *Serjeant Hawkins* (1720) въ „*Pleas of the Crown*“. Ср. *Simonson l. c.*, *Janka S. 222—223*. Института крайней необходимости Англія совершенно не знаетъ, исключая угрозъ жизни и тѣлесной неприкосновенности, гдѣ это обстоятельство является причиной смягченія наказанія, см. *Stephen, New commentaries of the laws of England*, IV, VI ch. II p. 81 sqq.; ср. *Janka 223*, *Moriaud 234*. Единственнымъ исходомъ остается путь помилованія.

силу его профессіи; опасность для имущественныхъ благъ, напр., разносчикъ оставляетъ свой лотокъ безъ присмотра и бѣжитъ за человѣкомъ, похитившимъ нѣсколько изъ продаваемыхъ имъ фруктовъ; нѣкто бѣжитъ по засѣянному полю за шляпой, уносимой вѣтромъ; чтобъ потушить пожаръ, нѣкто влѣмывается въ сосѣдній домъ за водой.

Опасность можетъ грозить не дѣятелю, а третьимъ лицамъ: у меня заболѣлъ ребенокъ, и я ѣду на велосипедѣ за докторомъ по морскому берегу, несмотря на „дамскій часъ“; тонуть два человѣка, ухватившихся другъ за друга, — я спасаю одного путемъ гибели другого.

Разнородно можетъ быть и совершаемое въ такихъ случаяхъ нарушеніе, что ясно уже и изъ вышеприведенныхъ примѣровъ. Обстоятельства вынуждаютъ меня не явиться присяжнымъ, свидѣтелемъ, обвиняемымъ, не выполнить служебныхъ обязанностей, не объявить о рожденіи ребенка и пр.

Конфликтъ теоретически можетъ быть продолженъ и далѣе, — онъ можетъ дать картину столкновенія нѣсколькихъ обязанностей; я нарушаю обязанность явиться въ судъ обвинителемъ, ибо долженъ явиться въ другой судъ свидѣтелемъ; пожарные являются на одинъ пожаръ, не имѣя возможности въ то же время поспѣть и на другой.

Аналогичное фактически положеніе создается и въ иныхъ случаяхъ: жандармъ врывается въ жилище частнаго лица, пожарный обозъ ѣдетъ, не разбирая дороги, повреждаетъ чужую собственность и пр.

Характерная черта, присущая всѣмъ этимъ случаямъ, именно невозможность осуществить одинъ интересъ безъ нарушенія другого, можетъ проявиться въ безконечномъ числѣ случаевъ. Причиненіе вреда частному благу, нарушеніе формальнаго требованія права — можетъ быть совершено при исполненіи закона, осуществленіи права, исполненіи приказа, обязанности и т. д.

Матеріальное содержаніе всѣхъ этихъ случаевъ выливается въ коллизію тѣхъ или иныхъ интересовъ, при чемъ положеніе таково, что одинъ изъ коллидирующихъ интересовъ можетъ быть осуществленъ лишь на счетъ другого, путемъ его пораженія или неосуществленія. Юридическій характеръ этой коллизіи, чрезвычайно важный для обсужденія ея, скрывается въ томъ, что коллидирующіе интересы являются поводами правоотношенія, имѣютъ правовое значеніе. Нарушеніе при указанныхъ условіяхъ иныхъ интересовъ, не являющихся матеріальной подкладкой правовыхъ велѣній, не стоящихъ въ сферѣ права, и не имѣетъ

значенія для послѣдняго. Его не интересуеьтъ, напр., измѣна любви, дружбѣ, тѣмъ или инымъ симпатіямъ, совершенная подъ вліяніемъ крайней необходимости, ибо эти отношенія людей правомъ не регулируются. Наконецъ, психическое значеніе крайней необходимости, одинаковое при правовыхъ и виѣправовыхъ коллизіяхъ, сказывается въ томъ, что дѣятель избираетъ тотъ или иной выходъ изъ указаннаго положенія, повинуюсь сильному опредѣляющему началу. Въ этой сферѣ понятіе необходимости иное, чѣмъ въ сферѣ физическихъ явленій, гдѣ оно является закономъ природы (замерзаніе воды при 0^0); въ сферѣ психической оно совпадаетъ съ понятіемъ выгоды, полезности, преимущества одного рѣшенія предъ другимъ. Въ дѣяніе выливается сильный мотивъ, вытекающій изъ психики человѣка. Задача права противопоставить этому мотиву свое велѣніе, вложить въ душу человѣка иной, не менѣе сильный психическій двигатель.

Этотъ общій характеръ указанныхъ случаевъ побудилъ литературу обобщить ихъ въ одну группу. Такъ, напр., А. Merkel ¹⁾, подчеркивая общій моментъ коллизіи, излагаетъ всѣ эти случаи въ одномъ отдѣлѣ, ведущемъ рѣчь объ особыхъ обстоятельствахъ, имѣющихъ значеніе при обсужденіи вопроса о противоправности или наказуемости дѣянія. Сигналъ къ такому движенію далъ Биндингъ, самъ, впрочемъ, не сдѣлавшій того, что сдѣлала литература позднѣе. Увлечшись моментомъ коллизіи, она чрезвычайно обобщила понятіе крайней необходимости, сдѣлавъ его родовымъ понятіемъ. Это отразилось и на монографіяхъ Morgani и R. Merkel'я.

Казалось бы, что это обобщеніе представляетъ пріобрѣтеніе для науки; ибо, повидимому, идея коллизіи интересовъ дифференцировалась ранѣе, чѣмъ пришла къ должному обобщенію. Казалось бы, что правильно, сведя въ общую группу всѣ такіе случаи, индуцировать общее начало и, уже отправляясь отсюда, вывести принципъ для правильнаго рѣшенія частныхъ. Но это пріобрѣтеніе лишь кажущееся; оно полезно лишь для системы изложенія, ибо сокращаетъ заголовки. Съ логической точки зрѣнія оно неточно, ибо, уходя въ сферу интересовъ, указанная доктрина оперируетъ лишь съ матеріальнымъ субстратомъ права, забывая, во-первыхъ, его психическій субстратъ, а во-вторыхъ, забывая и тотъ особый характеръ, который придается коллизіи тѣмъ, что она представляетъ не вообще коллизію интересовъ, а коллизію интересовъ право-

¹⁾ Lehrbuch, 156, sqq.

выхъ. А это обстоятельство несетъ и свои консеквенціи. Это приобрѣтеніе, затѣмъ, незаконченное, ибо требуетъ еще большаго расширенія, — расширенія указанной идеи на коллизію правовыхъ нормъ, вопросъ нерѣшенный, но близкій. Принимая же такое расширеніе, наука идетъ не къ выясненію дѣла, а къ его затемненію; она упускаетъ изъ-подъ ногъ твердую юридическую почву, почву закона, и приноситъ ее въ жертву безсодержательнымъ спекуляціямъ, извлекая изъ нихъ неправильные и вредные выводы.

Изъ опыта, сдѣланнаго А. Меркелемъ, ясно, что всѣ объединяемые такимъ путемъ въ общую группу случаи весьма различны по своему характеру. Вліяніе ихъ на преступность дѣянія, если выразится общимъ терминомъ, основывается на неодинаковыхъ началахъ. То въ основу непроступности кладется сила мотива, то этическая природа интереса, то принципъ относительнаго значенія коллидирующихъ интересовъ, то идея осуществленія права, исполненія приказа, отправленія профессіи, призванія, ремесла. Картина получается достаточно пестрая и съ юридической точки зрѣнія совершенно неудовлетворительная.

Дифференціація моментовъ, на коихъ обосновывается правомѣрность или только ненаказуемость дѣянія по началамъ уголовного права и науки его, есть дѣло уже совершенное, настолько совершенное, что о слитіи этихъ моментовъ можетъ быть рѣчь лишь постольку, поскольку вообще дѣяніе въ извѣстныхъ предѣлахъ входитъ въ рубрику правомѣрныхъ, то есть для уголовного права не представляющихъ интереса. Но идти далѣе, извлекать изъ общей смѣшанной суммы ихъ общій принципъ, якобы неизбѣжный для примѣненія по аналогіи, юристъ не можетъ.

Не надо забывать, что уголовное право по своей природѣ является членомъ общей правовой семьи, что его постановленія принадлежатъ къ числу такъ называемыхъ вторичныхъ, секундарныхъ постановленій права или санкцій. Моментъ выступленія такой квалифицированной силы изъ ея потенциальнаго состоянія есть моментъ реального нарушенія диспозиціи закона, первичной нормы, какъ правового основанія для нормы вторичной. Если первичная норма, съ которой законъ связываетъ свою санкцію, не нарушена, то нѣтъ рѣчи о преступленіи. Есть рядъ случаевъ, гдѣ эта норма и не можетъ быть нарушена, и эти случаи право отчетливо нормируетъ или должно нормировать. Сюда относится осуществленіе права въ широкомъ объемѣ, распадающагося на исполненіе закона, какъ исполненіе обязанности, проистекаетъ ли эта обязанность изъ непосредственно возложеннаго на лицо долга (исполненіе закона въ широкомъ смыслѣ), или изъ долга,

возложеннаго предписаніемъ законной власти (исполненіе приказа), и на осуществленіе частнаго права въ предѣлахъ, закономъ установленныхъ; затѣмъ, необходимая оборона и такъ называемое право нужды, ясно вытекающее изъ постановленій закона. Сущестующее на одной сторонѣ право всегда создаетъ на противоположной сторонѣ юридическую обязанность. Всѣ эти случаи устраняють противоправность дѣянія, какъ основной и существенный элементъ преступленія, и въ силу этого не имѣютъ значенія для уголовного права или имѣютъ постольку, поскольку дѣяніе является эксцессомъ *in ordine legis*.

Въ эту группу входитъ и подчеркнутая Биндингомъ коллизія обязанностей, какъ видъ крайней необходимости. Исполненіе лежащей на дѣятелѣ обязанности обсуждается уже по установленнымъ правомъ, точнымъ основаніямъ, если эта обязанность коллидируетъ съ матеріальнымъ нарушеніемъ. Если же коллидируютъ двѣ обязанности, напр., запрещена быстрая ѣзда по улицѣ и повелѣно спѣшить на помощь лицу, кричащему „караулъ“, то вопросъ о подобной коллизіи рѣшается въ соответствующихъ областяхъ права, напр., процессуальнаго, государственнаго, гражданскаго, какъ вопросъ о коллизіи нормъ, но не съ точки зрѣнія крайней необходимости, гдѣ характеръ коллизіи иной. Въ чистомъ видѣ крайней необходимости, гдѣ коллизія интересовъ представляетъ картину выбора между понесеніемъ собственнаго вреда и совершеніемъ противоправнаго дѣянія, гдѣ выборъ совершается подъ давленіемъ психическихъ моментовъ, и дѣятель находится въ полной опредѣленности относительно правового характера своего положенія, нѣтъ тѣхъ чертъ, которыми характеризуется исполненіе обязанностей. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ дѣятель хочетъ поступать правомѣрно, онъ хочетъ быть и дѣйствовать въ согласіи съ закономъ, и если законъ оставляетъ его въ неопредѣленномъ положеніи, то и долженъ нести ущербъ на регулируемой имъ сферѣ. Эти случаи требуютъ спеціальнаго разрѣшенія закона, и, пока его нѣтъ, индивидъ никоимъ образомъ не можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за то, что въ своемъ стремленіи дѣйствовать согласно съ закономъ избралъ тотъ, а не другой путь. Нарушеніе является плодомъ неполноты закона, а субъективная сторона дѣянія правомѣрна.

Это одна группа обстоятельствъ, вліяющихъ на преступность дѣянія въ смыслѣ устраненія таковой. Она устанавливаетъ правомѣрность дѣянія. Другая группа не простираетъ своего вліянія далѣе наказуемости. Сюда относится и крайняя необходимость

въ тѣсномъ смыслѣ, какъ коллизія осуществленія интереса, то есть охраненія собственнаго или, въ извѣстныхъ случаяхъ, и третьихъ лицъ блага, — съ совершеніемъ противоправнаго дѣянія. Здѣсь дѣятель стоитъ передъ яснымъ запретомъ закона, передъ правонарушеніемъ. Онъ несетъ отвѣтственность за свое поведеніе, относительно котораго законъ высказывается съ полной опредѣленностью. Дѣятель знаетъ, чего онъ не долженъ дѣлать, и если совершаетъ правонарушеніе, то за послѣднимъ могутъ наступать всѣ его юридическія послѣдствія.

Между указанными группами необходимо строгое различеніе. Первая группа можетъ быть безъ вреда выброшена наукой уголовного права и уголовнымъ закономъ за бортъ, и даже должна быть выброшена. Она найдетъ и должна, по существу своему, найти мѣсто въ иныхъ областяхъ права ¹⁾. Вторая — достояніе права уголовного. Это не значитъ, что между ними порывается всякая связь, — она остается постольку, поскольку право уголовное связано съ правомъ иныхъ областей. Она можетъ быть даже весьма тѣсной, какъ, напр., связь между „правомъ нужды“ и крайней необходимостью. Въ области первой группы налицо объективный моментъ правомѣрности, закономъ опредѣленно и исчерпывающе указанный; въ области второй налицо противоправность дѣянія и такъ же опредѣленно указываемыя основанія его ненаказуемости или менѣе строгой наказуемости. Основанія эти по большей части лежатъ въ сферѣ субъективной и подлежатъ такому же ограничительному толкованію на почвѣ закона, какъ и основанія правомѣрности дѣяній первой группы. Но эти основанія могутъ намѣчаться законодателемъ и въ зависимости отъ объективныхъ свойствъ дѣянія, какъ на сторонѣ активнаго, такъ и на сторонѣ пассивнаго изъ „коллидирующихъ интересовъ“ — внѣ вышеуказанныхъ санкціонированныхъ правомъ объективныхъ предѣловъ, устанавливающихъ правомѣрный характеръ дѣянія, — а также въ зависимости отъ соображеній характера этического, въ особенности политики права и т. д.

Въ эту послѣднюю группу, какъ уже указано, входитъ и крайняя необходимость. Если очистить комплексъ приведенныхъ выше примѣровъ отъ случаевъ, представляющихъ картину первой

¹⁾ Идея эта уже намѣчена проф. Сергѣевскимъ. Пособіе, 250. Ясность отсутствія необходимости давать общія опредѣленія въ уголовномъ законѣ ведетъ на дѣлѣ къ умолчанію о многихъ такихъ явленіяхъ. Такъ наше Уложеніе не даетъ въ своей общей части никакихъ правилъ о безнаказанности дѣянія, совершеннаго во исполненіе закона или обязанности, закономъ наложенной, не говоритъ ни слова объ осуществленіи правъ, закономъ данныхъ.

группы, то составъ дѣянiя, вѣрнѣе, положенiя — представляется въ слѣдующемъ видѣ: или 1) два правоохраненныхъ интереса дѣйствительно коллидируютъ такимъ образомъ, что *каждый изъ нихъ* можетъ быть спасенъ или осуществленъ лишь на счетъ другого, а иначе наступитъ гибель обоимъ интересамъ. Напр., одинъ изъ двухъ альпинистовъ при подъемѣ на гору падаетъ въ пропасть; если его товарищъ, связанный съ нимъ канатомъ, не обрѣжетъ каната немедленно, то его гибель также неизбежна; сюда же относится знаменитый карнеадовскiй примѣръ, *tabula naufragio duorum* по сарахъ, примѣръ двухъ лицъ, спасающихся послѣ кораблекрушенiя на обломкѣ доски, который можетъ держать только одного изъ нихъ; или 2) нѣтъ коллизiи правоохраненныхъ интересамъ, а есть такое положенiе лица, гдѣ оно можетъ осуществить свой интересъ лишь путемъ гибели другого правоохраненнаго интереса. Этотъ послѣднiй интересъ не въ опасности, ему гибель не грозитъ съ другой стороны, какъ только со стороны нападенiя; это интересъ пассивный. Какъ активный, такъ и пассивный интересы могутъ быть весьма различны по своему содержанiю; дѣйствiе нападающаго выливается въ совершенiе запрещеннаго дѣянiя, носить ли оно характеръ причиненiя вреда или поставленiя блага въ опасность или „простого непослушанiя“, т.-е. представляетъ правонарушенiе. И оно представляетъ правонарушенiе всякiй разъ, какъ не является выраженiемъ общеннаго закономъ въ вышеуказанномъ смыслѣ права.

Послѣднiй случай представляется типическимъ. Первый случай есть подвидъ дѣянiя въ крайней необходимости. Заключение о правонарушительномъ характерѣ дѣянiя покоится на строго юридическихъ основанiяхъ. Наука уголовного права оперируетъ съ человѣческими отношенiями, правомъ уже регулированными, и останавливается исключительно на моментѣ нарушенiя нормы. Ст. 100-й Уложенiя о Наказанiяхъ или вообще статьи уголовного закона о ненаказуемости дѣянiя въ крайней необходимости можетъ и не быть, она можетъ быть очень широка, — вопросъ отъ этого не измѣнится. Какъ скоро законъ въ устанавливающихъ право дѣянiя нормахъ не установилъ такого права категорически, дѣянiе остается по общему правилу нарушающимъ правопорядокъ, противоправнымъ. Къ инымъ выводамъ приходили тѣ, кто разсматривалъ эти „коллизiи“ внѣ предѣловъ уже существующаго закона, твердо регулировавшаго правовыя отношенiя. Съ этой точки зрѣнiя, несомнѣнно, правильно перенести въ сферу рѣшенiя этого частнаго вопроса наблюдающiйся въ большомъ количествѣ нормъ права принципъ преимущественной охраны выс-

паго интереса и по этому принципу разрѣшать новое отноше-
ніе, создающееся въ состояніи крайней необходимости. Но какъ
скоро въ цикл исходныхъ точекъ зрѣнія будетъ введенъ мо-
ментъ правовой, моментъ уже существующей нормировки такого
отношенія, возможность этого перенесенія падаетъ. Юридическая
точка зрѣнія освобождаетъ отъ необходимости конструкціи мета-
физическаго права нужды, къ коему неизбѣжно должны придти
защитники указаннаго принципа. Такое право налицо, гдѣ его
установилъ законъ; его нѣтъ тамъ, гдѣ законъ не установилъ его.

Иной вопросъ о наказаніи. Конечно, если дѣяніе не входитъ
въ сферу уголовной неправды, то оно и не можетъ интересовать
уголовное право. Такъ, напр., по пр. къ ст. 268 т. X ч. 1
гражд. зак., опекуны не могутъ брать у малолѣтнихъ деньги
взаимы: это дѣяніе запрещенное, но не наказуемое, и, какъ
скоро оно совершено подъ вліяніемъ крайней необходимости,
его юридическія послѣдствія наступятъ, но они не будутъ но-
сить уголовно-правового характера. Но всякій разъ, какъ дѣяніе,
при наличности указанныхъ условій, входитъ въ сферу уголовной
неправды, государство можетъ примѣнять наказаніе. И если оно
этого не дѣлаетъ, то не дѣлаетъ въ силу особыхъ основаній.

Что такое наказаніе, каковы его основанія и условія?

Правовымъ основаніемъ наказанія, какъ реализаціи вторичной
пормы права, является несоблюденіе первичной нормы. Правонару-
шеніе, неправда — есть тотъ краеугольный камень, безъ коего при-
мѣненіе наказанія немислимо. Если же это правонарушеніе на-
лицо со всѣми условіями, коихъ требуетъ отъ него законодатель,
условіями объективными, нарушеніемъ нормы, и субъективными, —
виновнымъ, вмѣнимымъ направленіемъ психики индивида, т.-е.
его вмѣняемостью, то возможность примѣненія наказанія откры-
вается, ибо открывается новое правовое отношеніе, вызывающее
къ жизни примѣненіе вторичной нормы. Цѣлевой характеръ на-
казанія тотъ же, что и общій цѣлевой характеръ права, — дать
устойчивый порядокъ общественной жизни. Наказаніе способ-
ствуетъ этому косвеннымъ путемъ, ибо каждый случай его при-
мѣненія указываетъ уже на нарушеніе правопорядка, психоло-
гическимъ путемъ, неизмѣнно подтверждающимъ силу и мощь
правопорядка. Задачи эти, къ рѣшенію коихъ наказаніе стре-
мится, лежатъ въ двухъ областяхъ. Во-первыхъ, въ области,
представляемой личнымъ міромъ дѣятеля; за свое дѣяніе онъ
подлежитъ наказанію, какъ принудительному подчиненію господ-
ству права путемъ воздѣйствія на его чувство и его разумъ,
вселенія въ него мотивовъ законности. Во-вторыхъ, въ области

соціальной, въ области психическихъ настроеній общества, гдѣ задачи эти достигаются путемъ вселенія въ членовъ его твердаго убѣжденія въ господствѣ правовыхъ нормъ, въ ихъ авторитетности, силѣ, такъ сказать, путемъ правовой дисциплины общества ¹⁾. Правовое основаніе наказанія есть существенное ограниченіе государственной власти, для которой, кромѣ послѣдняго, нѣтъ иныхъ обязательныхъ ограниченій подвергать личность тѣмъ или инымъ стѣснительнымъ мѣрамъ, носящимъ уголовно-правовой характеръ ²⁾. Но это правовое основаніе лишь открываетъ государству возможность криминализаціи неправды, не связывая его никакой необходимостью. И здѣсь, какъ и въ иныхъ сферахъ, государство повинуется не только соображеніямъ правовымъ, но и инымъ соображеніямъ. Вполнѣ оправдываемое съ точки зрѣнія юридической легитимациі, наказаніе, по своему огромному соціальному значенію, нуждается еще въ легитимациі политической и этической, каковая играетъ уже не принципиальную, основную роль, роль источника, изъ коего вытекаетъ наказаніе, а роль второстепенную, хотя и также ограничивающую, сдерживающую государство. Такая сдержка, впрочемъ, для государства обязательной не является.

Юридическая легитимациа, даваемая фактомъ нарушенія правовой нормы, естественно исчезаетъ тамъ, гдѣ дѣяніе покоится на объективной правомѣрности, каковы, напр., случаи необходимой обороны, исполненія закона, осуществленія частнаго права и т. д. Она можетъ отсутствовать тамъ, гдѣ нѣтъ налицо субъективныхъ моментовъ неправды, требуемыхъ уголовнымъ закономъ, гдѣ воля дѣятеля настроена правомѣрно, напр., въ случаѣ *error facti, casus* и пр.

Политическая легитимациа дается выгодой, достигаемой государствомъ отъ примѣненія наказанія. Въ силу этого момента государство облагаетъ наказаніемъ не всѣ деликты, ибо наказаніе есть зло не только для преступника, но и для государства. Какъ говоритъ Биндингъ, наказаніе есть мечъ, поражающій и

¹⁾ Ср. Сергѣевскій, Пособіе, стр. 68 и сл.; A. Merkel, Lehrbuch 171—177; contra Binding, Normen I S. 420 sqq. 2 Aufl.

²⁾ Въ этомъ смыслѣ уголовный законъ, по выраженію Листа, есть *magna charta libertatum* гражданина. Впервые провозгласилъ эту идею въ широкомъ смыслѣ Montesquieu. Вольность есть право все то дѣлать, что законы дозволяютъ, повторилъ Наказъ Екатерины. На то же указывалъ Phering, Geist I, 213, говоря, что точность закона есть одна изъ величайшихъ личныхъ гарантій. Надо, впрочемъ, замѣтить, что практически правильность этой идеи не простирается за предѣлы уголовной юстиціи.

того, на кого онъ падаетъ, и того, кто имъ владѣтъ. Наказаніе падаетъ тяжкимъ бременемъ на преступника, его семью, на общество, часто лишаящееся дѣятеля, на государство, на которое возлагается бремя уголовной юстиціи, бремя матеріальнаго содержанія органовъ суда и исполненія его приговора. Государство беретъ на себя это бремя лишь тогда, когда это необходимо (выгодно) по принципу *e duobus malis minimum*, когда зло отъ безнаказанности дѣянія выше зла отъ его наказанія. Опредѣляется эта необходимость потребностями эпохи, и исторія ясно указываетъ, какъ перемѣщались извѣстные дѣянія изъ категоріи наказуемыхъ въ категорію ненаказуемыхъ, и наоборотъ, повинуваясь извѣстнымъ законамъ развитія общественной жизни.

Наконецъ, этическая легитимация, весьма близкая по характеру своему къ политической, лежитъ въ согласіи наказуемости извѣстнаго дѣянія съ народными воззрѣніями, съ народнымъ правосознаніемъ, въ понятности наказанія для народа, въ коей падаетъ его разумная авторитетность, въ коей наказаніе перестаетъ быть полезнымъ и становится вреднымъ.

На этой почвѣ долженъ обсуждаться и вопросъ о наказуемости дѣяній, совершенныхъ въ состояніи крайней необходимости.

Дѣяніе, совершаемое подъ давленіемъ крайней необходимости, есть деликтъ. Въ немъ нѣтъ ни момента объективной правомѣрности, присущаго лишь нѣкоторымъ случаямъ, выдѣляемымъ и отгнѣяемымъ законодателемъ особо, ни момента правомѣрнаго направленія воли, желающей дѣйствовать согласно съ закономъ. Государство вполне можетъ обложить такое дѣяніе наказаніемъ.

Но есть обстоятельства, способныя повлечь не только болѣе мягкое отношеніе законодателя къ такому дѣянію, но и установленіе его полной ненаказуемости.

Къ числу первыхъ принадлежитъ особый внутренній характеръ дѣянія въ состояніи крайней необходимости, кроющееся въ немъ принужденіе, давленіе сильнаго опредѣляющаго начала. Существуютъ мнѣнія, что значеніе мотива и принятіе его во вниманіе законодательствомъ при обсужденіи вопроса о крайней необходимости являются единственнымъ основаніемъ при установленіи ненаказуемости даннаго дѣянія. Эти мнѣнія въ настоящую пору являются наиболѣе распространенными; ихъ принимаютъ даже ученые, отдающіе преимущество критерию объектив-

ному, при обсужденіи вопроса о коллизіи равноцѣнныхъ благъ ¹⁾. Дѣйствительно, наша эпоха уже далеко ушла отъ той поры, когда виновному причинялось матеріальное зло за простой вредъ, когда уголовный законъ каралъ животныхъ или упавшее и задавившее человѣка дерево. Нынѣ, съ развитіемъ психологическихъ наукъ, не только устанавливается необходимость выдѣленія моментовъ субъективной вины, отразившаяся и на конструкціи вмѣняемости по уголовному закону, но и различіе ея наиболѣе тонкихъ оттѣнковъ. Современное право уже не можетъ не принимать во вниманіе этихъ оттѣнковъ, и это неизбежно должно отразиться на наказаніи и его мѣрѣ. Къ числу такихъ оттѣнковъ принадлежитъ и мотивъ дѣянія. Этотъ моментъ уже нашелъ себѣ мѣсто въ различныхъ частяхъ современнаго дѣйствующаго права, таковы, напр., ст. 156¹, 313², 157², 257² Германскаго Уголовнаго Уложенія, или ст. 128, 134, 238, 1451, 1460 и др. нашего Уложенія о Наказаніяхъ, гдѣ установленное закономъ наказаніе подвергается смягченію въ силу наличности въ дѣяніи особаго мотива. По тѣмъ же основаніямъ значеніе мотива можетъ быть принято законодателемъ во вниманіе и при обсужденіи дѣяній, совершенныхъ въ состояніи крайней необходимости.

Но при стремленіи на одномъ этомъ моментѣ построить ненаказуемость дѣянія, аргументація въ эту сторону можетъ быть лишь весьма шаткая. Дѣло въ томъ, что простая ссылка на мотивъ есть слишкомъ обобщенное рѣшеніе вопроса, которое въ сущности мало даетъ ²⁾. Дѣяніе, совершенное подъ вліяніемъ преобладающаго мотива, есть нормальный видъ вмѣнимаго дѣянія. Тотъ или иной мотивъ лежитъ въ основаніи всякаго дѣянія, даже правомѣрнаго. Наличность въ дѣяніи преобладающаго мотива не удерживаетъ государства отъ наложенія за него наказанія. Противъ этихъ замѣчаній могутъ быть сдѣланы лишь указанія метафизическаго характера ³⁾, побиваемыя тѣмъ, что основой примѣненія карательныхъ мѣръ является формальное правонарушеніе, понятію коего чуждъ моментъ мотива, и которое уже одно легитимируетъ наказаніе. Единственное, чтò можетъ извлечь за-

¹⁾ Berner, R. Merkel, Titze и др. Изъ писателей иного лагеря см. Сергѣевскій, Пособіе, ук. стр.; A. Merkel, Lehrbuch, 157 и др. Эта точка зрѣнія соединяетъ въ себѣ все, чтò выработала субъективная школа вопроса буквально „отъ Ромула до нашихъ дней“.

²⁾ Ср. Таганцевъ, Лекціи II, 600. Теорія самого автора, впрочемъ, это вѣрное критическое замѣчаніе игнорируетъ.

³⁾ Ими богато изложеніе проф. Таганцева.

конодатель на этой почвѣ, это — смягченіе наказанія, такъ же какъ оно устанавливается и въ иныхъ аналогичныхъ случаяхъ.

И тѣмъ не менѣе эта теорія близка къ правдѣ. Она лишь извлекаетъ особый уголокъ изъ широкой среды, которая вся должна быть принята во вниманіе. Это человѣческая природа, съ коей имѣетъ дѣло законодатель, на которую всегда было и бываетъ разсчитано все право. *A natura hominis discenda est natura legis*, говорилъ Цицеронъ. Мысль эта стара, какъ право. Въ области вопроса о крайней необходимости она издавна высказывалась, и лишь затемненная ложными спекулятивными мудрствованіями не нашла себѣ должной оцѣнки. Здѣсь все справедливо, — указаніе на преобладающій мотивъ, носящій иногда вполне нравственный характеръ, на инстинктъ самосохраненія въ широкомъ смыслѣ, на человѣческую слабость, на отсутствіе въ извѣстныхъ случаяхъ „героизма“, — все это обнимается характеромъ человѣческой природы. Человѣкъ склоненъ защищать свое благо всѣми путями не только въ крупныхъ случаяхъ, но и въ мелочахъ. Это явленіе нормальное, всегда и вездѣ наблюдающееся. Не даромъ мы такъ удивляемся противоположнымъ случаямъ, жертвой собственнымъ благомъ на пользу другого или идеѣ долга вообще. Эти явленія не возбуждали бы удивленія, еслибъ были обыкновенными, нормальными. Они диктуются нравственностью, религіей, идеей альтруизма, но они необыкновенны ¹⁾.

Но, несмотря на это, законодатель не можетъ открыто и постоянно идти на встрѣчу этому влеченію человѣческой природы. Онъ не можетъ забывать вреднаго, антипедагогическаго вліянія нормъ, поощряющихъ такое влеченіе, вселяющихъ и укрѣпляющихъ эгоизмъ въ человѣческихъ поступкахъ, надежду на снисхожденіе закона въ человѣческомъ расчетѣ. Съ такими влеченіями, какъ и съ каждымъ другимъ антисоціальнымъ влеченіемъ, выражающимся въ сферѣ правовыхъ отношеній, онъ дол-

¹⁾ На первомъ планѣ въ актѣ крайней необходимости стоитъ не причиненіе зла, а спасеніе блага. Это отмѣчено правомъ римскимъ. Воздержаніе отъ нарушенія создаетъ не *lucrum cessans*, какъ и въ иномъ преступленіи, а *damnum emergens*. Психическое состояніе дѣятеля прекрасно изображаетъ Мопассанъ, русск. переводъ VIII, 213, Бродяга: „Долго стоялъ онъ въ углу канавы, неподвижный, мучимый голодомъ, неясно понимая свою неизмѣримую нищету. Онъ ждалъ съ смутной надеждой таинственной помощи. Недалекѣ бродили куры. Онъ смотрѣлъ на нихъ, ни о чемъ не думая; потомъ ему пришла мысль, скорѣе въ желудокъ, нежели въ умъ, что хорошо бы поѣсть этихъ животныхъ, поджаренныхъ на хворостѣ. Мысль, что онъ совершитъ кражу, не коснулась его“.

жень бороться. И для отказа отъ законной санкціи должны быть иныя основанія.

Такія основанія даются политико-этическими соображеніями, которыми, по общему правилу, руководится законодатель, устанавливая наказуемость или ненаказуемость деликта.

Наказывать за дѣяніе, не считаясь съ человѣческой природой, съ такимъ всемогуществомъ проявляющейся въ специфической обстановкѣ крайней необходимости, значило бы сдѣлать наказаніе непонятнымъ для народной массы, съ правосознаніемъ коей наказаніе должно считаться. Правосознаніе это у каждаго народа различно. Несомѣнно, взгляды спартацевъ были иныя, чѣмъ взгляды другихъ, болѣе избалованныхъ племенъ и народовъ. Правосознаніе это стоитъ въ зависимости отъ нравственныхъ чертъ народа, отъ его правовой культурности и дисциплины. Вотъ почему и эта сторона народнаго духа можетъ быть принимаема во вниманіе законодателемъ лишь съ осторожностью и ограниченно. Уступка народному правосознанію, не ограничиваемая разумной потребностью, была бы вредна.

Русское народное правосознаніе, выражаясь въ плодахъ народной мудрости, говоритъ слѣдующее: ¹⁾: „бѣдный украдетъ, да его Богъ прощаетъ“, „Бѣдность крадетъ, нужда лжетъ“, „Пустой мѣшокъ ведетъ въ грѣшокъ“, „Голодный и архимандритъ украдетъ“, „Нужда закона не знаетъ, а черезъ шагаетъ“, „Про нужду законъ не писанъ, нужда свой законъ пишетъ“, „Нужда желѣзо перебдаетъ, нужда, что ржа“ и т. д. На дѣяніе, совершенное въ нуждѣ, наше народное правосознаніе смотритъ, какъ на дѣяніе обычное; оно требуетъ иного отношенія закона къ такому дѣянію. — Этого момента законодательство не можетъ игнорировать. Наказаніе рассчитывается на психологическое воздѣйствіе на индивида и на массу, и если оно съ психикой этой массы, хотя въ наиболѣе тяжкихъ случаяхъ, не гармонируетъ, оно является безцѣльнымъ, влечетъ къ паденію авторитета закона, всегда разумнаго, цѣлесообразнаго, понятнаго, доступнаго. Введеніе въ уголовный законъ наказаній, несоотвѣствующихъ народнымъ правовоззрѣніямъ, достигаетъ какъ разъ противоположной цѣли, влечетъ деморализацію уголовного правосудія, ибо неизбежно вызываетъ искусственные оправдательные приговоры ²⁾. А такое зло выше, нежели зло отъ безнаказанности извѣстнаго дѣянія, въ данномъ случаѣ дѣянія, совершен-

¹⁾ См. Даль, Пословицы русскаго народа, 1862, стр. 60—76, 153.

²⁾ См. Сергѣевскій, Посobie, стр. 6; Glaser, Abhandlungen, 121; Hälschner, System I, 292; Bar, Handbuch, 335.

наго въ состояніи крайней необходимости. Въ этомъ лежитъ единственное, наиболѣе твердое основаніе, почему законодатель отказывался и отказывается отъ наказанія такого дѣянія.

Но такой отказъ есть все-таки не болѣе, какъ снисхожденіе и уступка закона человѣку, на коего законъ рассчитанъ, принятіе въ соображеніе его психической и физической природы. Излишнее расширение этого отказа, какъ уже замѣчено, было бы неблагоразумно и непедagogично. Отсюда вытекаютъ и всѣ ограниченія, которыя законъ здѣсь дѣлаетъ, ибо поощрять акты крайней необходимости въ широкихъ размѣрахъ значило бы дать перевѣсъ зла на сторонѣ безнаказанности. Ясно, поэтому, что у законодателя, снимающаго съ дѣянія моментъ наказуемости, нѣтъ ни малѣйшаго основанія уничтожать и моментъ его противоправности, устранять запретъ. Психологическое вліяніе тѣхъ или иныхъ стимуловъ или общаго давленія человѣческой природы, выливаясь въ дѣяніе, не распространяется на моментъ противоправности, ибо послѣднее понятіе складывается изъ реквизитовъ иного характера, устанавливаемыхъ правомъ внѣ зависимости отъ народнаго правосознанія. Къ этому присоединяется еще сторона политико-этического вліянія запрета на психику народную, созданіе мотивовъ противодѣйствующихъ. Запретъ долженъ оставаться, какъ основной правовой психической факторъ. Если онъ не всегда реализуется, если его перевѣшиваютъ иные психическіе стимулы, то то же явленіе наблюдается и въ любомъ преступленіи, и это еще не служитъ для правопорядка основаніемъ для отказа отъ миссіи правовыхъ запретовъ. Запретомъ опредѣляется весь смыслъ правовой нормы. Наказаніе же есть моментъ вторичный; его наступленіе, какъ уже указано, юридически оправдывается нарушеніемъ запрета, но зависитъ кромѣ того отъ массы политико-этическихъ моментовъ, отъ культурности государства, состоянія его экономическихъ силъ, отъ развитія въ гражданахъ правового чувства. И не имъ, не санкціей, не принужденіемъ держится право, а своими первичными нормами, съ коими соединяется регулировка правоотношеній, установленіе законнаго поведенія человѣка, своимъ психическимъ вліяніемъ на общество, созданіемъ въ немъ устойчивыхъ привычекъ, приученіемъ его къ порядку жизни. На вліяніе этого законнаго мотива на психику народную, на чувство законности, на дисциплину передъ закономъ рассчитана вся какъ уголовная, такъ и гражданская юстиція ¹⁾. Народная этика, гдѣ

¹⁾ Ср. Сергѣевскій, I. с.

живуть представленія о законности, нравственная сила народная, хранящая твердыню права, — поддерживаютъ весь правопорядокъ. Наказаніе есть лишь усиленіе первичныхъ нормъ, но моментъ, не непременно наступающій, — моментъ коему въ общественной жизни отведено, быть можетъ, самое незначительное пространство. Еслибъ оно стояло на первомъ планѣ, то существованіе ненаказуемой неправды было бы непонятно; историческая измѣнчивость преступленія, его умираніе ничѣмъ бы не объяснялось. Поэтому и отказъ отъ наказанія акта крайней необходимости, при оставленіи въ силѣ первичной запрещающей нормы, отказъ въ силу соображеній полезности — является понятнымъ, разумнымъ и цѣлесообразнымъ.

Это совершенно упускаютъ изъ вниманія теоріи, видящія въ статьяхъ закона, устанавливающихъ ненаказуемость дѣянія въ крайней необходимости, не только устраненіе санкціи, но и устраненіе нормы, т. е. признаніе такого дѣянія съ точки зрѣнія права безразличнымъ, иррелевантнымъ. Основнымъ источникомъ неправильности такихъ теорій именно является игнорированіе психической функціи права и предположеніе, что право имѣетъ дѣло только съ интересами, какъ съ таковыми, а не съ интересами, какъ поводами нормируемаго правомъ человѣческаго отношенія.

Въ этой сферѣ идеѣ права чуждъ моментъ социальнo-экономической полезности или вредности гибели того или другого интереса, ибо оно стоитъ на стражѣ высшей полезности — неуклоннаго проведенія своихъ нормъ. Экономическія соображенія здѣсь въ волѣ права не лежатъ. Поэтому и указанный выше подвидъ типическаго состоянія крайней необходимости, напр., *tabula naufragio duogum non saraх*, долженъ быть разрѣшаемъ по тому же началу. Возможная экономическая вредность такого отношенія права одинаково присуща и тѣмъ случаямъ, гдѣ устанавливается противоправность спасенія высшаго интереса на счетъ низшаго. Она искупается осуществленіемъ крупнаго интереса ненарушимости правовой нормы. А этотъ интересъ требуетъ строгаго и неуклоннаго проведенія правовыхъ велѣній и передъ отдѣльными жертвами останавливаться не можетъ. Дѣйствующая первичная норма права должна остаться *ius strictum*.

Иначе стоитъ дѣло съ нормами вторичными.

Различіе двухъ видовъ нормъ, диспозицій и санкцій, нормъ первичныхъ и вторичныхъ, сказывается какъ въ редакціи ихъ, такъ и въ роли суда, которая на него возлагается по примѣненію тѣхъ и другихъ. Нормы первичныя должны быть ясны и точны; онѣ — нормы

человѣческаго поведенія. Вся ихъ задача исчерпывается тѣмъ, чтобъ дать опредѣленный отвѣтъ на вопросъ индивида, какъ ему поступать, чтобъ дѣйствовать въ предѣлахъ правомѣрности, согласно съ правомъ. Здѣсь роль суда ограничивается точнымъ примѣненіемъ абсолютно-опредѣленной нормы. Такова роль гражданской юстиціи и уголовной, если ей такія нормы предлагаются ¹⁾. Напротивъ, нормы вторичныя, санкціи, при наличности точнаго запрета, по общему правилу, предоставляютъ суду извѣстную свободу. Законъ заинтересованъ въ томъ, чтобъ, въ указанныхъ имъ случаяхъ нарушенія первичной нормы, наказаніе наступило. Но онъ не кладетъ и не можетъ класть центра вопроса на абсолютно опредѣленномъ содержаніи санкціи. Онъ отрываетъ суду возможность индивидуализаціи наказанія, приспособленія его къ субъективнымъ и объективнымъ отнѣнкамъ отдѣльнаго случая и, такимъ образомъ, стремится къ возможной справедливости. Движеніе суда въ предѣлахъ санкціи есть юридическій и этический постулатъ. Оно можетъ быть въ абстрактномъ смыслѣ отъ нуля до высшаго предѣла, и законъ часто и самъ даетъ такія санкціи, гдѣ установленъ лишь максимумъ наказанія ²⁾.

Съ указанныхъ точекъ зрѣнія легко выясняется и ближайшее опредѣленіе моментовъ, путемъ коихъ законодатель можетъ ограничить слишкомъ широкую ненаказуемость дѣяній, совершенныхъ въ состояніи крайней необходимости. Оно выясняется изъ характера уступки, которую законодатель дѣлаетъ народному правосознанію. Моментъ сравнительной полезности или меньшей вредности безнаказанности правонарушенія съ соціальной точки зрѣнія сильно наклонился бы въ сторону ея вредности, еслибъ законодатель распространялъ его за извѣстные объективные предѣлы. Предѣлы эти намѣчаются законодателемъ или путемъ ограниченія института крайней необходимости по объему подлежащихъ спасенію благъ; такъ, напр., наше законодательство имѣетъ въ виду только спасеніе жизни; германское — жизни или здоровья; или даются тѣмъ же моментомъ преимущественной охраны высшаго блага съ точки зрѣнія общественной, что наиболѣе свойственно уголовному закону. Но здѣсь

¹⁾ Иначе относится къ дѣлу теорія перевѣшивающаго интереса, забывая, что первичныя нормы должны быть точны, ибо, идя другимъ путемъ, право не достигаетъ своей цѣли, и судебное усмотрѣніе, къ коему теорія широко прибѣгаетъ, дѣлу не только не поможетъ, но повредитъ.

²⁾ Таковъ, напр., рядъ статей Мирового Устава съ наказаніемъ „не свыше“ и т. д.

этотъ моментъ уже не играетъ той роковой роли, какую могъ бы сыграть, обосновывая субъективное право, неопредѣленное и неясное, а имѣетъ значеніе лишь вѣхъ, указывающихъ путь суду въ примѣненіи вторичной нормы. Запретъ остается вездѣ, несмотря на объективное отношеніе благъ; санкція наступаетъ въ зависимости отъ факта правонарушенія. Здѣсь индивиду не приходится выбирать между правомъ и неправомъ, по произволу устанавливая то или другое и, до бесполезнаго уже для него судебного приговора, отправляющаго какую-то абсолютную функцію, не знать, въ правѣ онъ былъ или не въ правѣ. Здѣсь дѣяніе остается неизмѣнно противоправнымъ, и дѣятель, оставаясь правонарушителемъ и зная это, несетъ лишь рискъ простого порицанія или порицанія квалифицированнаго. Задача суда также не является творческой задачей установленія права или неправа, установленія практически бесполезнаго, а представляется обычной задачей движенія въ предѣлахъ санкціи закона. Эта санкція двигается въ повышающейся степени, если дѣяніе представляетъ нарушеніе высшаго съ соціальной точки зрѣнія интереса, и наоборотъ. Судъ входитъ въ изслѣдованіе конкретнаго отношенія, принимая во вниманіе всѣ объективные отбѣнки дѣянія. Но судъ можетъ принять также во вниманіе, не для констатированія наказуемости, а для степени ея, — и значеніе субъективныхъ моментовъ, напр., эксцесса подъ вліяніемъ аффекта. Объективное же ограниченіе, независимо отъ самимъ законодателемъ установленнаго объема благъ, подлежащихъ защитѣ въ крайней необходимости, должно быть принято во вниманіе повсюду, и этотъ моментъ также долженъ быть отмѣченъ закономъ.

Съ точки зрѣнія такой конструкціи двойная формула нашего Проекта соединяется въ одну общую: не почитается наказуемымъ дѣяніе, учиненное для спасенія личнаго или имущественнаго блага отъ неминуемо грозящей, неотвратимой инымъ средствомъ опасности, если причиняемый вредъ не былъ выше грозящаго зла ¹⁾.

¹⁾ Наша литература пошла дальше на пути ограниченія. „Эта (противоправная) природа крайней необходимости, говоритъ проф. Сергѣевскій, Пособіе, 282, принципиально противоположная юридической природѣ необходимой обороны, опредѣляетъ собой отношеніе всего института къ государственной жизни. Нельзя не видѣть, что объемъ права крайней необходимости обратнo пропорціоналенъ размѣрамъ гражданской доблести и мужества гражданъ. Чѣмъ слабѣе въ гражданахъ чувство долга, чѣмъ труднѣе имъ разставаться хотя бы съ частицами своихъ благъ для пользы общей и своего ближняго, тѣмъ чаще будутъ случаи преобладанія мотивовъ страха и себялюбія надъ мотивами законности и тѣмъ шире долженъ будетъ признавать законъ (или судебная

Защищаемая въ текстѣ теорія мало вноситъ новаго въ общую сумму аргументовъ, коими уголовно-юридическая литература стремится обосновать ненаказуемость дѣянія, совершеннаго въ состояннн крайней необходимости. Эта теорія ближе къ субъективной школѣ, чѣмъ къ объективной, но идетъ по иному пути. Это общій правно-политическій путь, коимъ вообще разрѣшается *de lege ferenda* вопросъ о фактической наказуемости извѣстнаго противоправнаго дѣянія. Въ этомъ смыслѣ теорія далека и отъ возрѣннй представителей той школы, которая указывала на безцѣльность наказанія, на неспособность его служить своей цѣли. Последнне вливали въ эту идею слишкомъ узкое содержаніе, стоящее въ зависимости отъ той или иной относительной теоріи наказанія, коей они придерживались. Такъ Фейербахъ говорилъ объ устрашеннн или общемъ предупрежденнн, Грольманъ—о спеціальному предупрежденнн; въ новое время Ротерингъ, среди другихъ аргументовъ, опирался на тенденцію искорененія въ дѣятелѣ его преступной воли или исправленія преступника. Такія теоріи ненаказуемости дѣянія въ состояннн крайней необходимости падаютъ, какъ только становится ясна неправильность или односторонность оживляющей ихъ исходной точки зрѣннн. Оттѣннать слѣдуетъ не отдѣльныя цѣли наказанія, которыхъ законодательство данной эпохи можетъ и не преслѣдовать, а существо его, неразрывно связанное съ общиму существому правовыхъ велѣннй, а, слѣдовательно, преслѣдующее и цѣли, одинаковыя съ общими правовыми цѣлями. А эти цѣли достигаются

практика) право крайней необходимости. Поэтому... въ расширеннн права крайней необходимости, этого права спасать свои интересы на чужой счетъ, мы можемъ усмотрѣть... лишь упадокъ духа и ослабленнн чувства законности въ гражданахъ. Поэтому не о расширеннн этого института за тѣ предѣлы, которые устанавливаются дѣйствительными потребностями и характеромъ народнымъ, должно заботиться прогрессивное законодательство, а объ ограниченнн его по возможности тѣми случаями, въ которыхъ граждаде по своему душевному слабосилію не въ состояннн подчиниться велѣннямъ закона и воздерживаться отъ правонарушеннй".—Такое мнѣніе является, несомнѣнно, слишкомъ строгимъ. Причина этому та, что авторъ въ изложенномъ разсужденнн исходитъ изъ понятія акта крайней необходимости, какъ причиненнн вреда третьимъ лицамъ, игнорируя тѣ случаи, гдѣ такого вреда нѣтъ, гдѣ налицо простое нарушеннн формального права, игнорируя, наконецъ, и случаи, гдѣ въ основѣ дѣяннн лежитъ не себялюбнн, а сильный нравственный стимулъ, напр., спасеннн человека погибающаго. Кроме того, право крайней необходимости законодательство признавало и признаетъ въ чрезвычайно рѣдкихъ случаяхъ, оставляя иные случаи въ извѣстныхъ предѣлахъ лишь ненаказуемыми. Право вполне достигаетъ своей задачи, оставляя въ силѣ правовой запретъ.

прежде всего первичной нормой права, ея воспитательнымъ влияніемъ. Какъ правило поведенія, эта норма идетъ въ большинствѣ случаевъ въ согласіи съ общими этическими правилами. Усиленіе же ея требованія угрозой наказаніемъ противно принципамъ правно-политическимъ, если это усиленіе не будетъ понятно народной массѣ. Въ этой области огромное значеніе имѣетъ принципъ перевѣшивающаго интереса. Онъ имѣетъ значеніе и въ области конкретизація нормы права, устанавливающей свободу движенія суда въ предѣлахъ санкціи закона. Весь вопросъ разрѣшается, такимъ образомъ, на пути расчлененія реквизитовъ противоправности и наказуемости и въ положеніи центра тяжести на первый, а не на второй изъ нихъ ¹⁾.

XIV.

Съ установленіемъ опредѣленнаго правового характера дѣянія, вытекающаго изъ положенія крайней необходимости, уже легко выводится и отношеніе института крайней необходимости къ инымъ, болѣе или менѣе родственнымъ или считающимся таковыми институтамъ, напр., къ необходимой оборонѣ. Легко распространяется основная точка зрѣнія и на всѣ детали правоотношенія, слагающагося при указанныхъ условіяхъ, то-есть опредѣляется значеніе и характеръ источника опасности, грозящей дѣятелю, условія претекста и эксцесса, значеніе вины дѣятеля, создавшаго данное положеніе собственнымъ поведеніемъ; значеніе эвентуально лежащей на дѣятелѣ обязанности, объемъ подлежащихъ защитѣ благъ, кругъ подлежащихъ защитѣ третьихъ лицъ и т. д.

Наиболѣе сложнымъ и запутаннымъ въ настоящее время въ литературѣ вопросомъ является вопросъ объ отношеніи института крайней необходимости къ такому необходимой обороны.

¹⁾ Это отмѣчено и проектами австрійскимъ (см. Lisst, 7 изд. 1895 г.): „Auf Handlungen, welche jemand in einem auf andere Weise nicht zu beseitigenden Nothstande begangen hat, um eine unmittelbar bevorstehende *unverhältnissmässige* Beschädigung an Leib, Freiheit oder Vermögen von sich oder andern abzuwenden, findet das *Strafgesetz* keine Anwendung“, и норвежскимъ (Entwurf eines allgemeinen Bürgerlichen Strafgesetzbuchs für Königreich Norwegen, Bulletin 1898, VII, § 47): „Niemand kann wegen einer Handlung bestraft werden, die er vorgenommen hat, um jemandes Person oder Eigenthum aus einer auf andere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr zu retten, wenn ihm diese im Verhältniss zu dem Schaden, der durch seine Handlung verursacht werden konnte, besonders gross erscheinen musste“ etc.

Нынѣ не является рѣдкостью встрѣтить мнѣніе, что необходимая оборона есть лишь подвидъ крайней необходимости ¹⁾. Противъ такого мнѣнія высказался уже Биндингъ ²⁾. Но и при раздѣленіи этихъ институтовъ на самостоятельныя категоріи вопросъ далеко не получаетъ опредѣленнаго и безспорнаго освѣщенія.

Пора, когда необходимую оборону разсматривали, какъ состояніе, исключающее возможность вліянія права на разрѣшеніе коллизій благъ, какъ то дѣлала школа Фихте ³⁾, давно минула. Оставлена нынѣ и теорія, основывающаяся на принципѣ психологическаго принужденія, указывающая на невмѣняемость дѣятеля, поставленнаго въ положеніе необходимой обороны ⁴⁾, а также и рядъ другихъ теорій, — Гербарта ⁵⁾, говорящая о необходимомъ возмездіи; Канта ⁶⁾, ссылающаяся на договорное происхожденіе правопорядка, и Гегеля ⁷⁾, отмѣняющая ничтожность неправды ⁸⁾.

Господствующая школа, говоря о необходимой оборонѣ, исходитъ не изъ этихъ психологическихъ или метафизическихъ фикцій, а изъ правильныхъ юридическихъ основаній, изъ существа понятія права. Естественнымъ источникомъ юридическаго института необходимой обороны, какъ правильно устанавливаетъ современное направленіе, является необходимость общественнаго уваженія къ праву. Къ ненарушимости права должны быть направлены всѣ усилія государственной-правовой дѣятельности, ибо интересъ ненарушимости права, его поддержанія, является самымъ дорогимъ для государства: этотъ интересъ лежитъ уже въ самомъ понятіи права. Если государство, устанавливая запрещающую норму, признаетъ извѣстное благо достойнымъ правоохраны, такъ сказать, предварительной, предупреждающей нарушеніе; устанавливая уголовную юстицію, признаетъ это благо достойнымъ правоохраны, слѣдующей за нарушеніемъ, — то оно должно призывать это благо правоохраненнымъ и въ моментъ

¹⁾ Moriaud 35—43; 298 sqq.; Rud. Merkel 15. Изъ болѣе ранней литературы Abegg, Lehrbuch § 109; Wessely 1—4.

²⁾ Handbuch 731 пр. 3; ср. Tobler, стр. 66—69; 151.

³⁾ Grollmann, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft § 24; Zoepfl, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1843.

⁴⁾ Rosshirt, Lehrbuch des Criminalrechts S. 53 sqq.; Jarcke, Handbuch I S. 144 sqq.

⁵⁾ Geyer, Nothwehr S. 8 sqq.

⁶⁾ Feuerbach, Lehrbuch S. 61 sqq.; Henke, Handbuch I. 206. Ср. также Thon, Rechtsnorm, 18 (возвращеніе естественной свободы).

⁷⁾ Köstlin, Levita, Wessely и др.

⁸⁾ Прекрасный обзоръ и критику упомянутыхъ теорій даетъ Явца, стр. 1—19.

нарушения, противоправного нападения. Этимъ выполняется сущность необходимой обороны ¹⁾.

¹⁾ Отсюда слѣдуетъ устранить излишне отгѣняемый моментъ правоохраны блага. Представителями изложеннаго взгляда являются Lisst, Lehrbuch, 7 изд., стр. 126; Tobler, Grenzgebiete S. 70 sqq.; Moriaud p. 34; Binding, Handbuch S. 730 sqq. Болѣе правильно Сергѣевскій, Пособіе 281. Строгое отношеніе вышеуказанныхъ ученыхъ къ моменту правоохраны не выдерживается ими (напр., проф. Листомъ) въ области вопроса о крайней необходимости, гдѣ моментъ правоохраны приносится въ жертву соображеніямъ выгоды.—См. также Янка, 19—26. Неправильностью конструкціи Янки является выводъ, что актъ необходимой обороны an sich противоправенъ и становится правомѣрнымъ лишь въ силу делегаціи такого права индивиду со стороны государства. Безспорно, что юридическій институтъ необходимой обороны возможенъ лишь при наличности государственнаго правопорядка, но вытекаетъ правомѣрность необходимой обороны не изъ делегаціи, а изъ существа права. Государство лишь ограничиваетъ, регулируетъ это, такъ сказать, естественное право, естественное въ смыслѣ его полнаго согласія съ правовыми велѣніями. См. въ этомъ смыслѣ не безинтересную попытку Рейнгардта (Необходимая Оборона, Казань, 1898) вывести институтъ необходимой обороны изъ началъ позитивной социологіи. Юридическаго значенія, впрочемъ, брошюра не имѣетъ. — Весьма сложной является теорія проф. Таганцева, взгляды коего легли въ основаніе Объяснительной Записки къ Проекту Уголовнаго Уложенія. Авторъ (Лекціи II, 558 и сл.) усматриваетъ оправдательную ссылку на необходимую оборону не въ юридическомъ матеріалѣ, а въ фактическомъ. Сюда принадлежатъ прежде всего субъективныя условія, воля: въ актѣ необходимой обороны нѣтъ сознательнаго неуваженія къ требованіямъ права и закона; есть лишь стремленіе охранить интересы отъ грозящей неправоомѣрной опасности; стимуломъ дѣйствія является принужденіе, а не испорченность, грозящая опасности обществу спокойствію. Ссылка на „неиспорченность“ дѣятеля вопли въ духѣ автора, какъ это можно видѣть и въ изложеніи его взглядовъ на природу крайней необходимости. Она напоминаетъ римское понятіе malitia actus Ее проводить и Тшон, Rechtsnorm, 27. Но это критерій неюридическій, ибо „испорченность“ можетъ лежать и въ основѣ акта правомѣрнаго и наоборотъ. Христіане, отказывавшіеся приносить жертвы передъ статуей императора, отличались высшей степенью неиспорченности, но ихъ отказъ тѣмъ не менѣе былъ противоправенъ. И проф. Таганцевъ кладетъ далѣе центръ вниманія на объективныя условія, совершенно правильно замѣчая, что оборона является необходимымъ дополненіемъ охранительной дѣятельности государства и актомъ правомѣрнымъ, ибо его внутренняя сущность опирается на существо идеи государственнаго общежитія и права, ибо онъ выражаетъ борьбу за право противъ неправа. Но резюме автора снова встаетъ на ложный путь: „отраженіе незаконнаго нападенія на правоохраненный интересъ... составляетъ не только извиняемое дѣяніе (курсивъ не принадлежитъ автору), а потому и не преступное, но даже, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оборона направлена противъ преступныхъ посягательствъ, является осуществленіемъ права“. Резюме это въ высшей степени противорѣчиво; съ нимъ гармонируютъ и стр. 566 и 589, гдѣ авторъ одно и то же дѣяніе (нападеніе лица невмѣняемаго) признаетъ то преступнымъ, то не преступнымъ. Въ послѣдней сферѣ вообще конструкція автора отличается чрезвычайной шаткостью.

Но эти положенія затемняются далѣе иными реквизитами, воспринимаемыми теоріей того или другого автора въ зависимости отъ пониманія имъ противоправности акта, въ данномъ случаѣ нападенія, противъ коего направляется необходимая оборона. Вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли при обсужденіи момента противоправности исходить изъ положенія лица защищающагося или лица нападающаго, остается нерѣшеннымъ.

Наиболѣе полную конструкцію этого вопроса даетъ Биндингъ. Неправда, Unrecht, какъ объясняетъ авторъ ¹⁾, есть всякое противорѣчащее субъективному праву поведеніе (Verhalten) или событіе (Geschehen). Установленіе субъективнаго частнаго права всегда соединяется съ установленіемъ нормы, его охраняющей ²⁾. Поэтому дѣяніе, направляющееся противъ частнаго права, можетъ нарушить и послѣднюю норму, въ основѣ коей также лежитъ субъективное право, право государства на повиновеніе со стороны гражданъ. Для этого однако необходимы особыя субъективно-деликтныя условія дѣянія, каковыхъ для нарушенія субъективнаго частнаго права не требуется. Такимъ образомъ, не всякая неправда должна корениться въ человѣческомъ дѣйствіи. Чтò существенно для деликта, какъ нарушенія права государства на повиновеніе, каковое должно быть субъективно-виновнымъ, то несущественно для нарушенія частнаго права, для неправды въ широкомъ смыслѣ, ибо практическая сторона частнаго права страдаетъ независимо отъ характера причиняющаго вредъ фактора ³⁾. — На этой почвѣ конструируются авторомъ и подробности института необходимой обороны. Характернымъ моментомъ противоправнаго нападенія является то обстоятельство, что нападеніе это *направляется противъ* правоохраненнаго блага, направляется не въ силу требованія права, не по правовому основанію, безъ права. Этимъ *направленіемъ* нападенія, а не субъективной деликтностью его опредѣляется требуемый для обоснованія необходимой обороны характеръ нападенія.

Эту точку зрѣнія принимаютъ и иные авторы, напр., А. Меркелъ ⁴⁾, Тоблеръ ⁵⁾, Гёбъ ⁶⁾, Лисстъ ⁷⁾. Она принята и Объясни-

¹⁾ Normen, I, 298 sqq.

²⁾ Schutznorm, ibid. S. 303. Противъ этого возражаетъ Titze l. c. S. 5 пр. 17.

³⁾ Normen I, 306; Handbuch 766.

⁴⁾ Lehrbuch 163.

⁵⁾ l. c. 64.

⁶⁾ l. c. 184.

⁷⁾ Lehrbuch 124. Изъ болѣе раннихъ авторовъ Levita 185, Wessely 55; Luden, Handbuch I, 301; Köstlin, System 112.

тельной Запиской къ Проекту Уголовнаго Уложенія, устанавливающей, что „оборона должна быть допущена противъ всякаго нападенія на наши блага или интересы, отъ кого бы оно ни исходило, отъ органа власти или отъ частнаго лица, отъ дѣеспособнаго или недѣеспособнаго субъекта, но только съ однимъ предположеніемъ, что нападавшій не имѣлъ права на такое посягательство“¹⁾.

Такимъ образомъ, предположеніемъ необходимой обороны является объективно-неправомерное нападеніе. Съ этой точки зрѣнія вопросъ объ источникѣ нападенія, дѣйствительно, большой роли не играетъ. Въ этой сферѣ, на самомъ дѣлѣ, литература даетъ примѣры поразительнаго расширенія указаннаго института. Такъ Туръ²⁾ допускаетъ необходимую оборону даже противъ вещей; то же говоритъ Morgiaud³⁾ и Tobler⁴⁾. Но такая широкая точка зрѣнія не находитъ себѣ всеобщаго сочувствія. Ее отрицаетъ и Биндингъ⁵⁾. Онъ полагаетъ, что опасность, грозящая со стороны нападенія и создающая на другой сторонѣ необходимую оборону, отличается отъ опасности, проистекающей изъ силъ природы. Источникомъ первой можетъ явиться лишь существо одушевленное, — человекъ, натравленное имъ животное или даже животное „auf eigene Faust“, но не неодушевленная природа⁶⁾. Ту же точку зрѣнія принимаетъ Листъ⁷⁾.

Иные представители уголовно-юридической литературы находятъ и эту точку зрѣнія слишкомъ широкой. Они допускаютъ необходимую оборону лишь противъ нападенія людей, но не жи-

¹⁾ Об. Записка I, 363, 369.

²⁾ Nothstand im Civilrechte, 52 sqq.

³⁾ I. с. 40, 41: источникомъ нападенія можетъ быть человекъ, вещь, — отраженіе нападенія, contre-attaque — остается défense de droit.

⁴⁾ I. с. 65, 159.

⁵⁾ Handbuch 735, 736.

⁶⁾ Впрочемъ это мѣсто въ теоріи автора не представляется совершенно яснымъ. Въ пр. 18 стр. 736 онъ говоритъ: das Drama kann ein Doggenkampf sein; въ текстѣ онъ замѣчаетъ: „Fällt ein fremder Hund, oder ein auf der weide befindlicher fremder Stier, oder ein wütend gewordener Hirsch auf fremdem Jagdgrund den Vorübergehenden an, so darf dieser sich zweifellos durch verletzung fremden Eigenthums oder fremden Jagdrechtes vertheidigen“. При послѣдней конструкціи остается правовое отношеніе къ носителю поражаемаго права, чего недостаетъ при нападеніи Tier auf eigene Faust.

⁷⁾ Lehrbuch 124: „Auch gegen den von einem Tiere, einem Strafunmündigen oder einem Geisteskranken ausgehenden Angriff ist Nothwehr möglich, denn dieser Angriff kann zwar nicht ein delictischer (schuldhafte Rechtswidrigkeit), wohl aber nicht ein berechtigter, das heisst gegen ein rechtlich geschütztes Interesse gerichteter (objective Rechtswidrigkeit) sein.

вотныхъ. Показателемъ широты послѣдней конструкціи является лишь допущеніе необходимой обороны противъ лицъ невмѣняемыхъ. Можно думать, что этотъ взглядъ вытекаетъ еще изъ естественно-правовыхъ началъ: необходимая оборона „non proprie ex peccato alterius oritur, sed ex iure, quod pro me natura concedit“¹⁾. Его проводилъ уже Берлихъ²⁾ и развивалъ Вохмеръ³⁾. Вслѣдъ за ними эта идея воспринимается длиннымъ рядомъ авторовъ вплоть до нашего времени⁴⁾.

Но эта точка зрѣнія отрицается также значительнымъ числомъ представителей иного направленія, требующихъ для оправданія необходимой обороны субъективно-противоправнаго нападенія, то-есть въ области суженія ея достигающихъ крайнихъ предѣловъ⁵⁾.

Послѣднее мнѣніе является единственно правильнымъ.

Источникомъ заблужденія авторовъ, держащихся противоположнаго взгляда, служить неправильное представленіе объ объек-

1) См. Grotius, III c. 1 num. 2.

2) См. прим. 5, стр. 63 выше.

3) Observat. qu. 28 obs. 2: Oportet vero offensionem iniustam esse, qualem vulgo vocant, quae legis prohibitionem nititur, et a privato in privatum iniuriae causa suscipitur; sed parum accurate, quum periculum, quod defensione propellimus, saepe tali offensioni proprium quae in solo facto physico subsistet, et ad quam legis prohibitio proprie non protenditur, ut ex invasione furiosi liquidum est. Planus dixeris: offensionem hoc loco dici, ad quam inferendam offendendi nullum ius est, ad patiendum offenso nulla obligatio incumbit.

4) Во французской литературѣ ее защищаютъ Jousse, Traité de la justice criminelle de France, 1771, vol. III p. 504 num. 55, который ссылается еще на Farinacius l. c. qu. 125 num. 35—37 и Clarus l. c. § homicidium, in supplem. num. 78; F. Hélie, l. c. IV № 1339; Garraud l. c. № 158; въ нѣмецкой: Luden, Handbuch I S. 301 прим. 17; Marezoll l. c. 87 и прим.; Marquardsen, Archiv des C. R. N. Folge 1857 S. 400; Hufnagel, Commentar III S. 131; Breidenbach, Commentar I S. 591; Leonhardt, Commentar I S. 337; Köstlin, Revision 726, System 85; Levita l. c. 186; Seeger, Abhandlungen I, 401; Wessely l. c. 55; Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, 1838; Thon, Rechtsnorm S. 89 прим. 36; Wahlberg, Kleinere Schriften III S. 77; v. Buri, Gerichtssaal 1879 S. 471; Goeb l. c. S. 184; Lisst l. c. S. 124; Binding l. c. 738, 739 (послѣдніе авторы, какъ выше указано, даже съ большимъ расширеніемъ); A. Merkel l. c. S. 163, 164; въ русской литературѣ. Кони, ст. о необх. оборонѣ стр. 22; Кистяковскій, Курсъ № 219; Таганцевъ, Лекціи II, 565, 566; Фельдштейнъ, О необходимой оборонѣ, Ж. М. Ю. Май 1899, стр. 73, 96, а также Объяснительная Записка къ Проекту Уголовнаго Уложенія I, 369.

5) Сюда относятся Martin, Lehrbuch S. 99 n. 4; Hälschner l. c. S. 263; Geyer, Nothwehr S. 25 пр. 1; Berner, Archiv des Criminalrechts. S. 552 l. c.; Schütze, Nothwendige Theilnahme S. 113; H. Meyer, Lehrbuch S. 299, 300; Schwarze, Oppenhof, Olshausen; Janka 34, Stammler 2; проф. Сергѣевскій, Посobie 281.

тивной неправдѣ и ея значеніи для института необходимой обороны.

Вопросъ можетъ быть разрѣшенъ не на почвѣ естественно-правовыхъ началъ, даже не на расчлененіи положенія нападающаго или защищающагося, а исключительно на той почвѣ, которая дается существомъ правоотношенія, коимъ, несомнѣнно, является и необходимая оборона.

Правовое отношеніе, какъ самый существенный элементъ права въ субъективномъ смыслѣ, какъ центральный пунктъ, изъ идеи коего вытекаютъ всѣ юридическія консеквенціи, — вызывается къ жизни объективнымъ правомъ, какъ властной совокупностью общеобязательныхъ нормъ поведенія въ сферѣ обнимаемыхъ правомъ интересовъ. Оно предполагаетъ, по крайней мѣрѣ, двухъ субъектовъ, кои въ отношеніяхъ между собой по поводу того или другого интереса должны подчиняться правовой нормѣ. Регуляція этого отношенія происходитъ такимъ образомъ, что на сторонѣ одного изъ субъектовъ создается право, какъ усиленіе фактической возможности, на сторонѣ другого — обязанность, какъ соотвѣтствующее ограниченіе, связанность. Эти два реквизита правового отношенія другъ отъ друга неотдѣлимы, одинъ не можетъ существовать безъ другого, и въ современной юридической наукѣ это стало аксіомой ¹⁾.

Правовое отношеніе возможно нынѣ только между людьми. Право есть норма поведенія въ общественной жизни, въ кругу человѣческихъ отношеній, въ сферѣ человѣческихъ интересовъ. Мнѣнія ²⁾, допускающія правовое отношеніе къ вещамъ, къ предметамъ внѣшняго міра, являются заблужденіемъ. Правоспособны только люди; только между ними могутъ возникнуть отношенія. Послѣднія могутъ возникнуть по поводу вещи, какъ объекта права, какъ матеріальнаго субстрата правоотношенія, но субъектомъ правоотношенія вещь стать никогда не можетъ. Въ этомъ смыслѣ роковую роль сыграло пониманіе права какъ охраны интересовъ, а не какъ нормы поведенія.

Вопросъ о томъ, всѣ ли люди могутъ быть субъектами правоотношенія, вопросъ о правоспособности, юридической вмѣвляемости не допускаетъ рѣшенія внѣ существа правовой нормы. Всѣ предположенія, что для того, чтобы быть способнымъ стать

¹⁾ Ср. Коркуновъ, Общая теорія права 141, 151; Петражицкій, Что такое право, Вѣстникъ Права 1899, I стр. 23; Bierling, Juristische Principienlehre 145 sqq.; Binding, Handbuch 182.

²⁾ Регельсбергеръ, русск. перев. стр. 24, 26, 237 и пр. 12; но см. пр. 4 стр. 26; Dernburg, Pandecten I § 40.

субъектомъ правового отношенія, нужно быть „духовно зрѣлымъ и духовно-здоровымъ человѣкомъ“¹⁾, обладать „способностью правового различенія и дѣйствія согласно съ своей индивидуальностью“²⁾, или „полнымъ разумомъ“³⁾, или „нормальными человѣческими духовными силами“⁴⁾, или „разумомъ, вышедшимъ изъ поры дѣтства“⁵⁾,—всѣ эти предположенія есть произвольная фразеологія. Они вѣрны лишь въ ограниченномъ смыслѣ, тамъ, гдѣ право этого дѣйствительно требуетъ. Вопросъ о способности быть субъектомъ правового отношенія рѣшается исключительно на почвѣ дѣйствующаго права.

По мѣрѣ того, какъ мѣнялся характеръ правовыхъ нормъ, обращавшихся нѣкогда даже къ предметамъ внѣшняго міра (напр., наказаніе бревна, животнаго), мѣнялся и характеръ субъектовъ, способныхъ обладать правомъ и нести обязанности. И съ точки зрѣнія положительнаго дѣйствующаго права вопросъ о его отношеніи къ „невмѣняемымъ“ лицамъ, напр., умалишеннымъ, дѣтямъ, заслуживаетъ особаго интереса, ибо въ этой области современная теорія еще не достигла точныхъ результатовъ. Исходя изъ неправильнаго апіорнаго предположенія, что понятіе правоспособности строится не на юридическихъ, а на психологическихъ основаніяхъ, теорія эта, по отношенію къ субъектамъ, не обладающимъ предположенной психической силой, допускаетъ юридическую фикцію⁶⁾. Отсюда проистекаютъ весьма невыгодныя послѣдствія, вносящія большую путаницу въ разрѣшеніе частныхъ вопросовъ науки права.

Неправильность такого пути очевидна. Если наблюдаются извѣстные юридическіе факты, то для объясненія ихъ слѣдуетъ обратиться къ ихъ юридическимъ основаніямъ, а не къ фактическому или психологическому анализу, плодомъ коего неизбѣжно должна явиться фикція. Рѣшеніе можно найти только въ предѣлахъ правовыхъ нормъ, въ анализѣ ихъ сущности и въ различеніи субъектовъ правового отношенія параллельно съ различеніемъ видовъ нормъ.

¹⁾ Листъ, Меркель.

²⁾ Holtz. Encyclopaedie S. 41 § 22, 7.

³⁾ Bierling l. c. 201.

⁴⁾ Idem, 204.

⁵⁾ Thon.

⁶⁾ Ср. Коркуновъ, 146, 162, 164; Bierling 209—216. Bierling не соглашается съ мнѣніемъ, что неприкосновенность благъ такихъ субъектовъ, то-есть ихъ правоохраненность, установлена обществомъ лишь съ точки зрѣнія добрыхъ нравовъ, и полагаетъ, что правопорядокъ фингируетъ въ нихъ дѣйствительныхъ субъектовъ, членовъ правового союза.

Видовъ нормъ литература насчитываетъ большое количество. Существеннымъ является различіе двухъ основныхъ видовъ, — какъ ихъ принято называть ¹⁾, нормъ первичныхъ и вторичныхъ, диспозицій закона и его санкцій. Связь этихъ нормъ заключается въ томъ, что неисполненіе одной изъ нихъ, нормы первичной, является гипотезой, юридическимъ предположеніемъ вступленія въ силу другой, нормы вторичной. Вторичная норма подтверждаетъ первичную, усиливаетъ ея требованіе (нормы реакціонныя въ широкомъ смыслѣ слова), что обуславливается неполнымъ повиновеніемъ гражданъ основнымъ велѣніямъ правопорядка, или — видъ, для цѣлей настоящаго изслѣдованія не имѣющей значенія, — указываетъ способы примѣненія нормъ основныхъ (нормы процессуальныя).

Первичныя нормы, основныя велѣнія права или диспозиціи закона представляютъ въ свою очередь извѣстныя разновидности, съ коими связанъ неодинаковый характеръ субъектовъ регулируемаго правоотношенія въ зависимости отъ характера нормъ.

Съ этой точки зрѣнія положительное право открываетъ возможность, различенія двухъ группъ нормъ ²⁾.

Первая группа имѣетъ прежде всего въ виду цѣли регуляціи отношеній путемъ распредѣленія или разграниченія ихъ субстрата, тѣхъ или иныхъ интересовъ. Она направлена главнымъ образомъ на установленіе права (*suum cuique tribuere*). Корреспондирующая этому субъективному праву обязанность возлагается положительнымъ правомъ на гражданъ безъ различія ихъ способности или неспособности примѣняться къ велѣніямъ нормъ. Обязанными субъектами вытекающаго изъ регуляціи этими нормами правоотношенія могутъ быть, судя по ст. 213—224, 315 и др. т. X ч. 1 гражданскихъ законовъ, по §§ 106—114 Германскаго Гражданскаго Уложенія, — и дѣти, и умалишенныя и иныя лица, не обладающія „нормальными“ психическими силами. Хотя бы и съ извѣстными ограниченіями они несутъ обязанности, вытекающія изъ сдѣлокъ, съ ихъ имущества взыскиваются долги, они уплачиваютъ гражданское вознагражденіе за причиненный ими вредъ; имущественныя повинности уплачиваются и взыскиваются одинаково, принадлежитъ ли имущество лицу „ду-

¹⁾ Thon, Bierling, A. Merkel.

²⁾ Приводимое ниже дѣленіе пріобрѣтаетъ нынѣ все большее и большее право гражданства въ юридической наукѣ. Нѣмецкая наука установила уже точную терминологию такого дѣленія: *primär-berechtigende* и *primär-verpflichtende Rechtssätze*, см. Binding, Normen I, 117; Handbuch 182; Titzze, Die Nothstandsrechte 2 sqq.; Sjögren, Zur Lehre von den Formen des Unrechts, Iher. Jahrbücher für Dogmatik, XXXV S. 363 sqq.

ховно-зрѣлому“ или нѣтъ. Вся работа правопорядка направлена въ этой области прежде всего на установленіе права и его удовлетвореніе. Въ этой области наиболѣе ясна та функція правовыхъ нормъ, которую проф. Петражицкій зоветъ атрибутивной, и удовлетвореніе коей не зависитъ отъ того, вложились ли и насколько вложились въ правоотношеніе воля лица обязаннаго ¹⁾.

Другая группа нормъ главнымъ образомъ направляется на установленіе обязанности. Среди другихъ нормъ сюда относятся нормы охраняющія въ широкомъ смыслѣ слова, существенной задачей коихъ является не закрѣпленіе за индивидомъ права, а прежде всего наложеніе на всякаго соприкасающагося обязанности воздержанія отъ вредоноснаго дѣянія (обязанность *non nocere laedere*). Эти нормы находятъ объекты регулируемаго правоотношенія главнымъ образомъ въ непосредственныхъ благахъ, кои представляютъ извѣстное значеніе для индивида или общества и кои сами по себѣ не носятъ правового характера, поскольку идетъ рѣчь объ ихъ использованіи. Къ этимъ благамъ принадлежатъ жизнь, здоровье, свобода, имущество и пр. ²⁾. Характеръ ихъ правоохраненности выступаетъ лишь тогда, когда кто-либо вторгается въ сферу неприкосновенности этихъ благъ, нарушая тѣмъ самымъ возложенную на него обязанность. Область дѣйствія такихъ нормъ есть область неправды, нарушенія обязанности, нарушенія запрета ³⁾. Носителемъ соответствующаго этой обязанности права является не только индивидъ, но и государство. Въ силу этой особенности нормы второй группы предполагаютъ уже иной характеръ правоотношенія, и субъектами послѣдняго могутъ быть далеко не всѣ тѣ же лица, что и въ правоотношеніяхъ первой группы. Въ противоположность атрибутивному характеру нормъ первой группы, послѣднія нормы носятъ исключительно императивный характеръ, и обращеніе правопорядка съ повелѣніемъ къ лицамъ, неспособнымъ понять это велѣніе, было бы неразумно и нецѣлесообразно. Эти нормы ничего не прибавляютъ къ фактическому богатству индивида, не создаютъ на сторонѣ его никакого положительнаго требованія, осуществленіе коего, по волѣ права, могло бы наступать внѣ зависимости отъ участія въ

¹⁾ Петражицкій, Что такое право стр. 44 и сл.

²⁾ Вопросъ о принадлежности сюда и субъективныхъ правъ споренъ, см. Titze I. c., стр. 5 и пр. 17. Впрочемъ, въ извѣстныхъ случаяхъ положительное право даетъ утвердительныя указанія, напр., въ случаяхъ криминализаціи неисполненія договорныхъ отношеній.

³⁾ О томъ, что запреты въ извѣстныхъ случаяхъ включаютъ въ себя и повелѣнія, см. A. Merkel, Lehrbuch S. 39, 40.

правоотношеніи сознательной воли другого лица, какъ то наблюдается въ правоотношеніяхъ первой группы. Нормы второй группы сообщаютъ индивиду лишь отрицательное требованіе невмѣшательства въ сферу его фактическаго господства, гдѣ первоначальнымъ толчкомъ является не право индивида, а вторженіе въ его сферу, нарушеніе его права. И способными повиноваться такому требованію могутъ быть лишь лица, имѣющія уши, чтобы слышать. Совершенно, поэтому, естественно, что отъ лицъ, способныхъ быть нарушителями охраняющей нормы, совершителями неправды, правопорядокъ требуетъ особыхъ психическихъ свойствъ, и лицо, виновное въ причиненіи вреда благу, все-таки не совершаетъ неправды, если такими психическими свойствами не обладаетъ, ибо не можетъ быть обязаннымъ членомъ даннаго правоотношенія. Кто можетъ быть обязаннымъ въ этой области, нарушителемъ охраняющей нормы, дѣятелемъ противоправнымъ, правопорядокъ опредѣляетъ, обыкновенно, въ уголовномъ законѣ, ибо внутренняя сторона наказуемой неправды является типической для всякаго нарушенія охраняющей нормы. Наказаніе представляетъ лишь привѣсокъ къ общему велѣнію охраняющей нормы, притомъ далеко не всегда присоединенный. Отсутствие требуемыхъ закономъ внутреннихъ моментовъ дѣянія ¹⁾ устраняетъ не только наказуемость дѣянія, но и его противоправность. Такимъ образомъ, кругъ лицъ, способныхъ быть обязанными субъектами отношенія, регламентируемаго охраняющей нормой, значительно суживается. Отсутствие предположенныхъ психическихъ качествъ, по ихъ недоразвитію (возрастъ) или утратѣ (болѣзнь), отнимаетъ у извѣстныхъ лицъ возможность быть субъектами такого отношенія, ибо обязанными субъектами послѣдняго могутъ быть только лица, способныя примѣняться къ велѣніямъ охраняющихъ нормъ. Такъ называемой объективной неправды въ этой сферѣ быть не можетъ, и если юридическія послѣдствія вторженія въ сферу охраняемыхъ правомъ благъ наступаютъ иногда и въ случаѣ совершенія дѣянія лицомъ, не обладающимъ установленными психическими свойствами, то это происходитъ не по титулу неправды, а по иному титулу.

Ближайшее выясненіе этого вопроса требуетъ разсмотрѣнія такъ называемыхъ санкцій закона или вторичныхъ нормъ. Вся-

¹⁾ Наиболее точное опредѣленіе въ этой области даетъ Проектъ Уголовнаго Уложенія: „кто по недостаточности умственныхъ способностей, по безсознательному состоянію своему во время учиненія дѣянія или по болѣзненному разстройству душевной дѣятельности не могъ сознавать значеніе или свойство совершаемаго и руководить своими поступками“...

кая вторичная норма предполагает первичную. Наступление санкции закона есть плод юридического основанія, лежащаго въ неисполненіи первичной нормы въ ея обѣихъ видахъ и состоящаго въ возникновеніи новаго усиленнаго требованія.

Уже въ существѣ правовой нормы лежитъ необходимое условіе, что ея требованія должны быть неуклонно выполняемы. Невыполненіе требованія нормы не можетъ и не должно имѣть эффективнаго значенія; актъ, несогласный съ велѣніемъ права, является юридически ничтожнымъ. Поэтому, въ строгомъ смыслѣ, не являются санкціями тѣ правовыя велѣнія, которыя особо устанавливають ничтожность акта, имъ противорѣчащаго. Таковы, напр., нормы, аннулирующія продажу недвижимости по домашнему акту. Разрушаемая здѣсь правомъ послѣдствія признаны имъ ничтожными напередъ, и особая норма является излишней.

Не относятся къ санкціямъ и нормы, устанавливающія обязанность такъ называемаго возстановленія нарушеннаго состоянія, напр., выселенія дѣятеля изъ непринадлежащаго ему жилища, отобраніе и возвращеніе собственнику непринадлежащей дѣятелю вещи и, затѣмъ, гражданское вознагражденіе. Что касается въ частности гражданского вознагражденія, то оно наступаетъ какъ плодъ диспозиціи нормы, гипотезой коей является причиненный вредъ. Правомѣрный, противоправный или безразличный съ точки зрѣнія права характеръ этого вреда не имѣетъ значенія, ибо опредѣляется обязанность гражданского вознагражденія не на основаніяхъ юридическихъ, а на основаніяхъ соціально-экономическихъ и этическихъ ¹⁾. Въ сферу создающагося такимъ путемъ правоотношенія можетъ привходить и элементъ противоправности дѣянія, напр., въ случаѣ дѣйствительнаго нарушенія охраняющей нормы со стороны лица, дѣйствующаго въ условіяхъ вѣрности, гдѣ диспозиція нормы можетъ превратиться въ санкцію, и гдѣ наступаютъ всѣ юридическія консеквенціи, но это есть лишь случайный плюсъ къ общему правилу, по коему та же обязанность возмѣщенія вреда возникаетъ и на сторонѣ лицъ невѣрныхъ и дѣйствующихъ *bona fide*, возникаетъ по титулу простаго вреда. То же слѣдуетъ сказать о чистомъ *restitutio in integrum*, каковое является наиболѣе естественнымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда оно фактически возможно. Это явленіе не можетъ еще служить и доказательствомъ существованія объективной неправды, ибо указанная норма есть обычная распределяющая норма, гипотезой коей служитъ причиненіе вреда, юридическій характеръ котораго безразличенъ.

¹⁾ См. выше.

Остаются чистыя санкціи закона, какъ новыя усиленныя требованія, предположеніемъ коихъ является неисполненіе дѣятелемъ требованія первичныхъ нормъ. Однѣ изъ нихъ стоятъ въ тѣсной связи съ первой группой первичныхъ нормъ и, по необходимости, носятъ всѣ ихъ черты, поскольку дѣло касается субъектовъ отношенія. Таковы всѣ вторичныя нормы, какъ требованія *принужденія къ исполненію* (Erfüllungszwang): неуплаченный долгъ можетъ быть взысканъ, имущественный налогъ долженъ быть уплаченъ. Это продолженіе притязаній уполномоченнаго лица, коимъ можетъ явиться и государство. Предположеніемъ этихъ нормъ является недостиженіе эффекта первичной нормой, — эффекта, на который направлена вся ея сила; вторичныя нормы лишь усиливаютъ это требованіе, стремясь къ тому же самому результату. Правовое принужденіе здѣсь органически связано съ нормой, являясь ея продолженіемъ. Лицомъ, виновнымъ въ несоблюденіи такой нормы, можетъ явиться и лицо „невмѣняемое“, какъ и вообще оно можетъ быть обязаннымъ субъектомъ правоотношенія, вытекающаго изъ первой группы первичныхъ нормъ. Въ этомъ смыслѣ возможно говорить объ объективной неправдѣ. Какъ методологическое понятіе, эта идея, при ограниченіи ея только даннымъ кругомъ явленій, представляется безспорной.

Другая группа санкцій имѣетъ дѣло съ охраняющими или обязывающими нормами. Всякая попытка нарушенія правового запрета, совершенія неправды, влечетъ правовую реакцію. Реакція эта, какъ активное, боевое вторженіе правопорядка въ личную сферу дѣятеля, можетъ направляться лишь противъ лица субъективно-виновнаго въ нарушеніи, ибо и самыя охраняющія нормы обращаются лишь къ лицамъ, способнымъ примѣняться къ велѣніямъ права. Въ эту группу относятся вторичныя правовыя нормы, устанавливающія наказаніе; сюда же относятся и нормы, регламентирующія институтъ необходимой обороны.

Правильность этого взгляда вытекаетъ изъ существа необходимой обороны. Институтъ этотъ, какъ институтъ защиты *права*, можетъ имѣть значеніе только при наличности *правового отношенія* съ лицомъ нападающимъ. Такое отношеніе можетъ возникнуть лишь при наличности въ нападеніи субъективныхъ элементовъ, безъ коихъ не можетъ быть противоправности, какъ нарушенія охраняющей нормы. Только при такой постановкѣ легко и ясно опредѣляется роль защищающагося, опредѣляется не фиктивная, а дѣйствительная правомѣрность защиты, гдѣ на другой сторонѣ создается и даже предшествуетъ корреспондирующая

обязанность. Только такимъ образомъ становится ясно, что дѣятельность защищающагося согласна съ волей правопорядка, является продолженіемъ его функцій, подмогой государственной власти, не всегда находящейся въ фактической возможности борьбы съ неправдой.

Изъ такого существа необходимой обороны вытекають и всѣ ея послѣдствія: неограниченность защищаемыхъ благъ, полное отсутствіе нужды входить въ анализъ „злой“ или не злой воли дѣятеля и полная невозможность расширенія института на защиту противъ лицъ невмѣняемыхъ и, тѣмъ болѣе, звѣрей и вообще силъ природы.

Такое расширеніе могло быть допускаемо лишь въ томъ случаѣ, когда въ основу рѣшенія вопроса полагалась идея объективной неправды. Послѣдняя, несомнѣнно, существуетъ въ сферѣ неисполненія требованій первой группы первичныхъ нормъ, но тамъ она никогда не дастъ картины нападенія, и для устраненія ея правопорядокъ устанавливаетъ иные пути ¹⁾. Мысль же о возможности объективной неправды въ сферѣ дѣяній, нарушающихъ охраняющую норму, является совершенно неправильной. Она неразрывно связана съ презумпціей, что единственная функція права—охрана интересовъ,—презумпціей, игнорирующей существо права, выражающагося лишь въ формѣ правового отношенія. Стоя на почвѣ охраны интересовъ, дѣйствительно, возможно упустить изъ виду эту сторону правовой жизни. Если благо-интересъ охраненъ, то безразлично, кто и что его нарушаетъ, причиняетъ ему вредъ; дѣятель равно нарушаетъ правоохраненное благо, налицо явленіе, *quod non iure fit*, неправда, независящая отъ наличности въ дѣяніи субъективной вины. Между тѣмъ, „объективная неправда“, какъ нарушение охраняющей нормы, есть голый фактъ. Никакое событіе, никакой фактъ не могутъ быть сами по себѣ „юридическими“ или „неюридическими“. Названіе извѣстныхъ фактовъ юридическими есть лишь метафора, выражающая ту мысль, что событіе съ матеріальной стороны рождаетъ „юридическія“ послѣдствія, служитъ источникомъ возникновенія правоотношенія, тогда какъ съ формальной стороны является гипотезой правовой нормы, связывающей съ послѣдней свою диспозицію. Это возможный поводъ къ примѣненію правовой нормы; въ самомъ фактѣ нѣтъ правового элемента, послѣдній приходитъ извнѣ, въ силу порождаемыхъ этимъ фактомъ

¹⁾ См., напр., выше стр. 33 пр. 5 о литературныхъ толкованіяхъ l. 10 § 16 D. quae in fraudem cred. 42, 8. Ср. Titze l. c. стр. 5 пр. 17.

человѣческихъ отношеній. Таковы, напр., факты, какъ явленія природы, — унесена теченіемъ рѣки лодка, унесена вѣтромъ шляпа въ чужое поле. Вредъ, причиняемый въ такихъ случаяхъ человѣческому благу, является лишь фактическимъ вредомъ, а не юридическимъ, не неправомѣрнымъ, ибо данные факты, по существу своему, еще не представляютъ картины требуемаго нормой правоотношенія.

Съ этой точки зрѣнія должны быть обсуждаемы и случаи самозащиты, когда опасность грозитъ со стороны силъ природы, неодушевленной или одушевленной. „Нападеніе“ направляется противъ правоохраненнаго блага, но не нарушаетъ охраняющей нормы, ибо не создаетъ правоотношенія. Самый актъ не носитъ правового характера, не можетъ быть ни правомѣрнымъ, ни противоправнымъ, ни одобряемымъ, ни порицаемымъ; въ немъ нѣтъ ни заслуги, ни вины, ибо нѣтъ критерія этой заслуги или вины. На сторонѣ „источника нападенія“ не можетъ быть обязанности, на противоположной сторонѣ не можетъ быть права. Неправда въ сферѣ охраняющихъ нормъ можетъ быть только субъективной. Неправомѣрнымъ является только человѣческое дѣяніе, окрашенное субъективными, внутренними чертами. Лишь обладающій извѣстными психическими свойствами человѣкъ можетъ примѣняться къ велѣнію охраняющей нормы, ибо только на него рассчитана она, къ нему направляется. Напротивъ, такое значеніе нельзя придать факту, для коего существуетъ лишь послѣдствіе, а не предшествующее требованіе.

Въ эту же категорію входятъ, очевидно, и дѣянія лица невмѣняемаго. Послѣднее не можетъ нарушить охраняющей нормы, и причиняемый имъ вредъ, какъ и вредъ, причиняемый силами природы, хотя и остается вредомъ правоохраненнымъ интересамъ человѣка, но центральный пунктъ этого вреда — внѣ сферы дѣйствія права. Это вредъ фактической, а не юридической.

Но, тѣмъ не менѣе, защита отъ нападенія лица невмѣняемаго является правовымъ отношеніемъ, носитъ правовой характеръ, если принимаетъ боевую окраску. Защита эта не можетъ дать картины необходимой обороны, ибо невмѣняемое лицо является негоднымъ субъектомъ правоотношенія въ сферѣ нарушенія охраняющей нормы, ибо оно не можетъ нарушать такой нормы и тѣмъ открытъ на сторонѣ страдающаго лица необходимую оборону. Но причиненіе вреда благамъ нападающаго невмѣняемаго лица есть уже правовое отношеніе, отношеніе противоправное. Лицо это также охранено въ правовыхъ благахъ своихъ, и эта правоохрана и въ данный моментъ не устраняется, ибо это лицо

не дѣйствуетъ противоправно. Случай этотъ представляетъ совершенно чистый видъ крайней необходимости ¹⁾.

Отрицая это, защитники противоположнаго мнѣнія аргументируютъ на почвѣ положительнаго права. Они указываютъ на то, что тогда придется придать этимъ случаямъ такое же ограниченное примѣненіе, какъ и закону о крайней необходимости вообще. Но очевидно, этотъ аргументъ бьетъ не въ цѣль: онъ доказываетъ пробѣлъ законодательныхъ постановленій о крайней необходимости, а не неправильность отнесенія этихъ случаевъ къ послѣднему институту. И если до настоящаго времени встрѣчается ихъ отнесеніе къ необходимой оборонѣ ²⁾, то оно все же является въ корнѣ неправильнымъ и нездоровымъ. Выходъ можетъ быть найденъ лишь путемъ реорганизаціи законнаго института крайней необходимости.

Такимъ образомъ, дѣяніе какъ въ состояніи крайней необходимости, такъ и въ необходимой оборонѣ представляетъ правовое отношеніе. Это правоотношеніе есть всегда и прежде всего отношеніе между нарушителемъ нормы и государственной властью, требующей исполненія своихъ нормъ.

Въ необходимой оборонѣ, какъ правоотношеніи, право на сторонѣ защиты, противъ нарушителя нормы, какъ дѣйствующаго противоправно, виновно, съ матеріальной стороны поражающаго охраненное правомъ благо. Модификаціи отношенія государственной власти къ правонарушителю могутъ слагаться, въ реальномъ смыслѣ, или какъ правомѣрная защита лица вмѣняемаго противъ вмѣняемаго, или какъ защита лица невмѣняемаго противъ вмѣняемаго, ибо центръ тяжести, совершеніе неправды и обо-

¹⁾ Нельзя поэтому, не согласиться съ проф. Сергѣевскимъ, Пособіе 281 и пр. 2, что отъ необходимой обороны эти случаи отличаются отсутствіемъ противозаконности въ посягательствѣ. Но неправильна его прибавка „и признака преступности“. Признакъ преступности здѣсь излишенъ. Главный моментъ — противоправность, нарушеніе правовой нормы; особый характеръ дѣянія, создающій понятіе преступления, — наказуемость — здѣсь не требуется. Такъ поврежденіе имущества, наказуемое по нѣкоторымъ законодательствамъ лишь при наличности общественной или особыхъ внутреннихъ реквизитовъ дѣянія, тѣмъ не менѣе можетъ обосновать право необходимой обороны, такъ какъ противоправность нападенія являясь. Нельзя не согласиться и съ тѣмъ, что съ этической стороны защиту отъ нападенія лицъ невмѣняемыхъ также рекомендуется выдѣлить изъ необходимой обороны, не знающей иныхъ предѣловъ, кромѣ энергіи нападенія. Но это соображеніе случайное, ибо такой выводъ всецѣло строится на указанныхъ правовыхъ основаніяхъ.

²⁾ См. Art, Entscheidungen des Reichsgerichts, 2 Aufl. S. 45, рѣшеніе уголовной камеры Имперскаго суда 19 февр. 1895 г. (Entscheidungen B. XXVII S. 44), въ основу коего положено указанное соображеніе.

снованіе идеальнаго правоотношенія къ государственной власти остается, или какъ защита правоохраненнаго блага - интереса всякимъ третьимъ лицомъ, ибо борьба съ неправдой для государства желательна и необходима. Защита направляется противъ субъективно-противоправнаго нападенія.

Въ крайней необходимости защита не направляется противъ такого нападенія, а лишь переноситъ грозящее дѣятелю зло на другой объектъ, другое правоохраненное благо-интересъ. За исключеніемъ признаннаго положительнымъ правомъ „права нужды“, государство не одобряетъ и не можетъ одобрить такого перенесенія. Такое перенесеніе вреда или, въ случаѣ нападенія лица невмѣняемаго, защита — является здѣсь въ свою очередь противоправнымъ нападеніемъ, и, въ идеальномъ правоотношеніи дѣятеля къ государству, право противъ дѣятеля. Модификаціи слагаются, какъ отношенія лицъ вмѣняемыхъ къ вѣдѣніямъ государственной власти въ чистомъ видѣ, отношенія лицъ вмѣняемыхъ между собою и отношенія лицъ вмѣняемыхъ къ невмѣняемымъ, какъ видъ идеальнаго правоотношенія.

Если, затѣмъ, дѣяніе, совершаемое при условіяхъ крайней необходимости, является противоправнымъ, то, естественнымъ образомъ, противъ него можетъ быть допущена необходимая оборона. Теоріей это уже давно установлено.

Теоріи, признающія право нужды, *Nothrecht*, совершенно послѣдовательно не допускали въ такихъ случаяхъ необходимой обороны ¹⁾. Теоріи, отрицающія *Nothrecht*, напротивъ, не менѣе послѣдовательно необходимую оборону допускали ²⁾. Допущена

¹⁾ Köstlin, System 86, 115; Berner, De impunitate 13 sqq.; Levita 3; Stammler 79, 90. Stammler допускалъ необходимую оборону, если благо лица, подвергающагося нападенію, выше блага спасаемаго; при равенствѣ благъ авторъ устанавливалъ крайнюю необходимость на сторонѣ даннаго лица. Въ этой области изложеніе автора, какъ и слѣдовало ожидать, полно неточностей.

²⁾ v. Wächter, Sächs. Strafrecht 361; Wessely 52 (когда нѣтъ *Nothrecht*); Glaser, Kleinere Schriften I, 203; Hälschner, Deutsches Strafrecht I, 492; Oppenhof, Olshausen, Schwarze, R. Merkel 47 (при равноцѣнныхъ благахъ). Janka, 254, также допускаетъ необходимую оборону, но въ случаѣ коллизіи двухъ „существованій“, она признаетъ и на противоположной сторонѣ крайнюю необходимость. Это объясняется тѣмъ значеніемъ, которое авторъ придаетъ мотиву самосохраненія. Подъ его давленіемъ, по мнѣнію Янки, преступная сторона дѣянія отступаетъ на задній планъ, если нарушеніе права является необходимымъ условіемъ для спасенія существованія индивида. Можно бы признать эту точку зрѣнія послѣдовательною, еслибъ авторъ для обоснованія необходимой обороны требовалъ не только противоправности, но и преступности нападенія, но этого

также необходимая оборона противъ акта крайней необходимости и теоріей Биндинга, что вытекаетъ, впрочемъ, не изъ его конструкции крайней необходимости, а изъ особаго пониманія института необходимой обороны. Напротивъ, Morgiaud, на стр. 273—274 допускающій необходимую оборону, въ Errata, „après mûge reflexion“, отказывается отъ этого взгляда, такъ какъ необходимая оборона есть „acte de défense de droit“¹⁾, актъ защиты права, а для правопорядка актъ крайней необходимости безразличенъ²⁾. Но такой выводъ автора едва ли правиленъ, ибо, по принятой имъ конструкціи, для обоснованія необходимой обороны не требуется противоправнаго субъективно нападенія, и безразличіе, съ точки зрѣнія правопорядка, дѣянія нападающаго еще не лишаетъ правового характера благъ лица, подвергающагося нападенію. Поэтому Morgiaud долженъ бы допустить необходимую оборону, подобно Биндингу, и въ данномъ случаѣ.

Въ странномъ противорѣчій оказывается Листъ³⁾, рѣшающій вопросъ въ духѣ Morgiaud и также игнорирующій, что, по общей этой группѣ авторовъ теоріи, „направленіе“ (Richtung) нападенія остается противъ правоохраненнаго блага.

Напротивъ, гдѣ законодатель самъ признаетъ „право нужды“, тамъ, конечно, о необходимой оборонѣ не можетъ быть рѣчи.

Нѣкоторое сомнѣніе возбуждаютъ съ этической стороны случаи, напр., кражи съ голоду, проникновенія въ чужое жилище для спасенія жизни и пр.⁴⁾. Теоретически необходимая оборона здѣсь допустима, но по нашему праву ее можно ограничить ст. 1521-ой Ул. о Нак.⁵⁾. Необходимость точной законной нор-

требованія авторъ не ставитъ, см. стр. 1—27 и въ особ. критику теоріи Гейера. На вопросъ же, почему мотивъ самосохраненія устраняетъ преступность дѣянія, онъ отвѣчаетъ общими мѣстами, см. стр. 198, афоризмами, а не доказательствами. Отвѣтъ же своимъ построеніемъ онъ даетъ только на вопросъ, можетъ ли государство такое дѣяніе наказывать, то-есть признаетъ здѣсь деликтъ. Поэтому необходимая оборона должна быть допустима.

1) р. 36, 41, 299.

2) р. 277.

3) S. 129.

4) Ср. Таганцевъ, Курсъ I, 263. Не безинтересный случай имѣлъ мѣсто въ Берлинѣ. (См. Berliner Tageblatt 1899, № 10). Съ моста Belle-Alliance бросилась въ воду женщина; ее спасъ городской. Съ своей ношей онъ хотѣлъ войти въ подъѣздъ ближайшаго дома, чтобъ привести пострадавшую въ чувство, но швейцарь дома отказался впустить его. Швейцарь былъ въ правѣ, ибо городской дѣйствовалъ даже внѣ предѣловъ законной крайней необходимости (женщина не была его „Angehörige“), и, такимъ образомъ, былъ виновенъ въ Hausfriedensbruch.

5) Ср. Сергѣевскій, Посobie 250, 253.

мировки такихъ случаевъ бросается въ глаза. Она можетъ произойти или путемъ ограниченія соотвѣтствующаго права, или путемъ закономъ устанавливаемой аналогіи права пужды.

XV.

На основаніи установленной противоправности акта, совершаемаго при условіяхъ крайней необходимости, и ненаказуемости его лишь въ силу соображеній правно-политическихъ, выводятся и границы, въ коихъ оправдательная ссылка на крайнюю необходимость можетъ быть допущена. Что касается частнаго вопроса о томъ, какія именно блага подлежатъ теоретически дозволенной охранѣ въ крайней необходимости, — въ этой сферѣ современная юридическая наука далека отъ произвольныхъ ограниченій, кои выставлялись болѣе ранней наукой, а за нею и законодательствомъ. Ограниченія эти возникали на почвѣ исходныхъ точекъ зрѣнія той или иной теоріи. Первоначальная гегельянская школа не могла, конечно, допустить ссылки на крайнюю необходимость внѣ коллизіи жизни съ имущественнымъ благомъ. Теоретическое развитіе лежащаго въ основѣ этого направленія принципа принесло съ собой и расширеніе круга благъ, кои защищать въ крайней необходимости дозволено, — сначала въ предѣлахъ коллизіи жизни съ инымъ благомъ, а затѣмъ, съ постепеннымъ укорененіемъ въ доктринѣ критерія объективнаго, и въ предѣлахъ иныхъ коллизій — до провозглашенія нынѣ общаго принципа преимущественной охраны высшаго интереса. Объективное направленіе шло въ своемъ развитіи совершенно правильнымъ путемъ и на вопросъ относительно круга подлежащихъ охранѣ благъ отвѣчало послѣдовательно. Инымъ путемъ шло субъективное направленіе. Оно не страдало произвольностью, пока исходило изъ пресловутаго инстинкта самосохраненія. Но, выросши изъ этой старинной точки зрѣнія, увлекшись исключительной фразеологической максимой, что государство не можетъ требовать отъ гражданъ героизма, — направленіе это въ деталяхъ вопроса, который ему предстояло рѣшить, оказалось совершенно безпомощнымъ. Выше указано было на патаніе, на которое обречены были партикулярные нѣмецкіе кодексы, указано и на стоящія въ полной зависимости отъ субъективнаго усмотрѣнія точки зрѣнія литературы, напр., Людена, Гейба, Лефита, Будзинскаго и массы другихъ.

Въ этихъ тискахъ и понынѣ находятся законодательства, —

наше, допускающее лишь защиту жизни, германское — жизни и здоровья, венгерское, допускающее при крайней необходимости защиту жизни, а при угрозах — жизни и „тѣлеснаго блага“, и пр.

О томъ, что такія постановленія представляются чрезвычайно узкими, а поэтому въ корнѣ неправильными, нечего и говорить; кромѣ того, они являются и опасными, ибо едва-ли каждый судъ въ силахъ будетъ противостоять соблазну постановить оправдательный приговоръ и въ иныхъ случаяхъ, т.-е. обходнымъ путемъ пойти на встрѣчу народнымъ правовозрѣніямъ, коимъ законъ не соотвѣтствуетъ. Исходя изъ такихъ или аналогичныхъ соображеній, германская наука уже давно подкапывается подъ соотвѣтствующія постановленія Уголовнаго Уложенія. Такъ Stammler ¹⁾, оставаясь въ догматическихъ предѣлахъ, доказываетъ болѣе широкое значеніе §§ 52 и 54 Уложенія. Подъ формулой „Leib“ онъ видитъ благо, обнимающее въ значительной степени область тѣлесной неприкосновенности, а вообще подъ выраженіемъ „Leib oder Leben“ — идею цѣлости и сущности личности, т.-е., напр., и свободу — въ противоположность рабству. Наиболѣе экстенсивное толкованіе даетъ Биндингъ ²⁾. Авторъ устанавливаетъ, что §§ 52 и 54 Уложенія признаютъ въ крайней необходимости вообще обстоятельство, устраняющее наказаніе, что, по его мнѣнію, подтверждается и мотивами, и тѣмъ, что иныя мѣста закона ³⁾ обнимаютъ случаи, не входящіе въ кругъ ограниченій, установленныхъ §§ 52 и 54, и наконецъ, тѣмъ, что возможенъ рядъ случаевъ, гдѣ отрицательный выводъ или ограниченительное толкованіе закона повели бы къ абсурду ⁴⁾.

Эту точку зрѣнія проводятъ и иные авторы, теоретически находящіе возможнымъ только одно рѣшеніе, допущеніе защиты въ крайней необходимости всѣхъ благъ безъ исключенія. Сюда относятся, напр., Berner ⁵⁾, Hälschner ⁶⁾, Janka, Lissi, Спасо-

¹⁾ I. с. 62, 63.

²⁾ Handbuch 771 и сл.

³⁾ Напр. Seem. O. § 57, Hand. G. B. §§ 702 — 708; Postgesetz 1871, § 17, Strandungs-O. § 9, 1; Str. G. B. § 360 num. 10 и т. д.

⁴⁾ Иллюстрація этой мысли облегчается автору тѣмъ, что по началамъ германскаго права наказуемо простое Sachbeschädigung. — По волюнѣ единодушному мнѣнію французскихъ комментаторовъ въ основѣ Code Pénal art. 64 также лежитъ идея относительности благъ.

⁵⁾ De impunitate p. 7: Ab omni definitione legali abstinendum est, ибо всѣ блага могутъ быть спасаемы, всѣ интересы охраняемы. Нельзя карать Семпронія, отнявшаго чужое платье, чтобъ не явиться въ городъ обнаженнымъ, когда, во время купанья, воръ унесъ его платье.

⁶⁾ Deutsches Strafrecht, 1881, S. 488.

вичь, Таганцевъ ¹⁾, Сергѣевскій ²⁾). И противъ этого вывода съ абстрактной точки зрѣнія не можетъ быть спора, ибо та доля эгоизма или самоволія, которую приносятъ человѣкъ въ борьбу свою съ долгомъ и закономъ, найдетъ себѣ мѣсто вездѣ, начиная съ крупнѣйшихъ конфликтовъ и кончая мелочами, кои для человѣка одинаково близки и дороги. Иной вопросъ затѣмъ, можетъ ли дѣйствительно законодательство встать на такую широкую точку зрѣнія и такъ экстенсивно распространять свою уступку идеѣ бесполезности наказанія. Трудно сказать, всякое ли нарушеніе въ соответствующихъ условіяхъ будетъ съ народнымъ правовоззрѣніемъ согласно, и всякое ли наказаніе *caeteris paribus* будетъ этому правовоззрѣнію противорѣчить. Если же это не всегда такъ, то правовая педагогика подсказываетъ соответственное суженіе института крайней необходимости, хотя бы не въ сферѣ подлежащихъ защитѣ благъ, а въ сферѣ ненаказуемыхъ нарушеній.

Въ большей или меньшей степени невозможность дѣйствительнаго освобожденія отъ криминализаціи всей массы правонарушеній въ состояніи крайней необходимости сознается всей доктриной. Янка подходит къ разрѣшенію этого вопроса двумя различными путями. При коллизіи двухъ „существованій“ онъ допускаетъ совершеніе *всякаго* правонарушенія, независимо отъ качественного или количественнаго свойства приносимыхъ въ жертву интересовъ. Исключеніе онъ допускаетъ лишь при существованіи особой обязанности ³⁾. Въ остальныхъ случаяхъ Янка соглашается на ненаказуемость лишь при наличности *значительной* разницы коллидирующихъ интересовъ, гдѣ бросается въ глаза ихъ „Missverhältniss“ ⁴⁾. На аналогичную точку зрѣнія встаетъ Проектъ нашего уголовного уложенія ⁵⁾. Проектъ различаетъ двѣ группы случаевъ. Въ первую онъ относитъ случаи спасенія жизни путемъ какого угодно нарушенія; во вторую — инныя коллизіи благъ. Въ первомъ случаѣ всякій вредъ, включая сюда и лишеніе жизни кого-либо, всякое нарушеніе закона должны быть признаны ненаказуемыми ⁶⁾; во второмъ такое

¹⁾ Курсъ I, 255; Лекціи II, 609.

²⁾ Пособіе 283.

³⁾ I. с. S. 199, 256.

⁴⁾ I. с. 203—206, 216.

⁵⁾ Въ области ближайшаго обоснованія ненаказуемости дѣянія, совершеннаго въ состояніи крайней необходимости, Объяснительная Записка ссылается на вышеизложенную теорію Гельшнера, въ корнѣй противорѣчащую основамъ права вообще и права уголовного въ частности.

⁶⁾ Об. Записка I, 284.

признаніе должно быть поставлено въ зависимость отъ двухъ обстоятельствъ: 1) для безнаказанности необходимо, чтобъ судъ призналъ наличность всѣхъ условій, требуемыхъ отъ крайней необходимости вообще; 2) чтобъ судъ нашель, что нарушение представлялось дѣйствующему *маловажнымъ* сравнительно съ тѣмъ правомъ, которому угрожала опасность; при опредѣленіи этого послѣдняго условія судъ долженъ принять во вниманіе то состояніе, въ коемъ находился дѣйствующій, и всю обстановку его дѣянія ¹⁾. Ту же идею ограниченія объема крайней необходимости на почвѣ относительнаго измѣренія благъ проводить Виндингъ ²⁾.

Этотъ взглядъ весьма правиленъ. Изъ общаго факта противоправности дѣянія, совершаемаго въ состояніи крайней необходимости, ясно вытекаетъ, что юридически слѣдующая изъ него наказуемость такого дѣянія можетъ быть устранена государствомъ лишь въ извѣстныхъ предѣлахъ. Предѣлы эти намѣчаются не субъективнымъ критеріемъ или не значиміемъ для правопорядка замѣны потери болѣе крупной таковой же болѣе мелкой. Значеніе субъективнаго критерія никоимъ образомъ не является исчерпывающимъ, ибо важный моментъ посягательства на правопорядокъ присущъ всякому нарушенію въ крайней необходимости, и во всякомъ нарушеніи такого рода психическое напряженіе и принужденіе можетъ быть весьма сильно. Не представляется точной и ссылка на значеніе для правопорядка замѣны одного зла другимъ ³⁾, ибо право далеко не всегда является гибкимъ

¹⁾ Въ прим. на стр. 384-ой Об. Записка оправдываетъ это тѣмъ, что „самыя основанія для оправданія лежатъ въ субъективныхъ условіяхъ, въ естественномъ чувствѣ самосохраненія“.—Надо полагать, что привносимый Об. Запиской субъективный критерій долженъ служить лишь къ смягченію наказанія, что весьма правильно. Недостаточно отмѣчаетъ Об. Записка условія претекста и экцесса крайней необходимости, и соединеніе ея въ этомъ мѣстѣ двухъ критеріевъ, объективнаго и субъективнаго, едва ли будетъ способствовать выясненію этихъ сторонъ дѣянія. Совершенно неправильно выдѣленіе первой группы безъ одинаковаго подчиненія ея объективной мѣркѣ. Объ этомъ см. выше стр. 168.

²⁾ Онъ усматриваетъ ее уже въ Мотивахъ §§ 52 и 54 Германскаго Уголовнаго Уложенія и переноситъ на законъ. Idem Oppenhof, Commentar num. 6 ad § 54; ср. Simonson l. c. Zeitschrift Листа V, 388. Противъ этого высказывается Stammeler 62 пр. 1, заявляющій, что рядомъ съ категорическими словами закона „Motivencultus“ неумѣстенъ. Ср. Janka 242; A. Merkel, Lehrbuch 167; R. Merkel 28; Olshausen, Commentar, 5 изд. 1897 г. num. 6 ad § 54. Ср. также Regelsberger, русск. перев. 155 о толкованіи закона, и у самого Binding'a S. 13 Handbuch'a, гдѣ говорится, что „мотивъ закона не обладаетъ правовой силой“.

³⁾ См. Таганцевъ, Курсъ, I, 259—261; Лекціи II, 613.

выразителемъ утилитарныхъ тенденцій, не стремится только къ приспособленію, къ сообщенію своей силы преимущественно высшему благу, а преслѣдуетъ и задачи стойкости правоохраны внѣ зависимости отъ важности блага. Эти предѣлы намѣчаются съ точки зрѣнія общественно-экономической, не затрагивающей моментовъ правовыхъ, ибо запретъ дѣянія остается, и открывается лишь движеніе санкціи закона,—а также съ точки зрѣнія политико-этической, то-есть гармоніи наказанія съ народными воззрѣніями. Значеніе послѣдняго момента выяснено выше. Выше указано и на то, какое значеніе имѣетъ здѣсь уголовно-судебная дѣятельность, по природѣ и существу своему призванная къ приспособленію санкціи закона къ конкретнымъ отлѣнкамъ дѣянія. Всякая попытка дать какія-либо теоретическія указанія здѣсь была бы бесполезна, какъ бесполезны и вообще указанія по вопросу объ индивидуализаціи санкціи. Это дѣло суда, практики, установленныхъ ею приемовъ, а не отвлеченной теоріи, никогда не способной предусмотрѣть многообразія житейскихъ коллизій. Даже предложеніе суду критерія, въ родѣ установленнаго Янкой, было бы опасно, — судъ въ указанномъ движеніи долженъ быть свободенъ.

Эти предѣлы совершенно ясны лишь въ одной спеціальной области, въ области коллизіи между личными стимулами и лежащими на данномъ лицѣ обязанностями, — не общими, лежащими на каждомъ гражданинѣ обязанностями воздерживаться отъ нарушенія нормъ права, а обязанностями спеціальными. Ближайшее установленіе подробностей этого вопроса уже выходитъ изъ предѣловъ тѣхъ полномочій, которыя по необходимости сообщаются суду при разсмотрѣніи типическихъ случаевъ крайней необходимости. Вопросъ этотъ можетъ подлежать критицѣ лишь *de lege ferenda*. *De lege lata* онъ обыкновенно разрѣшается самимъ законодательствомъ по принципу преимущественной охраны высшаго интереса. На сторонѣ такого интереса создается видъ „права нужды“. Въ виду этого здѣсь не только желательны, но необходимы и неизбѣжны категорическія постановленія закона, и затѣмъ уже никакое принятіе во вниманіе общихъ моментовъ крайней необходимости невозможно и недопустимо.

Оправдательная ссылка на крайнюю необходимость не существуетъ тамъ, гдѣ, по выраженію Биндинга, спасаемое благо не является „*wehrhaft*“, способнымъ къ охранѣ, гдѣ положеніе поглощается высшими соображеніями права и его политики ¹⁾.

¹⁾ См., впрочемъ, §§ 157 и 257² Str. G. B., гдѣ *caeteris paribus* принимается во вниманіе этической мотивъ, какъ смягчающее обстоятельство.

Этой ссылки не можетъ быть въ случаяхъ, гдѣ на носителѣ блага лежитъ юридическая обязанность по отношенію къ лицу, на это благо управомоченному. Такимъ лицомъ можетъ быть лицо частное; противъ осуществленія частнаго, напр., имущественнаго права на сторонѣ носителя обязанности никоимъ образомъ не можетъ быть крайней необходимости, и если казусъ подлежитъ компетенціи уголовной юстиціи, то уголовно-юридическія послѣдствія должны наступить. Такимъ лицомъ можетъ быть представитель государственной власти, напр., судъ или исполнитель его приговора. Подлежащій суду и наказанію преступникъ не можетъ прибѣгать къ мѣрамъ спасенія, ссылаясь на крайнюю необходимость. Съ этой точки зрѣнія возбуждаетъ удивленіе I. 1 D. 48, 21 ¹⁾, гдѣ признается извинительнымъ подкупъ противника въ уголовномъ процессѣ ²⁾. Такимъ лицомъ, въ смыслѣ юридическомъ, можетъ быть сама государственная власть, налагающая въ извѣстныхъ случаяхъ на индивида особыя тяжкія обязанности, гдѣ лицо „по званію своему и занятіямъ или по обстоятельствамъ даннаго отдѣльнаго случая должно перенести вредъ, ему грозящій“ ³⁾. Точное опредѣленіе такихъ случаевъ можно почерпнуть, конечно, главнымъ образомъ изъ постановленій права внѣуголовной области. Поэтому даже умолчаніе объ этомъ вопросѣ уголовного закона ⁴⁾ не предвѣшало бы его въ отрицательномъ смыслѣ. Такая обязанность лежитъ, несомнѣнно, на лицахъ военнаго званія по отношенію къ исполненію ими служебнаго долга, гдѣ частный интересъ всецѣло поглощается интересомъ государственнымъ, — безопасности, военной дисциплины и пр. Таковы постановленія §§ 49, 84—88 Военнаго Уголовнаго Уложенія Германіи, ст. 80-ая нашего Воинскаго Устава: „всякое нарушеніе обязанностей службы изъ страха личной опасности, если въ самомъ законѣ не положено особаго за то наказанія, наказывается съ тою же строгостью, какъ совершенное съ намѣреніемъ“. Эта обязанность лежитъ также на лицахъ, управляющихъ общественными средствами передвиженія, напр., по нашему праву, на „управляющемъ паровымъ двигателемъ“

¹⁾ См. выше, стр. 33, 34.

²⁾ См. Об. Записка I, 381: при исполненіи требованія закона или осуществленія законнаго права ссылка на опасность утрачиваетъ всякое юридическое значеніе.

³⁾ Об. Записка I, 381. Ст. 38-я Проекта резюмируетъ это такъ: „постановленія сей статьи не примѣняются, когда самое уклоненіе отъ опасности составляетъ преступное дѣяніе“.

⁴⁾ Молчитъ объ этомъ, напр., Германское Уголовное Уложеніе.

транспорта на желѣзной дорогѣ“ (Ул. о Нак. ст. 1083), на корабельщикахъ (ст. 1225, 1226; ср. Seemanns. O. 1872 г. §§ 30, 32). Профессоръ Листъ полагаетъ, что указанная обязанность лежитъ также на полиціи и пожарныхъ. Въ остальныхъ случаяхъ доктрина не находитъ возможнымъ настаивать на исполненіи обязанности, и поставила даже общую формулу, ставшую нынѣ *communis opinio doctorum*: „не можетъ быть требованія безцѣльной жертвы“¹⁾. Такъ, напр., смотритель тюрьмы подъ угрозой смертью выдаетъ ключи отъ кельи. Если его убьютъ, то получатся два нежелательныхъ результата. Но во всякомъ случаѣ, здѣсь надо быть очень осторожнымъ и требовать борьбы до послѣднихъ предѣловъ, ибо повиновеніе субъективнымъ мотивамъ въ борьбѣ съ мотивомъ долга есть явленіе, если и желательное съ точки зрѣнія матеріальной полезности, то нежелательное съ точки зрѣнія идеальной. Эта область вновь подлежитъ компетенціи суда.

XVI.

На почвѣ судебной компетенціи рѣшается и вопросъ о наказуемости третьихъ лицъ, вмѣшивающихся въ дѣяніе, совершаемое при условіяхъ крайней необходимости. Въ этой сферѣ, впрочемъ, гораздо большее значеніе имѣютъ соображенія извиняемости дѣянія въ силу лежащаго въ немъ мотива, чѣмъ общія правнополитическія соображенія.

Большаго или меньшаго единодушія въ сферѣ указанного вопроса доктрина достигаетъ лишь за послѣднее время.

Вышняя исторія вопроса представляетъ слѣдующую картину. Школа, строящая ненаказуемость дѣянія, совершаемаго подъ давленіемъ крайней необходимости, на презумпціи невмѣняемости дѣятеля, естественно, ограничивала возможность такой ненаказуемости лишь актами, направленными на собственное спасеніе. Такъ же должна была поступать и школа Фихте²⁾. Въ этомъ ограниченномъ объемѣ квалифицировано дѣяніе и въ нѣ-

¹⁾ См. Binding, Handbuch 782 и пр. 80; Moriaud 304, R. Merzel. Ближе — Янка 255, 256; Stammeler 72. См. также Об. Записку I, 382 и цитаты изъ Гельшнера: бороться до конца, но не до безцѣльности жертвы.

²⁾ Послѣдняя впрочемъ нерѣдко допускала уклоненія, см. Hufnagel и др.; уложенія саксенъ-альтенбургское и тюрингенское.

которых законодательствахъ, напр., въ уложеніи ганноверскомъ и въ дѣйствующемъ нашемъ уложеніи о наказаніяхъ ¹⁾.

Однако такая суровость доктринальныхъ и законодательныхъ положеній не встрѣчаетъ всеобщаго сочувствія. Теоріи психическаго и нравственнаго принужденія, человѣческой слабости, самосохраненія и пр., и смѣшанныя теоріи, въ случаяхъ коллизіи равноцѣнныхъ благъ, — высказываются уже за распространеніе защиты въ крайней необходимости и на третьихъ лицъ ²⁾, хотя и съ соответствующими ограниченіями. Толчекъ къ этому движенію дается статьей 166-й Каролины, гдѣ устанавливается ненаказуемость акта въ состояніи крайней необходимости для спасенія жены и дѣтей. Идея эта постепенно расширяется, и, напр., саксень-альтенбургскимъ и тюрингенскимъ кодексомъ рѣшается простой ссылкой на опасность, существующую для близкихъ родныхъ (*Angehörige*). Но дѣйствительная неопредѣленность такой формулы ³⁾ побуждаетъ законодателя прибѣгнуть къ болѣе детальному ея описанію, къ „*subtiles catalogi*“, какъ выражается Бернеръ. Подробный перечень близкихъ лицъ даютъ уложенія виртембергское, саксонское, брауншвейгское, а въ особенности баденское ⁴⁾. Это направленіе переходитъ и въ современное дѣйствующее право Германіи. §§ 52 и 54 Германскаго Уголовнаго Уложенія, какъ при принужденіи, такъ и при крайней необходимости допускаютъ защиту лицъ близкихъ, куда относятся родственники и свойственники по прямой линіи, усыновители и усыновленные, опекуны и опекаемые, супруги, братья и сестры, ихъ супруги и, наконецъ, обрученные.

Неудовлетворительность такой системы, исторически вкоренившейся въ правѣ германскомъ, очевидна. Къ указанному перечню можно произвольно присоединить и иныхъ родственниковъ ⁵⁾, что зависитъ исключительно отъ произвола законода-

¹⁾ Впрочемъ, Таганцевъ, Курсъ I, 259, полагаетъ, что къ ст. 100-й Ул. о Нак. можетъ быть примѣнено правило о ненаказуемости соучастниковъ непрогноправнаго дѣянія. Такое мнѣніе неправильно.

²⁾ См., напр., Feuerbach, Lehrbuch, § 91-й—въ духѣ Каролины; Mittermaier, *ibid.*, п. III; Martin, l. c., num. 9; Henke, l. c., 335; Luden, *Abhandlungen*, 512; Handbuch, I, 327 sqq.; Berner, *De impunitate*, 15; Geib., 224; v. Wächter, *Sächsisches Strafrecht* 368 sqq.; Dollmann, *Schwarze* и др.

³⁾ Ср. v. Wächter, l. c., 369.

⁴⁾ Характерныя доктринальныя колебанія см. у Будзинскаго или у Гейба, рѣшающихъ вопросъ неодинаково для *vis compulsiva* и для крайней необходимости въ чистомъ видѣ.

⁵⁾ См., напр., Уложеніе Венгерское.

теля. Напр., Tiraquellus находилъ, что „страхъ извиняетъ дѣяніе, направленное на спасеніе лицъ, близкихъ до седьмой степени родства“¹⁾. Возможно присоединить сюда, наконецъ, и лицъ обязанныхъ, какъ то и сдѣлало уложеніе баденское²⁾, а въ этой области, какъ справедливо замѣчаетъ Wächter, можно говорить и о прислугѣ по отношенію къ хозяевамъ. Помимо формальности такого перечня, онъ бесполезенъ, ибо въ горячій часъ „нѣтъ времени развертывать регистры“³⁾. И, наконецъ, онъ противорѣчитъ началамъ этическимъ, ибо ограниченіе близости индивида къ другимъ людямъ лишь кругомъ указанныхъ въ законѣ его родственниковъ несогласно съ принципами нравственности⁴⁾.

Эти недостатки перечневой системы⁵⁾ увлекли уголовно-юридическую литературу въ сторону реакціи. Отрицаніе, какъ это часто бываетъ, завело далѣе, чѣмъ слѣдуетъ, и литература стала требовать безусловнаго, неограниченнаго допущенія защиты, въ крайней необходимости всѣхъ третьихъ лицъ. Въ основаніе⁶⁾ приводятся тѣ соображенія, что съ одной стороны здѣсь налицо то же „перемѣщеніе объекта правонарушенія“, а съ другой — юридическія условія ненаказуемости лежатъ не въ лицѣ, а въ дѣяніи. Спасаемыя лица могутъ быть даже вовсе неизвѣстны,

¹⁾ Ср. Moriaud, 287.

²⁾ Ср. Heffter, I. c., § 45; Luden, Handbuch S. 327—329 требуетъ „rechtlich nahe Verhältnisse“.

³⁾ Berner, см. выше. И между тѣмъ система перечня нашла себѣ мѣсто даже въ конструкціи Янки, который изъ практическихъ соображеній требуетъ законной нормировки случаевъ, обсуждаемыхъ имъ съ точки зрѣнія инстинкта самосохраненія. Законъ, по мнѣнію Янки, не можетъ ставить здѣсь дѣло слишкомъ широко, — онъ долженъ ограничить кругъ такихъ лицъ „дѣйствительнымъ и полнымъ единствомъ личности“, а такое единство Янка допускаетъ лишь для лицъ, связанныхъ семейной близостью, куда онъ относитъ супруга, обрученнаго, кровныхъ родственниковъ восходящей и нисходящей линіи, кончая дѣдомъ и внукомъ, братьевъ и сестеръ. Такимъ образомъ Янка возвращается къ имъ же отвергнутой системѣ регистра, забывая, что „личное единство“ мыслимо и внѣ указанныхъ имъ случаевъ и, вѣроятно, въ силу краткости предложеннаго имъ перечня, полагая, что нѣтъ нужды заглядывать въ регистръ, ибо выходъ подскажутъ здравый смыслъ и чувство.

⁴⁾ Штаммлеръ придалъ этому замѣчанію неправильную окраску, отгнѣная не указанный моментъ, а несоблюденіе установленнаго имъ объективнаго критерія въ случаѣ запрета спасенія посторонняго лица путемъ пораженія *хотя бы незначительнаго* блага.

⁵⁾ Ср. также Таганцевъ, Курскъ, I, 258; Об. Записка, I, 385.

⁶⁾ Ср. Таганцевъ, Курскъ, I, 257; Лекціи, II, 610 и сл. Hälschner, цит. въ Об. Запискѣ I, 387. Ср. Янка, и его выводы по отношенію ко второй части его конструкціи.

напр., при экспроприации или конфискации съѣстныхъ припасовъ во время голода ¹⁾).

Эту же точку зрѣнія допущенія защиты всѣхъ третьихъ лицъ, слѣдую примѣру уложеній голландскаго и итальянскаго и проекту австрійскаго уложенія, воспринимаетъ и нашъ проектъ.

Такое положеніе встрѣчаетъ вполне основательную критику въ нашей литературѣ. Такъ, проф. Сергѣевскій ²⁾ видитъ въ неограниченномъ распространеніи института крайней необходимости на охрану всѣхъ третьихъ лицъ нѣчто несогласное съ юридическимъ строемъ человѣческаго общежитія. Законъ, даже относясь снисходительно къ причиненію вреда ближнему для спасенія себя отъ грозящей опасности, не можетъ дозволить всѣмъ и каждому спасать блага и интересы однихъ гражданъ на счетъ другихъ гражданъ. Весьма похвально, нравственно и доблестно приносить въ жертву свои блага на пользу ближняго. Нравственность и религія могутъ въ такихъ случаяхъ оправдать даже вторженіе въ сферу благъ посторонняго лица (исторія св. Криспина), но законъ государственный признать общимъ правиломъ такое положеніе вещей не можетъ. Это значило бы отдать права и блага гражданъ въ распоряженіе первому встрѣчному, который пожелалъ бы спасать другихъ отъ бѣды на чужой счетъ. Наибольшее, что можетъ сдѣлать законъ, это допустить въ случаяхъ крайней необходимости охрану лицъ близкихъ, какъ то дѣлаютъ германское и венгерское уложенія ³⁾. — Впрочемъ, взглядъ проф. Сергѣевского, одобряющій постановленія германскаго уложенія, также неправиленъ. Болѣе вѣрная мысль высказана имъ въ Пособіи, 284: для спасенія другихъ изъ крайней необходимости рѣшающимъ моментомъ является то обстоятельство, что

¹⁾ Таганцевъ, Курсы I, 257, пр. 165. Вѣрное замѣчаніе по поводу неправильности послѣдняго аргумента см. у Сергѣевского, Пособіе, 284. Къ этому слѣдуетъ прибавить, что общая конструкція проф. Таганцева неправильна, ибо указанныя юридическія условія ненаказуемости лежатъ главнымъ образомъ въ соображеніяхъ политики права и, во всякомъ случаѣ, болѣе въ лицѣ, чѣмъ въ дѣяніи; объективная точка зрѣнія примѣнима лишь къ случаямъ, категорически рѣшеннымъ закономъ въ смыслѣ правомѣрности акта.

²⁾ Сводъ замѣчаній, IV, 408 и сл.

³⁾ Тѣ же соображенія авторъ повторяетъ въ Пособіи, 284, подвергая основательной критикѣ взгляды Таганцева и Гельшнера, который говоритъ, что „самоотверженное спасеніе дѣятелемъ совершенно чужого ему челоуѣка стоитъ въ нравственномъ отношеніи гораздо выше, чѣмъ спасеніе себя или дорогихъ лицъ, а слѣдовательно юридическое основаніе ненаказуемости дѣйствія здѣсь пріобрѣтаетъ несравненно большую цѣну“. Подобное мнѣніе стоитъ въ связи съ общей теоріей крайней необходимости, воспринятой Гельшнеромъ. Мысль же о „самоотверженности“ есть простая фразеологія.

опасность, этимъ лицамъ грозящая, дѣйствуетъ на дѣятеля такъ же сильно, какъ опасность, ему грозящая. Съ этимъ моментомъ для дѣятеля дается такой же субъективный толчокъ, какой является и для самого лица, поставленнаго въ опасность.

Аналогичнымъ образомъ рѣшаютъ вопросъ Биндингъ ¹⁾ и Morgiand ²⁾, отрицающіе всякую необходимость законныхъ ограниченій, ибо главный центръ вопроса лежитъ въ наличности сильнаго мотива, что не подлежитъ законному опредѣленію.

Таковъ историческій путь, пройденный вопросомъ о допущеніи защиты третьихъ лицъ въ условіяхъ крайней необходимости. Ясно, что надлежащее освѣщеніе вопросъ этотъ можетъ получить лишь при принятіи во вниманіе общихъ правилъ юридическаго толкованія, въ данномъ случаѣ при примѣненіи правила о соучастіи.

Вмѣшательство третьяго лица въ дѣяніе создаетъ новое правовое отношеніе, и квалификація такого отношенія измѣняется въ зависимости отъ правовыхъ моментовъ дѣянія. Если извѣстное отношеніе уже разрѣшено закономъ въ смыслѣ сообщенія лежащему въ основѣ его дѣянію правомѣрнаго характера, то-есть установленъ уже формальный объективный критерій, то вмѣшательство третьяго лица не измѣняетъ положенія, — участіе третьяго лица въ правомѣрномъ дѣяніи есть также дѣяніе правомѣрное ³⁾. Такъ и рѣшаетъ вопросъ школа, признающая право нужды ⁴⁾.

Напротивъ, недопустимо участіе никакого третьяго лица въ тѣхъ отношеніяхъ, которыя, по существу своему, признаны закономъ противоправными, гдѣ вмѣшательство это направляется

¹⁾ Handbuch, 785, 786. Это мѣсто конструкціи Биндинга не гармонируетъ съ ея общимъ характеромъ. Конструкція эта ставитъ на первый планъ объективный критерій, а въ данномъ мѣстѣ авторъ ссылается на значеніе давленія крайней необходимости на *известное* лицо. При близости отношеній такое давленіе остается, а поэтому „billig wäre den Kreis dieser privilegierten Personen gesetzlich nicht zu schliessen, denn nicht die Nähe des Blutes bestimmt die Tiefe des Antheils an fremdem Nothstande, sondern *Liebe und Freundschaft* mit dem unmittelbar Gefährdeten. См. также S. 788, *ibid.* — Affect des Mitleides. Центр тяжести такимъ образомъ авторъ переноситъ на субъективную сторону дѣянія, на нравственный мотивъ. Ср. S. 785 и прим. 88 и 89, что противорѣчитъ высказанному на стр. 765 по поводу теоріи извиненія

²⁾ I. c., 290—съ сильнымъ уклоненіемъ въ область крайнихъ случаевъ, гдѣ рѣчь идетъ о жертвѣ одними лицами для спасенія другихъ, а не вообще о правонарушеніи.

³⁾ Ср. Binding, Handbuch, 784. Такова, напр., необходимая оборона.

⁴⁾ Ср. Boehmer, *Medit. ad art. 166, § 3*; Soden, *Geist*, S. 355; Köstlin, *Neue Revision*, 603 sqq.; Levita, 3; Berner, *De impunitate*, 13 sqq.; Schaper, S. 136; Hälschner, *Preuss. Strafrecht*, II, 277; R. Merkel, 48; Stammer, 80 и др.

на огражденіе противоправнаго интереса, напр., на спасеніе подлежащаго карѣ преступника отъ рукъ уголовного правосудія. Эти случаи также разрѣшаются по началамъ, лежащимъ въ объективной юридической природѣ дѣянія, напередъ опредѣленной въ смыслѣ противоправности для каждаго дѣятеля. Это обратная сторона допущенія каждаго третьяго къ дѣянію правомѣрному.

Иначе рѣшается вопросъ этотъ въ сферѣ наказуемости, если юридическая квалифікація наказуемаго дѣянія разрѣшается по принципу субъективному, вліяющему лишь на наказуемость, а не на противоправность отношенія. Ненаказуемость одного участника еще не предуснаавливаетъ ненаказуемости другого, когда основанія такой ненаказуемости носятъ личный характеръ. Сюда относится и вопросъ объ участіи третьихъ лицъ въ дѣяніи, совершаемомъ въ состояніи крайней необходимости. Общія правила ненаказуемости указаннаго дѣянія могутъ быть распространены на такихъ лицъ постольку, поскольку законъ отмѣчаетъ въ дѣяніи особыя извиняющія субъективныя черты. Правно-политическія соображенія въ этой сферѣ едва-ли имѣютъ значеніе, и ихъ расширеніе въ смыслѣ ненаказуемости каждаго третьяго, вмѣшпвающегося въ дѣяніе, не соотвѣтствовало бы ни юридическимъ, ни этическимъ принципамъ, что прекрасно отмѣчено проф. Сергѣевскимъ. Единственное, на чемъ здѣсь можетъ остановиться законодатель, это на силѣ нравственнаго мотива. А такое субъективное условіе должно быть установлено въ каждомъ случаѣ особо и изъ общей ненаказуемости главнаго дѣятеля не вытекаетъ, ибо новое правовое отношеніе подлежитъ обсужденію по инымъ основаніямъ. Если въ дѣятелѣ, вторгающемся уже въ существующее отношеніе, нѣтъ налицо такого же мотива, какъ въ главномъ дѣятелѣ, то дѣяніе остается наказуемымъ, ибо объективно-правовой критерій противъ дѣятеля. Если же такой мотивъ, въ силу особой внутренней близости обоихъ дѣятелей, существуетъ, то и новое правовое отношеніе въ сферѣ наказуемости разрѣшается по аналогіи.

И сказать напередъ, гдѣ наличность такого мотива несомнѣнна, и гдѣ, наоборотъ, ея признать нельзя,—такъ же невозможно, какъ невозможно предусмотрѣть всей многообразной массы житейскихъ связей. Если христіанская мораль налагаетъ обязанность помогать ближнему, то та же мораль высказывается противъ причиненія вреда другому ближнему; если даже рѣчь не идетъ о причиненіи такого вреда, а лишь о формальномъ нарушеніи закона, то возможное оправданіе такихъ случаевъ мо-

рально не является еще убѣдительнымъ аргументомъ для правопорядка, прощающаго такое дѣяніе по совершенно инымъ соображеніямъ. Ясно, что въ подобныхъ случаяхъ не поможетъ и перечневая, ограничительная система, ибо въ противоположность системѣ, допускающей безграничную охрану всѣхъ третьихъ лицъ, она можетъ оказаться слишкомъ узкой. Связь интимной близости, способность чувствовать опасность близкаго человѣка, какъ свою собственную, — не зависитъ отъ напередъ указанныхъ узъ родства. Часто наблюдается даже совершенно обратное явленіе. Рѣшить вопросъ этотъ, такъ же, какъ и вообще рѣшить вопросъ о наказуемости или ненаказуемости дѣянія, совершеннаго въ состояніи крайней необходимости, можетъ лишь судъ¹⁾. Это общая судебная функція движенія въ предѣлахъ санкціи, относительный характеръ коей позволяетъ суду приблизиться къ волѣ законодателя.

XVII.

Юридической природою крайней необходимости опредѣляется, затѣмъ, безразличіе фактическихъ источниковъ, со стороны коихъ дѣятелю можетъ грозить опасность.

Выше уже указано, къ какимъ страннымъ послѣдствіямъ ведетъ общая всѣмъ французскимъ комментаторамъ точка зрѣнія, что источникъ опасности долженъ лежать внѣ дѣятеля, точка зрѣнія, сохраняемая ими по закоренѣлой традиціи. Можно думать, что предстоящій пересмотръ арт. 64-го С. Р. сломитъ это воззрѣніе, совершенно забывающее истинную природу крайней необходимости. Для французской практики, которая живетъ такимъ толкованіемъ закона, оно представляется роковымъ. Въ законъ оно влагаетъ уродливый смыслъ.

Источникъ опасности можетъ быть чрезвычайно разнообразенъ. Рѣзко раздѣляются двѣ группы, — одна, не имѣющая въ себѣ характера юридическаго, — фактъ, сила природы или дѣяніе лица невмѣняемаго; другая — носящая уже юридическій характеръ, коренящаяся въ дѣяніи лица вмѣняемаго. Послѣдняя также допускаетъ различіе на *vis absoluta*, *vis compulsiva* и противоправное нападеніе, исходомъ коего со стороны защиты является не необходимая оборона, а пораженіе благъ третьяго лица или вообще противоправное дѣяніе.

¹⁾ Ср. Wessely, l. c. S. 30.

Vis absoluta, какъ физическое принужденіе со стороны человека, и *vis maior*, какъ явленіе, поработяющее дѣятельность индивида, должны быть выдѣлены изъ числа источниковъ крайней необходимости. Современная наука пришла въ этой области уже къ полному единодушію. При указанныхъ условіяхъ принуждаемое лицо является орудіемъ въ рукахъ принуждающей силы, слѣдуетъ ея механическому воздѣйствію. Такова, напр., подпись, насильно сдѣланная моею рукою; таково положеніе, если порывомъ вѣтра вырываетъ мой зонтикъ, повреждающій окно магазина, платье встрѣчнаго и пр. Въ такихъ случаяхъ мое поведеніе юридически безразлично; съ моей стороны нѣтъ дѣянія, потому что нѣтъ субъективно-противоправной стороны его, есть лишь простой вредъ, какъ имѣющій причинную связь съ внѣшней силой, силой человека, и по этому основанію подлежащій обсужденію, или какъ случай, если его создаютъ силы природы.

Иной квалификаціи подлежатъ случаи, гдѣ нѣтъ такого непосредственнаго физическаго принужденія, гдѣ налицо дѣяніе, со всѣми его объективными и субъективными признаками, требуемыми закономъ, и лишь окрашивающееся особымъ психическимъ моментомъ, выборомъ одного изъ двухъ золь.

Въ этой области старая доктрина и рядъ законодательныхъ памятниковъ настаивали на различіи между чистой крайней необходимостью, проистекающей изъ силъ природы и пр., и психическимъ принужденіемъ, напр., угрозами. За такое различіе высказываются Abegg ¹⁾, Goltdammer ²⁾, Temme ³⁾, Marezoll ⁴⁾, Geib ⁵⁾, Marquardsen ⁶⁾, Schaper ⁷⁾, допускающій для чистой крайней необходимости даже право нужды, но отрицающій его для случаевъ угрозъ или вообще психическаго принужденія, такъ какъ, по его мнѣнію, оно оставляетъ волю свободной, и вопросъ лишь въ томъ, насколько нравственный долгъ противиться угрозѣ можетъ быть возведенъ въ правовую обязанность. Köstlin ⁸⁾ и Levita ⁹⁾ вообще отрицаютъ всякую возможность принужденія воли и вліянія принужденія на наказуемость. Въ нашей лите-

¹⁾ Lehrbuch 145; Untersuchungen 89 sqq., 340 sqq.

²⁾ Materialien I, 414.

³⁾ Lehrbuch 220.

⁴⁾ I. c., 99.

⁵⁾ Lehrbuch 222.

⁶⁾ I. c. 400 sqq.

⁷⁾ I. c. 169 sqq.

⁸⁾ Neue Revision S 599; System S. 159 sqq.

⁹⁾ I. c. S. 14 sqq.

ратурѣ на точку зрѣнія, раздѣляющую принужденіе и крайнюю необходимость, встають Будзинскій, Спасовичъ и Кистяковскій, также теряющіеся въ бесплодныхъ „Subtilitäten“. Въ законодательной области это различіе проводятъ кодексы виртембергскій, гессенскій, баденскій, тюрингенскій, саксень-альтенбургскій, Уложеніе Германское, Венгерское и проектъ Австрійскаго Уложенія.

Но это разграниченіе едва-ли можно считать правильнымъ, ибо оно не представляется логичнымъ ни съ юридической, ни съ психологической точки зрѣнія.

Кто въ силу естественной случайности поставленъ въ положеніе или лишиться блага, или нарушить законъ, тотъ находится въ совершенно одинаковомъ положеніи съ лицомъ, вынужденнымъ къ тому же выбору, поставленнымъ въ ту же альтернативу въ силу чьей-либо угрозы. Онъ одинаково дѣйствуетъ, повинуюсь стремленію избѣжать опасности. И въ томъ и въ другомъ случаѣ или нарушается законъ, или утрачивается благо. Все различіе лишь въ источникѣ опасности, но, съ одной стороны, всякая попытка исчерпывающимъ образомъ опредѣлить такіе источники обречена на неудачу, ибо ихъ слишкомъ много и они слишкомъ различны, а, съ другой, они не имѣютъ ни малѣйшаго вліянія на юридическое обсужденіе отношенія, что представляется единственно важнымъ. Все дѣло въ томъ, была ли, дѣйствительно, опасность, и нельзя ли было избѣжать ея инымъ путемъ ¹⁾.

Неправильно такое различіе и съ точки зрѣнія методологической. Справедливо замѣчаетъ Таганцевъ ²⁾, что самое различіе терминовъ „принужденіе“ и „необходимость“ зависитъ только отъ различія точекъ зрѣнія на одно и то же явленіе. Разсматривая дѣйствіе даннаго лица по отношенію къ причинѣ, ихъ вызвавшей, мы говоримъ о принужденіи; разсматривая тѣ же дѣйствія по отношенію къ ихъ результату, мы говоримъ о необходимости: необходимость вызывается принужденіемъ, принужденіе создаетъ необходимость.

¹⁾ Janka 209—214; Grolman. Grundsätze § 41; v. Wächter, Sächs. Starfrecht S. 385 sqq.; Luden, Handbuch I, 308 num. 9; Wessely S. 4; Krug, Ideen S. 45, 61; Geyer, Grundriss S. 106; Hälschner, Deutsches Strafrecht I, 493; Göb, Archiv S. 184; Stammler S. 6; Binding, Handbuch S. 769; Moriaud l. c. 291; A. Merkel, Lehrbuch S. 165; Объяснительная Записка I, 380; Сергѣевскій, Пособіе 281; art. 64 Code Pénal и толкованія Hélie, Pratique II, № 110; Ortolan, Eléments num. 373; Haus, Principes I num. 536; Уложеніе о Наказаніяхъ ст. 100-ая.

²⁾ Курсъ I, 252 пр. 155; Лекціи II, 606 пр. 2.

Въ настоящую пору это различіе имѣетъ лишь историческій интересъ ¹⁾ и объясненіе свое находитъ въ исторіи, въ борьбѣ субъективныхъ и объективныхъ, детерминистическихъ и индетерминистическихъ теорій, плодомъ коей было чисто механическое сочетаніе началъ, почерпнутыхъ изъ права древнѣйшей эпохи и отмѣченныхъ еще въ средніе вѣка. Но средневѣковыя ученія ²⁾ не сдѣлали той ошибки, какая позднѣе вералась въ науку и законодательство подъ вліяніемъ проникшихъ туда стоическихъ принциповъ, идеи смѣшанныхъ дѣйствій и т. д., отмѣнявшихъ особый характеръ психическаго принужденія въ сравненіи съ чистой крайней необходимостью. Въ результатѣ оба явленія встали рядомъ, и ихъ юридическая одинаковость отъ доктрины ускользнула. Это стало традиціей и даже находило себѣ юридическое оправданіе.

Мнѣніе, что источникъ опасности въ крайней необходимости безразличенъ, надо признать единственно правильнымъ, ибо вызываемое имъ психическое состояніе одинаково. Одинаково должно быть и отношеніе законодателя къ совершенному при такихъ условіяхъ дѣянію, ибо для законодателя важно только психическое состояніе дѣятеля, особо отмѣчаемое народнымъ правосознаніемъ, а не причины, его породившія.

Особаго вниманія требуютъ лишь случаи, гдѣ источникомъ опасности является противоправное нападеніе и гдѣ дѣятель выходитъ изъ опасности не путемъ правомѣрнаго и смѣлаго отраженія нападенія, а путемъ пораженія благъ третьихъ лицъ, или и при правомѣрномъ отраженіи нападенія причиняетъ вредъ третьимъ лицамъ ³⁾.

Вопросъ о томъ, каковъ юридическій характеръ даннаго дѣянія, исторически разрѣшался неодинаково ⁴⁾. Римское право ⁵⁾

¹⁾ Ср. Morgand 291.

²⁾ См. выше стр. 55, 56.

³⁾ Эта complicація вызвала большое вниманіе нѣмецкой уголовно-юридической литературы послѣ рѣшенія Имперскаго Суда 24 ноября 1890 г. (Entscheidungen V. XXI S. 168), по которому признанъ былъ дѣйствовавшимъ въ необходимой оборонѣ бургомистръ, отвѣтившій на оскорбительную для него церковную рѣчь пастора возгласомъ „Ruhe!“ и выходямъ изъ церкви. Нарушеніе религіознаго чувства присутствовавшихъ въ церкви было признано не имѣющимъ значенія, ибо „если дѣяніе является необходимой обороной, то оно не можетъ быть и мятежемъ“ (grober Unfug).

⁴⁾ Ср. Calker, Vom Grenzgebiete zwischen Nothwehr und Nothstand, Zeitschrift Листа, XII, 1892.

⁵⁾ I. 45, § 4 D. IX, 2; e. 2 C. ad leg. Corn. de sic. IX, 16. См. выше, стр. 25, 26.

усматривало въ дѣяніи правомѣрный характеръ, придаваемый ему состояніемъ необходимой обороны, хотя по закону Аквилія дѣяніе и подлежало отвѣтственности. На почвѣ этой концепціи вопросъ рѣшается и средневѣковыми юристами, не знавшими еще института крайней необходимости въ его полномъ объемѣ. Такъ, Jul. Slogus ¹⁾ обсуждаетъ случай убійства „mediatoris in rixa“ съ точки зрѣнія необходимой обороны, — *quia video dare operam rei licitae*. Нѣкоторое колебаніе въ этой сферѣ замѣчается въ толкованіяхъ ст. 145-ой Каролины ²⁾. Schütze, а за нимъ Janka (70), Moriaud (12) и Туръ (4) полагаютъ, что ст. 145-ая ведетъ рѣчь о крайней необходимости. Seeger ³⁾ и цитирующій его Тоблеръ ⁴⁾, исходя изъ того, что здѣсь нѣтъ необходимой и характерной для крайней необходимости коллизіи, гдѣ дѣяніе является единственнымъ выходомъ для спасенія, думаютъ, что ст. 145-ая обнимаетъ собой лишь неосторожность или невмѣнимое въ вину *aberratio ictus*, и во всякомъ случаѣ не необходимую оборону, ибо тогда въ законѣ шла бы рѣчь вообще объ убійствѣ третьяго лица, а не только „wieder den Willen“. Такое мнѣніе, несомнѣнно, правильно ⁵⁾, но самъ законъ смотрѣлъ на излагаемое дѣяніе съ точки зрѣнія необходимой обороны, за что говорятъ какъ исторія его текста ⁶⁾, такъ и толкованія современной доктрины. Изъ ученій саксонскихъ криминалистовъ, развивавшихъ послѣднюю точку зрѣнія, послѣдняя перешла въ теорію Фейербаха и Росгирта, а затѣмъ нашла себѣ мѣсто и въ современной юридической практикѣ ⁷⁾. Синтезъ этого направленія выражается въ формулѣ: „Das Recht braucht dem Unrechte niergends zu weichen“. Если необходимая оборона есть право, то оно не можетъ быть ограничено, нельзя въ одномъ и томъ же дѣяніи видѣть право и неправду, нельзя дозволить вырѣзать кусокъ мяса и не пролить крови.

Такое рѣшеніе вызываетъ, однако, основательныя сомнѣнія ⁸⁾, ибо слишкомъ расширяетъ понятіе защиты въ необходимой оборонѣ, принося въ жертву этому праву и блага третьихъ лицъ.

¹⁾ Sentent. l. 5 § de homicid., Adde quod.

²⁾ Убійство третьяго лица „wieder den Willen“.

³⁾ l. c., S. 181.

⁴⁾ l. c., S. 113, пр. 4.

⁵⁾ См. выше, стр. 64.

⁶⁾ См. тамъ же.

⁷⁾ См. выше прим.

⁸⁾ См. уже Köstlin, System S. 87; Berner, Neues Archiv, l. c. S. 554; Marquardsen, l. c. S. 401. Болѣе или менѣе неясно Таганцевъ, Курсъ, I, 251; Лекціи, II, 605; Сергѣевскій, Пособіе, 281.

Законодатель этого допустить не можетъ, ибо цѣль далеко не всегда оправдываетъ средства, ибо правомѣрность извѣстнаго дѣянiя связана существующей на другой сторонѣ обязанностью, каковой не создается на сторонѣ неповиннаго третьяго лица. Въ виду этого можно бы указанное дѣянiе конструировать, какъ совершенное въ состоянiи крайней необходимости.

Но и это мнѣнiе, въ свою очередь, вопросъ не вполне исчерпываетъ, ибо разбираемые случаи допускаютъ нѣсколько разновидностей ¹⁾:

1) *A.* однимъ выстрѣломъ убиваетъ нападающаго *B.* и рядомъ стоящаго *C.*;

2) *A.*, желая поразить *B.*, поражаетъ *C.*;

3) *A.*, убѣгая отъ преслѣдованiя *B.*, наноситъ поврежденiя стоящему на его дорогѣ *C.*;

4) *A.* подставляетъ *C.* подъ ударъ *B.*

Первый случай представляетъ видъ идеальной совокупности акта въ необходимой оборонѣ съ актомъ умышеннаго убiйства. Последнее не можетъ обсуждаться съ точки зрѣнiя необходимой обороны ²⁾, ибо слагающееся въ такихъ случаяхъ правовое отношенiе не представляетъ картины права на одной сторонѣ и обязанности на другой. Оно можетъ обсуждаться съ точки зрѣнiя крайней необходимости, поскольку не было иного выхода, а вообще при его обсужденiи должны быть приняты во вниманiе субъективные отгѣнки дѣянiя.

Второй случай представляетъ чистое *aberratio ictus*, т.-е. неосторожное или случайное убiйство, при обсужденiи коего правомѣрный или неправомѣрный характеръ главнаго дѣянiя не имѣетъ значенiя.

И лишь третiй и четвертый случаи представляютъ чистый видъ крайней необходимости, въ обсужденiе коего моменты умышеннаго или неосторожнаго причиненiя вреда третьимъ лицамъ ничего не привносятъ.

Въ связи съ только-что изложенной контроверзой стоитъ еще одна подробность вопроса, обратившая на себя вниманiе литературы ³⁾. Рѣчь идетъ объ актахъ, представляющихъ крупное социальное значенiе и, въ силу этого, закономъ дозволен-

¹⁾ Ср. Binding, Handbuch, 750; Tobler, 144—156; A. Merkel, Lehrbuch, 164, хотя не вполне ясно.

²⁾ Contra Calker, l. c., 470.

³⁾ См. Binding, Handbuch; Moriaud, 278—287.

ныхъ, несмотря на соединенный съ ними рискъ, опасность вреда. Таковы, напр., желѣзно-дорожныя и фабричныя предпріятія, пожарное дѣло и пр. Юридически эта дѣятельность правильно конструируется доктриной: дѣятельность эта дозволена, ибо общественный интересъ перевѣшиваетъ рискъ. Если же она принесла вредныя послѣдствія, то о нихъ доктрина говоритъ, какъ объ актахъ крайней необходимости и квалифицируетъ ихъ, какъ дѣяніе неосторожное.

Эта точка зрѣнія представляетъ поразительное смѣшеніе совершенно различныхъ составовъ, что является несомнѣннымъ послѣдствіемъ того вліянія, которое оказываетъ на доктрину принципъ перевѣшивающаго интереса. Она соединяетъ въ одну группу явленія, подлежащія разсмотрѣнію съ различныхъ юридическихъ точекъ зрѣнія. Сама по себѣ указанная дѣятельность является правомѣрной; она не вызывается принужденіемъ и поэтому не можетъ быть квалифицирована, какъ актъ крайней необходимости, какъ дѣятельность, направленная на спасеніе блага. Въ силу ея правомѣрности она не можетъ быть опредѣлена и какъ неосторожная или субъективно-виновная. Иной вопросъ—о вредномъ результатѣ такой дѣятельности, каковой тѣмъ не менѣе является противоправнымъ. Но въ этой сферѣ дѣяніе должно разсматриваться на почвѣ общихъ правилъ вмѣненія, нарушенія особой внимательности, къ коей болѣе, чѣмъ кто-либо, обязаны руководители крупныхъ и опасныхъ общественныхъ предпріятій. Такое разсмотрѣніе можетъ, конечно, повлечь не только къ гражданской отвѣтственности, но и къ уголовной. А при такой постановкѣ дѣла всякая связь съ институтомъ крайней необходимости утрачивается, ибо какъ умыселъ, такъ и неосторожность влекутъ здѣсь юридическія послѣдствія на общемъ основаніи.

XVIII.

Гораздо большее значеніе имѣетъ обсужденіе вопроса о личной виновности въ дѣяніи, дѣйствительно противоправномъ, каковымъ, по существу своему, является дѣяніе, совершаемое при условіяхъ крайней необходимости ¹⁾.

Римское право (l. 29, § 3 D. ad leg. Aq. IX, 2) допускало искъ ex lege Aquilia, если въ основѣ дѣянія въ крайней необ-

¹⁾ См. Göb, Die Behandlung des Nothstandes und insbesondere die Verschuldung in Herbeiführung derselben, Goldt. Archiv, 1880, XXVIII S. 183—193.

ходимости лежала вина, *culpa nautarum*. Въ эту опредѣленную точку зрѣнія вносить недоразумѣніе l. 1 D. de bonis eorum, XLVIII, 21, гдѣ игнорируется вина преступника, подвергшагося уголовному преслѣдованію. Сѣбъ полагаетъ, что у римлянъ заслуженная крайняя необходимость менѣе имѣла значенія для спасенія жизни, чѣмъ для спасенія низшаго блага, но этотъ выводъ шатокъ въ виду сомнительнаго происхожденія послѣдняго фрагмента. Напротивъ, изъ перваго фрагмента можно сдѣлать выводъ, что если „*culpa*“ не устраняла отвѣтственности, то тѣмъ болѣе не устраняло ея умышленное созданіе условій крайней необходимости.

Случайныя указанія на значеніе личной вины встрѣчаются у практиковъ, напр., у *Jac. de Bello Visu*: 1) „*iura non succurrunt ei, qui se ipsum in necessitate ponit*“. Иного рода замѣчанія встрѣчаются позднѣе, напр., у *Boehmer*'а, который полагаетъ, что безразлично (*nil mutandum*), попалъ ли виновный въ положеніе крайней необходимости „*fato ita ferente an facto imputabili*“ 2). Вообще же въ литературѣ преобладаетъ выше указанное противоположное мнѣніе 3), каковое и переходитъ въ различныхъ формахъ въ положительное право.

Одни изъ кодексовъ включаютъ въ свои постановленія простое требованіе невинности (*unverschuldet*). Сюда относятся, напр., уложенія брауншвейгское, ганноверское, саксенъ-альтенбургское и дѣйствующее германское уложеніе—для крайней необходимости, но не для угрозъ 4).

Другіе требуютъ отсутствія наказуемой вины (*strafbares Verschulden*), напр., кодексы баденскій, гессенскій, австрійскій проектъ.

Третьи ограничиваютъ это требованіе тѣмъ, чтобъ опасность не была непосредственнымъ послѣдствіемъ наказуемаго дѣянія (*unmittelbare Folge einer strafbaren Handlung*), какъ, напр., ново-саксонское уложеніе.

Четвертые, напр., баварское уложеніе, требуютъ, чтобъ опасность не была вызвана умышленною дѣятельностью (*absichtlich herbeigeführt*) 5).

1) *Aurea practica criminalis*, l. I, c. 8, num. 47, 48; l. III, c. 26, num. 14.

2) *Meditationes ad art.*, 166; *contra Koch, Institutiones iuris criminalis*, § 174.

3) Ср. *Berlich*, l. c. V, c. 44, num. 41; *Puffendorff*, l. c., l. II, c. VI, § 1: „*qua distinctione non posita ius videtur dari ignavis nebulonibus, qui per socordiam in egestatem inciderunt et alieni labore parta per vim sibi queant usurpare*“.

4) См., впрочемъ, *Stammler*, 71.

5) Такое требованіе баварскаго уложенія страдаетъ внутреннимъ недостаткомъ, ибо если состояніе крайней необходимости устраняетъ вмѣняемость,

Совершенно не упоминаютъ о моментѣ личной виновности уложенія виртембергское, тюрингенское, Code Pénal и наше Уложеніе о Наказаніяхъ.

Три первыхъ конструкціи, каждая въ отдѣльности, не являются безупречными. Первая изъ нихъ совершенно неопредѣлена и не даетъ никакого критерія, по коему можно было бы отличить заслуженную опасность отъ незаслуженной, ибо почти всякое положеніе крайней необходимости можно представить себѣ какъ заслуженное ¹⁾. Таково, напр., дѣяніе неискуснаго пловца, спасающагося путемъ гибели другого человѣка; дѣяніе крадущаго съ голоду бѣдняка.

Вторая точка зрѣнія слишкомъ узка, ибо мыслима и ненаказуемая вина, каковая должна быть принята во вниманіе при обсужденіи дѣянія въ крайней необходимости, напр., вина неосторожная. А съ другой стороны наказуемое дѣяніе можетъ дать въ результатѣ положеніе крайней необходимости, гдѣ эта виновность едва-ли можетъ быть принята во вниманіе. Таковъ извѣстный примѣръ, приводимый Вэхтеромъ ²⁾ и Брейденбахомъ ³⁾: воръ рыбы случайно падаетъ въ воду, хватается за чужую лодку, сидящій въ лодкѣ тонетъ, а воръ спасается. Наказуемость предшествующаго акта въ данномъ случаѣ не имѣетъ значенія, ибо дѣяніе въ крайней необходимости не стоитъ съ нимъ во внутренней связи.

Третью точку зрѣнія въ особенности защищаютъ комментаторы, напр., Брейденбахъ ⁴⁾, Леонгардтъ ⁵⁾, Оппенгофъ ⁶⁾ и Шварце ⁷⁾. Она страдаетъ тѣмъ же недостаткомъ, что и предшествующая, къ чему присоединяется и иная неясность, указанная уже Люденомъ ⁸⁾. Дѣятель можетъ быть отвѣтственнымъ въ обычномъ порядкѣ за предшествующее наказуемое дѣяніе, а не за то, путемъ коего онъ стремился спастись. Крайняя не-

то безразлично, создана ли опасность личной дѣятельностью или нѣтъ. Ср. Geyer, Holtz. Rechtslex. II, 179; Janka, 249, пр. 317; Таганцевъ, Курсы, I, 254, пр. 160. Также неправильно Martin, 84. На однородной точкѣ зрѣнія стоятъ Tittmann, I. c., 174 и Henke, I. c., 206, требующіе, чтобъ опасность не была „absichtlich hervorgebracht“.

¹⁾ Ср. Göb., I. c., Janka, 250, Wessely, 24.

²⁾ Sächs. Strafrecht, 376.

³⁾ I. c., 579.

⁴⁾ I. c., 580.

⁵⁾ Комм. къ ганнов. уложенію, 364.

⁶⁾ I. c., 123.

⁷⁾ I. c., 236. Ср. Wessely 25.

⁸⁾ Handbuch, I. 308. Ср. также Janka, 252.

обходимость, несомнѣнно, должна быть принята во вниманіе при неосторожномъ поджогѣ, хотя бы и являлась непосредственнымъ послѣдствіемъ наказуемаго дѣянія.

Четвертая и пятая точки зрѣнія весьма близки между собой и, хотя не встрѣчаютъ одобренія со стороны Кѣстлина ¹⁾ и Гельшнера ²⁾, которые видятъ въ такой концепціи серьезную опасность, но представляются наиболѣе правильными. Онѣ не ограничиваютъ положеній закона о крайней необходимости искусственными и подающими поводъ къ недоразумѣніямъ вставками, а отсылаютъ судъ къ общимъ правиламъ вмѣненія. Эта точка зрѣнія является въ современной литературѣ господствующей ³⁾.

Весь вопросъ расчленяется въ литературѣ слѣдующимъ образомъ:

1) Не можетъ быть ссылки на крайнюю необходимость, если положеніе создано умысленной дѣятельностью лица, чтобъ потомъ сослаться на положеніе крайней необходимости и такимъ путемъ избѣжать наказанія за преступленіе. Умыселъ можетъ выражаться здѣсь, какъ и вездѣ, въ его обѣихъ формахъ, то-есть какъ знаніе и желаніе, или какъ преступное безразличіе. Опасность здѣсь юридическій нуль ⁴⁾.

2) Не можетъ быть ссылки на крайнюю необходимость, если дѣятель дѣйствовалъ неосторожно, то-есть предвидѣлъ опасность и неизбѣжность спасенія путемъ правонарушенія, но надѣялся предотвратить таковую, или вообще могъ ее предвидѣть. Безразлично, создалъ ли дѣятель положеніе крайней необходимости путемъ запрещеннаго или незапрещеннаго, наказуемаго или ненаказуемаго дѣянія, напр., неосторожно поджогъ домъ и спасся путемъ лишенія кого-либо жизни; неосторожно раскачалъ лодку и спасся тѣмъ же путемъ,—здѣсь наступаетъ отвѣтственность именно за неосторожно повлеченный результатъ, гдѣ таковой наказуемъ, независимо отъ эвентуальной наказуемости главнаго акта.

3) Напротивъ, допустима ссылка на крайнюю необходимость, гдѣ нѣтъ ни умысла, ни неосторожности, гдѣ дѣятель не могъ

¹⁾ System, 109.

²⁾ l. c., II, 278.

³⁾ Ср. Stammer, 68, 70; Janka, 253; Geyer, Grundriss, 107; Göb, l. c.; Таганцевъ, Курсъ, I, 254; Лекціи, II, 607.

⁴⁾ Не можетъ быть, конечно, ссылки на крайнюю необходимость, если самый актъ спасенія направляется противъ спеціального правомочія, коему въ силу юридической обязанности, созданной личной виной, долженъ покориться дѣятель. Такого положенія преступника по отношенію къ органамъ уголовной юстиціи. На этомъ моментѣ въ особенности останавливаются французскіе комментаторы.

предвидѣть такого положенія и противоправнаго выхода изъ него, хотя бы и являлся естественной причиною этого положенія. Таково положеніе вора рыбы, игрока, разстроившаго свое состояніе и пр.

Общепринятой, однако, указанная конструкция не является. Она находитъ отрицательное отношеніе въ трехъ направленіяхъ, представителями коихъ являются Биндингъ, Mogiaud и Люденъ. Однако и при измѣненіяхъ, которыя авторы въ нее привносятъ, она остается въ полной неприкосновенности.

Биндингъ ¹⁾ полагаетъ, что если дѣяніе въ состояніи крайней необходимости есть деликтъ, то указаніе на умышленную или неосторожную вину дѣятеля еще не рѣшаетъ вопроса о вѣнненіи указанного деликта. Актъ осуществленія обязанности ²⁾ есть всегда актъ умышленный. Какъ скоро, затѣмъ, *delictum omissionis* требуетъ для своей наказуемости умысла, что бываетъ всегда, то неосторожная вина сама по себѣ ненаказуема. И лишь при посягательствѣ на чистыя правовыя блага, а не при нарушеніи обязанностей, возможно вѣнненіе въ неосторожную вину, когда дѣяніе совершается „*unbewusst*“ или въ ошибочномъ предположеніи о наличности правового основанія. Съ точки же зрѣнія положительнаго права Биндингъ опредѣляетъ понятіе „*verschuldet sein*“, какъ „*in zurechenbarer Weise Ursache sein*“, и расчленяетъ его, затѣмъ, слѣдующимъ образомъ: а) опасность вѣннимымъ путемъ создана дѣятелемъ; воръ умышленно или неосторожно поджигаетъ домъ, хотя знаетъ, что домъ обитаемъ. Для своего спасенія онъ не можетъ сослаться на крайнюю необходимость; если огонь возникъ безъ его вины, — можетъ; б) опасность создана безъ правового на то основанія; ученый или вообще лицо, обязанное производить опасные опыты, могутъ сослаться на крайнюю необходимость; в) опасность была предвидѣнна, какъ опредѣленное житейское положеніе: воръ рыбы виновенъ, расточитель невиновенъ; г) опасность не была неизбежною; напр., лицо, ищущее спасенія въ морѣ на доскѣ, на которой уже помѣстился другой, — невиновно.

Такимъ образомъ, въ результатѣ Биндингъ приходитъ къ совершенно аналогичнымъ выводамъ, ибо пункты а) и в) его расчлененія соединяютъ то, что ясно опредѣляется на почвѣ общихъ началъ вѣнненія; пункты б) и г) являются, въ сущности, излиш-

¹⁾ Handbuch 777—779.

²⁾ Онъ относится Биндингомъ въ извѣстныхъ случаяхъ также къ институту крайней необходимости.

ней прибавкой, ибо первый изъ нихъ, какъ указано выше, опредѣляется также изъ принциповъ общаго вмѣненія, а второй, какъ будетъ выяснено ниже, лежитъ въ самомъ понятіи опасности въ крайней необходимости. Видоизмѣненія же, которыя теорія получаетъ въ области коллизіи обязанностей или блага и обязанности, также естественны постольку, поскольку вообще законъ требуетъ или не требуетъ умысла отъ нарушенія или наказываетъ также и неосторожность ¹⁾).

Склоненіе въ сторону началъ объективныхъ еще болѣе замѣтно у Mogiaud ²⁾). Авторъ полагаетъ, что предшествующая вина не мѣняетъ природы акта крайней необходимости: вина должна существовать въ моментъ совершенія деликта. Предшествующая же вина обсуждается по особымъ основаніямъ, если она деликтна; связи съ актомъ крайней необходимости она не имѣетъ. Вслѣдъ за Биндингомъ авторъ повторяетъ критическія замѣчанія по адресу доктрины *contrainte morale*, указывая, что защищающіе эту идею авторы впадаютъ въ неразрѣшимыя противорѣчія: вина, по ихъ мнѣнію, налагаетъ обязанность страдать, но нарушеніе этой обязанности въ крайней необходимости извиняется по тѣмъ же основаніямъ, какъ и нарушеніе обязанности, налагаемой закономъ, т.-е. въ силу нравственнаго принужденія и т. д. Отбросивъ, затѣмъ, какъ неудовлетворительныя, всѣ указываемыя въ положительномъ правѣ или въ доктринѣ ограниченія, авторъ строитъ рѣшительные выводы на почвѣ объективнаго критерія. Въ случаѣ неравенства коллидирующихъ благъ, говоритъ онъ, на первый планъ выступаетъ интересъ общественный, а не личный, и вина дѣятеля никакой роли не играетъ. Если спасаемое благо выше, законъ заинтересованъ ближайшимъ образомъ и долженъ встать на сторону дѣятеля, хотя бы и виновнаго, ибо за нимъ стоитъ высшій соціальный интересъ. „L'agent ne fait qu'exercer méchamment un droit“. — Напротивъ, вина должна быть принята во вниманіе, когда, при равенствѣ коллидирующихъ благъ, замѣшанъ лишь интересъ дѣятеля, ибо справедливо, чтобъ дѣятель несъ на себѣ свою вину, а не переносилъ ее на другихъ.

¹⁾ Весьма сложной представляется конструкция Биндинга по отношенію къ спасенію третьихъ лицъ, когда на сторонѣ лица, находящагося въ опасности, или третьяго лица, владающагося въ дѣяніе, есть личная вина въ указанномъ смыслѣ, см. *Handbuch* 785 d, 788. Mogiaud, 295, усматриваетъ въ этомъ мѣстѣ у Биндинга сильныя противорѣчія. Но противорѣчія эти легко разрѣшаются, если вспомнить, что авторъ въ этой области оставляетъ объективный критерій и прибѣгаетъ исключительно къ субъективному.

²⁾ I. с. 292—297.

силъ ее на невиннаго ¹⁾. Вина эта состоитъ въ томъ, что дѣя-
тель имѣлъ основаніе воздержаться отъ дѣянія; что онъ предви-
дѣлъ или могъ предвидѣть, что ставить себя въ положеніе не-
избѣжной опасности, гдѣ спасеніе возможно лишь путемъ наруше-
нія, путемъ совершенія равнаго зла.

Ясно, что и теорія Morgauд не представляетъ глубокаго ука-
занія на неправильность примѣненія къ указаннымъ случаямъ
общихъ правилъ вмѣненія. Его основныя возраженія, что пред-
шествующая вина не имѣетъ значенія, что вина должна быть
установлена въ моментъ акта, — основаны на простомъ недора-
зумѣннн, ибо примѣненіе общихъ правилъ вмѣненія несомнѣнно,
и возможно лишь тогда, когда на счетъ дѣятеля, его субъектив-
ной виновности, можетъ быть отнесенъ самый инкриминируемый
актъ, а не иначе. Что касается, затѣмъ, первой части собствен-
ной конструкціи автора, то она можетъ быть лишь въ томъ
случаѣ правильна, когда правомѣрность дѣянія напередъ указана
закономъ. Въ иныхъ же случаяхъ, въ особенности при конструк-
ціи Morgauд, при установленнн правомѣрности акта не закономъ,
а судомъ, — эта точка зрѣння очевидно неправильна, ибо совер-
шенно отдаетъ въ жертву носителю высшаго блага носителя блага
низшаго. Это теорія интереса, доведенная до крайности, гдѣ ея
неправильность вполне ясна. — Вторая же часть конструкціи
автора представляетъ проведеніе общихъ началъ вмѣненія, лишь
въ болѣе узкомъ кругу случаевъ.

Не лишена, затѣмъ, интереса третья, болѣе старая попытка
уйти отъ этихъ общихъ началъ. Онъ принадлежитъ Людону ²⁾.
Создать опасность виновной дѣятельностью, говорить авторъ, это
значитъ создать ее дѣятельностью противоправной или неосторож-
ной. Но объективное право не можетъ требовать, чтобъ дѣятель
страдалъ за нѣчто большее, въ чемъ онъ дѣйствительно вино-
венъ, „als er selbst darauf gesetzt hat“. Дѣятель можетъ быть
наказанъ имечно за это дѣяннє, а не за то, путемъ коего онъ
старался спастись. Все дѣло въ томъ, является ли дѣяннє пра-
вовымъ или только фактическимъ послѣдствіемъ собственной пред-
шествующей дѣятельности, т.-е. такимъ, которое не носитъ своего
источника въ объективномъ правѣ. Напр., допущеніе крайней
необходимости на сторонѣ преступника, подлежащаго карѣ, на
сторонѣ лица, противъ коего направляется необходимая оборона, —
было бы самопротиворѣчнємъ объективнаго права.

¹⁾ Это мысль Rotering'a, Goldt Arch. XXXI S. 264, одобренная Виндин-
гомъ, Handbuch 778.

²⁾ Handbuch, 1847 S. 309 и пр. 13.

На ту же точку зрѣнія, въ сущности, встаетъ Объяснительная Записка, замѣчая, что основанія, по коимъ крайняя необходимость утрачиваетъ свое оправдывающее значеніе, заключается не въ виновности защищающагося, а въ законности принужденія.

Такой выходъ изъ вопроса ¹⁾ представляется почти настолько же узкимъ, насколько узки были постановленія нѣмецкихъ партикулярныхъ кодексовъ, требующихъ ненаказуемой виновной дѣятельности, чтобъ вина могла быть не принята во вниманіе. Эта точка зрѣнія забываетъ правно-политическія основанія ненаказуемости акта крайней необходимости и уклоняется отъ разумныхъ предѣловъ, намѣчаемыхъ существомъ этого института ²⁾.

Весь вопросъ представляетъ слѣдующую картину. Если исходить изъ предположенія, что основа ненаказуемости акта крайней необходимости заключается въ соображеніяхъ политики права и, болѣе конкретно, въ принятіи во вниманіе особой субъективной стороны дѣянія, народнымъ правосознаніемъ отмѣченной, то ясно, что вина, въ смыслѣ естественной причинности, никакого значенія имѣть не можетъ, ибо, независимо отъ предшествующей дѣятельности, дѣятель попадаетъ въ такое положеніе, что въ немъ возникаетъ искомое психическое состояніе. Совершенно безразлично, какой юридическій характеръ носить предшествующая дѣятельность, законный или противозаконный. Послѣдній характеръ дѣятельности имѣетъ значеніе лишь для вопроса о томъ, подлежитъ ли наказанію дѣяніе, плодомъ коего является положеніе крайней необходимости, — но это вопросъ посторонній. За такое дѣяніе виновный отвѣчаетъ на общемъ основаніи. Но есть еще третій моментъ: дѣяніе въ крайней необходимости, независимо отъ юридическаго характера предшествующей дѣятельности, которая подлежитъ обсужденію по указанному особому титулу, — можетъ носить свой источникъ не только въ естественной причинности, творцомъ коей является виновный, но и въ его вмѣнимой дѣятельности. Тогда выступаютъ на сцену общія правила вмѣненія: умышленная или неосторожная дѣятельность виновнаго, направленная на самый актъ крайней необходимости, подлежитъ вмѣненію по такимъ правиламъ. Предѣлы такого вмѣненія указываются общими постановленіями закона о наказуемости умышленныхъ или неосторожныхъ дѣяній. Слагаются же эти предѣлы изъ двухъ момен-

¹⁾ Не говоря о неточности терминологіи Людена, ибо неосторожная дѣятельность также можетъ быть противоправной.

²⁾ Впрочемъ, умолчаніе текста Проекта о винѣ дѣятеля можетъ быть понято въ смыслѣ отсылки суда къ общимъ началамъ вмѣненія.

товъ,—казуальнаго и дистрибутивнаго. Если соединить ихъ съ существомъ крайней необходимости, то-есть актомъ, осуществляющимъ одинъ интересъ путемъ пораженія другого, а не только съ условіями, этотъ актъ вызывающими, то рѣшеніе вопроса не представитъ трудностей. Специфическая окраска вины, то-есть движенія субъективныхъ моментовъ въ области дистрибутивной, есть одинъ изъ элементовъ, индивидуализирующихъ санкцію закона. Противоправность акта крайней необходимости устанавливается напередъ; таковой его характеръ еще болѣе обостряется, когда его субъективная сторона окрашена рѣзкимъ цвѣтомъ виновнаго причиненія. И если при отсутствіи такого момента законъ ограничиваетъ ненаказуемость акта крайней необходимости, то тѣмъ болѣе долженъ онъ это сдѣлать при его наличности. Но вводить такое указаніе въ текстъ закона нѣтъ основаній, ибо оно достаточно обнимается общими правилами вмѣненія.

XIX.

Остается сказать нѣсколько словъ о томъ, въ какихъ предѣлахъ и условіяхъ принимаетъ и можетъ принимать законодатель оправдательную ссылку на грозящую опасность. Самое опредѣленіе характера опасности въ крайней необходимости вытекаетъ, несомнѣнно, изъ того же право-политическаго момента, на которомъ строить законодательство свое болѣе мягкое отношеніе къ указанной группѣ дѣяній.

Опасность должна быть „наличною“. Наличность опасности есть вопросъ факта, вопросъ времени между прошедшимъ и будущимъ. Всякое указаніе, что опасность должна быть „in continenti“¹⁾, „unmittelbar und dringend bevorstehen“²⁾, „imminent“³⁾, „actuel et imminent“⁴⁾, „immediat“⁵⁾, „très pressant“⁶⁾, „должна грозить непосредственно“⁷⁾ и пр. есть лишь описаніе, а не существо дѣла. Какъ опасность минувшая не можетъ открыть возможности дѣйствовать въ крайней необходимости, такъ не открываетъ такой возможности и опасность,

¹⁾ Binding, Handbuch, 776.

²⁾ Janka, 246; Olshausen, Comm., 5 изд., 1897 г., ad § 54 num. 10.

³⁾ Chauveau et Hélie, Théorie, I, 596; Lasserre, Études, 272; Trebutien, Cours I, 407.

⁴⁾ Haus, Principes I, 651.

⁵⁾ Ortolan, Eléments I, 144.

⁶⁾ Tissot, Droit pénal, 61.

⁷⁾ Объяснительная Записка, I, 380.



грозящая въ будущемъ, ибо она не создаетъ положенія, гдѣ единственнымъ средствомъ спасенія является совершеніе правонарушенія.

Въ этой области въ литературѣ высказываются почти единодушныя мнѣнія, что предположеніе о наличности опасности подлежитъ обсужденію съ точки зрѣнія субъективной, т.-е. съ точки зрѣнія дѣятеля. Такъ Rotering ¹⁾ указываетъ, что въ моментъ наличности опасности входитъ моментъ ея вѣроятности для дѣятеля, т.-е. въ дѣятелѣ просыпается такое настроеніе, подъ вліяніемъ коего средній человѣкъ считаетъ нужнымъ дѣйствовать. Но вопросъ долженъ обсуждаться индивидуально. На ту же точку зрѣнія встаетъ Stammler ²⁾, Morgiand ³⁾, Schwarze ⁴⁾, и Объяснительная Записка ⁵⁾, требующая, чтобъ опасность въ глазахъ угрожаемаго была неминуемою.

Сюда литература обыкновенно присоединяетъ и упоминаніе о претекстѣ, какъ объ ошибочномъ предположеніи о наличности опасности или о ея высшей степени, чѣмъ было на дѣлѣ. Такъ поступаетъ Биндингъ ⁶⁾, отмѣчающій въ этомъ случаѣ ошибку дѣятеля и усматривающій въ послѣдней, а не въ крайней необходимости извиняющій моментъ; Stammler ⁷⁾, Jansa ⁸⁾, отсылающій въ такихъ случаяхъ къ общимъ началамъ вѣнненія, и Morgiand ⁹⁾, привносящій сюда усвоенный имъ объективный критерій и, въ случаѣ пораженія высшаго блага для спасенія низшаго (*acte injuste*), ссылающійся на индивидуальное обсужденіе факта и на вѣнненіе его въ *culpa* или полное извиненіе ¹⁰⁾.

И съ этой точкой зрѣнія нельзя не согласиться. Вопросъ

¹⁾ Die eigene Gefahr, Goltd. Arch., 1881, XXXI, 247.

²⁾ I. с., 66. Впрочемъ, по отношенію къ угрозамъ авторъ высказывается, что предположенія, опасенія и вообще личная боязливость не могутъ быть приняты во вниманіе законодателемъ.

³⁾ I. с., 305.

⁴⁾ Commentar, S. 236. Вопросъ рѣшается на почвѣ „des rechtlichen Glaubens des Thäters, selbst wenn er sich in Irrthume befindet. Massgebend ist... die Individualität des Betheiligten“.

⁵⁾ I, 380.

⁶⁾ Handbuch, 776.

⁷⁾ I. с., 66—„извинительная ошибка“. Pro Wächter, Sächs. Strafrecht, 360; Oppenhof, Commentar num. 5 ad § 54 и др.

⁸⁾ I. с., 248.

⁹⁾ I. с., 309.

¹⁰⁾ Code Pénal, по толкованію комментаторовъ, — Chauveau et Hélie, Théorie, I, 598; Ortolan. Eléments I, 144,—открываетъ въ такихъ случаяхъ возможность смягченія наказанія, ибо должна быть принята во вниманіе „contrainte partielle“,—l'auteur a suivi la pensée du crime et ne l'a pas imposée“.

о наличности опасности, так же, какъ и подлежащій ниже изложенію вопросъ о неотвратимости ея инымъ средствомъ, кромѣ правонарушенія, не можетъ рѣшаться иначе, какъ съ точки зрѣнія индивидуальной, подлежащей провѣркѣ суда. Въ этомъ нѣтъ ничего опаснаго въ силу того соображенія, что актъ крайней необходимости во всякомъ случаѣ остается противоправнымъ, а его ненаказуемость стоитъ въ зависимости и отъ субъективныхъ условій, лежащихъ въ основу политическаго исключенія, дѣлаемаго законодателемъ. Съ этой же точки зрѣнія установленіе той или другой степени санкціи, вплоть до ея фактическаго непримѣненія, есть задача судебной дѣятельности. Вопросъ же о претекстѣ рѣшается съ точки зрѣнія общаго правового вмѣненія, что уже установлено юридической наукой. Ergo facti долженъ и здѣсь найти свое юридическое примѣненіе ¹⁾.

Другимъ условіемъ крайней необходимости, кромѣ факта наличности опасности, является невозможность отклоненія послѣдней иными способами, кромѣ правонарушенія ²⁾. Правонарушеніе должно быть послѣднимъ и единственнымъ выходомъ. Опасность должна быть „непреодолима и неотвратима“ иными путями, въ чемъ и заключается характерное свойство крайней необходимости. Должна быть отнята возможность бѣгства, призыва кого либо на помощь и т. д., даже милостыни для голоднаго, ибо, какъ правильно замѣтилъ Mogiaud, кража, предпочитаемая милостыни, болѣе предполагаетъ въ опасности гордость, чѣмъ жизнь. Всѣ эти средства долженъ испробовать дѣятель, прежде чѣмъ рѣшиться на правонарушеніе ³⁾. Совершенно правильно мнѣніе проф. Сергѣевского, что „наука права должна здѣсь требовать всевозможныхъ ограниченій: право крайней необходимости ⁴⁾ можетъ имѣть мѣсто тамъ, гдѣ не было ника-

¹⁾ Въ этомъ смыслѣ положительное право, какъ наше, такъ и французское и германское, совершенно правильно умалчиваютъ о претекстѣ крайней необходимости. Но французская литература какъ бы дѣлаетъ нѣкоторое уклоненіе, именно смотритъ на art. 64 Code Pénal, какъ на продолженіе art. 1112 al. 2 Code civil, т.-е. допускаетъ объективное мѣрило *boni patris familias, personne raisonnable*. См. Laborde, l. c., 109; Tissot, l. c., 63 и др. Contra Chauveau et Hélie, Théorie I, 598; Pratique criminelle II, num. 111.

²⁾ Это распространяется и на коллизію обязанностей, если признать таковую, въ духѣ Биндинга, видомъ крайней необходимости. Впрочемъ, здѣсь достаточно факта коллизіи, правонарушеніе же здѣсь юридически немислимо.

³⁾ Janka, 246, полагаетъ даже, что они являются юридической обязанностью, лежащей на дѣятелѣ, и ея несоблюденіе само по себѣ составляетъ правонарушеніе.

⁴⁾ Формула историческаго переживанія, съ коей не соединяется точнаго значенія. Ср. Salchow, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1817, § 81; Klein,

кихъ другихъ средствъ спасенія, — бѣгство, всякаго рода хитрость и уловки по отношенію къ лицу, отъ котораго грозитъ опасность, должны быть выдвинуты здѣсь на первый планъ; они, конечно, менѣе позорны, чѣмъ спасеніе своихъ интересовъ на счетъ ближняго. Такъ, въ частности, въ случаяхъ защиты отъ нападенія лица невмѣняемаго, ребенка и пр., едва-ли можетъ быть сомнѣніе, что государство можетъ дозволить причиненіе вреда такимъ лицамъ только въ томъ случаѣ, когда ни обманомъ, ни лаской, ни инымъ какимъ-либо способомъ нельзя было избѣжать опасности“. Это, несомнѣнно, должно быть распространено и на иные случаи крайней необходимости, гдѣ вообще идетъ рѣчь о совершеніи дѣянія, запрещеннаго закономъ, и не ограничиваемо лишь причиненіемъ вреда третьимъ лицамъ. Конечно, обсужденіе вопроса съ точки зрѣнія „позорности“, т.-е. нравственнаго достоинства дѣянія, не носятъ юридическаго характера, но и на чистой юридической почвѣ результаты получаются тѣ же. Всякія требованія политики права были бы нарушены, еслибъ государство одобряло спасеніе изъ опасности путемъ правонарушенія, прежде чѣмъ испробованы инныя возможные средства. Надо, впрочемъ, замѣтить, что и здѣсь, въ предѣлахъ ошибки, допустима индивидуальная точка зрѣнія.

Что касается, затѣмъ, превышенія мѣры должнаго въ причиненіи вреда въ крайней необходимости, то и этотъ вопросъ, вопросъ объ эксцессѣ, разрѣшается съ точки зрѣнія общихъ началъ вмѣненія, какъ и вопросъ о наличности опасности или неотвратимости ея инными средствами. Stammeler сожалеетъ, что § 54 Германскаго Уголовнаго Уложенія, въ противоположность § 53-му (о необходимой оборонѣ), ничего объ этомъ не говоритъ. Дѣйствительно, возможны случаи, гдѣ горячность, необходимость быстрого дѣйствія могутъ повлечь превышеніе мѣры ненаказуемаго вреда, напр., сбросить кого либо съ лѣстницы во время бѣгства, вмѣсто того, чтобъ оттолкнуть въ сторону и пр. Но эти случаи и подлежатъ обсужденію лишь съ точки зрѣнія аффекта и, наконецъ, въ предѣлахъ умысла или неосторожности, ибо ненаказуемо лишь причиненіе потребнаго зла, иначе утрачивается характерное основаніе крайней необходимости, гдѣ допускается лишь неизбѣжный *minimum*. Такимъ образомъ, едва-ли умолчаніе закона можетъ быть истолковано въ смыслѣ отмѣны общихъ правилъ вмѣненія ¹⁾. Иного мнѣнія Биндингъ, одобряющій

Grundsätze, § 40; Luden, Handbuch, I, 304, гдѣ встрѣчается такое же неточное словоупотребленіе. Ср. выше, стр. 95, пр. 4.

¹⁾ Ср. Göb., I. c., 184.

умолчаніе закона именно въ смыслѣ недопущенія субъективной оцѣнки, ибо лицо страдающее не является причиной страха дѣятеля, и „законъ не имѣетъ основанія даже на волосъ допускать отступленія отъ мѣры необходимости“. Нельзя ничего возразить противъ того, что превышеніе мѣры должнаго въ значительной степени подлежитъ объективному критерию, что оно является сугубымъ деликтомъ, и въ аффектѣ еще не лежитъ основанія ненаказуемости эксцесса, но, во всякомъ случаѣ, субъективныя условія должны быть приняты во вниманіе для движенія въ предѣлахъ санкціи.

Наконецъ, какъ замѣчено уже Титтманомъ ¹⁾ и Брейденбахомъ ²⁾, примѣняемые средства должны быть пригодны для того, чтобъ спасти находящееся въ опасности благо отъ гибели. Не достигаетъ цѣли тотъ, кто убиваетъ своихъ дѣтей, не имѣя возможности ихъ прокормить; не можетъ сослаться на крайнюю необходимость и тотъ, кому сказали, что онъ будетъ нечестнымъ человѣкомъ, если не разобьетъ окна въ зданіи полиціи.

XX.

Слѣдуетъ коснуться еще одного вопроса, хотя и не входящаго въ предѣлы данной монографіи, посвященной лишь уголовно-юридическому значенію крайней необходимости, — вопроса о гражданскомъ вознагражденіи за вредъ, причиненный соответствующимъ дѣяніемъ.

Рѣшеніе его съ точки зрѣнія, защищаемой въ текстѣ, не представляетъ трудностей. Дѣяніе остается противоправнымъ, включаетъ въ себя моментъ вины, — слѣдовательно, съ точки зрѣнія теорій, видящихъ въ гражданскомъ вознагражденіи юридическое послѣдствіе виновнаго противоправнаго поведенія ³⁾, оно открываетъ юридическое основаніе для гражданскаго вознагражденія. Для нашего права вопросъ рѣшается тѣмъ болѣе

¹⁾ Handbuch, § 89.

²⁾ Commentar I, 531. Ср. Stammler, 67.

³⁾ См. А. Merkel, Criminalistische Abhandlungen, гдѣ отождествляется Strafzwang и Civilzwang. Janka, 171; Lisst, Delictobligationen 1 sqq.; Ihering, Schuldmoment; Dernburg, Pandecten, 5 изд. 1897 г. II, 122—требуютъ момента вины, Ср. Sjögren, Iher. Jahrb., XXXV, 1896 S. 412 Германское Гражданское Уложеніе стоитъ на смѣшанной точкѣ зрѣнія, требуя, однако, вины, см. §§ 228. 823; см., впрочемъ, § 904, гдѣ гражданское вознагражденіе наступаетъ при правомѣрномъ дѣйствіи.

въ утвердительномъ смыслѣ, что въ ст. 684-й т. X ч. 1-й нѣтъ рѣчи о крайней необходимости, а ст. 389-я т. XI признаетъ вознагражденіе умѣстнымъ и необходимымъ даже при осуществленіи „права нужды“. И это совершенно благоразумно, ибо подобное право есть право на дѣйствіе, а не на вещь, и таковымъ не можетъ быть признано законодателемъ.

Это сознавалось какъ бы даже школой естественнаго права, неизмѣнно упоминавшей о необходимости гражданскаго вознагражденія въ указанныхъ случаяхъ. Таковы мнѣнія Гроція ¹⁾, Томазія ²⁾ и Вольфа ³⁾.

Но дѣло въ томъ, что обязанность гражданскаго вознагражденія вовсе не покрывается моментомъ противоправности дѣянія или даже моментомъ вины. Это почти доказано уже Биндингомъ ⁴⁾. И по субъекту, его несущему, и по субъекту, въ пользу котораго оно полагается, и по объекту своему и т. д. гражданское вознагражденіе представляетъ нѣчто совершенно отличное отъ иныхъ юридическихъ послѣдствій противоправнаго дѣянія, въ частности — отъ наказанія. Гражданское вознагражденіе вовсе не есть непремѣнное послѣдствіе деликта, ибо, слѣдуя за деликтомъ, оно ничѣмъ не отличается отъ вознагражденія, наступающаго по инымъ юридическимъ основаніямъ. Вредъ можетъ быть плодомъ деликта, но не долженъ непремѣнно быть таковымъ. Мѣра вознагражденія есть мѣра причиненнаго вреда, а не вины. Оно не связано непремѣнно съ лицомъ, вредъ причинившимъ, не измѣняется въ силу невмѣяемости даннаго лица, не принимается во вниманіе при вычисленіи мѣры наказанія. Уполномоченнымъ на него всегда является лицо частное ⁵⁾. Обязанность вознагражденія, по мнѣнію Биндинга, есть особое послѣдствіе объективно-неправомѣрнаго состоянія, какъ нарушенія субъективнаго частнаго права, чѣмъ бы это нарушеніе ни было создано. Каждый вредъ способенъ подлежать возмѣщенію (*jeder Schaden ist ersatzfähig*), хотя и не каждый является таковымъ на дѣлѣ.

Биндингъ, однако, не вполне правъ. Устанавливая существо института гражданскаго вознагражденія, онъ ставитъ его въ

¹⁾ I. c., l. II c. 2 num. 9. См. выше, стр. 67 и пр. 1.

²⁾ *Institutiones* l. II, c. 2, num. 173 de iure perdendi res.

³⁾ *Grundsätze*, см. выше, стр. 76.

⁴⁾ *Normen* I.

⁵⁾ Уполномоченнымъ можетъ явиться и государство, но въ роли частнаго лица.

связь съ нарушеніемъ субъективнаго права, т.-е. признавая даже соотвѣтствующій актъ не деликтнымъ, не противонормнымъ, онъ требуетъ отъ него момента противорѣчія субъективному праву или, въ извѣстной степени, противоправности, чтобъ на немъ могла быть построена обязанность гражданскаго вознагражденія.

И этотъ юридическій моментъ для послѣдняго не существенъ. Доказываютъ это много мѣстъ изъ римскаго права, приводимыхъ Иерингомъ, Леманномъ, Туромъ, Р. Меркелемъ ¹⁾, гдѣ, несмотря на признанную правомѣрность дѣянія, вознагражденіе тѣмъ не менѣе не перестаетъ быть обязанностью. Не существенъ для вознагражденія и вообще юридическій моментъ, ибо, напр., лицо невмѣняемое никомъ образомъ не можетъ быть обязаннымъ субъектомъ въ области нарушенія первичной охраняющей нормы, и причиняемый имъ вредъ есть вредъ юридически безразличный, но по ст. 686 т. X ч. 1 нашихъ законовъ отвѣчаетъ за свое дѣяніе въ гражданскомъ порядкѣ даже малолѣтній ²⁾. И въ современной юридической литературѣ уже не рѣдкость встрѣтить мнѣніе, что институтъ гражданскаго вознагражденія строится не на юридическихъ основаніяхъ. Такъ, Degenkolb ³⁾ говоритъ, что проблема обязанности возмѣщенія вреда не укладывается ни въ какія формальныя категоріи и не можетъ быть разрѣшена на пути дедуктивной юридической логики. Она представляется проблемой соціальной, экономической и этической. Аналогичное мнѣніе высказываетъ Unger ⁴⁾: право на вознагражденіе за вредъ представляется въ совершенно особенной степени продуктомъ и отложеніемъ этическихъ воззрѣній и соціально-экономическихъ отношеній данной культурной эпохи ⁵⁾. Отсюда вытекаютъ и юридическія явленія, что бремя вреда возлагается на лицо, юридически невиновное, возлагается по соображеніямъ справедливости или цѣлесообразности.

Биндягъ въ этомъ смыслѣ останавливается на двухъ принципахъ: 1) *nemo damno alterius locupletior esse potest* и 2) вредъ несетъ тотъ, кто его причинилъ, ибо пострадавшій еще менѣе виновенъ ⁶⁾. Противъ послѣдней мысли высказываются сообра-

¹⁾ Въ цитированныхъ выше работахъ.

²⁾ Примѣры этого даетъ и римское право, см. Thon, Rechtsnorm 93 пр. 40: *furius et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur*.

³⁾ Archiv für civilistische Praxis, B. LXXVI, S. 74.

⁴⁾ Handeln auf eigene Gefahr, Iher. Jahrb., B. XXX. 1891 S. 363—421.

⁵⁾ Въ томъ же направленіи высказывается v. Blume, Kritische Vierteljahrschrift. B. XXXVIII S. 199 sqq.

⁶⁾ Послѣдняя мысль высказана впервые Пепп'омъ, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1898, и воспринята затѣмъ Бähr'омъ, Iher. Jahrb.

женія, что степеней невиновности быть не можетъ, то-есть оба лица, и пострадавшій, и причинившій вредъ, находятся въ одинаковомъ положеніи, и нужно еще какое-либо иное основаніе. Но это основаніе вытекаетъ, конечно, не изъ юридическихъ соображеній, а изъ соображеній цѣлесообразности.

Въ этомъ смыслѣ вредъ является простой гипотезой, служащей основаніемъ обычной первичной разграничивающей нормѣ, изъ существа коей вытекаетъ и безразличіе субъектовъ съ точки зрѣнія ихъ способности или неспособности примѣняться къ велѣніямъ права. Разграничивающая норма, по общему правилу, сообщаетъ права, налагая тѣмъ самымъ соотвѣтствующія обязанности, — повинуюсь не юридическимъ, а социальнo-этическимъ, экономическимъ и вообще телеологическимъ соображеніямъ.

Такимъ путемъ, быть можетъ, разрѣшается и эта проблема гражданскаго вознагражденія, которую Eisele ¹⁾ считаетъ если не вообще неразрѣшимой, то неразрѣшенной, по крайней мѣрѣ, въ настоящее время ²⁾.

Съ этой точки зрѣнія выясняется и вопросъ о вознагражденіи за вредъ, причиненный дѣяніемъ, совершаемымъ въ состояніи крайней необходимости. Римское право не признавало дѣятеля въ такомъ случаѣ граждански-отвѣтственнымъ, но это вытекало изъ особой римско-правовой конценціи, по коей вознагражденіе выводилось изъ наказанія. Нынѣ, когда институтъ гражданскаго вознагражденія освободился отъ историческихъ примѣсей, это переживаніе болѣе немислимо. Съ точки зрѣнія противоправности акта крайней необходимости, съ точки зрѣнія права нужды, наконецъ, съ точки зрѣнія доктрины незапрещенности акта крайней необходимости — вопросъ о гражданскомъ вознагражденіи разрѣшается одинаково, ибо вредъ, причиняемый дѣяніемъ, служитъ единственной гипотетической основой нормы, сообщающей право требовать вознагражденія.

Съ изложенной въ текстѣ точки зрѣнія, если она является безспорной, не трудно опредѣлить и мѣсто, которое долженъ

XIV S. 407, и Gierke, Der Entwurf S. 167 и Die sociale Aufgabe des Privatrechts. 1889 S. 33

¹⁾ Archiv für die civilistische Praxis, V. LXXXIV S. 350. Такого же мнѣнія v. Blume, l. c., который полагаетъ, что проблема гражданскаго вознагражденія далеко не разработана и открываетъ мѣсто творческой дѣятельности.

²⁾ См. также интересную попытку Р. Меркеля, l. c. S. 160 sqq., обосновать обязанность гражданскаго вознагражденія на принципѣ активнаго интереса.

занимать институтъ крайней необходимости въ общей системѣ науки уголовного права. Поскольку онъ выливается въ дѣйствительное „право пужды“, то-есть дѣяніе превращается въ заранее опредѣленный закономъ актъ правомѣрный, онъ и не можетъ найти себѣ мѣста въ правѣ уголовномъ, имѣющемъ дѣло съ дѣяніями наказуемыми, то-есть по существу своему противоправными. Это слѣдуетъ сказать и о иныхъ юридическихъ институтахъ. Нынѣ наука права уголовного еще не очистилась отъ тѣхъ примѣсей, къ коимъ она прикована въ силу неразвитости другихъ юридическихъ наукъ, — общей теоріи права, права гражданскаго, полицейскаго и др. Поэтому ей приходится трактовать и такіе несвойственные ей вопросы, какъ вопросъ о необходимой оборонѣ, исполненіи закона, осуществленіи частнаго права, согласіи пострадавшаго и пр., гдѣ нѣтъ и рѣчи объ элементахъ, уголовное право интересующихъ.

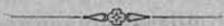
Строго говоря, и въ чистомъ своемъ видѣ актъ крайней необходимости можетъ интересовать науку уголовного права лишь посредственно. Есть много противоправныхъ дѣяній, уголовнымъ правомъ не обнимаемыхъ, ибо они не носятъ характерной юридической прибавки, для послѣдняго существенной, не являются наказуемыми. Актъ крайней необходимости принадлежитъ къ ихъ числу. Но такъ какъ онъ не является ненаказуемымъ абсолютно, а лишь при наличности законныхъ условій, то наука права должна выяснитъ эти условія.

Нынѣ крайняя необходимость входитъ въ группу обстоятельствъ, изучаемыхъ наукой права уголовного подъ рубрикой субъективныхъ условій ненаказуемости. Такъ поступаетъ русская и нѣмецкая наука. Французская наука относитъ крайнюю необходимость къ *causes de justification* ¹⁾. Но, какъ уже установлено, главной основой ненаказуемости акта крайней необходимости являются соображенія политики права. Исслѣдовать ихъ наука уголовного права, по существу своему, не призвана, ибо ея компетенція именно и начинается съ момента, когда такія основанія ненаказуемости неправды исчезаютъ. Актъ же крайней необходимости представляется лишь тогда наказуемымъ, когда онъ является эксцессомъ изъ указанныхъ въ законѣ условій его ненаказуемости. Сообразно съ этимъ, въ системѣ науки уголовного права институтъ крайней необходимости долженъ занять мѣсто лишь постольку, поскольку съ обнимаемыми имъ дѣяніями связано наказуемое нарушеніе права, — въ системѣ эксцессовъ

¹⁾ Chauveau et Hélie, I, 549; Lasserre, 263; Boitard, 200; Lefort, 194, 204.

правомѣрныхъ и ненаказуемыхъ дѣяній, гдѣ въ основаніе уголовно-юридическаго изслѣдованія должны лечь данныя иной правовой науки, по преимуществу общей теоріи права.

Если же указанная въ текстѣ основанія ненаказуемости акта крайней необходимости отпадутъ, то послѣдній актъ возвратится въ семью дѣяній, наказуемыхъ по общему правилу и не требующихъ въ системѣ науки какихъ-либо особыхъ отщепеній.



СПБГУ

ЗАМѢЧЕННЫЕ НЕДОСМОТРЫ.

- Стран. 13 строка 6 снизу, напечатано „правоспособности“, слѣдуетъ читать:
„дѣеспособности“.
- „ 55 „ 2 „ слѣдуетъ читать: „см. ниже стр. 232“.
- „ 76 „ 21 „ слово „сравнительно съ предшествующей доктри-
ной“ не читать.
- „ 143 „ 22 сверху, напечатано „т. XI“, слѣдуетъ читать „т. XI ч. 2
уст. торг. изд. 1893 г.“.
- „ 186 „ 12 „ напечатано „по пр. къ ст. 268“, слѣдуетъ читать:
„по сенатск. разъясненію 1861 г. къ ст. 268“.
- „ 212 „ 11 снизу, напечатано „по началамъ нашего права“, слѣдуетъ
читать „по нѣкоторымъ законодательствамъ“.
- „ 221 „ 3 сверху, фразу „Въ сферѣ нашего права“ и т. д. до „ст. 1517“
не читать.
- „ 246 прим. 5 не читать.
-