

*liber est statusum suum non, et plus est
et pro defensione sui honoris
occidere*



КУРСЪ

РУССКАГО УГОЛОВНАГО ПРАВА

т. 48

Н. С. Таганцева,

ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

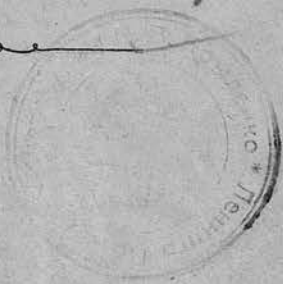
КНИГА 1-я.

УЧЕНИЕ О ПРЕСТУПЛЕНИИ.

1406 к. ч. а.

Часть 1-я

САНКТ-ПЕТЕРБУРГЪ,
1874.





КАЗАНЬ

РАСКЛАДЪ ЛТОКОВИНАТО ПРАВА

Издана въ 1874 г.



(98)

С

КАЗАНЬ

ПОСВЯЩАЕТСЯ

Владимиру Ивановичу Захарову.



ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ԿՈՄՍՈՒՆԻՍՏԱԿԱՆ ԿԵՆՏՐՈՆ

Գրադարանի և գրքերի պահպանման կենտրոն

ՀԱՅԿ

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Вопросъ о значеніи и необходимости изданія у насъ систематическихъ курсовъ по отдѣльнымъ отраслямъ права такъ часто поднимался и обсуждался въ нашей литературѣ, что я считаю излишнимъ касаться снова этого предмета, а позволю себѣ только сказать пару словъ объ объемѣ и самомъ порядкѣ изданія моего курса.

Въ основу настоящаго труда положены мои лекціи по уголовному праву, читанныя въ с.-петербургскомъ университетѣ и въ училищѣ правовѣдѣній, но, конечно, значительно распространенныя. Оправданіемъ такого объема печатаемаго мною курса можетъ служить, прежде всего, его цѣль—научная разработка нашего дѣйствующаго права, а отчасти бѣдность нашей литературы по уголовному праву. Излагая теоретическое построеніе отдѣльныхъ институтовъ уголовного права, необходимо было указать на разработку этихъ вопросовъ въ литературѣ, сдѣлать обзоръ, а гдѣ казалось необходимымъ, и критическую проверку этихъ воззрѣній; затѣмъ, нельзя было, по тѣмъ же соображеніямъ, не остановиться и на постановленіяхъ западныхъ кодексовъ, въ особенности французскаго и германскаго; далѣе, комментируя постановленія нашего права, приходилось сдѣлать, хотя и краткій, очеркъ развитія постановленій объ этихъ вопросахъ въ нашемъ законодательствѣ, обратить вниманіе на примѣненіе закона практикою, въ особенности кассационнымъ сенатомъ. А въ силу всѣхъ этихъ условій курсъ и принялъ значительные размѣры, несмотря даже на все мое

желаніе избѣжать анализа подробностей, а останавливаться только на существенныхъ элементахъ каждаго ученія.

Объемомъ курса опредѣлился и порядокъ его изданія, такъ какъ я позволилъ себѣ выпускать его постепенно, по мѣрѣ окончательнаго изготовленія отдѣльныхъ частей. По задуманному мною плану весь курсъ русскаго уголовного права долженъ состоять изъ введенія, общей части и части особенной. Въ введеніи должны заключаться два отдѣла: 1) общія понятія о содержаніи уголовного права и 2) объ источникахъ уголовного права. Общая часть состоитъ также изъ двухъ книгъ: 1) о преступленіи, которая распадается на три раздѣла: А) о субъектѣ преступленія; Б) объ объектѣ; В) о преступномъ дѣяніи; и 2) о наказаніи и его эквивалентахъ. Особенная часть будетъ содержать изложеніе и разборъ отдѣльныхъ родовъ и видовъ преступленій и ихъ наказуемости.

Въ настоящее время я представляю на судъ нашихъ юристовъ два первые отдѣла 1-ой книги общей части, желая, конечно, какъ и всякій авторъ, встрѣтить въ литературѣ оцѣнку моего труда, которою бы я могъ воспользоваться при дальнѣйшей работѣ.

Н. Таганцевъ.

11 октября, 1874 г.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

1. Разсматривая уголовное право, как совокупность юридических правил, определяющих отношения, возникающие между государственною властью и теми нарушениями правового порядка, которые мы называем преступлениями, мы тем самым, собственно, указываем и элементы, подлежащие изслѣдованію при изученіи содержанія этого права.

Элементы эти тройки: во-1-хъ, субъектъ этихъ отношений — государственная карательная власть; во-2-хъ, преступленіе, какъ его объектъ, и въ-3-хъ, самыя отношенія, то, что мы называем карою, наказаніемъ. Но, однако, не всѣ изъ этихъ элементовъ входятъ въ составъ спеціальной теоріи уголовного права и подлежатъ нашему разсмотрѣнію.

Карательная функція государственной власти представляется только одною изъ отраслей общей правоохранительной государственной дѣятельности, а эта послѣдняя, въ свою очередь, далеко не исчерпываетъ всей разносторонней жизни государственнаго организма. На этомъ основаніи изслѣдованіе этой функционирующей силы, ея содержанія, условий возникновенія, организациі и дѣятельности, даетъ содержаніе самостоятельной отрасли права — праву государственному, къ которому тѣсно примыкаетъ и уголовное право.

Такимъ образомъ, содержаніе уголовного права исчерпывается только двумя другими элементами — преступленіемъ и наказаніемъ во всѣхъ ихъ разнообразныхъ формахъ и комбинаціяхъ. Но съ

конца прошлаго столѣтія какъ въ положительномъ правѣ, такъ и въ теоріи, матеріаль, дающій содержаніе этой отрасли права, распался на два отдѣла: часть общую и особенную. Въ общей части разсматриваются и излагаются тѣ родовыя свойства преступленія и наказанія, которыя должны быть присущи всякому преступленію, всякому акту карательной дѣятельности, а въ особенную часть входитъ анализъ отдѣльныхъ видовъ правонарушеній и ихъ наказуемость ¹⁾.

1) Признаваемое нынѣ безусловно необходимымъ отдѣленіе общей и особенной части, какъ извѣстно, не существовало до конца XVIII вѣка ни въ законодательствахъ, ни въ ихъ научной обработкѣ. Тѣ ученія, которыя мы относимъ теперь къ общей части, обыкновенно разсматривались при изложеніи отдѣльныхъ преступленій, преимущественно при убійствѣ, вызывая этимъ рядъ затрудненій, не только для систематическаго изученія права, но и для практическаго его примѣненія. Загѣмъ и въ нынѣшнемъ столѣтіи иногда этому дѣленію придавали совершенно иное значеніе, такъ напр., общую часть отождествляли съ понятіемъ философской, а особенную — съ положительной; т.-е. смѣшивался методъ обработки съ содержаніемъ. Такое отождествленіе допускалъ, напр., Фейербахъ въ своемъ учебникѣ, §§ 2 и 4; см. примѣчанія къ нимъ Миттермайера; Waechter, Lehrbuch, стр. 37, прим. 65; Bauer, Thatbestand, стр. 235; Koestlin, neue Revision, стр. 13—20; Jordan, in wiefern soll der allgemeine Theil der positiven Criminalrechtswissenschaft philosophisch sein? N. A. d. Cr. R. XI, стр. 221. Французскіе криминалисты въ теоретическихъ курсахъ и теперь излагаютъ только общую часть, вводя за то сюда нѣкоторые процессуальные вопросы. Ср., напр., Ортолана, Гауса, Требюсьена и др.

КНИГА 1-я. УЧЕНИЕ О ПРЕСТУПЛЕНИИ.

Понятіе о составѣ преступленія ²⁾.

2. Преступленіе, какъ самостоятельное юридическое явленіе, должно быть отличаемо отъ другихъ юридическихъ отношеній; и совокупность тѣхъ характеристическихъ признаковъ или условій, которые должны заключать въ себѣ дѣяніе, чтобы считаться преступленіемъ, мы называемъ составомъ преступленія.

Хотя, разумѣется, всегда и вездѣ судъ, прежде чѣмъ примѣнить наказаніе къ преступнику, долженъ былъ выяснитъ вопросъ о томъ, находятся ли въ данномъ фактѣ всѣ условія, характеризующія его какъ преступленіе, но самое техническое выраженіе „corpus delicti“ встрѣчается не ранѣе XVI-го вѣка и притомъ совершенно въ иномъ значеніи. Первоначально это выраженіе означало veritas или liquidatio delicti, т.-е. совокупность тѣхъ признаковъ, по которымъ можно было бы удостовѣриться въ дѣйствительномъ совершеніи преступленія, чтобы затѣмъ перейти къ спеціальному розысканію преступника ³⁾. Только къ концу XVIII столѣтія эта процессуальная точка зрѣнія была оставлена, но слѣды стараго воззрѣнія держались еще долго, производя запутанность въ опредѣленіи са-

²⁾ Спасовичъ, учебникъ, стр. 89—92; Будзинскій, начала, стр. 66; C. Stübel, über den Thatbestand der Verbrechen. 1805, стр. 1—24; Kleinschrod, etwas über die Lehre vom corpus delicti im allgemeinen. A. d. Cr. R. B. III, стр. 39 и сл.; Birnbaum Beitrag zur Feststellung des Begriffs von Thatbestand in criminalrechtlichem und processualischem Sinne. A. d. Cr. R. 1825, стр. 493 и сл.; A. Bauer, von dem Thatbestande des Verbrechens. Abhandlungen. 1840, B. I, стр. 223—241; Luden, über den Thatbestand des Verbrechens. Abhandlungen. 1840, Einleitung, стр. 1—110; Schaffrath Theorie des allgemeinen Thatbestandes des Verbrechens. 1841; Waechter, Lehrbuch, § 46; Geib, Lehrbuch, § 86; Schütze, Lehrbuch, § 30.

³⁾ Первоначально даже иногда это выраженіе означало матеріальные слѣды преступленія (при delicta facti permanentis), подлинное, какъ, напр., трупъ при убійствѣ. Даже позднѣе Boehmer, Maeditationes in C. C. C. 1770, называетъ этимъ именемъ не только слѣды, но даже и орудія преступленія. Ср. Luden, Thatbestand, стр. 5 и сл., Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses. 1827, стр. 117 и слѣд.

мых условий, входящих въ составъ преступленія 4). Такъ, напр., въ вѣмецкой литературѣ, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ этого взгляда, Штубель, уже въ XIX столѣтіи, безусловно исключилъ изъ состава преступленія ученіе о способности ко вмѣненію; тоже позднѣе дѣлаетъ Люденъ; а Фейербахъ относитъ къ составу преступленія даже одни его объективные признаки, а субъективные—только при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, при которыхъ, напр., безусловно требуется бытіе умысла 5). Но уже Вехтеръ указалъ неправильность такого противоположенія, замѣчая, что безъ наличности необходимыхъ условий вмѣняемости не можетъ никакое дѣяніе быть признаваемо преступленіемъ 6).

3. Нѣмецкіе криминалисты 7) обращаютъ еще вниманіе на необходимость строгаго различія между выраженіями Begriff und Thatbestand des Verbrechen, т. е. «понятіе» и «составъ» преступленія, которая весьма многими, даже перво-степенными криминалистами, напр. Кестлиномъ употребляются безразлично. Но въ нашемъ юридическомъ языкѣ такое смѣшеніе представляется почти невозможнымъ. Говоря о понятіи преступленія, мы имѣемъ въ виду указаніе тѣхъ оснований, въ силу которыхъ законодатель признаетъ извѣстныя дѣянія: во-1-хъ, несовмѣстными съ существующимъ порядкомъ, и во-2-хъ, вызывающими именно ту форму охранительной дѣятельности, которую мы называемъ наказаніемъ, т. е. мы имѣемъ въ виду опредѣленіе того, что преступно и почему; подъ составомъ же преступленія мы понимаемъ совокупность тѣхъ условий, которые характеризуютъ запрещенное дѣяніе, какъ юридическое явленіе. Анализируя составъ преступленія, мы останавливаемся исключительно на юридическихъ свойствахъ преступленія, а опредѣляя его понятіе, мы необходимо должны имѣть въ виду его соціальное и государственное значеніе 8).

4. Говоря о составѣ преступленія, мы можемъ имѣть въ виду или совокупность тѣхъ существенныхъ признаковъ, которые свойственны всякому преступленію, характеризуютъ родовое его понятіе, или же тѣ частные признаки, которыми различаются отдѣльные виды преступныхъ дѣяній другъ отъ друга, какъ кража, убійство, изнасилованіе. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ общимъ составомъ преступленія, анализъ котораго и входитъ въ об-

4) Ср. Koestlin, System, I, стр. 364. Выраженіе „составъ преступленія“ употребляется въ прежнемъ значеніи иногда и теперь въ учебникахъ уголовного процесса, хотя и тамъ, если, напр., говорятъ о констатированіи состава преступленія присяжными или о примѣненіи судьями наказанія, то также имѣютъ въ виду всю совокупность существенныхъ признаковъ преступленія.

5) Lehrbuch, § 81 и 82; Stübel, в. с., § 1; Luden, Thatbestand, стр. 73; см. разборъ его опредѣленія у Шафрата, в. с., ст. 72.

6) Lehrbuch, § 46, пр. 98. Такое же полное опредѣленіе дѣлалъ уже Клейнтъ, Grundsätze, 1796, § 68, переведши выраженіе corpus delicti словомъ Thatbestand. Также Jargcke, Handbuch, стр. 105; Вернеръ, § 75, пр. 1. Изъ новѣйшихъ криминалистовъ Гейбъ въ своемъ учебникѣ выдѣляетъ ученіе о вмѣняемости изъ состава преступленія.

7) См. въ особенности Schütze, Nothwendige Theilnahme, 1869, стр. 10 и сл.; онъ предлагаетъ даже, въ виду этой двойственности, вовсе исключить изъ юридическаго языка выраженіе „Thatbestand“. Ср. Luden, Lehrbuch, стр. 226.

8) На этомъ основаніи я и отнесъ къ введенію какъ изложеніе ученія о понятіи или существѣ преступленія, такъ и ученіе о границахъ, отдѣляющихъ преступленіе отъ неправды гражданской и отъ дисциплинарныхъ проступковъ.

щую часть уголовного права, а во второмъ — съ особеннымъ или специальнымъ ⁹⁾.

Въ руководствахъ къ уголовному праву встрѣчаются еще и другія дѣленія состава преступленія, не имѣющія, впрочемъ, практическаго значенія. Такъ, различаютъ ¹⁰⁾ существенныя составныя части преступленія (essentialia seu substantialia), безъ которыхъ оно немислимо, и несущественныя. Послѣднія подраздѣляютъ еще на обыкновенныя (naturalia), которыя имѣлъ въ виду законодатель, устанавливая нормальное наказаніе за данное преступленіе, и случайныя (accidentalia), которыя, встрѣчаясь въ преступленіи, усиливаютъ или ослабляютъ его наказуемость. Но дѣленіе это, перенесенное изъ ученія гражданского права объ юридическихъ дѣйствіяхъ, имѣетъ только значеніе въ особенной части, при систематизаціи отдѣльныхъ преступленій, но не касается общей, въ которой излагается только ученіе о существенныхъ элементахъ преступленія.

Еще чаще встрѣчается ¹¹⁾ дѣленіе состава преступленія на субъективный, охватывающій условія, относящіяся къ преступной волѣ, и объективный; но и это дѣленіе имѣетъ какое-либо значеніе только у тѣхъ писателей, которые неправильно относятъ къ составу преступленія одни объективныя признаки.

5. Разсматривая преступленіе, какъ юридическое явленіе, мы различаемъ въ его составѣ три основные элемента: во-1-хъ, лицо дѣйствующее—виновникъ преступленія; во-2-хъ, то, на что направляется дѣйствіе виновнаго—объектъ преступленія, и въ-3-хъ, самое преступное дѣйствіе, разсматриваемое какъ съ внутренней, такъ и съ внѣшней стороны ¹²⁾.

⁹⁾ Въ дѣйствительной жизни встрѣчаются, конечно, однѣ индивидуальныя формы преступленій, зависящія отъ мѣста и времени совершенія, отъ личности совершающаго и т. п., но законъ и наука имѣютъ дѣло только съ обобщеніями. Откидывая случайныя и преходящія элементы отдѣльныхъ фактовъ и сохраняя только общіе, свойственныя цѣлому ряду преступныхъ дѣяній, мы получаемъ понятіе кражи, убійства; эти понятія, далѣе, могутъ или соединяться въ разряды болѣе общіе, какъ, напр., преступленія противъ собственности, жизни, здоровья, или, наоборотъ, распадаться на болѣе тѣсныя группы, какъ, напр., кража со взломомъ, вооруженная; и уже затѣмъ, отвлекая отъ всѣхъ этихъ понятій то, что необходимо принадлежитъ каждому изъ нихъ, мы получимъ общее понятіе о преступномъ дѣйствіи, общій составъ преступленія.

¹⁰⁾ Waechter, Lehrbuch, § 43, пр. 97; contra—Luden, в. с., стр. 100. Въ иномъ смыслѣ употребляетъ эти выраженія Шютце въ своемъ учебникѣ; онъ къ несущественнымъ признакамъ преступленія относитъ изъ объективныхъ—ученіе о покушеніи и окончаніи преступленія, а изъ субъективныхъ—ученіе о соучастіи. Всего подробнѣе объ этомъ Haus, principes, № 233.

¹¹⁾ Напр. у Людена, Вехтера, Ярке, Гефтера, Шютце и др.

¹²⁾ Многіе старыя нѣмецкіе криминалисты, какъ напр. Грольманъ, Фейербахъ, Вехтеръ ставили, какъ существенное условіе преступленія, внѣшнюю распознаваемость дѣянія, но, очевидно, что это условіе входитъ, какъ часть, въ болѣе обширное уче-

ОТДѢЛЪ I-й.

ВИНОВНИКЪ ПРЕСТУПЛЕНІЯ.

§ 1. Кто можетъ быть виновникомъ преступленія.

6. Определеніемъ преступленія, какъ юридическаго дѣйствія, предѣляется и вопросъ о томъ, кто можетъ быть его субъектомъ. Въ противоположность случаямъ посягательства на предметы, пользующіея юридическою охраною, субъектомъ преступленія можетъ быть только лицо.

7. Поэтому представленіе о томъ, что и животное можетъ быть субъектомъ преступленія, нѣкогда встрѣчавшееся не только въ практикѣ, но и въ теоріи, имѣетъ для насъ чисто историческій интерес ¹³⁾.

Въ дошедшихъ до насъ историческихъ указаніяхъ о процессахъ противъ животныхъ, мы можемъ отыскать или проявленіе взгляда на преступленіе, какъ на дѣяніе, оскорбляющее божество, нарушающее охраняемый имъ миръ, или же остатки мстительскаго возрѣнія на природу и ея явленія, а въ особенности на психическую жизнь животныхъ. Въ первомъ случаѣ, какъ напр. въ Греціи, въ процессахъ этого рода фигурировали, какъ извѣстно, и неодушевленные предметы, причинившіе вредъ человѣку, осквернившіе кровью священную землю; при второмъ же—виновниками преступленія могли являться исключительно животныя, судившіяся и осуждавшіяся по тѣмъ же правиламъ процедуры, какъ и преступники-люди, предъ трибуналами свѣтскими или духовными.

Свѣтскому суду были подсудны животныя, обвинявшіяся въ пролитіи чело-вѣческой крови и могущія лично, in corpore, явиться передъ трибуналы, по преимуществу свиньи и быки. Любопытныя свѣдѣнія о случаяхъ этого рода имѣемъ мы изъ практики французской, въ особенности XIV и XV-го столѣтій. Какъ скоро животное обвинялось въ лишеніи кого-либо жизни, то оно подвергалось заключенію при тюрьмѣ того города, въ которомъ находился судъ; затѣмъ лицо, испол-

ніе о вѣшной сторонѣ преступленія. Также не можетъ быть включенъ въ составъ преступленія признакъ законопротивности дѣянія, относящійся къ понятію преступленія. Цѣль ученія о составѣ преступленія—дать суду руководящія основанія для признанія извѣстнаго дѣянія преступленіемъ; по этому уголовный законъ и вытекающая изъ него преступность дѣянія являются предположеніями, въ силу которыхъ только и можетъ быть рѣчь о составѣ преступленія. Ср. Luden, в. с., стр. 57 и сл., Waechter, Lehrbuch, § 76.

¹³⁾ Pierre Ayrault, *des procès faites au cadaver, aux cendres, a la memoire, aux bestes brutes et aux choses inanimées*. 1591. Эта монографія вошла потомъ въ четвертую книгу *ero Ordre, formalité et c.*, изд. 1598. Berriat-Saint-Prix, *rapport et recherches sur les procès et jugemens relatifs aux animaux*. 1829 (извлеченіе изъ VIII тома *Memoires de la société des antiquaires de France*) L. Menabrea, *de l'origine, de la forme et de l'esprit des jugemens rendus au moyen âge contre les animaux*. 1846; E. Agnel, *curiosités judiciaires et historiques du moyen âge. Procès contre les animaux*. 1859; Ortolan, *éléments*, № 489; Geib, *Lehrbuch*, § 87, 97; Будзинскій, *начала*, стр. 70.

наившее обязанности прокурорскаго надзора при мѣстномъ синьоріальномъ судѣ, составляло обвинительный актъ; въ судебномъ засѣданіи допрашивались свидѣтели, и въ случаѣ ихъ утвердительныхъ показаній относительно разбираемаго событія, по выслушаніи прокурора, судъ объявлялъ свое рѣшеніе, признавая животное виновнымъ въ убійствѣ и приговаривая его къ повѣшенію, преимущественно за заднія ноги, или смотря по обычаямъ страны ¹⁴⁾. Сентенціи эти по большей части основывались на каноническомъ правѣ, на положеніи 21-й главы Пехода, ст. 28, по которому быка, убившаго кого-либо, повелѣвалось побивать камнями и мясо его считалось нечистымъ; очень часто судъ находилъ необходимымъ подробно мотивировать свое рѣшеніе, такъ, напр., въ 1405 году быкъ былъ приговоренъ къ повѣшенію pour ses démerites, а въ 1499 судъ du baillage de l'abbaye de Beaupré повѣсилъ быка pour sa furiosité. Случаи такого осужденія были вовсе не рѣдки: такъ одинъ Agnel приводитъ до 20 рѣшеній этого рода, изъ которыхъ самое позднее относится къ 20 мая 1572 года, а самое большее число падаетъ на XV-е столѣтіе. Были даже примѣры осужденія животныхъ за суевѣрныя преступленія, такъ, напр., въ 1474 году въ городѣ Базелѣ былъ осужденъ на сожженіе пѣтухъ за то, что онъ снесъ яйцо и такимъ образомъ вошелъ въ союзъ съ дьяволомъ.

Еще любопытнѣе въ культурно-историческомъ отношеніи процессы противъ животныхъ предъ духовными судами. Юрисдикціи этихъ судовъ подлежали тѣ случаи, когда подсудимый не могъ явиться на судъ лично, и самая сентенція суда не могла быть исполнена непосредственно: таковы процессы противъ насѣкомыхъ, животныхъ, истреблявшихъ посѣвы, жатвы, виноградники. Испуганное населеніе, въ виду грозящаго бѣдствія, прибѣгало къ духовенству, а то, не ограничиваясь молитвами объ отвращеніи или прекращеніи зла, устраивало формальное судбище противъ этихъ нарушителей мира. Процессы этого рода являются гораздо болѣе многочисленными, по преимуществу въ католическихъ странахъ, и продолжаются не только въ XVI и XVII-мъ столѣтіяхъ, но встрѣчаются даже и въ началѣ XVIII-го ¹⁵⁾. Причина этого та, что здѣсь возможность такихъ процессовъ обуславливалась не однимъ невѣжествомъ судей, а по преимуществу ихъ стремленіемъ поддержать свое вліяніе среди суевѣрной и невѣжественной массы, обуславливалась тѣми матеріальными выгодами, которыя доставляли церковнымъ судамъ дѣла этого рода. Процессы эти велись еще торжественнѣе, чѣмъ въ судахъ свѣтскихихъ, съ соблюденіемъ всѣхъ предписаній каноническаго права. Подсудимые получали защитника, который обязанъ былъ представить всѣ доводы, могущіе служить въ оправданіе его клиентовъ, въ наказаніе назначались excommunicatio и анафема: повелѣніе во имя Бога оставить данную мѣстность. Приведенію приговора въ исполненіе предшествовало обыкновенно тоекратное увѣщаніе осужденныхъ подчиниться добровольно приговору, увѣщаніе, дѣлавшееся священниками съ церковныхъ кафедръ. Если же, не смотря на эти увѣщанія и даже самую анафему, не смотря на долгій срокъ, въ которой предписывалось сараячѣ или червямъ покинуть опустошаемую мѣстность—они оказывались ослушниками, то тогда,

¹⁴⁾ Agnel, в. с., стр. 7. У него приведено нѣсколько примѣровъ расходовъ по такимъ процессамъ. Между прочимъ по одному счету 1408 г. на ежедневное содержаніе свиньи, арестованной по поводу умерщвленія ребенка, отпускалось столько же, сколько и для каждаго изъ заключенныхъ. Любопытны также постановленія сардинскаго кодекса Элеонори 1395, carta de logu, въ которомъ постановлялось, что быки или коровы, дичіе или домашніе, пойманные на потравѣ, могли быть умерщвлены безнаказанно на мѣстѣ, а относительно ословъ законъ былъ гораздо гуманнѣе: если оселъ попалъ въ 1-й разъ, то отрѣзывалось одно ухо, если во второй, то другое, а если въ третій, то допускалась конфискація въ пользу принца.

¹⁵⁾ См. рядъ любопытныхъ примѣровъ, у Agnel, в. с., стр. 32—47.

разумѣтся, приходилось признать въ нихъ орудіе Божьяго гнѣва, противъ котораго безсилно правосудіе земное ¹⁶⁾.

Наконецъ, къ третьей группѣ относятся тѣ процессы, въ которыхъ животное фигурировало не какъ виновникъ, а скорѣе какъ средство преступленія,—а именно процессы о скотоложствѣ. Еще въ ветхомъ завѣтѣ, книга Левитовъ, глава 20, стихъ 15, повелѣвалось умерщвлять оскотоложественныхъ животныхъ, и это начало, перейдя въ свѣтское законодательство, сохранилось до позднѣйшаго времени: такъ во Франціи, до половины XVIII-го столѣтія, животныя въ случаяхъ этого рода подвергались даже сожженію; въ Германіи еще прусское земское право опредѣляло, что такихъ животныхъ нужно убивать или изгонять изъ земли. У насъ по этому поводу существуетъ специальное мѣстное гозуд. совѣта отъ 29 февраля 1864 г., въ которомъ было повторено постановленіе 1848 года, опредѣляющее: оскотоложественныхъ животныхъ убивать и зарывать въ землю по правиламъ о зараженныхъ животныхъ, а хозяина убитаго животного вознаграждать за вредъ и убытки по общимъ правиламъ.

8. Но въ области права мы встрѣчаемъ въ числѣ субъектовъ права, кромѣ лицъ физическихъ, и лицъ такъ-называемыхъ юридическихъ, могутъ ли и эти лица явиться субъектами преступленій? Вопросъ этотъ разрѣшается, сообразно съ природою юридического лица, отрицательно. Преступленіе предполагаетъ въ дѣятелѣ способность дѣйствовать сознательно и самостоятельно, а ни того, ни другого условія мы не встрѣтимъ въ фигурѣ юридического лица ¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Agnel, стр. 22 и сл., приводитъ любопытныя извлеченія изъ сочиненія ученаго доктора обоихъ правъ, бывшаго впоследствии первымъ президентомъ парламента въ Э., Бартоломея Шассанеуса „De excommunicatione animalium insectorum“. 1588, въ которомъ указаны средства предупрежденія бѣдствій этого рода, главнымъ образомъ исправный платежъ церковныхъ повинностей, и опредѣленъ подробно порядокъ процедуры. Онъ указываетъ между прочимъ и основанія, по которымъ можно примѣнять къ насѣкомымъ анафему, а именно, что всѣ животныя подчинены Богу, творцу каноническаго права, и потому всѣ они подлежатъ дѣйствию его постановленій; а въ подтвержденіе этого положенія ссылается на извѣстный евангельскій рассказъ о проклятой смоковницѣ; затѣмъ онъ приводитъ цѣлый рядъ примѣровъ успѣшности наказаній этого рода. Во многихъ процессахъ, приведенныхъ у Agnel'я любопытны оправдательные доводы защиты; такъ, въ дѣлѣ 1510 года противъ мышей, адвокатъ просилъ отложить засѣданіе, потому что подсудимые не были своевременно оповѣщены о днѣ засѣданія; въ другомъ дѣлѣ 1587 г. противъ червей, опустошавшихъ виноградники, защита опровергала приговоръ тѣмъ, что мѣсто, въ которое было написано удалиться виновнымъ, было совершенно безплодно, и т. д. Весьма интересно, что памятники нашей исторіи не сохранили, сколько мнѣ извѣстно, ни одного примѣра осужденія животныхъ ни въ свѣтскихъ, ни въ духовныхъ судахъ. Въ древне-германскихъ законахъ встрѣчаются только постановленія о платѣ виры за смерть, причиненную домашними животными. Ср. Grimm, deutsche Rechtsalterthümer. Изд. 1828, стр. 664. Но въ городскихъ правахъ 14 и 15 столѣтія встрѣчаются уже постановленія объ уголовной отвѣтственности животныхъ. Ср. Geib, Lehrbuch, стр. 197.

¹⁷⁾ По вопросу объ отвѣтственности юридическихъ лицъ см. Sintenis, de delictis et poenis universitatum. 1825; Gesterding, von Verbrechen der Gemeinheiten, въ ero Ansbeyte von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, 1827, т. II, № 11, 2; Lauenstein, de universitate non delinquente. 1840; Ziegler, Die Verbrechensunfähigkeit juristischer Personen. 1852 (только по римскому праву); Hepp, über delicta und Bestrafung moralischer Personen, въ ero Versuchen, Abth. III; Berner, Theilnahme, стр. 174—178; Savigny, System des heutigen römischen Rechts, II, § 94;

Въ теоріи уголовного права вопросъ объ ответственности юридическихъ лицъ давно уже разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ, такъ что еще Гейтеръ объявилъ самый вопросъ школьнымъ, подлежащимъ сдачѣ въ архивъ, но за послѣднее время, благодаря новому ученію германистовъ о природѣ такъ-называемыхъ юридическихъ лицъ, онъ снова обратилъ на себя вниманіе; а такъ какъ, кромѣ того, въ нашемъ законодательствѣ мы встрѣчаемся еще и нынѣ съ случаями подобной ответственности, то обстоятельный разборъ этого ученія не представляется излишнимъ.

Для разрѣшенія этого вопроса прежде всего надо обратиться къ разсмотрѣнію условій возникновенія, объема правъ, однимъ словомъ къ существу понятія о юридическихъ лицахъ.

Хотя всякое право предполагаетъ наличность субъекта, которымъ, собственно говоря, можетъ быть только человѣкъ, но, разсматривая существующія юридическія отношенія и дѣйствія, мы встрѣчаемся съ такими, въ которыхъ проявляются права, осуществляются обязательства, повидимому безхозяйныя, не имѣющія физическаго субъекта. Происхожденіе подобныхъ юридическихъ явленій объясняется двояко, во-1-хъ, существованіемъ такихъ цѣлей, къ которымъ стремятся нѣсколько отдѣльныхъ лицъ, но которыхъ осуществленіе было бы затруднительно, если бы они лежали на каждомъ отдѣльномъ субъектѣ по частямъ, въ силу чего необходимо предположить существованіе какъ бы особаго субъекта, которому эти права принадлежатъ во всемъ ихъ объемѣ; такими субъектами являются такъ называемыя корпорации: акціонерныя общества, артели, земство, церковныя общины, само государство. Во 2-хъ, бытіемъ такихъ цѣлей, которыя имѣютъ самостоятельное юридическое значеніе, хотя и не существуетъ отдѣльныхъ физическихъ лицъ, стремящихся къ ихъ осуществленію; поэтому, въ виду достиженія этихъ цѣлей, приходится также предположить существованіе особыхъ личностей, какъ обладателей права, таковы такъ-называемыя учрежденія: богадѣльни, монастыри, учебныя заведенія и т. д.¹⁸⁾ Вотъ эти-то лица, созданныя государствомъ въ виду необходимости упорядоченія и опредѣленія условій бытія всѣхъ этихъ отношеній, мы и называемъ юридическими лицами. Сообразно съ этими условиями возникновенія юридическихъ лицъ опредѣляется и сфера ихъ правоспособности. Такъ какъ достиженіе цѣлей, по поводу которыхъ возникаютъ эти лица, предполагаетъ наличность матеріальныхъ средствъ, то, по общему правилу, такое лицо и является правоспособнымъ въ области имущественныхъ правъ вещныхъ или по обязательствамъ. Только въ этихъ случаяхъ правоспособность предполагается по существу юридическихъ лицъ, во всѣхъ же остальныхъ права, имъ принадлежащія, подходятъ подъ понятіе особенныхъ—*jura singularia*, точно опредѣляемыхъ въ законѣ и имѣющихъ отношеніе только къ данной категоріи или даже къ данному отдѣльному юридическому лицу. Таковы напр. случаи принад-

Pfeifer, die Lehre von der juristischen Personen. 1847; E. Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen. 1873.; A. Feuerbach, Lehrbuch, §§ 28, 138; C. Waechter, Lehrbuch, § 75; Koestlin, System, стр. 120—121; Hälschner, System, стр. 103; Geib, Lehrbuch, II, § 87; Вернеръ, учебникъ, § 76, Schaper in Holtzendorfs Handbuch, стр. 111—112; Ortolan, éléments, I, № 491; Haus, principes, № 228—229; А. Пестржецкій, объ ответственности обществъ за преступленія. Ж. М. Ю, 1866, № 6; С. Баршевъ, начала, стр. 9—19; В. Спасовичъ, учебникъ, стр. 112—113; С. Будзинскій, начала, стр. 71; Н. Целюдовъ, приложенія, стр. 341—342.

¹⁸⁾ Къ этой же категоріи можетъ быть отнесено и hereditas jacens, открывшееся, но не принятое (лежащее) наследство. Ср. Arndts, Pandecten, § 41; хотя, какъ извѣстно, самый вопросъ о признаніи его юридическимъ лицомъ, споренъ; Savigny, System, II, § 102. Во всякомъ случаѣ о немъ не можетъ быть и рѣчи въ разсматриваемомъ вопросѣ.

лежности имъ права въ наслѣдованіи какъ по завѣщанію, такъ и по закону; случаи признанія за ними даже личныхъ правъ, напр. правъ на уваженіе, въ виду отвѣтственности за обиду, имъ наносимую. Наконецъ, даже и въ той сферѣ правъ, которыми обладаетъ данное лице, оно является правоспособнымъ, но не дѣеспособнымъ, т.-е. приравнивается малолѣтнимъ, умалишеннымъ и т. п., такъ что оно можетъ дѣйствовать въ юридическихъ отношеніяхъ только посредствомъ представительства, посредствомъ правленія, въ какой бы формѣ это правленіе ни являлось. Въ этой фиктивной правоспособности и отсутствіи дѣеспособности юридическихъ лицъ, какъ таковыхъ, и лежитъ основаніе ихъ неспособности быть субъектами преступления¹⁹⁾. Въ силу перваго условія только тѣ дѣянія юридическихъ лицъ, которыя совершены въ отмежеванной имъ государствомъ области, имѣютъ юридическое значеніе, а всѣ другія, внѣ этой сферы лежащія, считаются юридически ничтожными; а на основаніи втораго даже и въ этой спеціальной сферѣ юридическое лице не можетъ совершить преступленія, такъ какъ таковыя признаются только дѣяніи, совершенныя субъектами, способными чувствовать, мыслить и сознавать совершаемое; уголовное право имѣетъ дѣло съ дѣеспособными субъектами, а совершеніе преступленій чрезъ представителей по началамъ современнаго права не считается возможнымъ²⁰⁾.

9. Но къ тому же выводу придется придти и выходя изъ другихъ теорій, пытающихся за послѣднее время замѣнить теорію фиктивной личности.

Прежде всего съ этимъ результатомъ должна согласиться теорія безъсубъектныхъ правъ, во всѣхъ ея отъѣнкахъ²¹⁾. Теорія эта признаетъ, что кромѣ

¹⁹⁾ Эта теорія фиктивной личности, изложенная въ текстѣ по системѣ ея главнаго представителя—Савиньи (System, II, § 85 и сл.) не только безусловно господствовала до пятидесятихъ годовъ нашего столѣтія, но и теперь, несмотря на рядъ возраженій, сдѣланныхъ противъ нея, не можетъ быть признана ниспровергнутою. Ср. въ ея защиту Puchta, Vorlesungen, издание Rudorffa, B. I. § 25—27; Unger, zur Lehre von den juristischen Personen, вь Kritische Überschau 1859, B. VI; Wangerow, I, § 53 и Arndts, Lehrbuch der Pandecten, 7 изд. 1872 г., § 41. Для русскаго права ср. Мейеръ, гражданское право, § 15. Въ уголовномъ правѣ эта теорія безусловно господствуетъ и до сихъ поръ, какъ въ Германіи, такъ и во Франціи. Къ тѣмъ же результатамъ приходятъ и защитники другой фиктивной теоріи — Randa, Böhlau, которые говорятъ, что безхозяйныя имущественныя отношенія, хотя и не преобразуются въ лице, но разсматриваются какъ-бы лицо, играютъ его роль. Ср. Zitelmann, в. с., § 5.

²⁰⁾ Защитники отвѣтственности юридическихъ лицъ должны, конечно, выходить изъ понятія ихъ неограниченной дѣеспособности, но и то, впрочемъ, обставляя эту отвѣтственность цѣлымъ рядомъ болѣе или менѣе существенныхъ исключеній. Къ числу защитниковъ этой отвѣтственности принадлежитъ Sintenis, в. с., а также и въ позднѣйшемъ его трудѣ. das practische gemeine Civilrecht, 1866; изъ другихъ цивилистовъ: Wenig-Mühlenbruch, Thibaut. Ср. Wangerow, Pandecten, § 51, также Gesterding, в. с.; Gröllmann, Grundsätze; Bauer, Lehrbuch, § 38, Abhandlungen, I, стр. 453—455, допускаетъ отвѣтственность только въ случаѣ единогласнаго рѣшенія всѣхъ членовъ корпорации, а Tittmann, Handbuch, § 113, и Schröter довольствуются даже большинствомъ голосовъ; притомъ Бауеръ, разсматривая этотъ вопросъ, какъ особую форму соучастія, прибавляетъ, что во всякомъ случаѣ съ точки зрѣнія уголовной политики было бы желательно не называть юридическихъ лицъ, какъ таковыя. Ср. Geib, Lehrbuch, II, стр. 202, Waechter, § 75. Изъ нашихъ криминалистовъ г. Некалюдовъ въ „приложеніяхъ“ говоритъ: „рассматриваясь глубже въ вопросъ объ отвѣтственности лицъ юридическихъ, нельзя не придти къ тому убѣжденію, что и они, при вѣкоторыхъ условіяхъ, могутъ подлежать отвѣтственности“; но въ „Руководствѣ“ говоря о субъектѣ обиды, высказывается за безусловную безотвѣтственность юридическихъ лицъ. П. Деларовъ, объ отвѣтственности железнодорожныхъ предпринимателей, 1874, стр. 233, находитъ этотъ вопросъ и знаменитымъ и еще не рѣшеннымъ, а изъ разсужденій его на стр. 12 можно даже заключить, что онъ признаетъ такую отвѣтственность вполнѣ возможною. Соображенія его, впрочемъ, какъ и весь уголовный отдѣлъ сочиненія, весьма поверхностны.

имущественныхъ правъ, входящихъ въ составъ личнаго имущества и служащихъ личности, существуютъ еще другого рода имущественныя права, которыя служатъ опредѣленной цѣли (Zweckvermögen) и по своему понятію не имѣютъ никакого субъекта, въ чемъ и состоитъ ихъ особенность. Но, очевидно, что, отрицая такимъ образомъ бытіе какой-либо иной личности, кромѣ физической, признавая только юридическое значеніе конкретно существующихъ безъсубъектныхъ правъ и обязанностей, сторонники этой теоріи не могутъ и возбуждать вопроса объ отвѣтственности юридическихъ лицъ, такъ какъ преступленіе непременно предполагаетъ наличность лица дѣйствующаго. Замѣчаніе Виндшейда ²²⁾, что мы, слѣдуя общей наклонности человѣчества къ персонификаціи окружающихъ насъ явленій, придаемъ и этимъ правамъ измышленную личность, не измѣняетъ дѣла, и по этому ученію эта личность не имѣетъ реальнаго бытія, а является метафорическимъ выраженіемъ, подобно тому какъ придаемъ мы иногда характеръ личности идеѣ общественнаго мнѣнія, торговли, нравственности и т. д. Такимъ образомъ и при этомъ взглядѣ на безъсубъектныя права нельзя говорить о преступленіяхъ юридическихъ лицъ, какъ это признаетъ и главный защитникъ этого взгляда—Виндшейдъ ²³⁾.

Но точно также нельзя утверждать уголовную отвѣтственность юридическихъ лицъ и съ точки зрѣнія новой вѣмецкой теоріи — германистовъ ²⁴⁾, если только строго держаться ея основныхъ положеній. Исходное начало этого взгляда состоитъ въ томъ, что съ одной стороны нѣтъ права безъ субъекта, а съ другой, что всѣ субъекты правъ имѣютъ не фигтивный, а реальный характеръ. Но что означаетъ это послѣднее выраженіе? Мысль, приведенная сторонниками этой теоріи къ такому выводу, была та, что нельзя разсматривать юридическихъ лицъ только съ точки зрѣнія имущественныхъ правъ, а необходимо имѣть въ виду политическую сторону ихъ дѣятельности, въ особенности въ такихъ единеніяхъ, какъ община, государство; необходимо видѣть въ нихъ субъекты не только частныхъ, но государственныхъ и международныхъ отношеній. Съ этой стороны, конечно, нельзя говорить, что бытіе этихъ лицъ только фигтивно, измышлено государствомъ, но надо признать его естественнымъ, тѣмъ болѣе, что постоянное приравниваніе этихъ лицъ къ несовершеннолѣтнимъ, требующимъ опеки, можетъ повести къ крайне невыгоднымъ послѣдствіямъ. Но затѣмъ защитники этой теоріи, въ особенности Блюнчли, до такой степени увлеклись аналогичными явленіями въ элементахъ возникновенія и бытія этихъ лицъ и лицъ физическихъ, что забыли, что здѣсь рѣчь идетъ только объ угодобленіи, а не о тождествѣ, что понятія государственной, общественной организмъ—выраженія носказательныя. Поэтому выраженіе «естественный субъектъ правъ» они стали употреблять даже въ значеніи физическаго, какъ

*Точка зрения
Блюнчли*

²¹⁾ Brinz, Pandecten, Abth. II. S. 979—1150; Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts, I, § 49, § 57 и сл.; Bekker, zur Lehre vom Rechtssubject—in Jahrbüch. für Dogmatik, 1872, № 1; Bruns—in Holtzendorf's Encyclopädie, I, стр. 270 и сл. Ср. Baron, Pandecten, 1872, § 29. Баронъ, бывшій прежде самъ сторонникомъ этой теоріи, въ своемъ учебникѣ отлично указалъ всю ея несостоятельность.

²²⁾ Windscheid, Lehrbuch, § 49, пр. 2. Онъ строитъ свою теорію такимъ путемъ: понятіе права не заключается въ реальномъ хотѣніи, а только въ возможности хотѣнія; поэтому бытіе безъсубъектныхъ правъ не противорѣчитъ идеи права; хотя же при фактическомъ осуществленіи права и предполагается реальное хотѣніе, но это проявленіе права можетъ быть совершено и посредствомъ представителей, какъ это бываетъ и относительно недѣеспособныхъ физическихъ лицъ.

²³⁾ Lehrbuch, § 59. То же Bruns, в. с., стр. 327.

²⁴⁾ Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 3 изд. 1873, § 66—72; Bluntschli, deutsches Privatrecht, 3 изд. 1864 г., книга I, глава V.

бы тѣлеснаго. Очевидно, что при послѣднемъ опредѣленіи и юридическое лицо могло явиться виновникомъ преступленія, хотя однако нельзя не прибавить, что главные защитники этого взгляда Безелеръ²⁵⁾ и Блюнчли не сдѣлали, по крайней мѣрѣ прямо, такого вывода. При правильной же постановкѣ вопроса и по этой теоріи должна быть допущена такая дедукція: юридическія лица, также какъ и физическія способны къ проявленію воли и, слѣдовательно, къ дѣйствіямъ, но эти проявленія имѣютъ мѣсто только въ опредѣленной сферѣ юридическихъ отношеній и притомъ посредствомъ особыхъ органовъ—представителей, а при такомъ взглядѣ на юридическое лицо не можетъ быть и рѣчи объ отвѣтственности ихъ за преступленія 26).

10. Но кромѣ этихъ существенныхъ возраженій, опирающихся на самое понятіе юридическаго лица, существуютъ и другія, вытекающія изъ соображеній уголовной политики, и имѣющія также большое значеніе въ практикѣ.

Во-1-хъ, защитники отвѣтственности юридическихъ лицъ принуждены дѣлать различіе между отдѣльными категоріями этихъ лицъ, т.-е. останавливаться только на корпорацияхъ, такъ какъ трудно представить себѣ, чтобы какой-нибудь монастырь или богатырскія фигурировали на скамьѣ подсудимыхъ; во-2-хъ, даже и относительно первой группы приходится дѣлать ограниченія, сообразно съ существомъ преступленій; нельзя же въ самомъ дѣлѣ обвинять напр. земство въ кровосмѣшеніи или изнасилованіи, дворянское собраніе въ мужеложствѣ или истребленіи плода. Если даже и допустить, что юридическія лица могутъ являться преступниками только въ сферѣ имущественныхъ правоотношеній, то и это положеніе будетъ невѣрно, такъ какъ и здѣсь мы можемъ встрѣтиться съ такими правонарушеніями, совершеніе которыхъ юридическими лицами логически немыслимо. Мы можемъ еще представить совершеніе корпорацией подлога, утайки, обмана по обязательствамъ, но можно ли не фигурально говорить о виновности акціонерной компаніи — въ грабежѣ или разбоѣ, или земства въ поджогѣ? Въ-3-хъ, если допустить возможность совершенія преступленій корпорациями, то какъ примѣнить къ нимъ наказанія, назначенныя въ законѣ? Какъ посадить въ тюрьму или сослать на поселеніе проворовавшееся

²⁵⁾ System, § 69, стр. 240. Онъ говоритъ о полной дѣеспособности только одной категоріи юридическихъ лицъ, именно о корпорацияхъ, а не объ учрежденіяхъ, но и по отношенію къ первымъ только ссылается на примѣры среднихъ вѣковъ, когда корпорации наказывались за преступленія, а затѣмъ замѣчаетъ, что это воззрѣніе чуждо современному праву, хотя и теперь существуетъ гражданская отвѣтственность общинъ, железнодорожныхъ обществъ и т. п. за проступки ихъ представителей. См. также Kuntze, Excursus, стр. 388.

²⁶⁾ Всего правильнѣе смотреть на этотъ вопросъ одинъ изъ сторонниковъ этой теоріи, Kuntze, *Cursus des römischen Rechts*. 1869. Говоря о реальномъ характерѣ юридическихъ лицъ (стр. 299), онъ замѣчаетъ: „только представленіе тѣлесности подобнаго лица составляетъ измышленіе, а понимаемое подъ этимъ самостоятельное жизненное бытіе товарищества—дѣйствительность...“, т.-е. что они возникаютъ, живутъ и дѣйствуютъ въ обществѣ въ силу законовъ его органическаго бытія, подобно лицамъ физическимъ; „поэтому право не творитъ и не выдумываетъ эти личности, а только находитъ; оно не снабжаетъ ихъ личностью, а только признаетъ такую“. Совершенно послѣдовательно онъ отрицаетъ далѣе (стр. 309) прямую дѣеспособность этихъ лицъ и не признаетъ ихъ отвѣтственности за преступленія. См. также его Excursus, стр. 381—389. Тоже дѣлаетъ Zitelmann, в. с., стр. 94, наиболее ревностный защитникъ теоріи реального бытія юридическихъ лицъ.

акціонерное общество? А при этомъ нельзя не прибавить, что здѣсь является не одна фактическая, но и юридическая невозможность примѣненія наказанія, такъ какъ оно въ современной теоріи, а частію и въ законодательствѣ, имѣетъ въ виду не одно только причиненіе страданія, не одну гарантію общественнаго порядка, но и воздѣйствіе на волю преступника. Единственными наказаніями, примѣнимыми къ преступникамъ этого рода, могутъ такимъ образомъ быть: распушеніе, уничтоженіе корпораціи, аналогичное со смертною казнью для лица физическаго, и денежныя взысканія. Но что касается до перваго, то хотя и нельзя отрицать право государства прекращать бытіе корпораціи, оказавшейся вредною или по самой дѣли, къ которой оно стремится, или по условіямъ ея дѣятельности, но подобное прекращеніе не должно быть отождествляемо съ наказаніемъ. Съ одной стороны, примѣненіе этой мѣры можетъ быть вызвано помимо всякаго преступленія, совершеннаго такою корпораціею, только вслѣдствіе измѣненія условій общественной жизни, а съ другой, совершеніе преступленія, хотя бы и самаго тяжкаго, не можетъ оправдать закрытія общества, если только дѣль его остается полезною или необходимою для государства. Также нельзя признать рациональнымъ и примѣненіе денежныхъ взысканій, назначаемыхъ не въ видѣ вознагражденія за вредъ, а въ видѣ наказанія, такъ какъ ихъ наложеніе противорѣчило бы самымъ основаніямъ, по которымъ государство признаетъ или разрѣшаетъ существованіе такого лица. Разумно ли взыскивать денежный штрафъ въ пользу государства, положимъ, съ общества подачи помощи при кораблекрушеніяхъ, за какія нибудь нарушенія, совершенныя его правленіемъ, когда само же правительство считаетъ необходимымъ помогать ему извѣстными субсидіями? Въ-4-хъ, основной принципъ уголовного права требуетъ, чтобы каждый отвѣчалъ только за проступокъ, имъ совершенный; если въ данномъ преступленіи участвовали всѣ физическія лица, составляющія корпорацію, то еще можно говорить о приблизительномъ выполненіи этого требованія; но какъ осуществить его тамъ, гдѣ преступленіе совершено только представителями юридическаго лица, напр. правленіемъ компании? Въ-5-хъ, основной принципъ нашего процесса—присутствіе самого подсудимаго при производствѣ дѣла; но какъ выполнить это условіе при проступкахъ лицъ юридическихъ? Если смотрѣть на корпорацію какъ на фиктивное лицо, то такое требованіе вовсе не выполнимо, потому что представители могутъ быть допущены только по дѣламъ маловажнымъ, а если разсматривать, какъ субстратъ корпораціи, всю сумму юридическихъ лицъ, ее составляющихъ, то какъ напр. устроить процессъ хотя бы противъ главнаго общества россійскихъ желѣзныхъ дорогъ?

11. Это правило о безответственности лицъ юридическихъ одинаково относится какъ къ тяжкимъ, такъ и къ маловажнымъ правонарушеніямъ, какъ къ дѣяніямъ умысленнымъ, такъ и къ неосторожнымъ. На томъ же основаніи, на какомъ юридическое лицо не можетъ отвѣчать за убійство, за кражу, не отвѣчаетъ оно и за неисправное содержаніе мостовой, за нарушеніе устава цензурнаго, таможеннаго и т. п. Уголовной отвѣтственности во всѣхъ этихъ случаяхъ могутъ подлежать только тѣ представители юридическаго лица, или тѣ его члены, которые непосредственно совершили преступленіе; на этомъ же основаніи и денежныя взысканія, налагае-

мыя какъ наказаніе, должны падать на имущество этихъ представителей ²⁷⁾

Изъ сказаннаго вполне очевидно, что безответственность юридического лица вовсе не тождественна съ полною безнаказанностью совершившагося нарушенія, такъ какъ и здѣсь отвѣчаютъ тѣ физическія лица, которыхъ волею и дѣйствіемъ выполнено правонарушеніе, съ примѣненіемъ, конечно, общихъ правилъ о соучастіи. Такимъ образомъ напр. за оскорбительное письмо, написанное отъ имени собранія или клуба, отвѣчаютъ старшины, подписавшіе это письмо, а не самый клубъ; за подлогъ, совершенный правленіемъ какого-либо акціонернаго общества, отвѣчаютъ тѣ лица правленія, которыя изготовили, подписали или употребили этотъ документъ, и т. п.

Точно также уголовная безответственность юридическихъ лицъ не имѣетъ ничего общаго съ встрѣчающимся иногда наложеніемъ на нихъ различнаго рода взысканій, ограниченій, или даже съ прекращеніемъ ихъ существованія по соображеніямъ административнымъ или политическимъ, хотя эти мѣры весьма часто смѣшиваются съ наказаніемъ, что и приводитъ къ невѣрнымъ выводамъ относительно даннаго вопроса. Во-1-хъ, эти мѣры могутъ быть примѣняемы и помимо случаевъ совершенія юридическимъ лицомъ преступленія, если только оно будетъ признано вреднымъ для общественаго порядка или благосостоянія, и когда окажется, что эта же цѣль можетъ быть достигнута инымъ, болѣе рациональнымъ способомъ ²⁸⁾. Во-2-хъ, такія взысканія могутъ быть налагаемы не только на юридическія лица въ тѣсномъ смыслѣ, но и вообще на разнообразныя политическія и общественныя единенія лицъ, не имѣющія строго юридическаго значенія. Въ-3-хъ, подобныя ограниченія налагаются не въ судебномъ, а въ административномъ порядкѣ. Въ-4-хъ, взысканія эти налагаются на цѣлую сумму лицъ безъ опредѣленія степени виновности каждаго отдѣльнаго лица, т. е. дѣйствительности его участія въ данномъ фактѣ и мѣры его вины, таковы напр. конрибуцій и взысканія, налагаемыя на города или сословія, какъ напр. наложенныя въ царствѣ польскомъ, послѣ послѣдняго возстанія ²⁹⁾.

Также вполне можетъ быть соединяемо выше указанное начало съ признаніемъ въ извѣстныхъ случаяхъ юридическихъ лицъ вполне отвѣстственными за вредъ и убытки, причиняемые преступленіемъ. Не касаясь здѣсь болѣе подробно этого вопроса, какъ относящагося къ праву гражданскому, мы ограничимся только общими положеніями. Хотя понятіе *delictum* и въ гражданскомъ правѣ обуславливается наличностью умысла или небрежности, такъ что и оно не можетъ быть

²⁷⁾ Ср. Schaper in Holtzendorf's Handbuch, стр. 113.

²⁸⁾ Совершенно справедливо говоритъ Ortolan, éléments, № 492: „бѣтїе юридическаго лица можетъ быть прекращено, какъ скоро оно дѣлается опаснымъ для общества; и если въ нѣкоторыхъ законодательствахъ для этого прекращенія требуются извѣстныя опредѣленныя условія, напр. обнаруженіе опредѣленныхъ злоупотребленій и безпорядковъ, вмѣшательство суда, соблюденіе извѣстныхъ формъ, то всѣ эти условія являються только гарантіями правъ и свободы гражданъ, а вовсе не могутъ быть разсматриваемы, какъ правила уголовной отвѣтственности“.

²⁹⁾ Ср. Savigny, II, стр. 318 и сл. Рядъ примѣровъ изъ средневѣковаго нѣмецкаго законодательства, приведенныхъ у него на стр. 321—323 объясняется именно съ этой точки зрѣнія. См. также Geib, Lehrbuch, II, стр. 199; Mittermaier zu Feuerbach § 28, прим. Въ ордонансѣ Людовика XIV, 1670 года, существовала еще особая глава XXI „De la manière de faire le procès aux Communautés des Villes, Bourgs et Villages, Corps et Compagnies“, Взысканія, конрибуцій, штрафы съ юридическихъ лицъ встрѣчаются и нынѣ въ военное время, напр. въ послѣднюю прусско-французскую войну, но они также мало имѣютъ характеръ юридическаго наказанія, какъ разграбленіе города, разстрѣліаніе заложниковъ и т. п.

совершенно юридическимъ лицомъ³⁰⁾, но это, конечно, не уничтожаетъ ответственности его за *quasi delictum*. На этомъ основаніи существуетъ во-1-хъ, обязанность юридическаго лица вознаграждать за дѣйствія своихъ представителей, органовъ или агентовъ, какъ скоро они дѣйствовали въ предѣлахъ своего полномочія или при исполненіи своихъ обязанностей, и причинили кому-либо умышленно или по неосторожности ущербъ или убытокъ³¹⁾. Во-вторыхъ, юридическое лицо обязуется возратить весь тотъ прибыль, который оно получило отъ противозаконныхъ дѣйствій своего представителя или агента на основаніи общаго ученія объ *obligatio ex re, ex eo quod ad aliquem pervenit*.

si in re ipsa causa fallitatis actio eundem...

12. Этотъ принципъ уголовной безответственности юридическихъ лицъ признанъ безусловно всеми новѣйшими кодексами. Нѣкоторыя исключенія изъ него, встрѣчающіяся въ нашемъ законодательствѣ, не оправдываются никакими рациональными соображеніями.

При этомъ теперь это правило о безответственности юридическихъ лицъ подразумевается само собою, между тѣмъ какъ прежде считали необходимымъ оговорить это положеніе въ законѣ. Такъ баварскій кодексъ 1813 г. въ § 49 говоритъ: «если нѣкоторые или всѣ сочлены какой-нибудь общины, цеха или другой корпораціи совершатъ преступленіе, то должны разсматриваться какъ преступники только отдѣльныя виновныя лица, а отнюдь не все общество». Тоже повторили ганноверскій кодексъ § 56; гессенъ-дармштатскій ст. 44, отчасти австрійскій § 486³²⁾.

Въ нашемъ правѣ, хотя уже въ Русской Правдѣ встрѣчаются постановленія о денежной ответственности цѣлой общины за преступленія, когда преступникъ былъ неизвѣстенъ, или когда община просто, по началу круговой поруки, не хотѣла выдать своего члена (дикая вира), но эти случаи нельзя собственно разсматривать, какъ примѣненіе наказанія къ юридическимъ лицамъ, такъ какъ эти взысканія по ихъ существу имѣли только фискально-полицейскій характеръ. Позднѣе, въ эпоху судебныхъ и уложенія 1648 г. у насъ, какъ и на Западѣ, дѣйствительно встрѣчаются примѣры ответственности общинъ, селъ и городовъ, хотя это начало никогда не достигало такой строгой опредѣленности, какъ въ западномъ правѣ. Такъ, напр., въ борьбѣ своей съ ворами и разбойниками, въ особенности съ ихъ укрывателями и пристанодержателями, государственная власть подвергала взысканіямъ цѣлые города и селенія, но только въ такомъ случаѣ, если нельзя было провести принципъ ответственности индивидуальной. Уложеніе

³⁰⁾ Cp. Savigny, System, § 95; Windscheid, Pandecten, § 59; Wangerow, Pandecten, I, § 55 Anm.; Pfeifer, v. c., § 38, Baron, Pandecten, § 32; Ortolan, éléments, № 493. Другого мнѣнія Haus, principes, № 229.

³¹⁾ На этомъ же основаніи существуетъ, напр., ответственность желѣзнодорожныхъ и др. подобныхъ предпринимателей за вредъ и ущербъ, причиненные ихъ агентами при эксплуатаціи, ответственность здѣсь коренится на началѣ солидарности дѣйствій, какъ это признаетъ и нашъ X томъ. Ср. любопытныя указанія у Б. Утина, объ ответственности желѣзныхъ дорогъ предъ частными лицами, въ „Журналѣ гражданскаго и торговаго права“ 1871, кн. 4-я, и Деларовъ, объ ответственности желѣзнодорожныхъ предпринимателей и пр., 1874 г.

³²⁾ Во французскомъ правѣ и теперь сохранился одинъ случай ответственности общины за проступки, совершенные на ихъ территоріи народными сборищами, на основаніи спеціальнаго закона отъ 10 Вандимьера IV года. Ср. Trébutien, Cours, стр. 176; Ortolan, éléments, № 496. Гаусъ счтаетъ, впрочемъ, это постановленіе отмѣненнымъ 39-ю ст. Code pénal, principes, № 228, пр. 19.

(глава XXI, ст. 62) требует, напр., пытать пойманного вора или разбойника о томъ: всё ли его въ томъ селеніи знали или не всё, и кто именно, и только въ первомъ случаѣ можно было править государеву пени и петцовы выти на всёхъ тутошнихъ людяхъ, чтобы всякимъ людямъ держать у себя воровъ, татей и разбойниковъ было не повадно, а ворами бы нигдѣ приближица не было. Въ воинскомъ уставѣ Петра В. говорится объ ответственности командъ или полка, но по преимуществу тогда, когда виновными оказываются всё его члены, какъ напр. при сдачѣ полка неприятелю и т. п. Затѣмъ уставомъ о паспортахъ и бѣглыхъ, ровно какъ и уставомъ объ евреяхъ 1827 г. введены были особенныя наказанія обществъ за передержательство бѣглыхъ, а въ особенности за укрывательство рекрутъ, и изъ этихъ постановленій многія сохранили свою силу и до сихъ поръ.

Дѣйствующее право въ принципѣ не признаетъ ответственности юридическихъ лицъ. Такъ т. IX (ст. 132 и сл., 515 и сл.) постановляетъ, что дворянскія и городскія общества ни въ какомъ случаѣ не отвѣтствуютъ за личныя преступленія сочленовъ, что они не могутъ быть потребованы къ суду и заключены подъ стражу. За незаконное постановленіе общественного или сословнаго собранія, равно какъ и вообще за нарушеніе порядка о производствѣ дѣлъ въ этихъ собраніяхъ, отвѣчаютъ (ст. 1424 ул.) только тѣ члены, которые сдѣлали такое предложеніе, которые приняли и подписали постановленіе и вообще фактически участвовали въ противузаконныхъ дѣйствіяхъ³³⁾; также въ главѣ о нарушеніяхъ постановленій о торговыхъ обществахъ, товариществахъ и компаніяхъ (ст. 1198, 1199) уложеніе говоритъ объ отдѣльныхъ членахъ обществъ и правленій, не касаясь вопроса объ ответственности этихъ корпорацій, какъ дѣлаго.

Такимъ образомъ и въ нашемъ правѣ постановленія объ ответственности юридическихъ лицъ являются исключеніемъ изъ общаго правила и притомъ исключеніемъ несостоятельнымъ. Такъ, по ст. 528 все сельское общество подвергается взысканію за укрывательство воиннаго бѣлаго, если только бѣглецъ не былъ обнаруженъ и представленъ начальству самимъ же обществомъ; по ст. 529 подвергаются наказанію семейства, виновныя въ укрывательствѣ бѣглыхъ рекрутъ, отданныхъ на службу изъ того же селенія или городского податнаго общества; наконецъ, подобнымъ же взысканіямъ подлежатъ, по ст. 530, еврейскія общества за укрывательство бѣглыхъ евреевъ. Такой же характеръ носятъ постановленія уложенія объ ответственности рекрутскихъ участковъ, ст. 511—515, за нарушеніе правилъ относительно постановки рекрутъ³⁴⁾; наказанія обществъ за вторичный отпускъ по паспорту лицъ, не могущихъ снискивать себѣ пропитаніе, когда

³³⁾ Калмыковъ, учебникъ уголовного права. 1866, стр. 42, замѣчаетъ, что заглавіе V-го раздѣла II-го тома Свода законовъ: „Объ отчетахъ и ответственности присутственныхъ мѣстъ“, могло бы привести къ ошибочному заключенію объ уголовной ответственности этихъ учреждений; но при ближайшемъ разсмотрѣніи отдѣльныхъ постановленій оказывается, что и здѣсь законъ имѣетъ въ виду виновность отдѣльныхъ членовъ присутственныхъ мѣстъ. Это можно видѣть, какъ изъ самаго существа взысканій, налагаемыхъ на виновныхъ, такъ и изъ самаго порядка вытребованія отъ нихъ объясненій и наложенія взысканій (ст. 231, пр. 1 и 2).

³⁴⁾ Г. Неклюдовъ, приложения, стр. 342 относить сюда и ст. 508 (559 по изд. 1857 г.), такъ что думаетъ, что по нашимъ законамъ юридическое лицо можетъ подлежать заключенію въ тюрьму; но онъ не обратилъ вниманія на то, что въ этой статьѣ идетъ рѣчь не о всемъ еврейскомъ обществѣ, а только о тѣхъ его членахъ, которые подписали приговоръ. Также трудно понять, почему онъ считаетъ эти постановленія рациональными. Что касается до другихъ статей, опредѣляющихъ ответственность юридическихъ лицъ, которыя приведены у г. Спасовича, учебникъ, стр. 398, то они нынѣ отменены.

985

эти лица будут изобличены въ испрошеніи милостыни (ст. 985)³⁵. Хотя во всѣхъ этихъ случаяхъ и назначается, какъ наказаніе, только денежное взыскаііе, но и въ этой формѣ эти постановленія не состоятельны ни теоретически, ни практически. Суду придется подвергать отвѣтственности и лицъ, которые не только не знали, но и не могли знать о преступленіи, въ которомъ ихъ обвиняютъ, какъ напр. лицъ отсутствующихъ; далѣе, при раскладкѣ этихъ взысканій по тягламъ и душамъ, взыскаііе можетъ пасть и на лицъ, не обладающихъ способностью ко вмѣненію, напр. умалишенныхъ; наконецъ, интересно было бы знать, какимъ образомъ могутъ быть примѣнены къ случаямъ этого рода правила нашего новаго устава уголовного судопроизводства.

13. При этомъ само собою разумѣется, что вышеприведенныя начала относятся не только къ юридическимъ лицамъ въ тѣсномъ смыслѣ, т.-е. къ фиктивнымъ лицамъ, обладающимъ имуществомъ правоспособностью, но и ко всякаго рода единеніямъ политическимъ, общественнымъ или сословнымъ, отправляющимъ какія-либо функціи въ государственной или общественной жизни. Таковы въ частности дѣйствія органовъ государства, какъ напр. суда, управленія и т. п.³⁶.

14. Но и сводя понятіе виновника преступленія къ понятію лица физическаго, мы все-таки даемъ ему слишкомъ широкій объемъ. Въ дѣйствительности, и въ теоріи и въ законѣ мы встрѣчаемъ рядъ условій, при которыхъ и физическое лицо не можетъ быть субъектомъ преступленія. Условія эти заключаются или въ органическихъ свойствахъ виновнаго, или въ общественномъ его положеніи, и по ихъ важности заслуживаютъ возможно полнаго анализа.



³⁵ Особенный случай этого рода указанъ въ воинскомъ уставѣ о наказаніяхъ въ ст. 86 (военно-морской уст. ст. 83), по которой, въ случаѣ учиненія преступленія цѣлою командою или частью оной, можетъ быть определено, кромѣ уголовного наказанія виновныхъ, по особому Высочайшему повелѣнію, и лишеніе отличій, пожалованныхъ всей командѣ, а также уничтоженіе состава ея; но въ этихъ случаяхъ имѣется въ виду не наказаніе въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, что можно уже видѣть изъ самаго порядка наложенія этихъ мѣръ.

³⁶ Всего менѣе возможно, конечно, говорить о народѣ, какъ субъектѣ преступленія; поэтому, напр. замѣчаніе Бернера, учебникъ, § 76, о винѣ народной и объ отвѣтственности народа предъ судомъ исторіи лишено всякаго юридическаго характера. Еще далѣе идетъ г. Спасовичъ, учебникъ, стр. 113, который даже находитъ, „что въ этихъ случаяхъ санкція нравственная—неминуема, какъ законъ природы; она состоитъ въ томъ, что и для народовъ всякая несправедливость влечетъ рядъ сграданій, горестей и бѣдъ“.

§ 2. Способность ко вмѣненію, какъ условіе отвѣтственности лица ³⁷⁾.

15. Что касается до условій біологическихъ, отъ которыхъ зависятъ отвѣтственность лица физическаго, то онѣ сводятся обыкновенно къ одному общему понятію—способности ко вмѣненію, такъ что только лицо, обладающее этою способностью, можетъ быть субъектомъ преступленія. Причемъ надо прибавить, что это условіе не составляетъ исключительной особенности преступленія, какъ юридическаго дѣйствія, а имѣетъ одинаковое значеніе и для другихъ областей права, въ особенности для права гражданскаго, входя въ общее ученіе объ юридической дѣеспособности физическихъ лицъ.

Всего ближе примыкаетъ ученіе о вмѣняемости къ ученію гражданскаго права о дѣеспособности. Признавая, что въ современныхъ гражданскихъ отношеніяхъ всякое физическое лицо имѣетъ способность сдѣлаться субъектомъ юридическихъ отношеній и возникающихъ отсюда правъ и обязанностей (правоспособность), гражданское право беретъ эти отношенія въ абстрактномъ значеніи; что же касается до реализованія этихъ отношеній въ ихъ конкретномъ бытіи, то пра-

³⁷⁾ С. Баршевъ, о вмѣненіи въ правѣ. 1840; Власевъ, о вмѣненіи по началамъ теоріи и древняго русскаго права. 1860; Тиссо, преступленіе и его вмѣняемость. Пер. Полежаева. Юрид. Вѣстн. 1862; С. Баршевъ, къ ученію о вмѣненіи. Русск. Вѣстн. 1868 № 12; Разсѣянность, какъ обстоятельство, уничтожающее вмѣняемость. Ж. М. Ю. 1862; А. Лохвицкій, извинительныя преступленія, Ж. М. Ю. 1862; Къ ученію о невмѣняемости. Суд. Вѣстн. 1870 г. №№ 70, 71, 76, 80, 86; др. указанія см. у Межова, юридич. біографія въ Ж. М. Ю. 1864, стр. 301; Бернеръ, учебникъ, въ обработкѣ Н. Невлюдова, стр. 342—398, В. Спасовичъ, учебникъ, стр. 114—130; С. Будзинскій, начала, стр. 77—107; Лохвицкій, курсъ, стр. 98 и сл.; Кистяковскій, учебникъ, § 158 и сл.; Vogel, Beiträge zur gerichtszärtliche Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. 1825; Mittermaier, disquisitio de alienationibus mentis, quatenus ad jus criminale spectant. 1825; Jarcke, die Lehre von der Aufhebung der Zurechnung durch unfreie Gemüthszustände. 1829; F. Groos, der Scepticismus in der Freiheitslehre in Beziehung zur strafrechtlichen Theorie der Zurechnung. 1830 г.; Leube, die gesetzliche Bestimmung über Zurechnung. 1836; Hepp, die Theorie der Zurechnung und der Milderungsgründe der Strafe. 1836; Schnitzer, die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. 1840; Berner, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre. 1843; May, die strafrechtliche Zurechnung. 1851; Börner, die Willensfreiheit, Zurechnung und Strafe in ihrem Grundlehren. 1857; Wahlberg, Grundzüge der strafrechtlichen Zurechnung. 1857. Ellinger, die anthropologischen Momente der Zurechnungsfähigkeit. 1861; Schilling, die Zurechnungsfähigkeit oder Verbrechen und Seelenstörung vor Gericht. 1866; Ruf, die Criminaljustiz, ihre Widersprüche und die Zukunft der Strafrechtspflege. 1870; V. Rönne, die criminalistische Zurechnungsfähigkeit. 1870; Jessen, über Zurechnungsfähigkeit. 1870; Teichmann, über Zurechnungsfähigkeit. Alg. Str. Zeit. 1870; Gessler, die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. Gerichtssaal 1871. Röder, über die strafrechtliche Zurechnung und Zumessung. Gerichtssaal 1874, № 1, 2; Feuerbach, Lehrbuch, § 84; Waechter, Lehrbuch, § 67—72; Koestlin, System, стр. 128—156; Hälschner, System, стр. 98—120; Geib, Lehrbuch, II, стр. 54 и сл.; Schaper in Holtzendorfs, Handbuch, стр. 157—169; E. Caro, La responsabilité morale et le droit de punir dans les nouvelles écoles philosophiques. Revue des deux mondes 1873, 1 Aout. Rossi, Traité, I, стр. 318—326; т. II, стр. 1 и сл.; Bertauld, cours, стр. 315—338; Trebutien, cours, стр. 106 и сл.; Ortolan, elements, стр. 103 и сл.; Haus, principes, стр. 517 и сл.

воспособность имѣетъ значеніе только для ихъ пассивной стороны, т.-е. по отношенію къ охранѣ правъ. Тамъ же, гдѣ идетъ дѣло объ активномъ проявленіи права, о принятіи самостоятельнаго участія въ юридическихъ дѣйствіяхъ, и право гражданское, кромѣ правоспособности, требуетъ дѣеспособности, допуская, впрочемъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ таковая отсутствуетъ, замѣну недѣеспособнаго субъекта представителемъ³⁸). Въ правѣ же уголовномъ элементъ дѣеспособности получаетъ исключительное значеніе, а правоспособность отодвигается на второй планъ, такъ какъ преступленіе не есть абстрактное отношеніе, а конкретное юридическое явленіе, рождающее права и обязанности; поэтому субъектомъ преступления можетъ быть только лицо, способное дѣйствовать въ реальныхъ явленіяхъ. На томъ же основаніи оказывается непримѣнимо въ уголовномъ правѣ теорія представительства, по крайней мѣрѣ въ полномъ ея объемѣ³⁹); отвѣтственность за преступленіе, совершаемое другимъ, можетъ быть допущена только въ томъ случаѣ, когда она сводится къ собственной винѣ — умыслу или неосторожности, хотя бы на первый взглядъ эта виновность и представлялась скрытою.

Это значеніе дѣеспособности для понятія преступления объясняетъ различное отношеніе къ этому вопросу теоріи уголовного и гражданского права. Цивилисты, за весьма немногими исключениями, отказываются отъ анализа самаго понятія о дѣеспособности, а излагаютъ, и то весьма кратко, только ученіе о причинахъ ее уничтожающихъ, принимая за отправную точку, какъ постулатъ, что всякое дѣяніе есть обнаруженіе воли и предполагаетъ въ дѣйствующемъ способность хотѣнія⁴⁰); но такое отношеніе не мыслимо въ теоріи права уголовного. Для цивилиста понятіе дѣеспособности служить только раздѣлительною чертою двухъ категорій юридическихъ дѣйствій, совершаемыхъ непосредственно самимъ правоспособнымъ субъектомъ или чрезъ представителей, а для криминалиста съ нимъ связанъ вопросъ о существованіи преступленій, какъ дѣяній заслуживающихъ карательныхъ мѣръ, т.-е. вопросъ о возможности научной теоріи уголовного права. Въ особенности же необходимо болѣе подробное разсмотрѣніе этого вопроса въ курсѣ русскаго уголовного права, въ виду полного почти отсутствія теоретической его разработки и неразрывно связаннаго съ этимъ обстоятельствомъ господства самыхъ превратныхъ понятій о немъ въ обществѣ.

Но если только лицо дѣеспособное можетъ быть субъектомъ преступления, то мы должны разсмотрѣть, во-1-хъ, при наличности какихъ условій можно признать въ человѣкѣ существованіе способности ко вмѣненію, и во-2-хъ, при какихъ условіяхъ эта способность исчезаетъ.

³⁸) Beseler, I, § 56 „Дѣеспособность состоитъ въ способности лица принимать самостоятельное участіе въ юридическихъ дѣйствіяхъ; правоспособность — право имѣть и приобрѣтать права. Нѣсколько иначе опредѣляетъ Brinz, Pandekten, § 18: „Rechtsfähigkeit означаетъ, что субъектъ имѣть или можетъ имѣть право, — юридическая дѣеспособность; Handlungsfähigkeit, — что человѣкъ приобрѣтаетъ или можетъ приобрѣтать право, — естественная дѣеспособность“. Опредѣленіе Пухты, что Rechtsfähigkeit есть potentielle Willensfähigkeit врядъ-ли можно считать удачнымъ. Самое ученіе о дѣеспособности большинство пандектистовъ, по примѣру Савиньи, относятъ не къ ученію о субъектахъ, а къ ученію объ юридическихъ дѣйствіяхъ. Arndts, Pandekten, § 59; Baron, Pandekten, § 49; иначе Brinz, § 18.

³⁹) Подобныя исключенія встрѣчаются иногда въ положительномъ правѣ; такова, напр., у насъ отвѣтственность въ уголовномъ порядкѣ хозяевъ питейныхъ заведеній за нарушенія питейнаго устава.

⁴⁰) Ср. Arndts, Pandekten, § 59; тоже Савиньи, Безелеръ, Баронъ. Даже Бринцъ въ своемъ оригинальномъ курсѣ, поставившій своею задачею критическую проверку теоріи, обходитъ этотъ вопросъ.

I. Способность ко вмѣненію и ея элементы.

16. Разсматривая вмѣняемость, какъ способность совершать дѣянія, заслуживающія уголовную реакцію со стороны общества, мы тѣмъ самымъ указываемъ и на главную характеристическую черту этого понятія — его зависимость отъ содержанія идеи о наказаніи. Только сообразно съ воззрѣніемъ на характеръ и цѣль кары уголовной, могутъ быть опредѣлены свойства дѣянія, ее вызывающаго и притомъ какъ свойства социальныя, такъ и свойства естественныя, характеризующія преступленіе, какъ продуктъ дѣятельности даннаго физическаго лица, а вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣляются и тѣ качества лица, при которыхъ оно можетъ считаться способнымъ или неспособнымъ на совершеніе такихъ дѣйствій. На этомъ основаніи во 1-хъ, воззрѣніе на вмѣняемость и ея элементы должно измѣняться въ различныхъ теоріяхъ карательнаго права, въ особенности напр. въ теоріяхъ отрицающихъ и защищающихъ понятіе о самоцѣльности наказанія ⁴¹⁾, и во 2-хъ, установленіе принципа вмѣняемости юридической отнюдь не предрѣшаетъ вопроса объ условіяхъ вмѣняемости религіозной и даже отчасти нравственной. Вмѣненіе юридическое и по объему и по самымъ своимъ основаніямъ не можетъ быть признано тождественнымъ съ вмѣненіемъ нравственнымъ или религіознымъ, подобно тому, какъ мы не имѣемъ возможности отождествлять идею гражданскаго наказанія съ понятіемъ угрызений совѣсти, нравственнаго воздаянія или съ представленіемъ о судѣ и воздаяніи за гробомъ.

Смѣшеніе понятій о вмѣненіи юридическомъ съ одной стороны, и моральномъ и религіозномъ съ другой, составляетъ, какъ замѣтилъ еще Фейербахъ ⁴²⁾, главную причину ошибочныхъ воззрѣній на существо даннаго ученія. А между тѣмъ, даже не входя въ болѣе подробный разборъ этого вопроса, какъ лежащаго внѣ нашей задачи, не трудно видѣть, что различіе между ними заключается какъ въ самомъ принципѣ, такъ въ особенности въ объемѣ. Вмѣненіе юридическое относится къ нарушеніямъ закона внѣшняго; вмѣненіе религіозное и нравственное къ нарушеніямъ закона внутренняго; первое имѣетъ дѣло съ проявившеюся во внѣ стороною воли, послѣднія съ внутреннею, часто сокровенною ея характеристикою. Дѣяніе, совершенное по самымъ безнравственнымъ побужденіямъ, не можетъ быть вмѣнено въ преступленіе, если не нарушаетъ требованій закона; на-

⁴¹⁾ Feuerbach, Revision, II, стр. 71 и сл.; Mittermaier zu Feuerbachs Lehrbuch, § 84, пр. 1; Geib, Lehrbuch, II, стр. 55.

⁴²⁾ Revision, I, стр. 164 и сл. II, стр. 76 и сл., contra—Koestlin, Revision, стр. 142.

оборотъ—подаваніе милостыни, хожденіе по церквамъ и больницамъ, совершенное изъ своекорыстныхъ цѣлей, ради полученія доходнаго мѣстечка, разсматриваются какъ дѣянія глубоко безнравственныя. Мысль и желаніе не подлежатъ карѣ уголовной, а требованія нравственности и религіи относятся прежде всего къ побужденіямъ и мотивамъ: нравственнымъ будетъ только тотъ поступокъ, который былъ вызванъ чувствомъ нравственнаго долга; по ученію церкви «аще кто воззритъ на жену во еже вождѣлѣти ю, прелюбодѣйствова съ нею въ сердцѣ своемъ».

17. Но при какихъ же условіяхъ существуетъ способность лица ко вмѣненію? Обыкновенно она ставится въ зависимость отъ существованія свободы воли. Общепринятая формула криминалистовъ такова, что человѣкъ, какъ существо разумно свободное, обладаетъ и способностью ко вмѣненію. Но эта формула не только употребляется по большей части бездоказательно, но неправильно понятая, въ смыслѣ неподчиненія человѣческихъ дѣйствій общему закону причинности, не можетъ быть согласована съ раціональною системою наказанія.

У большинства криминалистовъ, какъ старыхъ, такъ и новыхъ, при разборѣ вопроса о вмѣняемости встрѣчается одна и та же, какъ бы безспорная формула, что только лицо, обладающее способностью дѣйствовать свободно, можетъ быть субъектомъ преступленія. «Если мы не признаемъ за человѣкомъ свободы дѣйствій, говоритъ Кестлинъ⁴³⁾, то хотя мы и можемъ по какимъ-либо основаніямъ признать реакцію противъ нарушеній полезною, даже необозимую, но только о ней не можетъ быть и рѣчи въ наукѣ права». «Винность предполагаетъ умственное развитіе и свободу, говоритъ Гаусъ⁴⁴⁾... свобода можетъ быть внутренняя или внѣшняя. Первая есть способность желать или не желать, вообще опредѣляться самопроизвольно; вторая состоитъ во власти дѣйствовать или не дѣйствовать, совершить что либо или воздержаться. При отсутствіи одного изъ этихъ двухъ условій всякая винность исчезаетъ, фактъ не можетъ быть вмѣненъ совершившему и не можетъ поэтому повлечь никакой отвѣтственности. «Для юриста, замѣчаетъ г. Будзинскій⁴⁵⁾, вмѣстѣ съ свободою исчезло бы понятіе о законѣ и наказаніи, для юриста разумная свобода составляетъ основаніе уголовного права. Если бы человѣкъ не имѣлъ свободы воли, то онъ не имѣлъ бы о ней внутренняго сознанія, не чувствовалъ бы угрызений совѣсти, въ случаѣ содѣянія зла не отвѣтствовалъ бы за свои дѣянія, не отличался бы отъ животнаго».

Но разъясняется ли такими положеніями сущность вопроса о вмѣняемости? Что такое разумно-свободная воля? Въ чемъ состоитъ свобода воли, какъ условіе

⁴³⁾ System, § 41.

⁴⁴⁾ Principes, № 245.

⁴⁵⁾ Начала, стр. 73. Я взялъ случайно трехъ писателей различныхъ литературъ, но я могъ бы продолжать эти цитаты до безконечности, такъ какъ къ этой группѣ относится большинство криминалистовъ. Ср. Koestlin, System, § 48, пр. 2. При этомъ нельзя не прибавить, что чѣмъ скуднѣе духомъ писатели, тѣмъ бездоказательнѣе, хотя и съ большимъ апломбомъ; высказываются они за значеніе свободы воли въ уголовномъ правѣ.

бытія преступленія? На это большинство криминалистов или не дают никакого отвѣта, какъ бы предполагая, что выраженія «свобода», «разумная свобода», тѣкія эмпирическія понятія, что не требуютъ разъясненія, или отсылають, что конечно крайне удобно, къ этикѣ ⁴⁶⁾. А между тѣмъ, присматриваясь ближе къ этимъ мнѣніямъ, отражающимся затѣмъ на всемъ ученіи о вмѣненіи, нельзя не повторить вмѣстѣ съ Кестлиномъ, что у однихъ царствуетъ въ этомъ отношеніи полнѣйшая путаница понятій, а у другихъ самый поверхностный взглядъ на дѣло; только весьма немногіе считаютъ необходимымъ представить болѣе обстоятельное изложеніе ученія о существѣ свободной воли, какъ условіи вмѣняемости.

Къ числу послѣднихъ относятся двое изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ— Кестлинъ и Бернеръ, которыхъ теорія вмѣненія представляетъ наиболѣе полное развитіе ученія о свободѣ воли, какъ основѣ наказуемости, а потому и заслуживаетъ подробнаго изложенія ⁴⁷⁾.

18. Ученіе Кестлина ⁴⁸⁾ заключается въ слѣдующемъ: природа, какъ учитъ гегеліанская философія, есть безконечное проявленіе и воплощеніе идеи, абсолютнаго начала. Это зиждущее начало ищетъ себя въ природѣ и находитъ себя самопознающимъ — въ вѣнцѣ творенія, человѣкѣ. Существо духа есть единымъ во всемъ проявляется въ безконечномъ теченіи бытія, безконечномъ зарожденіи существъ. Но въ этомъ вѣднрѣднмъ творествѣ отдѣльныхъ бытій, въ этомъ расчлененіи духа, проявляется также всеильное стремленіе его снова найти свое единство. Его всеобщность ищетъ себя въ безконечныхъ отдѣлностяхъ и находитъ себя въ единичномъ (Einzelheit); только въ единичномъ или человѣкѣ взаимно проникаются всеобщее и отдѣльное, представляется въ опредѣленномъ безконечное. Это свойство единичности, въ которой самосознательно проявляется абсолютная идея, составляетъ со стороны теоретической — мышленіе, а со стороны практической — человѣческая воля. Но чтѣ же такое воля?

Въ чистомъ понятіи воли заключаются два основные момента. Во-1-хъ, безконечное тождество, саморавность (sich selbst Gleichheit) воли, ея всеобщность. Этотъ элементъ всеобщности воли состоитъ съ одной стороны въ томъ, что воля, по своему существу, можетъ отрѣшиться отъ всякой опредѣленности, отъ всякаго содержанія и остаться себѣ равною, а съ другой, что во всякой опредѣленности она остается самопродолженіемъ; въ силу перваго, отрицательнаго условія, способности отвлеченія—воля есть чистая свобода; въ силу втораго, положительнаго—возможность осуществленія добра, какъ элемента абсолютной идеи.

Но кромѣ этого момента воли—всеобщности, не менѣе важнымъ представляется и второй моментъ — способность ея къ опредѣленности. Въ силу этого

⁴⁶⁾ На это указывалъ еще и Фейербахъ, Revision, II, стр. 75.

⁴⁷⁾ Обстоятельный разборъ ученія прежнихъ нѣмецкихъ криминалистовъ, Клейншрода, Грольмана, Клейна, подробно мотивировавшихъ необходимость признанія метафизической, безусловной, ни отъ чего не зависящей свободы воли (въ отличіе отъ философскаго понятія о произволѣ) для существованія уголовной ответственности, былъ сдѣланъ уже Фейербахомъ, Revision, II, глава 7-ая. Изъ этого разбора можно также видѣть, насколько уже понимаютъ выраженіе „свобода воли“ современные защитники этого взгляда; чтѣ, впрочемъ, ясно уже и изъ того, что во главѣ этого направленія стоятъ гегеліанцы, сторонники объективнаго идеализма. Ср. также Дробишъ, Moralstatistik, стр. 62 и сл.

⁴⁸⁾ Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, стр. 51 и сл.; System, § 41 и сл. Ср. замѣчанія о теоріи Кестлина у Bekker'a, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, 1857, стр. 585 и у Вернера, Die Lehre von der Theilnahme... 1847, стр. 46—65. На этомъ ученіи построена теоретическая часть монографіи г. Власьева, О вмѣненіи, 1860.

свойства къ существу воли принадлежить: а) способность перехода отъ безразличной неопредѣленности къ различенію и къ постановленію себѣ опредѣленія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и б) способность замѣны чистой самопродолжаемости (continität), отдѣльностью, отпадениемъ (Discretion). Велѣдствіе перваго, положительнаго условія воля, которая, какъ способность отвлеченія отъ всякаго опредѣленія, являлась простою формою, получаетъ содержаніе: она хочетъ чего-либо, изъ свободы безодержательнаго (Freiheit der Leere) становится истинною волею; велѣдствіе втораго, отрицательнаго—возможности осуществленія добраго противупоставляется возможность осуществленія злаго, какъ отпаденія воли отъ своего всеобщаго содержанія, какъ отрицаніе единства.

При этомъ, разумѣется, воля въ своемъ существѣ представляетъ объединеніе обоихъ вышеуказанныхъ моментовъ, представляетъ безконечное проявленіе всеобщаго и безразличнаго въ опредѣленномъ и отдѣльномъ. Сообразно съ этимъ, понятіе воли можетъ быть характеризовано слѣдующими признаками: а) абсолютною возможностью субъекта отрѣшиться отъ какаго бы то ни было опредѣленія, положеннаго для воли имъ самимъ или тѣмъ-либо инымъ; б) возможностью постановленія какой-либо опредѣленности, какъ содержанія воли, откуда бы таковое замѣтовано не было, и в) способностью я пребывать въ какой-либо опредѣленности съ сознаніемъ возможности ея измѣненія.

Но эта истинная сущность воли находитъ свое осуществленіе въ человѣческомъ духѣ только путемъ постепеннаго развитія; а потому съ этой стороны необходимо разсмотрѣть различныя ступени саморазвитія человѣческаго духа, какъ формы воли.

Прежде всего воля является въ видѣ непосредственномъ, естественномъ—(natürliche Wille), т.-е. когда я опредѣляется не изъ себя, а изъ природы; когда нашими дѣйствіями руководятъ только ощущенія, побужденія и склонности. Формою проявленія этой воли является настроеніе — Gemüth. Естественная воля хотя и содержитъ въ себѣ самоощущеніе я и его стремленія къ практической дѣятельности, но это ощущеніе не достигаетъ еще сознанія противоположности духа и природы и кромѣ того проявляется только въ формѣ опредѣленнаго, все другое исключающаго стремленія. Естественная воля не можетъ быть сама по себѣ разсматриваема какъ злая или добрая, она заключаетъ только въ себѣ возможность сдѣлаться тою или другою. Настроеніе можетъ быть обнаруженіемъ нравственнаго стремленія, стремленія безграничной любви, когда въ немъ проявляется благое, какъ элементъ абсолютнаго, присущій каждой его опредѣленности, когда въ настроеніи выражается самопродолжаемость воли. Но даже и въ такомъ случаѣ естественная воля заключаетъ въ себѣ двоякій недостатокъ. Съ одной стороны, она точно также можетъ опредѣлиться всякимъ другимъ стремленіемъ, одинаково можетъ выразить направленіе самопродолжаемости—добра и направленіе обособленности — зла; съ другой, самая форма пожеланія указываетъ на безотчетную подчиненность воли своему опредѣленію, а въ подобной исключительности опредѣленія воли также заключается равная возможность и злаго и добраго. Поэтому-то подобная воля, какъ продуктъ природы, какова напр. воля дитяти, глухонѣмаго неполучившаго образованія и т. п. не можетъ разсматриваться какъ виновная и заслуживающая наказанія.

Вторую ступень составляетъ познающая воля (wissende Wille). Между тѣмъ какъ естественная воля находитъ свое содержаніе внѣ себя, въ природѣ, познающая воля сама творитъ свое содержаніе, самоопредѣляется.

Источникомъ этого самоопредѣленія является мышленіе; только мыслящее я, сознающее свое различіе отъ собственной природы и внѣшняго міра и дѣйствующее съ сознаніемъ этого различія — проявляетъ истинную свободную волю. Въ

этомъ смыслѣ сознающую волю нужно разсматривать не какъ дальнѣйшее развитіе естественной воли, а какъ противуположеніе ей; такое противуположеніе имѣетъ силу даже и въ томъ случаѣ, когда сознающій духъ черпаетъ свое содержаніе въ естественныхъ наклонностяхъ и стремленіяхъ, когда онъ выбираетъ, напр., между различными побужденіями, когда, однимъ словомъ, воля является свободною только по формѣ, а не по содержанію, такъ какъ и здѣсь въ природѣ лежатъ источники опредѣленія воли въ потенціи, и только переработанные мыслящимъ духомъ, измѣненные въ самомъ ихъ существѣ, они становятся стимулами воли.

Мышленіе и хотѣніе являются только двумя сторонами единого цѣлаго, и ихъ взаимодѣйствіе и есть тотъ процессъ, которымъ абсолютный духъ проявляется самъ въ своей дѣятельности свое бытіе—самодѣятельностью, и въ силу того является свободнымъ. Поэтому свобода и воля тождественны. Эта свобода духа, какъ и воля, имѣетъ отрицательную и положительную стороны: первая состоитъ въ томъ, что духъ можетъ отрѣшиться отъ внѣшней природы и даже отъ своей внутренней, порвать связь своего бытія съ природою, а вторая въ томъ, что духъ можетъ самъ поставить себя своимъ содержаніемъ, сдѣлать себя основаніемъ и силою своего бытія.

Такимъ образомъ понятіе свободной самодѣятельности духа предполагаетъ прежде всего способность отрѣшаться отъ всякаго опредѣленія и полагать себя содержаніе только изъ себя и черезъ себя—отвлеченная свобода (*reine Freiheit*). Эта форма свободы не есть что-либо дѣйствительно существующее, даже не есть истинная свобода, но оно есть основаніе и необходимое условіе всякой реально существующей свободы ⁴⁹⁾.

Эта реальная свобода начинается только съ момента произвольнаго положенія себя опредѣленія и является въ формѣ произвола—*Willkühr*. Воля дѣйствительно создаетъ для себя опредѣленіе, но такъ, что точно также она можетъ себя поставить и всякое другое. Содержаніе опредѣленія можетъ быть или естественное стремленіе, или продуктъ разума. Въ первомъ случаѣ произволу предстоитъ выборъ между свободнымъ пребываніемъ духа въ состояніи саморавности и подчиненіемъ его подъ господство и иго естественныхъ пожеланій; во второмъ, напротивъ того, существуетъ выборъ между различными опредѣленіями, поставленными самимъ разумомъ. И тамъ и тутъ процессъ начинается съ обсуждения различныхъ возможностей, которыя представляются какъ основанія опредѣленія. Колебаніе должно быть прекращено энергическимъ дѣйствіемъ воли, принятіемъ какого-либо выбора. Но этотъ выборъ, эта рѣшимость остановиться на какомъ-либо основаніи опредѣленія и сдѣлать его дѣйствительнымъ содержаніемъ воли, и есть актъ произвола, формальной свободы я, такъ какъ воли точно также могла рѣшиться въ пользу всякой другой возможности. При этомъ въ обоихъ вышеуказанныхъ случаяхъ рѣшеніе воли остается тѣмъ же по своей природѣ, такъ какъ и тогда, когда я выбираетъ между разумомъ и пожеланіемъ, пожеланіе не можетъ разсматриваться какъ непосредственно опредѣляющая сила, какъ это бываетъ при проявленіяхъ естественной воли. Если я слѣдують чувственному пожеланію, а не влиянію разума, то мы можемъ заключить о томъ, что его мышленіе и хотѣніе извращены и что результатъ свободнаго выбора есть несвобода я. Но для самосознающаго я была возможность противоположнаго, онъ свободно впалъ въ несвободу. Произволь является здѣсь именно какъ способность къ добру и злу.

⁴⁹⁾ Совершенно справедливо замѣчаетъ Бернеръ, *Theilnahme*, стр. 54, что то, что здѣсь Кестлинъ называетъ „*reine Freiheit*“, есть въ существѣ своемъ указанный выше моментъ всеобщности въ волѣ.

Но подобный произвол не есть полная свобода, а только необходимая ступень въ ея развитіи; полной законченности она достигаетъ только тогда, когда она полагается, какъ содержаніе своей особенности, свою всеобщность, очерпаетъ свое содержаніе изъ собственной субстанціи. Эта абсолютная свобода не уничтожается, а заключаетъ въ себѣ всѣ предшествующія формы, потому что безъ отдѣленія отъ всего эмпирически даннаго, безъ чистой отвлеченной свободы немислима бы была никакая свобода, а безъ способности и противуположаться всякому возможному опредѣленію, т.е. безъ момента произвольности выбора, абсолютная свобода совпадала бы съ абсолютною необходимостью.

Такимъ образомъ, сводя все предыдущее и устраниая отрицательные элементы воли, т.е. способность ея отрѣшаться отъ какого-либо опредѣленія, какъ неимѣющіе значенія для проявленія воли во внѣ, мы получаемъ три основные типа дѣйствій человѣческихъ.

1. Дѣйствія, какъ непосредственный продуктъ природы, какъ проявленіе естественной воли. Воля въ этомъ состояніи не свободна, не есть истинная воля и дѣйствія чловѣка, не отличаясь отъ явленій природы, не могутъ быть вѣняемы ему ни въ вину, ни въ заслугу.

2. Дѣйствія, какъ продуктъ познающей воли, когда дѣйствующій сознаетъ и оцѣниваетъ различныя возможныя опредѣленія его дѣятельности и свободно рѣшается на выборъ даннаго опредѣленія, котораго содержаніе дается ему или изъ природы, или изъ представленій разума. Такъ какъ лицо въ подобномъ положеніи можетъ опредѣляться и своею сущностью, идею абсолютнаго добра, то и поступки его могутъ вызывать или порицаніе или одобреніе.

3. Дѣйствія есть результатъ абсолютной свободы, когда данное опредѣленіе совпадаетъ со всеобщимъ, является осуществленіемъ абсолютнаго. Воля, достигая до такого состоянія абсолютной свободы, конечно не можетъ быть источникомъ преступленій.

Итакъ, только произволъ, свободный выборъ можетъ служить зародышемъ преступленій, только съ нимъ имѣетъ дѣло уголовное право. Но чтобы яснѣе поставить это положеніе, необходимо обратить еще вниманіе на слѣдующее:

Свобода выполняется въ явленіяхъ конечнаго міра, а они стоятъ подъ дѣйствіемъ закона причинности. Законъ этотъ имѣетъ тотъ смыслъ, что всякое конечное явленіе имѣетъ, въ качествѣ своей, необходимо опредѣляющей причины, другую конечную вещь, и сама въ свою очередь дѣлается причиною другаго конечнаго явленія, такъ что весь внѣшній міръ является безконечною цѣлью причинъ и слѣдствій. Какъ же согласовать это начало съ понятіемъ свободы?

Это недоразумѣніе устраняется, по мнѣнію Кестлина, слѣдующимъ образомъ: законъ причинности въ конечномъ мірѣ заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе формальное и матеріальное, и въ то же время элементы для его разрѣшенія. Формальное противорѣчіе состоитъ въ томъ, что по понятію о причинности полагаемое должно быть въ то же время своею собственною противоположностью — положеніемъ другаго; матеріальное — что дѣйствіе, какъ проявленная причина, можетъ быть только осуществленіемъ этой причины, а между тѣмъ конечныя явленія по природѣ своей различны. Эти противорѣчія разрѣшаются, по его мнѣнію, принятіемъ того положенія, что каждое явленіе по отношенію къ другому становится въ причинное отношеніе какъ бы по собственной инициативѣ (Spontaneität des Ursacheins). Поэтому опредѣляемость и обусловленность явленій представляется взаимною, подчиненною закону взаимодѣйствія, въ силу котораго всякая причина является въ то же время какъ бы продуктомъ своего результата, такъ что обращается въ простое предположеніе (Voraussetzung) этого результата и наоборотъ. Въ этомъ смыслѣ можно говорить, что и свобода подчи-

няется закону причинности. Проявление свободы несомненно разнообразно обусловлено внѣшними причинами, но эта обусловленность есть самообусловленность свободы, т.е. эти причины ниспадаютъ до простаго предположенія свободнаго дѣйствія. Свободная воля сама является какъ полагающая, обуславливающая, дѣйствующая самостоятельно; всякое внѣшнее предположеніе, которымъ она пользуется, она превращаетъ въ собственное бытіе и опредѣляется изъ себя. Поэтому, если преступникъ дѣйствуетъ подъ влияніемъ силы естественнаго побужденія, или, руководствуясь софизмомъ, дѣлаетъ себя несвободнымъ, то, тѣмъ не менѣе, эта его дѣятельность является самоопредѣленіемъ и свободнымъ актомъ. Его несвобода — есть проявленіе свободы (freiwillige Unfreiheit). Актъ чистой свободы, который входитъ въ понятіе произвола, какъ составная часть, предполагаетъ отрѣшеніе мышленія отъ природы, а потому возможность выбора между требованиями разума и пожеланіями, между совершеніемъ и несовершеніемъ преступленія.

19. То же ученіе о волѣ и ея элементахъ развиваетъ и Бернеръ, только въ болѣе популярной формѣ⁵⁰).

Только въ человѣкѣ, говоритъ онъ, живетъ духъ, сознавая себя, тотъ духъ, который мы познаемъ, какъ двигающую силу міра. Человѣкъ есть самодвигатель, онъ свободенъ. Свобода есть внутреннее существо человѣка, его специальное отличіе. Имя этой свободѣ въ сферѣ теоретической — мышленіе; въ сферѣ практической — воля.

Въ волѣ прежде всего заключается та особенность, что человѣкъ отъ всего отвлекаетъ, все отрицаетъ, можетъ отдѣлиться отъ всякаго содержанія и всякой опредѣленности, мыслить себя, какъ отвѣченное, ничѣмъ не опредѣленное я. Это элементъ всеобщаго въ волѣ. Этимъ элементомъ воли человѣкъ и отличается отъ явленій природы. Понятіе о свободѣ не можетъ существовать, если мы не представимъ себѣ эту всеобщность, эту абсолютную неопредѣленность, какъ первичное ея основаніе. Еслибы неопредѣленность не была первымъ актомъ, то воля явилась бы съ самаго начала опредѣленною, следовательно не свободною. Но, разумѣется, одинъ этотъ элементъ не выполняетъ собою понятія воли, напротивъ того, какъ одно отвлеченіе, безъ всякаго опредѣленія, воля не мыслима; воля должна хотѣть чего-либо. Поэтому только изъ соединенія обоихъ моментовъ мы получаемъ истинное понятіе о волѣ. Человѣкъ выбираетъ известное направленіе, сознавая, что онъ могъ бы выбрать и иное. Въ волѣ мы распознаемъ: опредѣляющее, но неопредѣленное — всеобщность и неопредѣляющее, но опредѣленное — особенность.

⁵⁰ См. Imputationslehre, стр. 1—16; Die Theilnahme, стр. 46—65, позднѣе—Grundsätze des preussischen Strafrechts. 1861, § 68, 69 и Lehrbuch, § 77—80—Бернеръ, по видимому, отказался отъ своего взгляда, называя свою первую работу юношескимъ философскимъ порывомъ и не безъ справедливости замѣчая, что въ ней, согласно требованіямъ школы, онъ часто употреблялъ выраженія, непонятныя даже для посвященныхъ. Но въ дѣйствительности возрѣніе его осталось неизмѣннымъ. Онъ заявляетъ, что основанія вмѣняемости могутъ быть тройки: 1) свободная воля; 2) свободная воля и развитое мышленіе; 3) развитое мышленіе; что въ Imputationslehre онъ держался перваго взгляда, а позднѣе перешелъ къ 3-му, такъ какъ этотъ путь (Grundsätze, 62) не только ведетъ къ болѣе простотѣ понятій, но даетъ возможность избѣгнуть спорнаго метафизическаго вопроса о свободѣ. Но по ближайшему разсмотрѣнію оказывается, что по его ученію въ развитомъ мышленіи, т.е. въ совокупности самосознанія, сознанія внѣшняго міра и сознанія обязанностей — заключается уже и понятіе свободы воли, почему сознаніе и можетъ быть основаніемъ вмѣняемости, т.е., другими словами, что вопросъ о свободѣ постулируется, и только обходится, а не устраняется, потому-то я и счелъ себя въ правѣ изложить его теорію въ первому его труду.

Но воля въ своемъ развитіи проходитъ три послѣдующія ступени, которыя имѣютъ огромное значеніе для уголовной вмѣняемости:

1) Непосредственная, непроявившаяся воля (an sich seiende Wille), когда я опредѣляется не изъ себя, а исключительно изъ внѣшней природы, своими пожеланіями и склонностями. Эта воля не свободна и по формѣ и по содержанию, она заключаетъ только возможность воли, поэтому продукты ея не могутъ быть вмѣняемы человѣку.

2) Размышляющая, для себя проявившаяся воля (für sich seiende Wille). Человѣкъ хотя и дѣйствуетъ для выполненія своихъ пожеланій, но онъ выбираетъ между пожеланіями то, которое обѣщаетъ ему наиболѣе наслажденій, а между средствами наиболѣе цѣлесообразныя, проявляетъ борьбу между разумомъ и чувственными побужденіями. Воля по содержанию своему не свободна, такъ какъ она дается природою, но она свободна по формѣ, какъ продуктъ свободного выбора. Эту ступень можно назвать формальною свободою, произволомъ. Только съ этою ступеню воли и имѣетъ дѣло уголовное право.

3) Разумная, сама изъ себя проявившаяся воля (an und für sich seiende Wille), когда человѣкъ почерпнаетъ содержаніе своей воли изъ своей субстанціи и изъ собственной разумности. На этой ступени своего развитія воля не можетъ болѣе хотѣть зла, нравственная необходимость признается ея истиннымъ содержаніемъ, а потому и эта ступень не можетъ имѣть значенія въ правѣ уголовномъ.

20. Таковы теоріи, на которыя обыкновенно ссылаются нынѣ, какъ на представительницъ ученія о свободѣ воли въ уголовномъ правѣ. Приступая къ разбору этого ученія, нельзя опять не напомнить, что опѣнка его выводовъ и положеній можетъ быть сдѣлана только въ виду извѣстнаго опредѣленнаго понятія о наказаніи, его цѣли и условіяхъ.

Поэтому мы прежде всего попробуемъ предположить правильность ихъ исходной точки. Предположимъ во-1-хъ, что общій законъ причинности, за которымъ признаютъ полное господство въ мірѣ конечныхъ явленій, распространяется далеко не на всѣ дѣйствія человѣка, что духъ человѣческій, проявляющійся въ его волю, имѣетъ способность дать такое опредѣленіе своей дѣятельности, которое не зависитъ ни отъ какихъ предыдущихъ, или, какъ говорятъ гегельянцы, имѣетъ способность поставить содержаніе своей воли независимо отъ всѣхъ возможныхъ опредѣленій, представляющихся въ данномъ случаѣ, — способность сдѣлать свободный выборъ между ними, такъ что, подпадая даже подъ господство страсти, увлеченія, духъ человѣческій подчиняется имъ самопроизвольно, въ силу своей свободной рѣшимости.

Во-2-хъ, что абсолютный духъ, самосознательно проявляющійся въ человѣкѣ, заключаетъ въ себѣ, какъ субстанціи, понятіе благаго, и эта сущность можетъ проявляться въ волю, какъ указанный выше элементъ всеобщаго. На этомъ основаніи, какъ говорить эта школа, въ волю абсолютно-свободной содержаніемъ ея проявленій всегда является всеобщее и, слѣдовательно, благое, а потому въ этомъ состояніи не возможно противорѣчіе частной воли и общей, т.-е. правонарушеніе. Въ волю естественной хотя и возможно осуществленіе благаго, подъ вліяніемъ стремленія безграничной любви, но осуществленіе инстинктивное, безразличное. И только въ волю познающей и, слѣдовательно, сознающей различіе добра и зла, лежатъ основанія отвѣтственности за совершенное.

Но поставленное такимъ образомъ ученіе заключаетъ въ себѣ рядъ такихъ вопросовъ, на которые оно не даетъ надлежащаго отвѣта. Если идея добра, хотя и присуща человѣку, какъ таковому, врожденна ему, но однако требуетъ раскрытія ея въ человѣческомъ сознаніи, то какъ совершается это раскрытіе: въ

1) а *саморазвитіе духа?*
 силу ли естественнаго развитія человѣка, такъ что съ наступленіемъ извѣстнаго возраста достигается и познаніе благаго, или же она требуетъ для этого посторонняго содѣйствія, вліянія среды? Какъ разсматривать отвѣтственность тѣхъ лицъ, которые жили среди условий, уничтожившихъ въ нихъ способность распознавать добро и зло, создавшихъ дикую, безнравственную натуру?

2) Далѣе, признавая прирожденность идеи добра человѣку, мы однако не опредѣляемъ объема и содержанія этой идеи. Опредѣленіе ея понятіемъ безграничной любви можетъ ли считаться достаточнымъ для сферы права? Для уголовного правосудія главнымъ образомъ важно разрѣшеніе вопроса о томъ: совпадаетъ ли объемъ идеи благаго съ объемомъ требованій общей воли, объективированной въ законѣ? Если человѣкъ отвѣтственъ только потому, что, вмѣсто совершенія даннаго поступка, онъ, руководствуясь своимъ представленіемъ о добрѣ, долженъ былъ совершить нѣчто другое, то, примѣняя это начало къ преступленію, мы должны сдѣлать такое предположеніе, что повелѣніе закона, не выполненное виновнымъ, входитъ, какъ моментъ, въ идею благаго. Но возможно ли такое отождествленіе? Какъ согласовать понятіе ограниченнаго, условнаго, составляющее необходимый признакъ понятія о законѣ, съ понятіемъ абсолютности, лежащей въ идеѣ благаго? Далѣе, для того, чтобы служить основою вмѣненія, идея благаго должна быть признана человѣкомъ; но какъ придадимъ мы индивидуальному сознанію характеръ всеобщности? Какъ разрѣшить вопросъ о вмѣненіи въ тѣхъ случаяхъ, когда по сознанію совершившаго требованіе закона расходится съ идеею благаго, или когда совершившій, по крайней мѣрѣ, не сознаетъ, что данное нарушеніе закона противорѣчитъ идеѣ добра? Положимъ, кто-нибудь обвиняется въ томъ, что онъ возбуждаетъ общественные классы другъ противъ друга, что онъ колеблетъ основы религіи, потому что онъ развилъ въ своемъ сочиненіи, можетъ быть съ замѣчательною искренностью и убѣжденіемъ, съ замѣчательною аргументаціею, идею о томъ, что современный общественный экономическій строй покоится на самомъ безнравственномъ началѣ силы—эксплуатаціи труда въ пользу капитала, что господствующая религія есть продуктъ невѣжества однихъ и плутовства другихъ. Какъ опредѣлить вмѣняемость и отвѣтственность подобнаго лица съ точки зрѣнія выше развитой теоріи? На это, конечно, могутъ возразить, что я взялъ такіе примѣры, гдѣ преступленіе существуетъ только въ силу положительнаго закона. Но въ такомъ случаѣ какъ же согласовать эту теорію съ закономъ? Какъ построить особенную теорію вмѣненія для положительнаго права? Кромѣ того, тѣ же замѣчанія примѣнимы къ дѣлой массѣ другихъ нарушеній закона, напр. ко вмѣненію полицейскихъ проступковъ. Мало ли можетъ быть случаевъ, когда, по убѣжденію частныхъ лицъ, мѣры, принимаемыя государствомъ для охраненія благосостоянія и безопасности, не только не полезны, но положительно вредны. Какъ поступить съ обвиняемымъ въ похищеніи или присвоеніи чужаго имущества, если онъ дѣйствительно считаетъ собственность кражею и всѣ законы, ея охраняющія, глубоко безнравственными? Какъ поступить съ убійцею, когда онъ находитъ, что умерщвленіе одного или нѣсколькихъ лицъ требуется справедливостію, идеею благаго? Можемъ ли мы сказать, что его понятія о добрѣ и злѣ ошибочны, да и какой толкъ будетъ въ подобномъ признаніи? Вмѣняемость индивидуальна: она предполагаетъ, что данный человѣкъ, выбирая между добромъ и зломъ, склонился на сторону послѣдняго; онъ долженъ быть судимъ сообразно съ его идеями, воззрѣніями.

Конечно, можно указать еще на одинъ исходъ: можно признать, что идея благаго заключаетъ въ себѣ, какъ составной элементъ, согласіе дѣйствій лица съ требованіями закона, каковы бы послѣднія ни были; можно, слѣдовательно, утверждать, что лицо, совершившее закононарушеніе, могло сознавать, что исполне-

ніе закона само по себѣ есть уже осуществленіе благаго, т.-е., другими словами, дать самое матеріальное толкованіе извѣстному положенію, что сопротивляющейся власти — Божію повелѣнію противится, такъ какъ итъ власти еще не отъ Бога. Но не говоря уже о безнравственности такого толкованія въ его практическомъ примѣненіи, оно не состоятельно и теоретически. Въ подобныхъ случаяхъ вмѣняемымъ являлся бы не самый фактъ, а обнаруженное въ немъ неповиновеніе закону, а потому и отвѣтственность уголовная должна бы назначаться только за это неповиновеніе, сообразно съ его размѣрамъ и совершенно независимо отъ самаго дѣйствія, въ которомъ выразилось данное неповиновеніе.

Притомъ эта способность оцѣнивать представляющіяся возможныя опредѣленія сообразно съ требованиями добраго должна имѣть характеръ реальный, т.-е. проявляться въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Но какъ же разрѣшить вопросъ о вмѣняемости тамъ, гдѣ, сообразно съ состояніемъ дѣйствующаго, нельзя предполагать яснаго и полного представленія о добрѣ и его элементахъ, когда лицо дѣйствовало, напр., подъ вліяніемъ внезапнаго увлеченія, порыва, осуществило умыселъ, возникшій въ зачаточности и раздраженіи? Консеквентно проводя этотъ взглядъ, слѣдовало бы признать дѣяніе, совершенное при подобныхъ условіяхъ, невмѣняемымъ.

Но даже и согласившись съ принципомъ вмѣняемости, выставленнымъ этою школою, мы не въ состояніи будемъ примирить его съ понятіемъ наказанія, какъ юридическаго института охраны права. Признавая, что основой наказанія является свойство разумнаго существа отрѣшаться отъ всякаго реального опредѣленія и дѣйствовать сообразно съ идеєю благаго, эта теорія прямо указываетъ, что она смотритъ на наказаніе, какъ на воздаяніе, возмездіе. Какъ скоро совершилось отреченіе воли отъ своей сущности, отпаденіе единичной воли отъ общей, и притомъ отпаденіе, сознаваемое виновнымъ, то въ немъ уже и дано безусловно-необходимое основаніе наказанія. Если иногда примѣненіе наказанія отдалится отъ момента преступленія, если иногда преступленіе остается не наказаннымъ, то это свидѣтельствуетъ только о несовершенствѣ человѣческой юстиціи. Нельзя говорить о наказаніи, какъ о воздаяніи, отмщеніи, какъ скоро мы не признаемъ въ человѣкѣ наличности способности во всякій моментъ свободно самоопредѣлять себя къ дѣятельности, такъ какъ за неправильное примѣненіе этой способности ему и отмщается общество или государство. Отрицая эту способность, мы должны отказаться отъ всякой уже попытки разсматривать наказаніе, какъ месть или, употребляя болѣе облагоустроенное, но въ существѣ тождественное выраженіе — воздаяніе, даже должны отказаться отъ попытки считать месть однимъ изъ моментовъ наказанія.

Но съ другой стороны, также нельзя не видѣть, что основаніе уголовной вмѣняемости въ свободѣ воли отрицаетъ возможность иного взгляда на наказаніе. Всякое понятіе о наказаніи, какъ объ актѣ самоцѣльномъ, предполагаетъ непременно, что преступленіе, какъ явленіе конечное, подчинено общему закону причинности и не совмѣстимо съ понятіемъ о свободной волѣ въ вышеуказанномъ смыслѣ. Въ самомъ дѣлѣ, попробуемъ взять даже самое примитивное понятіе о наказаніи, какое, напр., встрѣчается въ Уложеніи царя Алексѣя Михайловича, требовавшего казни для того, чтобы инымъ не повадно было такъ дѣлать. Чтѣ предполагаетъ это требованіе? Полную опредѣленность извѣстными причинами въ моментъ дѣйствія. Какъ скоро данное лицо совершаетъ дѣяніе не въ силу извѣстныхъ предыдущихъ, а самопроизвольно, по наитію, то не можетъ быть и рѣчи о вліяніи какого либо вѣншнаго элемента въ моментъ совершенія преступленія, не можетъ быть и рѣчи объ устрашеніи. Еще нагляднѣе несовмѣстность этого ученія съ современнымъ понятіемъ о наказаніи. Разсматривая наказаніе какъ специальный видъ борьбы общества съ преступленіемъ, мы видимъ въ

немъ два элемента: борьбу съ послѣдствіями, оставленными преступленіемъ въ обществѣ, и борьбу съ самимъ преступникомъ, заключающуюся въ стремленіи гарантировать общество въ будущемъ отъ преступныхъ попытокъ данного лица, измѣнить тѣ условія, которыя привели его къ преступленію. Но ставя, такимъ образомъ, задачей и содержаніемъ наказанія успокоеніе и обезпеченіе общества съ одной — и попытку исправленія съ другой стороны, мы непремѣнно предполагаемъ, что дѣйствія преступника подчинены общему закону причинности, что каждое его дѣйствіе имѣетъ свои достаточныя причины, въ немъ лежащія, съ которыми собственно и можетъ бороться наказаніе своею индивидуальною стороною.

На этомъ основаніи я позволю себѣ перефразировать приведенныя выше слова Кестлина такимъ образомъ: если мы признаемъ неподчиненность человѣческихъ дѣйствій закону причинности, какъ закону всѣхъ конечныхъ явленій, признаемъ свободу воли даже въ томъ ограниченномъ смыслѣ, который защищаетъ эта школа, то можно говорить о мести, возмездіи, но не можетъ быть и рѣчи о наказаніи, какъ юридическомъ институтѣ, о цѣлесообразной карательной государственной дѣятельности⁵¹⁾. А при этомъ нельзя не прибавить, что если въ теоріи мы и встрѣчаемъ еще защитниковъ ученія о наказаніи, какъ о возмездіи, то во всякомъ случаѣ въ положительномъ правѣ уже преобладаетъ взглядъ утилитарный и всѣ задачи уголовной политики направлены къ изысканію средствъ наиболѣе цѣлесообразнаго устройства карательной системы.

21. Но признавая такимъ образомъ, что понятіе о самоизвольности человѣческихъ дѣйствій не совмѣстимо съ рациональною теоріею наказанія, мы тѣмъ самымъ приходимъ къ необходимости сдѣлать оцѣнку основаній, на которыхъ стоятъ защитники этого ученія, такъ какъ, согласившись съ ними, пришлось бы, какъ мы видимъ, отказаться отъ всякой попытки дать научную основу карательнаго права.

Какъ я уже замѣтилъ выше, большинство сторонниковъ этого ученія принимаетъ положеніе о человѣческой свободѣ, какъ такую аксіому, которая сама по

⁵¹⁾ См. Wahlberg, Individualisirung, стр. 75. Весьма интересны также указанія въ статьѣ А. Герцена: Вопросъ социальной психологіи, „Знаніе“ за 1871, № III. Ученіе о несовмѣстимости представленія о свободѣ воли съ рациональною системою наказанія было уже высказано Фейербахомъ въ его классическомъ Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven reinlichen Rechts; въ особенности въ главахъ 3-ей, 6 и 7-й; но начало это было проведено имъ отчасти непослѣдовательно, а отчасти односторонне, чему причиною была его ошибочная теорія наказанія. Фейербахъ хотя прямо и не отрицаетъ понятія свободной воли, но разсматриваетъ ее какъ метафизическое, трансцендентальное, а не эмпирическое понятіе, а потому и допускаетъ ея значеніе только въ области морали. Только здѣсь, по его мнѣнію, применимо ученіе о вѣнненіи, заслугѣ и воздаяніи (I, стр. 168); но эти понятія не имѣютъ никакого отношенія къ области права, какъ къ области эмпирическаго; одно смѣшеніе, прибавляетъ онъ, „области права и нравственности, нарушение внутреннихъ законовъ совѣсти и внѣшнихъ уголовныхъ законовъ могло повлечь за собою царствующій въ этомъ ученіи хаосъ“. Тоже началъ проводить онъ и въ первыхъ девяти изданіяхъ своего учебника; въ позднѣйшихъ же изданіяхъ хотя Фейербахъ и не высказывается прямо противъ своего прежняго воззрѣнія, но выражается весьма уклончиво. Ср. Herr, Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme. 1844, I, стр. 229 и сл.; Berner, Imputationslehre, стр. 28 — 34. Разборъ этой, во всякомъ случаѣ замѣчательной попытки Фейербаха, былъ уже сдѣланъ его современниками: Thibaut, Beiträge zur Critik der Feuerbachischen Theorie, 1802, а въ особенности Клейномъ въ рядѣ его желчныхъ, даже ругательныхъ статей, помѣщенныхъ въ „Архивъ уголовного права“ т. II, IV, V.

себѣ очевидна, то разсматривая ее какъ безусловный постулатъ нашего ума, то какъ простой выводъ изъ самаго опредѣленія воли. Дѣйствительно, если мы будемъ называть волею способность человека отрѣшаться отъ всякаго опредѣленія и самопроизвольно создавать для себя опредѣленіе, то мы, конечно, должны отождествить это понятіе съ свободой; но не трудно видѣть, что таковой аргументъ имѣетъ только формальное значеніе и заключаетъ въ себѣ *petitio principii*, вводя въ доказательство доказываемое.

Что же касается до прямыхъ доказательствъ самоизвольности человѣческихъ дѣйствій, то они сводятся къ двумъ категоріямъ: къ попыткамъ логическаго обоснованія свободы воли и къ доказательствамъ, очерпнутымъ изъ опытной психологіи.

Къ первой группѣ относятся вышеприведенныя теоріи Кестлина и Бернера, приводящія въ защиту своего взгляда аргументы отрицательные и положительныя. Такъ Кестлинъ прежде всего старается доказать, что понятіе свободной воли вполне можетъ быть согласовано съ закономъ причинности, которому подчинены все конечныя явленія. Исходя изъ того, что понятіе причинности заключаетъ въ себѣ противорѣчія, формальное и матеріальное, онъ разрѣшаетъ, какъ мы видѣли, эти противорѣчія тѣмъ, что законъ причинности по существу своему есть только видъ закона взаимодѣйствія. На этомъ основаніи обусловливаемое само является условіемъ бытія своей причины, такъ что то, что мы называемъ причиною, въ дѣйствительности правильнѣе называть только предположеніемъ, а всякому явленію, какъ продукту какой-либо причины, нужно придать качество самопочинности (*Spontaneität*). Но разсматривая ближе это положеніе Кестлина, нельзя не признать невѣрнымъ все его построеніе. Прежде всего оказываются минимы указанныя имъ противорѣчія. Если мы, имѣя въ виду, что міръ конечныхъ явленій представляетъ непрерывную связь причинностей, разсматриваемъ каждое явленіе одновременно какъ полагающее и полагаемое, то не нужно забывать, что мы смотримъ въ подобномъ случаѣ на отдѣльныя свойства даннаго явленія, независимыя другъ отъ друга, такъ что въ существѣ такое утвержденіе никакого противорѣчія не заключаетъ. Также не имѣетъ значенія и различіе причины и слѣдствія по ихъ составу. Такое различіе являлось бы противорѣчіемъ, если бы мы поняли подъ причиною безусловно единственное основаніе результата, но такого отношенія не существуетъ въ мірѣ явленій. Всякая причина есть только звено въ общей цѣпи взаимодѣйствующихъ причинъ и условій, а потому и проявленіе закона причинности состоитъ въ большей части случаевъ только въ измѣненіи взаимнаго отношенія совмѣстно дѣйствующихъ элементовъ. Подобная невѣрность посмылокъ обусловливаетъ, конечно, и невѣрность вывода. Въ самомъ дѣлѣ, положеніе, что обусловливаемое есть условіе обусловливающего, не говоря уже объ его бездоказательности, несостоятельно и по существу. Съ формальной стороны оно можетъ имѣть только значеніе, какъ игра словъ, т.-е. оно можетъ означать, что если бы не было даннаго результата, то мы не могли бы говорить о данномъ явленіи, какъ о причинѣ чего либо; въ примѣненіи же къ матеріальному міру такое положеніе можетъ привести къ нецѣлостямъ, такъ какъ придется понимать въ силу его, что грязь есть условіе дождя, пожаръ—грома.

Перейдемъ теперь къ доказательству положительному, на которомъ основывается особенно Бернеръ (стр. 35). Существованіе свободы воли доказывается, по его мнѣнію, наличностью въ нашей волѣ элемента всеобщности, т.-е., другими словами, способностью воли отрѣшаться отъ всякаго опредѣленія, способностью, проявляющеюся притомъ въ видѣ самостоятельнаго акта, предшествующаго моменту опредѣленія воли; но не трудно видѣть, что существованіе такого момента не только не доказано Бернеромъ, но и вообще врядъ ли можетъ быть доказано

Воля можетъ быть мыслима нами только какъ проявленіе я, имѣющее определенное содержаніе. Мы можемъ говорить о замѣнѣ одного опредѣленія воли другимъ, о переходѣ ея отъ одного опредѣленія къ другому, но представить себѣ волю, отрѣшенную отъ всякаго опредѣленія, это значитъ—представить себѣ, другими словами, небытіе воли; да и сами защитники этого ученія говорятъ намъ, что воля, разсматриваемая только въ этомъ моментѣ своей всеобщности, есть собственно „Unding“, т.-е., строго говоря, безмыслица. Если же смотрѣть на это отрѣшеніе воли только какъ на моментъ перехода отъ одного направленія къ другому или воспріятія какого-либо направленія послѣ состоянія покоя, то, конечно, нельзя будетъ отрицать наличность такого состоянія, такъ какъ всякій переходъ предполагаетъ отрѣшеніе отъ предыдущаго; но за то на этомъ понятіи нельзя уже построить ученія о свободѣ воли, такъ какъ для нея необходимо, чтобы моментъ отрѣшенія имѣлъ самостоятельное значеніе. Также не мыслимо отождествлять этотъ моментъ отрѣшенія, какъ актъ воли, съ моментомъ обсужденія (Berathung), который, по ученію гегельянцевъ, входитъ въ понятіе познающей воли. Обсужденіе есть актъ мышленія, а не хотѣнія, и его наличность не только не исключаетъ, но даже, наоборотъ, подтверждаетъ господство закона достаточной причины и въ проявленіяхъ нашей воли.

Несравненно распространеннѣе другая категорія доказательствъ свободы воли, опирающаяся на данныя нашего сознанія. Въ самомъ дѣлѣ, не говоритъ ли каждому изъ насъ наше сознаніе, что все, что мы дѣлаемъ, мы дѣлаемъ только по нашему усмотрѣнію, что отъ насъ безусловно зависитъ сказать или смолчать, дѣлать или не дѣлать. Какъ отказаться отъ этого убѣжденія, которое присуще намъ всегда и вездѣ, которое съ большею или меньшею отчетливостью сознается взрослымъ и молодымъ, образованнымъ и полуразвитымъ. Не относится ли эта идея о нашей свободѣ къ тѣмъ непреложнымъ истинамъ, которыя не требуютъ доказательствъ. «Вопросъ о томъ, свободны ли мы, говоритъ Cousin въ своей «Исторіи философіи» стоитъ внѣ спора: „онъ разрѣшается свидѣтельствомъ нашей совѣсти, убѣждающей насъ въ данную минуту, что мы можемъ дѣлать совершенно противоположное тому, что мы дѣлаемъ“⁵²⁾.

Но можно ли положиться на это указаніе нашего сознанія? Не считаетъ ли себя человекъ свободнымъ, какъ замѣтилъ еще Спиноза, только потому, что онъ видитъ дѣйствія и не бѣ состоянія подмѣтить ихъ причинъ?

Дѣйствительно, мы дѣлаемъ критеріумомъ наше сознаніе, но кто же не знаетъ, какъ часто ошибочны бывають его представленія; его заблужденія бывають не только индивидуальны, но коллективны, господствуютъ цѣлые вѣка, пока не разсѣетъ ихъ сила науки. Иногда эти ошибки переживаютъ даже свое научное опроверженіе. Не подсказываетъ ли намъ ежедневно наше сознаніе, что солнце движется вокругъ земли, а между тѣмъ мы считаемъ это заблужденіемъ. Не таково ли и наше убѣжденіе о независимости, свободѣ нашихъ дѣйствій? Сознаніе, по вѣрному замѣчанію Вокля, неогрѣшимо относительно факта, имъ свидѣтельствуемаго, но легко можетъ быть погрѣшимо относительно истины. Существо-

⁵²⁾ Ср. Вокль, Исторія цивилизаціи, I, стр. 11. На этотъ аргументъ ссылается даже и Вагнеръ, Gesetzmässigkeit, I, стр. 79, говоря о трудности примирить идею о свободной волѣ съ законосообразностью человѣческихъ дѣйствій. Изъ криминалистовъ особенно защищаетъ эти доказательства Oersted въ своей критикѣ ученія Фейербаха. Ср. Нерр, Darstellung, стр. 233. Спасовичъ, учебникъ, стр. 117, говоритъ: „еслибы этой свободѣ не было, то непонятно, какимъ бы образомъ могло у насъ образоваться и понятіе о ней; потому что оно не можетъ быть, конечно, заимствовано изъ міра внѣшняго, чувственнаго“. Вѣрно замѣчаетъ по этому поводу Маудсли, физиологія души, стр. 173: „человѣкъ бываетъ наиболее убѣжденъ въ своей свободѣ тогда, когда онъ наименѣе свободенъ: въ пьяномъ видѣ, во снѣ, въ состояніи страсти“.

вание сознания доказывает только, что явление существует в нашем духе или представляется ему ⁵³⁾. Мало того, присматриваясь даже к самому нашему сознанию о свободе, мы встретимся в нем с такими фактами, которые делают наше сомнение основательным. Не говорить ли нам тот же ежедневный опыт, что, зная человека, его характер, степень развития, мы можем с достаточною безошибочностью предсказать его действия, и наше сознание свободы примиряется с этою возможностью. Наоборот, для нас часто являются оскорбительными предположения людей, нам близких, о возможности совершения того или другого поступка, и не упрекаем ли мы их в поверхностном отношении к нам, в малом знании нашего характера. Но какое убеждение нашего сознания скрывается за подобными требованиями? Очевидно одно, что всякий наш поступок есть результат определенных данных, что всякое предположение о безпричинности наших действий несомненно с представлением о нравственном достоинстве человека, его характере, убеждениях и т. п.

Таким образом, в нашем сознании мы можем сыскать доказательство как в пользу, так и против предположения о произвольности человеческих действий, а потому строить только на таком аргументе какое-либо учение было бы опрометчиво. Тем более трудно опровергнуть на этом основании действие закона, которому, даже по сознанию защитников этой теории, подчинено все конечное—закон причинности.

Во самом деле, все научные открытия последних столетий, весь прогресс нашего знания сводится к одному общему результату—раскрытию принципа законсообразности во всех окружающих нас явлениях. Там, где ум человеческий видел доселе простое действие случая или вмешательство сверхъестественных сил, научный анализ открывал постоянные элементы, допускающие подведение их под точные законы, применение к ним измерений и исчисления, и вот мало-по-малу безграничное господство закона причинности во всем мире конечных явлений сделалось аксиомою и притом добытою не путем силлогизма, слишком часто оказывавшагося непрочною основою знания, а путем научной индукции.

Это безусловное господство закона причинности охватывает весь конечный мир, начиная от космических явлений вселенной, от взаимных отношений небесных тел и кончая жизнью и деятельностью, едва заметных даже и для микроскопа, инфузорий. Остается только в стороне человек и его общественная деятельность. Нужно, следовательно, выделить его из общей цепи существ и явлений, создать громадную пропасть, отделяющую этот малый мир—микрокосмос—от окружающей его природы. Действительно, гордый человеческий ум уже давно противопоставил себя всему остальному творению; философский идеализм, как субъективный, так и объективный, возвел в апотеоз это самознание, рассматривая человеческую личность, как самознающее проявление того абсолютного духа, который безлично и бессознательно живет в природе или возводя человеческое я даже в значение творца этой природы, но, по справедливому замечанию Вагнера ⁵⁴⁾, все новейшие открытия положительных наук вырвали камень за камень из царственного вѣнца, украшавшаго человека. Земля, которой он был украшением и обладателем, из центра космоса сделалась, с успехами астрономии, незначительным элементом системы, в свою очередь теряющейся в безконечной массе систем,

⁵³⁾ Ср. Вокль, история цивилизации, стр. 12—14; Д. Милль, логика, стр. 408; Вундт, душа человека и животных, пер. Гайдебурова, 1868, II, лекция 55.

⁵⁴⁾ Die Gesetzmässigkeit in den scheinbar willkürlichen menschlichen Handlungen, 1864, стр. 3; то же Quetelet, Physique sociale, 1869, стр. 98.

составляющих космосъ; тѣ явленія природы, въ которыхъ человекъ видѣлъ гласъ Божества, возвѣщавшій именно ему горе и радость, бѣдствія и страданія, какъ громъ и молнія, радуга и кометы и т. п., раскрыты и разъяснены, сведены къ простымъ физическимъ и астрономическимъ явленіямъ; вмѣстѣ съ тѣмъ и самъ человекъ изъ центра мірозданія, изъ сосредоточія вселенной, сдѣлался простымъ звеномъ въ общей цѣпи земныхъ существъ, звеномъ, хотя и замыкающимъ ее, но тѣмъ не менѣе тѣсно и неразрывно связаннымъ съ предшествующими, а потому и подчиненнымъ, повидимому, тѣмъ же законамъ.

Дѣйствительно, мало-по-малу сфера явленій, совершающихся въ человекѣ или вызываемыхъ имъ, и зависящихъ отъ опредѣленныхъ законовъ, все болѣе и болѣе увеличивается. Человѣческое мышленіе и его процессы сводятся къ точнымъ эмпирическимъ началамъ, разнообразныя психическія явленія, ощущенія, чувствованія подвергаются измѣреніямъ, точному анализу и остается только небольшая сфера такъ-называемыхъ произвольныхъ дѣйствій, на которую не считаютъ возможнымъ распространить дѣйствіе общаго закона природы.

Но кромѣ аналогіи съ другими явленіями міра конечнаго, мы можемъ наблюдать законосообразность кажущихся произвольными человѣческихъ дѣйствій и при анализѣ самыхъ этихъ дѣйствій. Конечно, изучая отдѣльныя, индивидуальныя явленія, въ особенности анализируя ближайшій предметъ изслѣдованія — собственные дѣйствія, мы не будемъ въ состояніи выслѣдить ихъ законосообразность. Здѣсь, по большей части, препятствуетъ невозможность примѣненія не только метода опытнаго, но даже и правильной системы наблюденій, такъ какъ съ одной стороны, существуетъ совпаденіе наблюдающаго и предмета наблюденія, а съ другой — мы только въ рѣдкихъ случаяхъ можемъ подвергнуть изслѣдованію состояніе совершающаго предъ совершеніемъ факта; сознаніе открываетъ намъ извѣстное состояніе духа въ данную минуту, но не можетъ открыть длиннаго ряда причинъ, отъ которыхъ это состояніе зависитъ; поэтому необходимо обратиться къ анализу суммы индивидуальныхъ явленій, къ анализу человѣческихъ дѣйствій въ ихъ коллективности. Этимъ, какъ извѣстно, занялась школа статистиковъ и уже труды ея основателей: Кетле, Герри представили несомнѣнныя доказательства того, что дѣйствія человека, повидимому самыя произвольныя, указываютъ на существованіе точныхъ законовъ, ими заправляющихъ. Не вдаваясь въ разсмотрѣніе ея доводовъ, которые будутъ изложены далѣе, я позволю себѣ привести извѣстное и весьма характеристическое въ этомъ отношеніи положеніе Кетле ⁵⁵⁾: „есть особый налогъ, который человекъ уплачиваетъ даже съ болѣею точностью, чѣмъ тотъ, который съ него взимаетъ природа или государство; это налогъ, выплачиваемый имъ преступленію... Мы можемъ заранѣе сказать какое количество лицъ обогреть свои руки въ крови себѣ подобныхъ, сколько совершать подлоги, сколько будетъ отравителей, подобно тому, какъ мы можемъ опредѣлять заранѣе количество долженствующихъ быть рожденій или смертей“.

При этомъ напрасно стали бы утверждать, что эти выводы статистики не исключаютъ свободы воли, такъ какъ, имѣя дѣло съ законами большихъ чиселъ, они не могутъ опредѣлять индивидуальной дѣятельности и свободы. Дѣло въ томъ, что если мы, предполагая всѣ условія общественной жизни неизмѣнившимися, говоримъ, что и въ будущемъ году въ данномъ государствѣ будетъ столько-то отравителей, то мы въ существѣ дѣла говоримъ, что Иванъ, Петръ и т. д. совершатъ ограбленіе. Но въ дѣйствительности, отвѣчаютъ на это, мы не только не знаемъ, но даже и не можемъ знать того, что произойдетъ съ отдѣльною лич-

⁵⁵⁾ Physique, стр. 97.

ностью; какой же смысл имѣть такое предположеніе? Разсмотримъ ближе этотъ, съ виду столь сильный аргументъ и мы увидимъ, что въ существѣ здѣсь нѣтъ возраженія противъ поставленнаго выше положенія. Собственно говоря, мы въѣд не можемъ сказать, что знаемъ, что въ обществѣ произойдетъ столько-то преступленій, мы только предполагаемъ это. Знаніе возможно только тамъ, гдѣ извѣстно какъ существо заправляющей силы, такъ и условія ея дѣятельности, иначе же существуютъ только гипотезы болѣе или менѣе вѣроятныя, предположенія, но не болѣе; а въ такомъ положеніи находятся факты соціальной жизни. Мы имѣемъ пока несомнѣнныя доказательства ихъ законосообразности, иногда мы можемъ свести эти правильно повторяющіяся явленія къ опредѣленному закону, т.-е. указать на зависимость ихъ отъ какого либо опредѣленнаго начала, но мы далеки еще отъ дѣйствительнаго знанія силъ, выражающихся въ этихъ законахъ, не можемъ говорить о существѣ и условіяхъ этой зависимости явленій⁵⁶⁾. Еще менѣе знакомы мы съ причинами второстепенными, то что родоначальники статистической школы называли *causes accidentales*, а потому не въ состояніи прослѣдить и опредѣлить ихъ возможныя будущія комбинаціи, которыя и опредѣляютъ индивидуальныя событія. Но незнаніе этихъ силъ и ихъ взаимодѣйствія не влечетъ за собою отрицанія ихъ бытія, а наоборотъ, признаніе существованія и дѣйствія законовъ общихъ заключаетъ въ себѣ, *implicite*, признаніе дѣйствія законовъ частныхъ, индивидуальныхъ; напомнимъ тотъ методъ, который Кетле (стр. 93) устанавливаетъ для анализа соціальныхъ явленій, для вывода закона большихъ чиселъ. Мы отбрасываемъ индивидуальныя особенности отдѣльныхъ фактовъ, мы становимся какъ бы въ нѣкоторомъ разстояніи отъ нихъ, такъ что всѣ эти частныя причины, взаимно перекрещиваясь, нейтрализуются, поглощаются, всѣ эти факты принимаютъ общій родовый характеръ, и даютъ возможность ихъ анализа, установленія ихъ законосообразности. Но очевидно, что обобщеніе не можетъ быть качественно противоположно своему обобщаемому. Какое бы большее число произвольныхъ дѣйствій ни взяли, мы не въ состояніи получить изъ ихъ суммы нѣчто, подчиненное общему началу законосообразности. Поэтому, когда мы говоримъ, что въ данномъ обществѣ такое-то число индивидуумовъ совершитъ преступленія, то мы при этомъ подразумеваемъ, что эти дѣянія будутъ совершены не произвольно кѣмъ либо изъ членовъ этого общества, а именно опредѣленными индивидуумами, хотя мы и не можемъ назвать ихъ прямо, такъ какъ не знаемъ тѣхъ конкретныхъ отношеній различныхъ силъ главныхъ и второстепенныхъ, въ которыхъ воплотятся общіе, подмѣченные нами законы. Поэтому-то, предполагая законосообразность явленій соціальной жизни, мы тѣмъ самымъ неминуемо предполагаемъ законосообразность каждаго отдѣльнаго факта⁵⁷⁾.

А всѣ эти соображенія приводятъ насъ къ тому заключенію, что всѣ дѣйствія чловѣка, съ которыми одними и имѣть дѣло уголовное право, не произвольны, а подчинены общему закону причинности, въ силу чего и становится возможною рациональная теорія наказанія, какъ спеціальнаго вида борьбы общества съ преступленіемъ⁵⁸⁾.

⁵⁶⁾ См. весьма вѣрныя мысли о значеніи и объемѣ выраженій: „законъ“ и „законосообразность въ статистикѣ“, у Вагнера, *Gesetzmässigkeit*, I, стр. 63—80.

⁵⁷⁾ Wagner, *Gesetzmässigkeit*, I, стр. 54, пр. 22; стр. 76.

⁵⁸⁾ Нельзя не прибавить, что Фейербахъ, еще въ 1799 г. въ своемъ *Revision*, I, стр. 319—321, высказалъ слѣдующее: „Насколько чловѣкъ является объектомъ нашего опыта, наблюденій нашего разсудка, настолько мы должны разсматривать его, какъ одно изъ явленій природы, какъ существо, подчиненное неизмѣнному, естественному закону причинности... Путемъ опыта мы не откроемъ въ немъ свободы; все, что онъ дѣлаетъ

22. Но признавая такимъ образомъ, что дѣйствія чловѣка подчинены общему закону причинности, подходятъ подъ общее родовое понятіе міровыхъ явленій, мы не можемъ тѣмъ не менѣе признать въ нихъ наличности абсолютной необходимости, не можемъ безусловно отождествить ихъ съ явлениями физическаго міра: такое отождествленіе, также какъ и признаніе ихъ произвольности, устраняетъ возможность раціональной теоріи наказанія.

Отыскавъ сходство преступленій съ другими міровыми явлениями, мы разрѣшаемъ только одну часть вопроса; затѣмъ намъ остается разсмотрѣть другую, отчасти даже болѣе трудную, а именно установить тѣ видовыя границы, которыя специально отдѣляютъ преступленіе отъ другихъ подобныхъ явленій.

Гдѣ же искать эти границы? Конечно, имѣя въ виду, что преступленіе есть юридическое явленіе, а право нормируетъ только отношенія людей между собою, мы могли бы считать преступленіемъ тѣ факты, которые исходятъ отъ чловѣка и вредятъ обществу или его членамъ; но очевидно, что такое опредѣленіе не только не вѣрно со стороны объективной, но и не удовлетворительно съ субъективной. Можемъ ли мы признать тождественными дѣяніями, напр., убійство, совершенное сумасшедшимъ и находящимся въ полномъ умѣ?

На это возможны два отвѣта. Выходи изъ того, что всѣ явленія суть безусловно необходимые результаты своихъ предьидущихъ, мы дѣйствительно можемъ сказать, что между поступками умалишеннаго и здороваго чловѣка нѣтъ существенной разницы, а есть только кажущаяся; мало того, мы даже можемъ прибавить, что и умерщвленіе, произведенное, напр., молнією, отличается отъ обыкновенныхъ случаевъ убійства только несущественнымъ, второстепеннымъ признакомъ, а именно тѣмъ, что дѣйствующею причиною является не чловѣкъ, а силы природы; или же наоборотъ, признавая законсообразность чловѣческихъ дѣйствій тѣмъ не менѣе можно установить опредѣленные субъективные признаки, выдѣляющіе преступленіе изъ массы подобныхъ случаевъ и построить на этомъ основаніи самое ученіе о способности ко вѣнненію.

Въ наукѣ мы встрѣчаемся и съ попытками перваго рода, стремящимися доказать не только законсообразность, но и необходимость дѣяній чловѣческихъ или на основаніи безусловнаго отождествленія свойствъ явленій психическихъ и физическихъ, или на основаніи подчиненія ихъ одному высшему началу — божескому предопредѣленію, одинаково проявляющемуся въ явленіяхъ природы и въ дѣйствіяхъ чловѣка.

Особенно многочисленны и разнообразны теоріи перваго рода, но я позволю себѣ ограничиться только разборомъ немногихъ изъ нихъ, во-1-хъ потому, что

предопредѣляется неизмѣнными законами природы; онъ является только посредникомъ, чрезъ который дѣйствуетъ природа. Въ воспитаніи чловѣка, въ его организаціи, въ его извнѣ возбужденныхъ представленіяхъ, въ свою очередь опредѣляющихъ его пожеланія, въ разнообразныхъ особенныхъ видоизмѣненіяхъ его характера, въ силу которыхъ его пожеланія направляются именно на осуществленіе данныхъ представленій и данный предметъ разсматривается, какъ объектъ наслажденія, наконецъ, въ случайно извнѣ приводящихся условіяхъ, дѣлающихъ его особенно чувствительнымъ для опредѣленнаго рода впечатлнй, — во всемъ этомъ заключается основаніе всѣхъ дѣйствій и поступковъ чловѣка... Свобода и независимость отъ естественныхъ причинъ есть сверхчувственное, отвлеченное понятіе, которое для нашего разсудка не имѣетъ никакого значенія... Безъ цѣли, безъ мотива никто не опредѣляется къ дѣятельности; безъ побужденій ожидаемаго удовольствія или устранимаго неудовольствія никто не совершитъ преступленія.

большинство этих попыток имѣть въ виду только чисто психологическую сторону ученія о свободѣ воли, и вовсе не касается уголовного права, а во-2-хъ потому, что насъ интересуютъ не столько самыя психологическія основы этихъ ученій, сколько ихъ отношеніе къ теоріи наказанія, а съ этой стороны весьма многіе изъ нихъ представляютъ значительное сходство ⁵⁹⁾.

23. Наиболе старую и любопытную попытку въ этомъ родѣ представляетъ сочиненіе одного изъ весьма извѣстныхъ нѣмецкихъ криминалистовъ конца прошлаго столѣтія Гоммеля, написавшаго подъ псевдонимомъ Іоха, «о наградахъ и наказаніяхъ по турецкимъ законамъ» ⁶⁰⁾. Трудъ этотъ вышелъ еще въ то время, когда нѣмецкая мысль, не ушедшая въ дебри идеализма и трансцендентальной метафизики, такъ надолго задержавшей развитіе знанія и философіи, находилась подъ прямымъ вліяніемъ англійскаго эмпиризма, а потому и нынѣ, несмотря на дѣлое столѣтіе насъ отъ него отдѣляющее, читается съ большимъ интересомъ, благодаря въ особенности живому образному изложенію. Сочиненіе Гоммеля ясно обнаруживаетъ на себѣ двойкаго рода вліянія: съ одной стороны скептицизма Давида Юма, а съ другой сенсуализма Кондилляка, къ психологической теоріи котораго она стоитъ всего ближе, раздѣляя, конечно, и ея недостатки.

Существуетъ ли свободная воля, какъ особая способность души что либо дѣлать или не дѣлать, и притомъ дѣлать что либо изъ себя, помимо вѣншихъ условий? — вотъ вопросъ, который подлежитъ нашему разбору, говорить Іоха. Для отвѣта на это нужно прежде всего очертить предѣлы вопроса; нужно отдѣлать тѣ случаи, когда человѣкъ дѣйствуетъ подъ вліяніемъ принужденія физическаго или психическаго, и остановиться только на тѣхъ, гдѣ такого принужденія нѣтъ, гдѣ, какъ мы говоримъ, я дѣйствую потому, что хочу. Свободенъ ли человѣкъ въ этихъ случаяхъ?

Въ природѣ, насъ окружающей, мы находимъ непрерывную, плотную связь явленій; каждое самое незначительное обстоятельство есть необходимое условіе всѣхъ явленій какъ одновременно сосуществующихъ съ нимъ, такъ и послѣдующихъ. Въ мірѣ конечномъ нѣтъ причинъ главныхъ и второстепенныхъ, близкихъ

⁵⁹⁾ Обзорніе этихъ теорій сдѣлано Н. Неклюдовымъ въ его приложеніяхъ къ учебнику Бернера. Какъ первая и до сихъ поръ единственная попытка, и притомъ какъ въ нашей, такъ и въ западныхъ литературахъ, обзора этихъ теорій въ примѣненіи къ уголовному праву, этотъ трудъ имѣетъ несомнѣнное значеніе, но въ то же время въ немъ заключаются такіе недостатки, что была бы весьма желательна болѣе обстоятельная разработка этого важнаго предмета. Во 1-хъ, авторъ разсматриваетъ всѣ эти теоріи подѣ общимъ именемъ — отрицающихъ право наказывать, хотя большинство изъ привожденныхъ имъ писателей и не думаетъ о подобномъ отрицаніи, и самъ авторъ объясняетъ сдѣланную имъ характеристику только тѣмъ, что такъ принято смотрѣть на эти теоріи; во-2-хъ, классификація ихъ сдѣлана вопреки всякихъ правилъ логики, а самый ихъ выборъ является совершенно произвольнымъ; въ 3-хъ, изложеніе теорій не только недостаточно подробно, но даже весьма часто не выставляетъ отчетливо ихъ характеристическихъ особенностей; въ 4-хъ, разборъ этихъ теорій представляется крайне слабымъ, такъ какъ авторъ не отличилъ, напр., теорій отрицающихъ право наказывать и отрицающихъ свободу воли, а въ особенности перемѣшалъ теоріи, признающія только подчиненность человѣческихъ дѣйствій закону причинности, съ теоріями, проповѣдающими ихъ неизбѣжность, неотвратимость, хотя это различіе представляется крайне существеннымъ. У Каро, въ вышеуказанной его статьѣ въ Revue de deux mondes, сдѣланъ также очеркъ нѣкоторыхъ изъ этихъ теорій, а именно: доктрины Молешотта, Литре, и Милля, съ критическимъ ихъ обзоромъ, впрочемъ, весьма поверхностнымъ.

⁶⁰⁾ Alexander von Ioch, über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen, 2-oe переработ. изд., 1772 года. Ср. любопытный разборъ его: Erstes Sendschreiben an Herrn Alexander von Ioch beider Rechte Doktor von Alexander von Frei keiner Rechte Doktor, 1771. Извлеченія изъ сочиненія Іоха и разборъ его у Бернера, Imputationslehre, стр. 18 и сл. Также Н. Неклюдовъ, приложенія, стр. 51.

и отдаленных, и от ничтожного повидимому факта могутъ произойти міровыя событія, или наоборотъ. Поэтому, говоритъ онъ, я, напр., съ полнымъ правомъ могу сказать, что если бы Колумбъ не открылъ Америки, то я не ѣлъ бы въ данный моментъ яблока, потому что мой прапрадѣдъ, побывавъ въ Новомъ Свѣтѣ, нажилъ тамъ денегъ, и затѣмъ купилъ тотъ садъ, котораго яблоко я ѣмъ; или другою примѣрою: если бы комаръ не укусилъ Захарію Пилъза старшаго, то не появился бы на свѣтѣ Захарія Пилъзъ младшій, такъ какъ укушеніе повело за собою такую цѣпь событій, которая окончилась этимъ счастливымъ результатомъ. Доведа это свое положеніе до крайнихъ предѣловъ, Гоухъ замѣчаетъ, что если бы Богъ долженъ былъ уничтожить какой-либо атомъ мірозданія, то и земля и небо распались бы. А въ эту-то общую цѣпь причинностей влетена и наша воля, или правильнѣе говоря, ея дѣйствія. Такъ что допустить ея независимость, мы необходимо должны отказаться отъ тѣсной зависимости и всѣхъ другихъ явленій.

Изъ ничего не можетъ быть ничего, а потому было бы бессмыслицею утверждать, что воля творитъ свое содержаніе безъ достаточныхъ основаній; напротивъ того, опытъ указываетъ намъ, что воля опирается или на животныя побужденія, или на представленія разсудка. Такимъ образомъ въ волѣ не можетъ быть ничего, чего бы не было въ разсудкѣ, а въ разсудкѣ, согласно съ сенсуалистами, ничего, чего бы не было въ чувствахъ. Въ мозгу существуютъ матеріальныя картины, отпечатки впечатлѣній вещей, воспринятыхъ нашими чувствами, и эти-то картины, воспроизводясь по законамъ фантазіи, являются мотивами воли. Воля наша подобна вѣсамъ: она всегда будетъ въ покоѣ, пока впечатлѣнія или представленія ума не наклоняютъ ее въ ту или другую сторону, но подобно вѣсамъ, она не въ состояніи изъ себя произвести тяжесть, нарушающую равновѣсіе. Начало, въ силу котораго то или другое стремленіе получаетъ преобладаніе, есть желаніе наслажденія, удовольствія. Мы всегда ищемъ полезнаго, красиваго, хорошаго. Мы не можемъ дѣйствовать иначе, мы должны его искать. Если мы выбираемъ дурное и вредное, то это значитъ, что мы не распознали его, что насъ ввело въ заблужденіе сходство его съ добромъ. Наше ослѣпленіе мнимымъ добромъ ничего не измѣняетъ, такъ какъ кажущееся имѣетъ дѣйствіе истиннаго. Съ тѣхъ поръ какъ свѣтъ стоитъ, никто не выбиралъ изъ двухъ золъ большее; мало того, даже и то обстоятельство, что въ нашемъ умѣ мы можемъ представить себѣ противоположное принятому рѣшенію, не измѣняетъ дѣла, потому что всѣ возможности, образующіяся въ мысляхъ, но не осуществившіяся въ дѣйствительности, суть химеры. Защитники свободы ссылаются на указанія нашихъ чувствъ, на ежеминутно встрѣчающійся актъ сознанія, но они не могутъ привести ни одного дѣйствительнаго факта, подтверждающаго ссылку, да и само это указаніе одинъ изъ тѣхъ обмановъ, которые такъ часто встрѣчаются въ нашей психической жизни. Притомъ же и большинство ссылающихся на такое указаніе въ дѣйствительности само въ него не вѣрять, такъ какъ, по остроумному замѣчанію Гоуха, большинство изъ этихъ защитниковъ, увѣряя въ свободѣ своихъ дѣйствій, немедленно затѣмъ готово ѣхать къ цыганкѣ, чтобы гадать о будущемъ. Въ существѣ дѣла мы только не видимъ тѣ причины, которыя руководятъ нашими дѣйствіями, а потому и предполагаемъ, что ихъ источникъ лежитъ въ насъ самихъ; и все ученіе о природѣ человѣческихъ дѣйствій можетъ быть, по мнѣнію Гоуха, резюмировано такими стихами: *Frei und Slave, wie man wil. Endlich hab ich es gefunden: frei von sichtbarem Zwange bin ich unsichtbar gebunden.*

Таковы психологическія основы теоріи Гоуха; вмѣстѣ съ Кондильякомъ онъ считаетъ источникомъ нашей психической дѣятельности ощущенія ⁶¹⁾, въ нихъ

⁶¹⁾ Ср. обзоръ ученій Юма и Кондильяка у Льюиса, исторія философіи, въ русск. перев., 1867, стр. 589—624.

лежать первые импульсы, а вся остальная работа ума сводится къ простымъ механическимъ законамъ воспріянія и переработки. Собственныя силы человѣческаго ума, особенность свойственныхъ ему психическихъ процессовъ — совершенно игнорируются Гохомъ, какъ и сенсуалистами, поэтому объ ихъ вѣдательствѣ не можетъ быть и рѣчи въ исторіи мировыхъ событій. Вотъ какимъ путемъ эти психологическія начала послѣдовательно привели автора къ фаталистической теоріи космоса. Мировыя явленія совершаются не только по закону достаточной причины, но покоятся на началѣ необходимости, и это положеніе переноситъ Гохъ на всѣ явленія міра физическаго и нравственнаго. Все что совершается не только было необходимо при данныхъ условіяхъ и въ данное время, но было необходимо безусловно. Изъ-вѣка предопредѣлено каждое событіе и ничто въ мірѣ не можетъ измѣнить ихъ теченія. Если я хочу чего либо, то я хочу не только въ силу достаточной къ тому причины, а мое хотѣніе также неизбѣжно какъ паденіе тѣла на землю, оно предопредѣлено заранѣе.

Но въ какомъ же отношеніи стоитъ это ученіе къ понятію о долгѣ, нравственности, наказаніи. Похвала и порицанія, съ которыми мы относимся къ какому-нибудь факту, не создаются нами, а суть простой продуктъ красоты или недостатка и ихъ воздѣйствія на наши чувства. Мы хвалимъ красоту хорошенькой женщины и высказываемъ отвращеніе къ уродству, вовсе не спрашивая виновны ли они въ этихъ ихъ свойствахъ или нѣтъ. Не отъ насъ зависитъ имѣть склонность, любовь или отвращеніе къ чему либо, это возникаетъ помимо нашей воли, какъ смѣхъ и слезы. Если мы зовемъ осла глупымъ, то это значитъ, что онъ уже сотворенъ для такого посрамленія. Тоже приложимо и къ міру нравственному. Въ сердцѣ человѣка вложено, что мы должны любить и награждать то, что укрѣпляетъ человѣческое общество, ненавидѣть и наказывать то, что ему вредитъ. Наше порицаніе, утрызненія совѣсти по поводу какихъ либо фактовъ возникаютъ тѣмъ же путемъ, какъ и отвращеніе къ предметамъ вѣдимаго міра, это есть необходимый продуктъ самыхъ явленій.

Очевидно, что то же начало предопредѣленности должно характеризовать и гражданское наказаніе. Но въ этомъ отношеніи мы встрѣчаемъ у Гоха нѣкоторое колебаніе и двойственность. Съ одной стороны (§§ 110, 175) онъ говоритъ, что безъ закона и наказаній люди были бы еще злѣе, чѣмъ они теперь, что правители употребляютъ эти средства, чтобы противодѣйствовать порокамъ и страстямъ. Законы имѣютъ для человѣка то же значеніе, какъ для собаки палка, они воздерживаютъ его отъ безпорядковъ. Если мы уничтожимъ самую идею о наградахъ и наказаніяхъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ уничтожится гражданская жизнь и самое бытіе нравственнаго міра. Безъ наказанія не можетъ существовать ни домашній порядокъ, ни государство. Но очевидно, что эти положенія не вліяются съ основнымъ міросозерцаніемъ Гоха, и дѣйствительно, рядомъ съ этимъ, мы встрѣчаемъ и другое, преобладающее воззрѣніе. Въ человѣкѣ все дано извнѣ. Если ты вѣришь въ Христа, то это не твоя заслуга, а божья милость, не вѣришь — это только твое несчастье. Ты сдѣлался разбойникомъ не по собственному произволу, а по достаточнымъ причинамъ, ты сдѣлался такимъ, потому что не могъ быть инымъ. Если преступленія изъ-вѣка предопредѣлены, то также предопредѣлены и законы и наказанія. Я разсматриваю висѣлицу, говоритъ авторъ, не какъ наказаніе, а какъ необходимость, которая должна по закону сдѣлывать за данными дѣяніемъ. Какъ же можетъ случиться, что воръ долженъ быть повѣшенъ, спрашиваетъ Гохъ, когда онъ таковъ по своей природѣ? Зачѣмъ бьешь ты осла за его глупость? отвѣчаетъ онъ на это, зачѣмъ убиваешь волка или бѣдную блоху, такъ какъ и они кровожадны по своей натурѣ. Кто намъ вредитъ, того мы убиваемъ. Дѣйствуешь ли ты несправедливо, когда убиваешь бѣшеную собаку? назо-

вещь ли ты несправедливым Бога за то, что онъ допустилъ родиться кому либо слѣпымъ. Конечно, человекъ ни собака, ни блоха, ни волкъ, но они сходны въ одномъ: ихъ поступки не могутъ быть имъ вменяемы, т. е. не могутъ быть признаны продуктами ихъ свободной воли. Такимъ образомъ наказаніе по этой теоріи не имѣетъ не только никакой цѣли, но даже, собственно говоря, и никакого основанія; тамъ гдѣ оно осуществляется частнымъ лицомъ, по крайней мѣрѣ можно сослаться на раздраженіе и желчь, которая по словамъ Гоха есть мать наказанія, но наказаніе общественное опирается на одно лишь извѣстное предопредѣленіе.

При этомъ фаталистическая теорія Гоха покоится несомнѣнно на матеріалистической подкладкѣ. Его исходные пункты — «что только то достовѣрно, что приобретено опытомъ» и «что все въ мірѣ должно имѣть свою причину» — едва ли могутъ быть примиримы съ какою-либо богословскою доктриною, и во всякомъ случаѣ стоять за предѣлами даже Юмовскаго скептицизма. Но самъ Гохъ въ своемъ изложеніи старается стать на иную почву, постоянно цитируя священное писаніе и богослововъ и стараясь доказать, что только при помощи развиваемаго имъ ученія возможно защищать и вѣру и догматы церкви. Эта непоследовательность у Гоха весьма понятна, если вспомнить условія, при которыхъ онъ писалъ; и безъ того во второмъ изданіи своего сочиненія онъ долженъ былъ оправдывать свое ученіе отъ сыпавшихся на него со всѣхъ сторонъ обвиненій въ атеизмѣ, ереси, безнравственности⁶²⁾.

24. Другую попытку примѣненія естественно-историческихъ началъ къ вопросу о наказаніи представляеть — теорія френологовъ, произведшая такое сильное вліяніе на умы въ началѣ нынѣшняго столѣтія и вызвавшая жаркій споръ, угаснувшій и доселѣ⁶³⁾.

Заслуга Галля, утвердившая за нимъ навсегда почетное имя въ наукѣ, заключалась въ признаніи необходимости примѣненія физиологій къ психологій; необходимости тщательнаго изученія строенія и функций мозга, какъ того органа, въ которомъ проявляются и реально существуютъ всѣ явленія нашей психической жизни. На основаніи этого изученія френологи и выставили то положеніе, что мозгъ, какъ функционирующий органъ души, составляетъ не простой, а сложный механизмъ. Крайнее разнообразіе психическихъ явленій и процессовъ мышленія, чувствованія и воли съ ихъ безконечными подраздѣленіями, необходимо

⁶²⁾ Изложивъ подробно ученіе Гоха, я не считъ необходимымъ останавливаться на ученіи другихъ, хотя и болѣе извѣстныхъ представителей сенсуализма, начиная съ Кондильяка, такъ какъ они не касаются сколько-нибудь подробно уголовного права. На томъ же основаніи я не излагаю и теоріи Кабаниса, хотя и примыкающаго къ сенсуалистамъ, но въ то же время представляющаго и существенныя отклоненія отъ нихъ. Ср. оцѣнку и разборъ его теоріи у Льюиса, в. с., стр. 764—774. Изложеніе психологической теоріи Кабаниса у Н. Неклюдова, приложения, стр. 64—66, представляется не точнымъ.

⁶³⁾ Gall, Sur les fonctions du cerveau et sur celles de chacune de ses parties, 1822—1825. G. Scheve, Phrenologische Bilder. 2 изд., 1855; разборъ доктрины френологовъ между прочимъ у Д. Льюиса, исторія философіи, стр. 774—794; Бенъ, объ изученіи характера, пер. Цитовича, 1866, глава 2—6; Dubois, philosophie medicale. Examen des doctrines de Cabanis et de Gall, 1845; F. Lélut, reget de l'organologie phrenologique de Gall et de ses successeurs, 1843.—2-е изд. 1858. Специальное приложение френологій къ уголовному праву, см. у Struve in den Zeitschrift für deutschen Strafverfahren, her. v. Jagemann, III, стр. 163 и сл., гдѣ изложена идея френологической школы о наказаніи по системѣ шотландца Комба; также Scheve, phrenologische Bilder, отдѣлъ IV, 2; Миттермайеръ, § 84, пр. IV, указываетъ еще на сочиненіе Attomyr, Theorie der Verbrechen, 1842; разборъ теоріи френологовъ: у Hepp'a, Darstellung, II, стр. 646 и сл.; A. Franck, philosophie de droit pénal, 1864, стр. 62; Н. Неклюдовъ, приложения, стр. 56 и сл.

заставляет допустить существованіе въ мозгу столькихъ же отдѣльныхъ частей, изъ которыхъ каждая отправляетъ только извѣстную опредѣленную функцію. Развитие этихъ частей въ каждомъ данномъ организмѣ представляетъ значительныя различія и совершается притомъ далеко неодновременно и параллельно, подобно развитію и самымъ душевнымъ способностямъ ⁶⁴⁾.

Постановкою этихъ двухъ положеній, т. е. опредѣленіемъ метода и признаціемъ принципа локализациі психическихъ отправленій и ограничивается заслуга теоріи Галля; но френологія, по справедливому замѣчанію Льюиса (стр. 780), не довольствовалась быть психологическою доктриною, а хотѣла сдѣлаться искусствомъ познания характера, и въ этомъ-то заключалась ея главная ошибка.

Это стремленіе привело прежде всего къ попыткѣ не только признать принципъ локализациі способностей, но подыскать для каждой способности, каждаго стремленія, чувствованія отдѣльный, опредѣленный органъ. Основанная на поверхностномъ физиологическомъ анализѣ, безъ надлежащей анатомической провѣрки, эта френологическая органологія мозга должна была сдѣлаться источникомъ разнообразныхъ недоразумѣній и повести къ справедливому осмѣянію системы. Самое число этихъ органовъ мѣнилось, и изъ 27, признаваемыхъ Галлемъ, дошло позднѣе у однихъ изъ его послѣдователей до 36, а у другихъ—уменьшилось до 14, какъ напр. у Арамбера; а притомъ, какъ замѣчаетъ Бенъ, далеко еще не всѣ, даже крупныя психическія явленія, имѣли соответствующіе органы, хотя съ другой стороны находились и другія, для которыхъ оказывалось по два и даже иногда и болѣе соответствующихъ подраздѣленій мозга. Самое мѣстонахожденіе органовъ отдѣльныхъ способностей неоднократно перемѣщалось, какъ Галлемъ, такъ и его преемниками; единственно вѣрнымъ оставалось только отнесеніе функцій мыслительныхъ къ передней части мозга, а чувственныхъ — къ задней.

Кромѣ того пришлось допустить и другую, также далеко не исполнѣ удачную гипотезу, что объемъ органа пропорціоналенъ энергіи его дѣятельности, и притомъ какъ по отношенію къ мозговой массѣ вообще, такъ и по отношенію къ отдѣльнымъ его частямъ. Такимъ образомъ френологія какъ бы забывала, что два мозга, совершенно одинаковыхъ по величинѣ, могутъ отличаться какъ по элементамъ ихъ состава, такъ и по морфологическому развитію и что, какъ показываетъ современная физиологія, сила умственной дѣятельности вовсе не находится въ прямой пропорціи ни къ поверхности мозга, ни къ числу и глубинѣ его извилинъ, ни къ его абсолютному и даже относительному (т. е. сообразному съ величиною организма) вѣсу.

Всѣ эти преждевременныя гипотезы утратили еще болѣе свою научность вслѣдствіе стремленія соединить френологію съ краниоскопіею, отъ изслѣдованій мозга перейти къ изслѣдованію черепа. Этою стороною френологія тѣсно примкнула къ шарлатанизму разнаго рода, какъ средневѣковая алхимія, хиромантія, цыганская ворожба и т. п., и эта оболочка мало по малу закрыла и то научное ядро, которое лежало въ теоріи Галля.

Принципъ краниоскопіи былъ тотъ, что всѣ измѣненія въ формѣ мозга, въ частности всякое развитіе его отдѣльныхъ частей, производятъ соответствующее измѣненіе въ поверхности черепа, такъ что по буграмъ и впадинамъ послѣдняго мы легко можемъ изучать и состояніе мозга. Поэтому стѣбитъ только опытному изслѣдователю опунать голову или, еще проще, надѣть на изслѣдуемаго каску черепошупку Сарландьера, и психическій діагнозъ готовъ.

⁶⁴⁾ См. о значеніи проблемы Галля для психологіи у Данквардта, psychologie, стр. 12—26.

Эта попытка френологовъ вызвала не только рядъ нападокъ со стороны моралистовъ, но и полныя опроверженія со стороны физиологовъ, возражавшихъ даже и противъ правильности предположенія краниоскопiи о полной параллельности внутренней и вѣшной стѣнокъ черепа. Но вмѣсто того, чтобы тѣсно связать свое ученіе съ усилъхами физиологiи, отказавшись отъ скороспѣлыхъ выводовъ и заблужденій, френологи отвернулись отъ физиологiи. И вотъ въ то время, какъ физиологiя нервовъ и мозга съ каждымъ пятилѣтіемъ дѣлала все болѣе и болѣе увѣренные шаги впередъ, френологiя оставалась все въ томъ же положенiи, какъ оставилъ ее Галль, считая себя по прежнему законченною психологическою системою. Мѣсто физиологическихъ работъ заняли эмпирическія наблюденія, по большей части не полныя, не точныя, случайныя, наблюденія надъ совпаденіемъ моральныхъ качествъ и различныхъ видоизмѣненій черепа. Къ какимъ результатамъ привела эта система—также извѣстно, стѣитъ только вспомнить рядъ исторій въ родѣ діагнозы мнимого черепа Рафаеля, или отысканія органа любви къ дѣтямъ и религіозности у Фіески и т. п. ⁶⁵⁾.

Разумѣется, практическое направленіе френологiи должно было заставить ее защитниковъ заняться изслѣдованіемъ отношенія этой теорiи къ вопросамъ воспитанія, нравственности, права.

Въ основу всего ихъ ученія о нравственности и правѣ легло положеніе Галля, рѣзко противопологающее его теорію ученію сенсуалистовъ, что всѣ наши идеи, наклонности, стремленія соврожденны человеку, растутъ и развиваются вмѣстѣ съ развитіемъ организма.

Въ виду такого начала, конечно, нужно было прежде всего отказаться отъ всякой идеи о произволѣ, такъ какъ тамъ, гдѣ проявляются законы органическаго бытія и развитія, можетъ быть рѣчь только о необходимости. Но въ этомъ отношенiи ни Галль, ни его преемники не были достаточно послѣдовательны. Вездѣ, гдѣ діагнозъ черепа не совпадалъ съ психическимъ анализомъ, они принуждены были говорить о влияніи темперамента, воспитанія, среды, впадая безпрестанно въ самопротиворѣчіе. Френологiя, говоритъ Шеве, не только согласима съ понятіемъ свободной воли, но она даже способствуетъ укрѣпленію такой идеи. Не всѣ люди наслаждаются равною нравственною свободою, она зависитъ отъ болѣе или менѣе счастливаго развитія духа, отъ вѣдншихъ обстоятельствъ, воспитанія, религіи, знанія законовъ и общественныхъ обязанностей, а преимущественно отъ развитаго самопознанія; а этому всего болѣе можетъ способствовать знаніе френологiи. Изучая организацію мозга, преобладающія наклонности и страсти, какъ стороннее лицо, такъ и самъ человекъ будутъ въ состояніи построить рациональную систему воспитанія; они будутъ стараться или развить тѣ наклонности и стремленія, которыя находятся въ слабыхъ зачаткахъ, или создать противовѣсъ для стремленій преобладающихъ. Конечно, трудно возражать противъ справедливости этихъ положеній, но нельзя не видѣть, что они мало выжуются съ основными принципами френологiи, съ ея органиологіею мозга ⁶⁶⁾. Другое дѣло, если бы френологи доказали, что, подъ влияніемъ воспитанія или саморазвитія, поверхность черепа можетъ видоизмѣняться, т.-е. бугорки опускаться, а впадины подниматься, сообразно съ измѣненіемъ наклонностей и способностей, но этого не говорятъ даже самые ярые ея прозелиты. Въ противномъ же случаѣ можетъ оказаться, что человекъ съ шишкой любви къ дѣтямъ, кротости и благочестія—

⁶⁵⁾ Ср. въ особенности у Lelut, в. с., главу 4-ую о развитiи френологiи послѣ Галля и главу 5-ую о френологической діагнозѣ и ея промахахъ.

⁶⁶⁾ Вѣрныя замѣчанія по этому поводу дѣлаетъ Франкъ, philosophie, стр. 65.

будетъ въ дѣйствительности самымъ кровожаднымъ злодѣемъ, или низкимъ мошенникомъ; а человѣкъ съ замѣчательно развитыми органами—разрушенія, злоизма, хитрости, могущимъ получить монтеоновскую премию за добродѣтель. Что же тогда становится съ пресловутымъ френологическимъ диагнозомъ?

Въ такомъ же отношеніи стоятъ френологи и къ ученіямъ уголовного права. Разсматривая причины преступленія, говорятъ они, съ френологической точки зрѣнія, мы найдемъ ихъ или въ первоначальныхъ несчастныхъ предрасположеніяхъ, или въ болѣзненномъ развитіи какого-либо изъ органовъ чувственности, или же въ незнаніи, недостаточномъ развитіи. Преступникъ долженъ быть разсматриваемъ какъ морально больной, который можетъ возбуждать въ насъ только сожалѣніе и желаніе его исправить. Поэтому вся наша существующая система наказаній должна быть отброшена, такъ какъ она портитъ преступника и физически и нравственно, относится къ преступленію такъ-сказать поверхностно, а могутъ быть сохранены только тѣ карательныя мѣры, которыя въ состояніи бороться съ преступными наклонностями въ ихъ корнѣ: несчастныя предрасположенія, господствующія чувственныя склонности, должны быть устранены физическими и нравственными средствами; ихъ проявленіе должно быть сдѣлано безвреднымъ при помощи цѣлесообразныхъ предохранительныхъ мѣръ.

Но и эти гуманныя идеи опять-таки вовсе несогласны съ основаніями френологіи. По теоріи френологовъ преступленіе должно разсматриваться, какъ послѣдствіе несчастнаго развитія однихъ органовъ въ ущербъ другимъ. Оно дѣйствительно есть болѣзнь, требующая леченія, но это леченіе должно быть видоизмѣненемъ мозговой организаціи. Убийца дѣйствовалъ въ силу чрезмѣрнаго развитія шишки разрушенія — очевидно онъ долженъ оставаться въ тюрьмѣ, или, правильнѣе, въ особомъ ортопедическомъ заведеніи, пока она не уменьшится, или, наоборотъ, не разовьется у него органъ благоволенія къ людямъ; мало того, благоразумная полиція должна, собственно говоря, подвергнуть такому заключенію всякое лицо, хотя и не совершившее преступленія, но обладающее преступною формою черепа. Извѣстный рассказъ о томъ, что Гальдъ посовѣтовалъ въ Берлинѣ держать въ тюрьмѣ одного мальчика всю жизнь, такъ какъ поверхность его черепа свидѣтельствуетъ о невозможности исправленія, всего нагляднѣе характеризуетъ эту систему. Общество, говоритъ другой представитель того же направления, Арамбергъ, можетъ удалить такого несчастнаго урода навсегда изъ своей среды, можетъ даже заключить его подъ строгій надзоръ, хотя бы на всю жизнь, если отъ его свободы грозитъ дѣйствительная опасность ⁶⁷⁾.

⁶⁷⁾ Теорія френологовъ можетъ считаться также представительницею цѣлага ряда попытокъ того же рода; на этомъ основаніи я оставляю безъ разсмотрѣнія кефалометрію Hagembert'a, названную у Н. Неклюдова, приложение, стр. 62—64, теорію мозгомѣровъ (правильнѣе черепомѣровъ), такъ какъ единственное различіе ея отъ системы краниоскопии состоитъ въ томъ, что, вмѣсто различія бугровъ и впадинъ черепа, она занимается измѣненіемъ главныхъ его частей и опредѣленіемъ ихъ нормальныхъ пропорцій. Сюда же нужно отнести и наиболѣе любопытную изъ этой группы символику Каруса—Symbolik der menschlichen Gestalt, 2 изд. 1858. Символика Каруса не заключаетъ въ себѣ никакой новой психологической теоріи ни по методу, ни по содержанию, она скорѣе можетъ быть названа попыткой научной характерологіи, построенной на началахъ опытной системы Кабаниса, при помощи наблюденій разнообразныхъ соотношеній между психической и физической природою человѣка, и соединяетъ прикладную сторону краниоскопій съ хиромантіею и физиогномикою Лафатера. Карусъ находитъ слишкомъ одностороннимъ заключеніе о психической природѣ человѣка на основаніи одного только анализа черепа; природа человѣка, понимая подъ этимъ какъ врожденныя наклонности, такъ и видоизмѣненія ихъ подъ вліяніемъ жизненныхъ условий, равнымъ образомъ выражается и въ чертахъ лица, въ голосѣ, походкѣ, шагѣ, формѣ руки, ногъ, и т. д.; только путемъ изученія всей человѣческой конституціи во всѣхъ ея

25. Въ указанныхъ выше трудахъ френологовъ вопросъ о наказаніи разсматривался, какъ мы видѣли, только мимоходомъ; болѣе полную попытку примѣненія френологіи къ уголовному праву находимъ мы у Данквардта ⁶⁸⁾.

Данквардтъ, вмѣстѣ съ френологами, ставитъ слѣдующія основныя начала психической дѣятельности человѣка: 1) отдѣльныя настроенія и инстинктивныя побужденія человѣка могутъ быть точно опредѣлены какъ въ ихъ числѣ, такъ и въ родѣ; 2) они присущи каждому человѣку только въ различной мѣрѣ; 3) они соподчинены другъ другу и могутъ взаимно ослабѣть или укрѣпляться; 4) они наследственны; 5) они могутъ въ известной степени быть усилены или ослаблены упражненіемъ.

Разумѣется, сообразно съ этими послылками не можетъ быть и рѣчи о свободѣ воли. Въ одномъ мѣстѣ (стр. 51) Данквардтъ даже замѣчаетъ, что человѣка также нельзя сдѣлать отвѣтственнымъ за его поступки какъ и камень, который размохшилъ намъ голову. Но далѣе (стр. 54) онъ однако прибавляетъ, что свобода человѣка состоитъ въ томъ, что онъ можетъ всякому побужденію противопоставить другіе мотивы, хотя перевѣсъ, конечно, будетъ зависѣть отъ индивидуальнаго характера, а это послѣдній отъ воспитанія и развитія. Точно также и преступленіе есть продуктъ известныхъ наклонностей человѣка ⁶⁹⁾, а потому необходимое послѣдствіе его организаціи, и это соображеніе должно имѣть главное значеніе при опредѣленіи существа и свойства наказанія.

Наказаніе, разсматриваемое съ точки зрѣнія лица, къ которому оно примѣняется, есть страданіе и притомъ двойное—смерть или боль тѣлесная или нравственная. Такимъ образомъ наказаніе можетъ состоять: 1-е, въ препятствіи осуществлять свои животныя инстинкты, напр. при отдѣленіи преступника отъ семьи, дома, мѣста родины; при ограниченіи въ пищѣ, лишеніи свободы движенія; 2-е, въ нравственныхъ страданіяхъ, напр. при оскорбленіи самолюбія, тщеславія, чувства религіознаго, эстетическаго; 3-е, въ страданіи нашего сознанія, зависящемъ отъ принужденія, ограниченія выбора занятій, обмѣна мыслей и т. п. Но зачѣмъ же причиняются эти страданія преступнику?—спрашиваетъ Данквардтъ. Иногда такія страданія являются простыми естественными послѣдствіями павѣстнаго совершившагося факта; но тогда мы называемъ ихъ наказаніями только иносказательно. Съ дѣйствительнымъ же наказаніемъ мы встрѣчаемся уже въ дѣйствіяхъ животныхъ, гдѣ его употребленіе является продуктомъ наклонности къ

подробностяхъ, можно пытаться раскрыть психическую сущность человѣка. Для этого нужно теоретически построить средняго нормальнаго человѣка даннаго возраста, пола, и уже затѣмъ, при помощи изученія отклоненій отъ этого типа, можно будетъ опредѣлять психическія особенности даннаго индивидуума. Такое изученіе можетъ имѣть несомнѣнное значеніе для воспитателя, медика, художника; оно можетъ, конечно, пригодиться и для криминалиста, нагляднымъ образомъ, напр., подтверждая мнѣнія экспертизы о невмѣняемости; можетъ быть полезнымъ элементомъ для правильнаго устройства тюремной дисциплины, и такъ далѣе. Хотя, конечно, и здѣсь пользоваться ею необходимо съ осторожностью, такъ какъ иначе легко можетъ, напр., случиться, что всѣ доводы подсудимаго или его защитника о невиновности разобьются объ убѣжденіе судьи, что у обвиняемаго воровскій носъ или разбойничьи губы. Еще менѣе значенія можетъ имѣть символика для разрѣшенія вопроса о свободѣ человѣческихъ дѣяній и существѣ наказанія. Мы называемъ преступленіемъ не воровскія наклонности или разбойничій темпераментъ, а известныя правонарушительныя дѣянія, которыя являются продуктомъ какъ психической конституціи дѣятеля, такъ и данной группы обстоятельствъ. Наказывая же за преступныя склонности, возможность будущихъ нарушеній, мы даемъ страшное оружіе деспотизму власти, уничтожаемъ существованіе всякой свободы.

⁶⁸⁾ Dankwardt, Psychologie und Criminalrecht. 1863. См. его разборъ у Н. Неклюдова, приложения, стр. 73—76.

⁶⁹⁾ Данквардтъ, стр. 57—69, дѣлаетъ весьма интересную попытку построить всю систему преступленій на основаніи различныхъ инстинктовъ и побужденій.

разрушенію,—наклонности, проявляемой или вслѣдствіе внутреннего состоянія животнаго организма, напр. голода, холода, или вслѣдствіе вѣшнихъ вліяній, напр. раздраженія. Точно также и человекъ употребляетъ наказаніе прежде всего какъ проявленіе животнаго инстинкта разрушенія, а затѣмъ вслѣдствіе размысленія, когда оно является средствомъ для достиженія извѣстной цѣли и притомъ средствомъ, одобряемымъ разумомъ.

Но государство, которое, по мнѣнію Данквардта, не есть естественный продуктъ человѣческой организаціи, а искусственное созданіе его ума, можетъ наказывать только вслѣдствіе разсудочнаго сознанія необходимости наказанія, какъ средства для достиженія опредѣленной цѣли. Такою цѣлью является, во-1-хъ, удовлетвореніе пострадавшаго, въ силу чего наказаніе становится суррогатомъ, хотя и не полнымъ, частной мести, чѣмъ только и могутъ быть объяснены многіе институты уголовного права, давность, значеніе для отвѣтственности результатовъ дѣяній, наказуемость покушенія и т. п.; во-2-хъ, охрана порядка и спокойствія въ государствѣ, неприкосновенность личныхъ и имущественныхъ благъ каждого, такъ какъ безъ этого не можетъ быть достигнута главная, еще Аристотелемъ указанная цѣль государства—обезпеченіе каждому спокойной и счастливой жизни и развитія. Достиженіе этой послѣдней цѣли возможно только путемъ устрашенія, такъ какъ, по мнѣнію Данквардта, никто не можетъ быть исправленъ наказаніемъ: измѣненіе характера человека, перешедшаго за 35 лѣтъ, представляетъ слишкомъ трудную задачу. Но такъ какъ теперь вѣра въ устрашительность наказанія утратила свою силу, то и карательная власть государства является и недостаточною и неудовлетворительною на практикѣ. Поэтому мы приходимъ къ такой дилеммѣ, что, съ одной стороны, наказывая кого-либо, государство совершаетъ несправедливость, а съ другой—наказанія необходимы для общественнаго спокойствія. Къ счастью для общества, прибавляетъ Данквардтъ, разрѣшеніе такой дилеммы дается возможностью борьбы съ преступленіемъ иными путями, кромѣ наказанія.

26. Френологи, какъ мы видѣли, рассматриваютъ преступленіе, какъ физиологическое явленіе, какъ продуктъ извѣстнаго состоянія психической организаціи человека, совершенно аналогичный другимъ его наклонностямъ и инстинктамъ; но существуетъ и другая, противоположная попытка, отчисляющая преступленіе къ категоріи патологическихъ явленій организма ⁷⁰⁾ и достигающая крайнихъ предѣловъ въ извѣстномъ афоризмѣ—что преступленіе есть особенный видъ психическаго разстройства.

Всего полнѣе развита эта доктрина въ многотомномъ сочиненіи французскаго психіатра Despine, болѣе, впрочемъ, богатымъ фразами, чѣмъ фактами.

Анализируя психологическія состоянія преступниковъ, говоритъ авторъ, мы легко можемъ усмотрѣть ихъ ненормальность; она выражается въ той легкости,

⁷⁰⁾ Prosper Despine, Psychologie naturelle. Etude sur les facultés intellectuelles et morales dans leur état normal et dans leur manifestations anormales chez les aliénés et chez les criminels. 3 тома, 1868. Его же о психическомъ состояніи преступниковъ въ Сборникѣ сочиненій по судебной медицинѣ, за 1872 г., т. III-ий. Извлеченія изъ сочиненій Томсона сдѣланы у Крафта-Эбинга, въ его статьяхъ: Uber die häreditäre Natur des Verbrechens. Allg. deut. Strafrechtszeitung, 1870; Studien über Criminalpsychologie, тамъ же, 1871, № 6. Krafft-Ebing, Verbrechen und Wahnsinn, тамъ же, 1872, № 7. Но сюда нельзя относить тѣхъ писателей, которые только сравниваютъ преступленіе и сумасшествіе, и, находя между ними нѣкоторые общіе симптомы, считаютъ почти невозможнымъ провести точную грану между ними. Ср. Маудсли, Умопомѣшательство и преступленіе. „Знаніе“, 1874, № 6.

съ которою преступники уступают побужденіямъ, долженствующимъ возбудить неодолимое отвращеніе во всякомъ нравственномъ человѣкѣ—эта нравственная болѣзнь должна быть отличаема отъ обыкновеннаго сумасшествія, такъ какъ при этомъ не замѣчается разстройства мозгового аппарата, преступники пользуются тѣлеснымъ здоровьемъ и ихъ психическое состояніе не склонно къ ухудшенію, какъ у умалишенныхъ, такъ что было бы безмысленно помѣщать ихъ въ заведенія для душевно-больныхъ. Точно также нельзя замѣтить у нихъ неправильности умственныхъ отправленій, такъ какъ, хотя большинство преступниковъ и ограничено умственно, но однако между ними встрѣчаются лица съ несомнѣнно высшимъ развитіемъ, сильные умы, способные къ остроумнымъ планамъ и предпріятіямъ. Болѣзнь преступниковъ относится въ нравственной сферѣ.

Преступныя пожеланія, склонности, пороки существуютъ, конечно, у всѣхъ людей, хотя, можетъ быть, и не въ такомъ развитіи, какъ у преступниковъ; но у нравственно здоровыхъ людей всякая преступная мысль, безнравственное желаніе вызываетъ борьбу съ нравственными инстинктами. Исходъ этой борьбы опредѣляется, во-1-хъ, хорошими эгоистическими мотивами, хорошо понятымъ личнымъ интересомъ; во-2-хъ, великодушнымъ чувствомъ состраданія и любви къ ближнимъ, и въ-3-хъ, сознанною нравственною обязанностью—дѣлать добро ради добра. Всѣ эти три категоріи, при помощи которыхъ мы боремся со зломъ, вложены намъ природою, врожденны, а не есть что либо приобрѣтенное. Самая же власть, въ силу которой мы рѣшаемся дѣйствовать вопреки или согласно съ врожденными нравственными инстинктами, и составляетъ моральную свободу; только тамъ, гдѣ былъ такой выборъ и оцѣнка, можно говорить о свободѣ воли; только у того, кто отъ природы одаренъ этимъ инстинктомъ, существуетъ раскаяніе послѣ совершенія чего-либо дурнаго, раскаяніе, способность къ которому также врожденна.

Вотъ эта-то способность къ борьбѣ и отсутствуетъ у преступниковъ; поэтому они и страдаютъ психическою аномаліею, выражающеюся въ слабости или отсутствіи нравственнаго самосознанія, совѣсти. Это состояніе можетъ быть названо нравственнымъ идиотизмомъ. Его характеристическія свойства состоятъ въ отсутствіи раскаянія, угрызений совѣсти, благожелательства и любви къ людямъ и даже въ неправильномъ пониманіи своего личнаго интереса, въ отсутствіи предусмотрительности. Умственное развитіе и знанія не могутъ уничтожить подобной аномаліи; напротивъ того, умъ, направляемый исключительно дурными страстями, дѣлается тѣмъ опаснѣе, чѣмъ онъ развитѣе.

Такой нравственный идиотизмъ можетъ быть или полный или неполный; въ послѣднемъ случаѣ преступниками являются лица, у которыхъ нравственное чувство заморено въ зародышѣ дурнымъ воспитаніемъ и примѣромъ; они способны къ раскаянію и перестаютъ дѣлать преступленія, если попадутъ въ хорошее общество. Далѣе, это состояніе нравственнаго безплія или постоянно, когда преступленіе было совершено въ хладнокровномъ состояніи ума, или временно, когда виновный дѣйствовалъ въ порывѣ страсти, увлеченія. Во всякомъ случаѣ эта нравственная болѣзнь свойственна всѣмъ преступникамъ, всѣ они нравственно не свободны ⁷¹⁾.

Такова теорія Despine; нельзя не сознаться, что она не удовлетворительна ни по методу, ни по выводамъ. Прежде всего, не смотря на модный атрибутъ опытовъ, наблюденій, она въ существѣ своемъ построена по метафизическимъ

⁷¹⁾ Хотя при этомъ нельзя не прибавить, что далѣе, при подробномъ анализѣ отдѣльных преступленій, авторъ имѣетъ въ виду только тяжелыхъ преступниковъ, grands criminels.

пріемамъ, покоится на громкихъ, но безсодержательныхъ фразахъ; даже ее основное положеніе о природженности нравственныхъ свойствъ, на которомъ зиждется все ученіе о вмѣняемости, подкрѣвлено только ссылками на божеское предопредѣленіе, на цѣлесообразность природы. Еще очевиднѣе парадоксальность выводовъ, т.-е. признаніе всякаго преступленія продуктомъ нравственной болѣзни. Въ самомъ дѣлѣ, какъ примѣнить такую теорію къ полицейскимъ проступкамъ? Какъ объяснить сю преступленія, коренящаяся не въ личномъ эгоизмѣ, а въ увлеченіи какою-либо, можетъ быть весьма высокою идеею—каковы, напр. преступленія политическія? Почему не разсматривать какъ продуктъ болѣзни и гражданскія сдѣлки, совершаемыя изъ чистаго эгоизма и во вредъ другимъ, каковы иногда бывають подряды, акціонерные договоры, обманы при куплѣ и продажѣ и т. п.? Какъ объяснить то обстоятельство, что при реформахъ уголовныхъ законодательствъ дѣянія, бывшія до тѣхъ поръ продуктами моральной болѣзни, перестаютъ быть такими и наоборотъ? и т. д.

Наконецъ, если и согласиться съ авторомъ въ томъ, что преступленіе есть моральная болѣзнь, то подобный выводъ будетъ бесполезенъ, такъ какъ такого больного нельзя посадить въ домъ умалишенныхъ, вообще подвергнуть леченію; не окажется ли, въ такомъ случаѣ, вся подобная теорія простою замѣною названій? Преступленіе, говоритъ Despine угрожаетъ серьезною опасностью для общества, которое потому и должно защищаться противъ него. Средства защиты могутъ быть или косвенныя или прямыя; къ косвеннымъ относятся: 1) поднятіе нравственнаго уровня общества, который, какъ говоритъ Despine, противорѣча себѣ, такъ же подлежитъ культивированію, какъ и умственное развитіе, и 2) уничтоженіе поводовъ къ преступленію, каковы — нужда, роскошь, политическая неурядица, пьянство и т. п.; къ прямымъ: лишеніе свободы, какъ единственно цѣлесообразное наказаніе. Тюремное заключеніе должно имѣть безусловно своею задачею попытку исправленія, хотя бы развитіемъ эгоистическихъ стремленій или даже простою дрессурою. Въ результатѣ же оказывается, что единственное различіе этого взгляда отъ обычной теоріи наказанія состоитъ въ томъ, что, по мнѣнію Despine, всякое точное опредѣленіе мѣръ наказанія судомъ не состоятельно и преступникъ не долженъ быть выпускаемъ изъ тюрьмы, пока не представитъ достаточныхъ гарантій для общественной безопасности ⁷²⁾.

27. Болѣе значенія и теоретическаго и практическаго представляютъ работы другаго представителя того же направленія, шотландскаго врача Томсона.

Между преступленіемъ и сумасшествіемъ, говоритъ онъ, существуетъ патологическое средство, въ особенности между психическимъ разстройствомъ и преступленіями по ремеслу или привычкѣ. Съ дѣтскаго возраста начинается психическое вырожденіе преступниковъ этой категоріи, отражаясь и на ихъ физическихъ свойствахъ. Уже въ юныхъ преступникахъ мы найдемъ слабую, золотушную конституцію, неблагоприятное развитіе черепа, тупую фізіономію, непропорціональность частей, сильную склонность къ чахоткѣ и нервнымъ страданіямъ и т. п. Въ психическомъ и нравственномъ отношеніи они также уже съ дѣтства отличаются по большей части тупоуміемъ, эпилептическими припадками, сильно развитою склонностью къ помѣшательству. Посѣщая тюрьмы, мы всегда найдемъ въ нихъ тѣ же типы, какъ и въ домѣ умалишенныхъ. При этомъ мы весьма часто можемъ наблюдать, какъ и въ болѣзняхъ, фактъ наслѣдствен-

⁷²⁾ Маудсли, Преступленіе и сумасшествіе, стр. 30, говоритъ: „Хотя слѣдуетъ жалѣть преступника, но во всякомъ случаѣ необходимо лишить его возможности наносить

ной передачи преступности ⁷³⁾. Можно встрѣтить дѣляя семьи, въ которыхъ всѣ члены умирали или на эшафотѣ или въ тюрьмѣ; мало того, иногда подобное качество характеризуетъ не только родственниковъ, но и свойственниковъ, указывая на существованіе рокового подбора въ самыхъ бракахъ. Въ подобныхъ семьяхъ преступленіе по большей части перемѣшивается съ сумасшествіемъ, самоубійствомъ, дѣлая такимъ образомъ нелогичнымъ примѣненіе къ нимъ принципа личной отвѣтственности.

Всѣ эти указанія, разумѣется, могутъ и должны имѣть значеніе для юриспруденціи, особенно для судебного разслѣдованія; они должны заставить обратить особое вниманіе на психическую сторону преступленія, чтобы отдѣлить дѣйствительно больныхъ, идіотовъ и т. п. отъ преступниковъ; но они не могутъ ни уничтожать понятія о вмѣняемости, ни отрицать наказанія.

Сообразно со взглядомъ Томсона, говоритъ Крафтъ-Эбингъ, вся масса преступниковъ можетъ быть раздѣлена на двѣ группы: дѣйствующихъ по привычкѣ и по случаю. Преступники по ремеслу распадается притомъ на два вида: къ 1-му относятся страдающіе болѣзненною организациею мозга, отражающеюся въ особенности на нравственныхъ аномаліяхъ; такъ какъ этотъ недостатокъ зависитъ отъ организма, то подобные преступники не могутъ подлежать уголовной отвѣтственности; но, въ виду ихъ опасности для общества и несправимости, они могутъ въ интересахъ полиціи безопасности быть подвергаемы заключенію, всего лучше ссылкѣ на островъ и притомъ пожизненно. Ко второму принадлежатъ тѣ, у которыхъ существуетъ способность нравственнаго развитія, но оставшаяся въ зародышѣ, вслѣдствіе дурнаго воспитанія или худаго примѣра; — они несомнѣнно могутъ быть привлечены къ суду и могутъ подлежать исправительному тюремному заключенію. Точно также наказаніе можетъ быть примѣнимо и къ группѣ случайныхъ преступниковъ, дѣйствующихъ подъ вліяніемъ страсти, гнѣва, въ переходящемъ настроеніи характера.

28. Ни френологи, ни психіатры, разсматривая преступленіе, какъ физиологическое или патологическое явленіе нашего организма, не предрѣшали вопроса о самой сущности той силы, которая проявляется въ этихъ явленіяхъ. По крайней мѣрѣ большинство френологовъ тщательно защищалось противъ всякихъ обвиненій въ матеріализмѣ. Изъ того, говоритъ Шеве (стр. 97), что духъ пользуется тѣлесными органами для самопроявленія, отнюдь не слѣдуетъ, чтобы духъ самъ былъ тѣло. Точно также и Despine неоднократно заявляеть, что онъ спиритуалистъ по своимъ убѣжденіямъ, что, впрочемъ, и безъ того видно почти изъ каждой главы его труда. Но, какъ мы знаемъ, въ числѣ изслѣдователей психическихъ явленій человѣческой жизни существуетъ дѣлая школа, указывающая

вредъ другимъ; общество имѣть право требовать этого... Все, что мы можемъ сдѣлать въ наше время—это отказать отъ гнѣвнаго чувства возмездія, которое лежитъ въ основѣ всякой кары по закону, а также отъ всѣхъ карательныхъ мѣръ, внушаемыхъ этимъ чувствомъ“.

⁷³⁾ Это указаніе на наследственность преступленія весьма часто встрѣчается за послѣднее время (ср. Himmel und Hölle, 1863; Зайде въ, юриспруденціи, стр. 111), хотя, какъ вѣрно замѣтилъ Бокль, исторія цивилизаціи, I, стр. 133, этимъ аргументомъ необходимо пользоваться съ большою осторожностью. Весьма часто тамъ, гдѣ мы говоримъ о наследственности, скрывается просто вліяніе среды, воспитанія; сыну преступника несомнѣнно всего легче сдѣлаться преступникомъ, не потому, что онъ органически унаслѣдовалъ свойства своего отца, а въ силу условий своего дѣтства, матеріальной нужды, примѣра и т. п. Притомъ же, если и можно говорить объ унаслѣдованіи извѣстныхъ страстей, наклонностей, напр., жадности, скуности, коварства, какъ мотивовъ преступленія, то во всякомъ случаѣ врядъ ли можно говорить объ унаслѣдованіи склонности къ воровству, грабежу и т. п.

на то, что за формальнымъ сходствомъ процессовъ психическихъ и физическихъ, скрывается единство ихъ матеріальныхъ основаній, школа матеріалистовъ ⁷⁴). Жизнь во всѣхъ ея проявленіяхъ и элементахъ, говоритъ она, есть не что иное, какъ слѣдствіе особой комбинаціи матеріи, наступающее необходимо тамъ, гдѣ только существуютъ нужные для того элементы. Клѣточка, составляющая основаніе всякаго организма, даетъ своею дѣятельностью и содержаніемъ жизни, а такъ какъ бытіе клѣточки безусловно подчиняется законамъ физическимъ и химическимъ, то и ея дѣятельность—жизнь должна носить чисто механической характеръ. Разумѣется, въ виду этихъ посылокъ, весьма не трудно, исходя изъ абсолютнаго тождества явленій природы и дѣйствій человѣка, впасть въ механической детерминизмъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ придти не только къ отрицанію свободы воли, какъ принципа ответственности, но и вообще къ отрицанію всякой рачіональной системы наказаній ⁷⁵); но нельзя не прибавить, что такихъ выводовъ мы не встрѣтимъ ни у главныхъ представителей этой школы, ни, въ особенности, у тѣхъ сторонниковъ этого ученія, которые специально занимались вопросомъ объ отношеніи матеріализма къ правденности и праву. Для примѣра можно указать на весьма интересное сочиненіе Фишера о свободѣ воли ⁷⁶).

Исходная точка сочиненія Фишера та, что въ духовныхъ и матеріальныхъ сферахъ нашего бытія господствуетъ одинъ законъ необходимости, которому подчинена и индивидуальная воля, а потому бессмысленно и говорить о ея свободѣ. Но что же понимаетъ онъ подъ этою необходимостью? Жизнь индивидуума обусловлена прежде всего рядомъ физическихъ обстоятельствъ, окружающихъ его съ момента появленія. Онъ приноситъ въ своемъ организмѣ рядъ унаслѣдованныхъ еще отъ предковъ способностей, различныхъ въ ихъ свойствахъ и энергіи; темпераментъ, который всего болѣе отражается на его нравственныхъ и социальныхъ качествахъ, его страстяхъ, увлеченіяхъ; наконецъ, весьма часто зачатки болѣзней и аномалій разнаго рода. Всѣ эти зачатки, элементы, хотя неотразимо отзываются на личныхъ свойствахъ каждаго, но въ то же время несомнѣнно подлежатъ, хотя и въ ограниченномъ размѣрѣ, измѣненіямъ подъ вліяніемъ окружающей среды и ея впечатлѣній, подъ вліяніемъ воспитанія, развивающаго одни изъ прирожденныхъ элементовъ и парализующаго другіе. Природу человѣка и воспитаніемъ обуславливается вся его психическая жизнь, какъ теоретическая, такъ и практическая, т. е. мышленіе и хотѣніе. Все наше мышленіе есть продуктъ вѣдѣнныхъ впечатлѣній, переработанныхъ во внутренней лабораторіи съ участіемъ нашихъ способностей и приобретенныхъ знаній? Всѣ его процессы совершаются по законамъ, присущимъ нашей мозговой организаціи; смѣна идей, ихъ ассоціація, память и забвеніе—лежатъ безспорно внѣ нашего произвола. То же нужно сказать и о нашихъ дѣйствіяхъ, хотя бы и считаемихъ нами произвольными. Въ нихъ также отражается нашъ характеръ, наклонности, данныя возбужденія, настроенія и даже тѣлесное состояніе лица, и всякій актъ нашей воли управляется мотивами, вытекающими изъ указанныхъ выше условій. Поэтому, зная человѣка, мы можемъ, съ одной стороны, искусственно создать мотивы для его

⁷⁴) Moleschott, der Kreislauf des Lebens. 1863. Указанія на литературу и очеркъ этого ученія см. у Н. Неклюдова, приложенія, стр. 84—88; Caro, le droit de punir, стр. 534 и сл.

⁷⁵) Такую попытку доказать не только органическую необходимость преступленій, но и безполезность суда и наказаній, дѣлаетъ В. Зайцевъ, естествознаніе и юстиція, „Русское Слово“. 1863 г., № 7. Но вся эта статья, составленная на основаніи безыменнаго труда Himmel und Hölle, 1863, настолько поверхностна, что не нуждается въ обстоятельномъ разборѣ.

⁷⁶) I. Fischer, über die Freiheit des menschlichen Willens. 1858.

дѣятельности, а съ другой, такіе мотивы могутъ вытекать и изъ самого дѣйствующаго, какъ продуктъ его мышленія.

Въ виду этихъ соображеній, говоритъ Фишеръ, ученіе матеріалистовъ вполне можетъ быть согласовано и съ идеями о добрѣ и злѣ, и съ принципомъ личной отвѣтственности. Совпаденіе нашихъ ощущеній есть основаніе однообразія нашихъ представленій; поэтому, какъ скоро мы оказываемся согласными относительно сущности удовольствія и страданія, то въ насъ возникаютъ и общія представленія о добрѣ и злѣ, правдѣ и неправдѣ: нравственные принципы въ этомъ отношеніи присущи человѣку. Такъ какъ въ главныхъ чертахъ люди сходны всегда между собою, то и понятія добра, права имѣютъ абсолютный характеръ, и наоборотъ, насколько въ понятіи о благѣ заключается измѣняющееся во времени и по мѣсту понятіе личнаго интереса, настолько и понятія права и нравственности относительно, подлежатъ дѣйствію законовъ прогресса и регресса.

Что касается до понятія объ индивидуальномъ злѣ, то хотя оно и оказывается естественнымъ явленіемъ, но подобно тому, какъ человеческое общество защищаетъ себя противъ явленій природы, защищается оно и противъ злыхъ поступковъ человѣка. Громотводы, плотины и законы суть сходныя явленія. Въ силу того начала, что человѣкъ всегда дѣйствуетъ по мотивамъ, общество въ своихъ законахъ пытается создать для него основы и принципы дѣятельности, которые должны быть настолько сильны, чтобы могли преодолѣть въ отдѣльныхъ случаяхъ стремленія человѣка къ совершенію дѣйствій, вредныхъ обществу. Въ этой способности и лежитъ основаніе отвѣтственности, даже безотносительно къ понятію о свободѣ и несвободѣ. Въ человѣкѣ заключается основаніе вины и отвѣтственности, также какъ въ немъ заключается и источникъ страданія за его органическія болѣзни, источникъ симпатій и антипатій, внушаемыхъ другимъ людямъ и т. п.; при отвѣтственности за преступленія человѣкъ въ существѣ очень часто отвѣчаетъ за разсыянность, плохую память, несообразительность и т. п. Наказаніе не можетъ произвести измѣненіе характера человѣка, но оно создаетъ для него мотивъ, который въ будущемъ при подобныхъ же условіяхъ можетъ удержать его отъ проступка. Наказаніе есть средство сдѣлать человѣка безвреднымъ для общества. Право карательное, прибавляетъ Моленотъ, вытекаетъ изъ общественной потребности, а такъ какъ эта потребность есть свойство человеческой природы, то и наказаніе должно быть человѣчно; какъ скоро оно утрачиваетъ это качество, оно само становится преступленіемъ.

29. Всѣ приведенныя выше теоріи доказывали необходимость социальныхъ явленій, основываясь на анализѣ свойствъ человеческой природы. Для полноты очерка, я сдѣлаю такія же краткія указанія и на теоріи, защищающія нецесаріанизмъ на основаніи наблюденій цѣлаго общества и его историческаго развитія.

На первомъ мѣстѣ между этими теоріями стоитъ религіозный детерминизмъ, ученіе предестинаціонистовъ. Начало этого ученія въ христіанскомъ мірѣ восходитъ еще ко времени знаменитаго спора Пелагія и Юліана съ Августиномъ ⁷⁷⁾, а затѣмъ въ числѣ защитниковъ ученія о предопредѣленіи мы встрѣчаемъ рядъ выдающихся христіанскихъ мыслителей, какъ Кальвинъ, отчасти Лютеръ, въ новѣйшее время Бональдъ, Жозефъ де-Местръ, и др. Исходная точка ученія Августина—идея о непрерывномъ божескомъ управленіи дѣлами міра; все, что со-

⁷⁷⁾ Cp. Ferdinand Baur, die christliche Kirche vom Anfang des vierten bis zum Ende des sechsten Jahrhunderts. 1863 стр. 123 — 130; Himmel und Hölle, стр. 133—157.

вершается въ мірѣ, является не только предзнаемымъ, но и предопредѣленнымъ. Допустивъ только произвольность человѣческихъ дѣйствій, мы несомнѣнно поколеблемъ предустановленную гармонию, неминуемо придемъ къ отричанію идеи о божескомъ всемогуществѣ и всевѣдѣніи, поколеблемъ догматъ творенія, истинность пророчествъ, откровенія Іоанна и т. п. Даже Лютеръ, не принимавшій предопредѣленія, какъ догмата, въ своемъ сочиненіи *De libro arbitrio* ⁷⁸⁾ говорить, между прочимъ: „защитники свободы воли должны неминуемо жариться въ аду... Вѣра въ неотвратимую судьбу есть единственное утѣшеніе въ несчастіи. Тѣ, которые думаютъ соединить идею о божескомъ предопредѣленіи съ свободою человѣческой души—глупы и доказываютъ, что не имѣютъ понятія о дѣлѣ. Какъ скоро мы признаемъ, что не существуетъ божьяго руководительства или судьбы, то уничтожится и справедливость и добродѣтель» ⁷⁹⁾.

Но если такимъ образомъ судьба человѣчества и всѣ дѣйствія отдѣльных лицъ оказываются предопредѣленными, то это свойство присуще и преступленію, такъ что божество, по этому ученію, дѣлается не только источникомъ благодати и добра, но также зла и порока. Въ то же время, не говоря уже о трудности соглашенія этого ученія съ идеею грѣха и искупленія, будущаго суда и воздаянія за гробомъ, самое его предствленіе о государственномъ наказаніи оказывается лишенымъ какого-либо рациональнаго основанія.

Вмѣшательство божества, говоритъ самый краснорѣчивый новѣйшій представитель этого ученія, де-Местръ, выражается въ наказаніи виновныхъ, къ числу которыхъ, въ извѣстной степени, относятся всѣ люди, или, другими словами, въ распредѣленіи извѣстной суммы бѣдствій, пропорціональной тѣмъ преступленіямъ, которыми переполнена земля; но такъ какъ властители являются представителями и уполномоченными Бога на землѣ, то главнымъ атрибутомъ ихъ власти должно быть признано право кары, назначенія наказаній, право жизни и смерти. Непосредственнымъ же осуществителемъ этого правосудія является палачъ, личность котораго поэтически и сочувственно очерчена де-Местромъ въ его „*Soirées de Saint-Petersbourg*“. Въ этомъ отношеніи всякое наказаніе справедливо; мало того, де-Местръ идетъ такъ далеко, что не признаетъ даже возможности юридическихъ ошибокъ. Наказаніе, продолжаетъ онъ, совершенно аналогично съ болѣзнями, такъ какъ онъ является карою за грѣхи наши или нашихъ отцовъ. Другими словами, наказанія также изъ вѣка предопредѣлены, какъ и самыя преступленія ⁸⁰⁾.

30. Къ группѣ нецессаріанцевъ относятъ весьма часто и школу статистиковъ, особенно важную для уголовного права ⁸¹⁾, хотя нельзя не замѣтить, что ни одинъ

⁷⁸⁾ Ср. Ioch, в. с., введеніе, Koestlin, neue Revision, стр. 96—124.

⁷⁹⁾ Кальвинъ говоритъ: „что Богъ, предназначая отъ вѣка одну часть рода человѣческаго къ непрестанному блаженству, другую къ безконечному бѣдствію, руководствовался въ этомъ раздѣленіи ни чѣмъ другимъ, какъ своимъ произволомъ и своею волею“. Ср. Вокль, исторія цивилизаціи, I, стр. 10.

⁸⁰⁾ Весьма вѣрную оцѣнку теории де-Местра даетъ Франкль, philosophie, стр. 36—61.

⁸¹⁾ Adolphe Quetelet, sur l'homme et le développement de ses facultés, ou essai de physique sociale. 1835, 2-е изданіе, совершенно переработанное, 1869; ero же, sur la théorie des probabilités, appliqués aux sciences morales et politiques, 1846; ero же, du système social et des lois qui le régissent. 1848; M. Guerry, essai sur la statistique morale de la France. 1834; ero же, statistique morale de l'Angleterre comparée avec la statistique morale de France. 1864; Dufau, traité de statistique ou théorie de l'étude des lois d'après lesquelles se développent les faits sociaux. 1840; ero же, de la méthode d'observation dans son application aux sciences morales et politiques. 1866.

изъ ея главныхъ представителей—Кетле, Герри, Вагнеръ, Дробиншъ, нигдѣ не высказывались за начало нецессарианизма.

Подчинена ли нравственная и умственная дѣятельность человѣка определеннымъ законамъ?—вотъ вопросъ, съ котораго начинается Кетле⁸²⁾ свое изученіе моральной физики. Для рѣшенія этого вопроса, говоритъ онъ, слѣдуетъ, разумѣется, какъ это дѣлаемъ мы при изученіи явленій физическаго міра, обратиться къ указаніямъ опыта; но подобный опытъ возможенъ только посредствомъ употребленія теоріи большихъ чиселъ. Мы должны потерять изъ виду отдѣльное лицо, со всеми его особенностями и индивидуальными условіями жизни, анализировать человѣка, какъ родовое понятіе, анализировать общество и его жизнь, какъ единичное, дѣлое.

При этомъ, конечно, нельзя забывать, что при изученіи фактовъ нравственнаго міра мы не въ состояніи изслѣдовать непосредственно самыя нравственныя силы человѣка, а можемъ разсматривать ихъ только настолько, насколько они проявились въ дѣйствіяхъ, руководствуясь общимъ принципомъ всѣхъ наблюдательныхъ наукъ, что дѣйствія всегда пропорціональны причинамъ.

Этотъ методъ долженъ быть приложенъ и къ изученію одного изъ наиболѣе любопытныхъ разрядовъ социальныхъ явленій—къ преступленію, хотя здѣсь, по справедливому замѣчанію Кетле (II, стр. 326), встрѣчаются еще большія затрудненія, особенно при сравнительномъ изученіи преступности: во-1-хъ, самое понятіе о преступленіи является неопределеннымъ, измѣняющимся; во-2-хъ, факты, надъ которыми приходится дѣлать исчисления и выкладки, оказываются часто по существу своему разнородными, хотя даже относятся къ одной и той же категоріи, напр. убійству; въ-3-хъ, цифры преступленій, надъ которыми оперируетъ статистика, только приблизительныя, а не дѣйствительныя, такъ какъ преступленія обнаруженныя и раскрытыя составляютъ лишь извѣстный процентъ дѣйствительно совершившихся, процентъ, зависящій отъ устройства, характера и вообще степени энергии судебной власти.

Но, несмотря на все эти неблагоприятныя условія, данныя, взятая даже сравнительно за небольшой періодъ времени, даютъ намъ въ высшей степени замѣчательные результаты. Они указываютъ, что явленія, повидимому наиболѣе случайныя, зависящія отъ индивидуальнаго усмотрѣнія, какъ, напр., бракъ, самоубійства, преступленія повторяются съ поразительнымъ постоянствомъ, такъ что

Wagner, die Gesetzmässigkeit in den scheinbar willkürlichen menschlichen Handlungen von dem Standpunkte der Statistik. 1864; M. Drobisch, die moralische Statistik und die menschliche Willensfreiheit. 1867; A. Oettingen, die Moralstatistik und die christliche Sittenlehre. 1868—1869; G. Klapp, die neuern Ansichten über Moralstatistik. 1871; Gessler, zur Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. Gerichtssaal, 1870, стр. 245 и сл.; Н. Неклюдовъ, приложения, стр. 81—83; его же, уголовно-статистическіе этюды. 1865; Ю. Янсонъ, направленія въ научной обработкѣ нравственной статистики. 1871.

⁸²⁾ *Physique sociale* издание 1869. Я ограничился цитатами только изъ этого послѣдняго сочиненія, потому что оно соединяетъ выводы всѣхъ предшествовавшихъ его работъ. Но нельзя не прибавить, что его взглядъ остался неизмѣннымъ, начиная съ его первыхъ мемуаровъ по моральной статистикѣ: *recherches statistiques sur le royaume des Pays-bas*, 1829 и *recherches sur le penchant au crime aux différents âges*, 1831, и повторялся какъ въ многочисленныхъ отдѣльныхъ монографіяхъ, такъ и въ болѣе обширныхъ его трудахъ. Перечень важнѣйшихъ его сочиненій см. у Wagner'a, *Gesetzmässigkeit*, стр. 51. Совершенно извращено ученіе Кетле у Н. Неклюдова, приложения, стр. 81—83, а въ особенности этюды, стр. 11 и сл. Впрочемъ, такой же невѣрный взглядъ на теорію Кетле высказалъ уже прежде R. v. Mohl, въ своей *Geschichte und Literatur*, приписывая ему идею неподвижности социальныхъ фактовъ, хотя этому противорѣчить, какъ справедливо замѣтилъ Вагнеръ, *Gesetzmässigkeit*, I, стр. 52, каждая глава, даже почти каждая страница его сочиненія. Ср. также: Oettingen, *Moralstatistik*, I, стр. 118—128.

отклонения от средней представляются гораздо меньшими, чѣмъ, напр., въ данныхъ метеорологій или въ таблицахъ смертности.

Эти отклонения будутъ тѣмъ незначительнѣе, чѣмъ съ большею точностью выведена средняя, т. е., чѣмъ за большій періодъ взяты данныя, изъ которыхъ она выводится и чѣмъ однороднѣе эти данныя. При этомъ, это постоянство относится не только къ общимъ числамъ, но и къ ихъ спеціальнымъ подраздѣлениямъ; не только, напр., повторяется общее число самоубійствъ, но такое же постоянство мы можемъ наблюдать въ распредѣленіи самоубійствъ по возрасту, занятіямъ, временамъ года, даже по самымъ способамъ, которыми они были выполнены.

Въ виду этого постоянства и высказалъ Кетле, еще въ 1829 г., свое столь извѣстное и такъ часто извращаемое положеніе: что нѣтъ подати, которая бы уплачивалась съ такимъ постоянствомъ, какъ подать, платимая обществомъ преступленіями—эшафоту, тюрьмѣ... что мы можемъ напередъ предсказать, сколько чело- 2вѣкъ обогрѣтъ руки въ крови своихъ ближнихъ, сколько будетъ кражъ, поджоговъ и т. д.

Но въ какомъ смыслѣ пужно понимать эти, дѣйствительно не вполне удачно выбранныя положенія ⁸³⁾? Проповѣдуетъ ли въ нихъ Кетле, какъ приписываютъ ему (Моль, Неклюдовъ, отчасти Дробиншъ), полный застой социальной жизни, неподвижность этихъ явленій, и притомъ не только вопреки указаніямъ исторіи, но даже и въ противорѣчій съ тѣми цифровыми данными, надъ которыми работалъ Кетле?

Дѣйствительно, ничего подобнаго мы не встрѣчаемъ въ его изслѣдованіяхъ; говоря о постоянствѣ явленій, о возможности предсказаній, Кетле имѣетъ въ виду только практическое примѣненіе извѣстнаго принципа, на которомъ, между прочимъ, построена вся статистика, что дѣйствія пропорціональны ихъ причинамъ, и что результаты остаются неизмѣнными, если не измѣнились ихъ причины. Общество, говоритъ Кетле (I, 97), „содержитъ въ себѣ зародышъ всѣхъ, имѣющихъ совершиться, преступленій. Оно приготовляетъ ихъ, а виновный только инструментъ, приводящій въ исполненіе. Всякое общество предполагаетъ, слѣдовательно, извѣстное число и извѣстный порядокъ преступленій, которые протекаютъ, какъ необходимое послѣдствіе, изъ его организма. Это замѣчаніе на первый взглядъ представляется крайне неутѣшительнымъ, но при ближайшемъ анализѣ получаетъ совершенно иное значеніе, потому что оно указываетъ на возможность улучшения людей путемъ измѣненія ихъ учреждений, привычекъ, просвѣщенія, однимъ словомъ—всего того, что вліяетъ на ихъ социальную жизнь.“ „Законы (I, стр. 128), которые опредѣляютъ бытіе общества, не могутъ быть неизмѣнны; они видоизмѣняются, хотя и въ опредѣленныхъ границахъ, вмѣстѣ съ сущностью тѣхъ причинъ, отъ которыхъ происходятъ. Такимъ образомъ прогрессъ цивилизаціи необходимо долженъ измѣнить законы, относящіеся къ смертности, также какъ онъ долженъ вліять на физическую и нравственную природу чело- вѣка... Человѣческое общество должно стараться узнать причины, которые вліяютъ на общество и стараться регулировать ихъ вліаніе“. Но большею частію эти причины, вліяющія на нашу социальную систему, подвергаются измѣненіямъ крайне медленно, иногда въ теченіи цѣлыхъ столѣтій, и этимъ объ-

⁸³⁾ Такую же неудачную форму выбралъ Вагнеръ, *Gesetzmässigkeit*, стр. 44, олицетворяя это постоянство въ видѣ государства, въ которомъ всѣ эти социальные явленія совершаются по безусловно обязательному и неизмѣнному предписанію власти. Особенно ошибочно его замѣчаніе о томъ, что отдѣльныя лица выбираются для исполненія этихъ законовъ по жребію, такъ какъ въ дѣйствительности они опредѣляются суммою частныхъ причинъ и условий.

ясняется то постоянство, которое мы замѣчаемъ въ социальныхъ явленіяхъ и дается возможность предсказанія ихъ наступленія (II, стр. 364).

Эти положенія проводятся Кетле и въ изслѣдованіяхъ отдѣльныхъ явленій социальной жизни. Такъ, разбирая вопросъ о бракахъ, онъ говоритъ (II, стр. 323), что, зная, напр., что въ Бельгии въ теченіи пяти лѣтъ до 1846 года среднее число лицъ, отъ 25—30 лѣтъ, вступившихъ въ бракъ, было 2650, мы можемъ съ большою достовѣрностью предсказать, что такое же число браковъ будетъ и въ 1846 году; но, разумеется, эта достовѣрность будетъ гораздо меньше для 1847 и т. д., т.-е., другими словами, степень достовѣрности предсказанія будетъ въ обратномъ отношеніи къ отдаленности эпохи, о которой идетъ рѣчь. Далѣе, въ изслѣдованіи о самоубійствѣ (II, стр. 232 и сл.) Кетле постоянно останавливается на вопросѣ о чрезмѣрномъ возрастаніи самоубійствъ, указываетъ на связь этихъ явленій съ постепеннымъ развитіемъ роскоши, на соотношеніе его съ растущею цивилизаціею; наконецъ, въ силу тѣхъ же соображеній, говоря, напр., о движеніи преступности во Франціи въ періодъ 1826—40, Кетле неоднократно останавливается на вопросѣ о томъ, какое вліяніе на это движеніе могла имѣть революція 1830 года, говоритъ о вліяніи неурожаевъ, холеры и т. п.

Однимъ словомъ, всегда и вездѣ, Кетле высказываетъ одно основное положеніе: результаты останутся неизмѣнными, пока не измѣнятся ихъ причины, но если послѣднія подлежатъ перемѣнамъ, то, конечно, это измѣненіе отразится и на послѣдствіяхъ.

Также мало ведетъ къ фатализму и роковой неизбежности преступленій и теорія Кетле о наклонности къ преступленію, *penchant au crime*.

Говоря о томъ, что, напр., всякій французъ или бельгіецъ, всякое лицо даннаго возраста, даннаго социального положенія, имѣетъ опредѣленную наклонность къ преступленію, подлежащую измѣренію и исчисленію; что можно, напр., держать пари 1 противъ 188, что каждый французъ будетъ преданъ суду за проступки и 15 противъ 85, что онъ будетъ осужденъ (II, стр. 259), Кетле дѣйствительно даетъ возможность предположить⁸⁴⁾, что онъ разсматриваетъ наклонность, какъ органическую принадлежность человѣка извѣстнаго возраста, положенія и т. п., т. е. заставляеть сдѣлать такое предположеніе, которое можетъ повлечь за собою выводы странные и, очевидно, несостоятельные. Но, всматриваясь ближе, мы и здѣсь найдемъ, какъ мнѣ кажется, только неточность выраженій.

Наклонность къ преступленію или вообще къ какому-либо дѣйствию по Кетле означаетъ только вѣроятность совершенія преступленія лицомъ даннаго возраста, данной группы, сравнительное стремленіе къ совершенію преступления, предполагая, что побужденія и легкость выполненія равны (II, стр. 250), или, говоря общнѣе, — соотношеніе даннаго явленія съ общими началами, управляющими цѣлою серіею такихъ явленій; но очевидно, что въ такомъ положеніи вовсе не заключается признанія органической необходимости проявленія данной причины въ данномъ явленіи. Еслибы мы разсматривали дѣйствія опредѣленной личности независимо отъ индивидуальныхъ причинъ и условій, а только какъ продуктъ вліянія общихъ причинъ, то мы могли бы еще утверждать, что каждое лицо имѣетъ опредѣленную наклонность къ проявленію этихъ причинъ, но въ такомъ случаѣ была бы допущена неправильность послышки. «Законы, управляющіе социальными явленіями, не представляютъ ничего индивидуальнаго и могутъ быть примѣняемы къ отдѣль-

⁸⁴⁾ Въ этомъ смыслѣ понимаютъ ученіе о *penchant au crime* Н. Неклюдовъ, вступл., стр. 33; Янсонъ, в. с., стр. 105. Дробишъ, в. с., стр. 33, предлагаетъ замѣнить выраженіе *Hang*, другимъ *Verleitbarkeit*. Ср. также *Wahlberg*, *Individualisirung*, стр. 103.

нымъ личностямъ только въ опредѣленныхъ границахъ. Утверждать противное— это то же, что стараться на основаніи таблицъ смертности опредѣлить эпоху смерти отдѣльныхъ лицъ» (I, стр. 128).

На этомъ основаніи и самъ Кетле отличаетъ *tendance apparente* отъ *tendance réelle*. Чѣмъ подробнѣе будемъ мы изслѣдовать частныя условія и причины и сообразно съ ними опредѣлять степень наклонности, тѣмъ болѣе будутъ сближаться стремленіе дѣйствительное и кажущееся. Поэтому въ идеалѣ мы можемъ себѣ представить и ихъ отождествленіе, то-есть, имѣя въ виду всѣ причины, могущія оказать вліяніе на данное лицо, мы можемъ вычислить его наклонность къ преступленію, при благоприятныхъ къ тому условіяхъ.

Сообразно съ этими началами относится Кетле и къ ученію о свободѣ индивидуальной воли. Хотя Кетле не только въ своихъ обширныхъ сочиненіяхъ, но даже и въ спеціальному мемуарѣ 1847 года— „*De l'influence de libre arbitre de l'homme sur les faits sociaux*“, нигдѣ не касается метафизическаго изслѣдованія о существѣ и свойствахъ воли, но его взглядъ на значеніе этого фактора можетъ быть выведенъ изъ сопоставленія отдѣльныхъ его положеній.

Анализируя человѣческія дѣйствія, мы отбрасываемъ всѣ отдѣльныя условія и причины и останавливаемся только на общихъ, равно относящихся къ цѣлой группѣ изслѣдуемыхъ фактовъ, предполагая, что первыя, при значительномъ числѣ наблюдаемыхъ явленій, взаимно нейтрализуются. Но какъ скоро мы переходимъ къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ дѣйствій, то встрѣчаемся съ массою частныхъ причинъ, разнообразно видоизмѣняющихъ дѣйствіе общихъ законовъ. Эти причины Кетле называетъ *causes accidentales ou perturbatrices*, и къ числу ихъ относитъ и свободную волю (*libre arbitre*).

Но не трудно видѣть, что понятіе свободной воли не можетъ быть приравнено произволу, не можетъ заключать въ себѣ элемента самопочинности, неподчиненности общему закону причинности. „Отклоненія“, говоритъ Кетле (II, стр. 325), которыя существуютъ отъ средней, подлежатъ также дѣйствію извѣстнаго закона, который можетъ быть названъ закономъ случайныхъ причинъ“. Поэтому очевидно, что подъ свободною волею можно и должно понимать только извѣстную сумму частныхъ причинъ и условій⁸⁵⁾. «Возможность основанія моральной статистики и вывода изъ нея полезныхъ заключеній вполне зависитъ отъ цѣлноты того положенія, что свободная воля человѣка остается безъ всякаго видимаго результата, когда наблюденія распространяются на большее число индивидуумовъ» (II, стр. 147).

Но, разумѣется, такое пониманіе личной свободы не устраняетъ зависимости отдѣльныхъ дѣйствій отъ личности дѣйствующаго, не устраняетъ вліянія отдѣльнаго лица на социальныя явленія. Въ виду этого Кетле и говоритъ (II, стр. 316), что онъ вовсе не думаетъ, что человѣкъ ничего не можетъ сдѣлать для своего улучшенія, такъ какъ, несмотря на постоянство явленій, воля человѣческая можетъ измѣнять ихъ. «Какъ членъ общества, отдѣльное лицо каждую минуту подчинено общимъ причинамъ и уплачиваетъ имъ обыкновенную подать; но какъ человѣкъ, употребляя всю силу умственныхъ способностей, оно нѣкоторымъ образомъ господствуетъ надъ этими причинами, видоизмѣняя ихъ дѣятельность и стараясь приблизиться къ лучшему состоянію» (I, стр. 99). Эта сила, видоизмѣняющая дѣятельность общихъ причинъ, развивается съ развитіемъ человѣческаго ра-

⁸⁵⁾ Въ этомъ смыслѣ въ своей *Système sociale*, стр. 306, онъ даже говоритъ слѣдующее: „Я сознаюсь, что въ мірѣ не существуетъ ни одной случайной причины, но что всякая причина имѣетъ свое необходимое основаніе, какъ бы незамѣтно оно ни было; употребляя это выраженіе (*causes accidentales*), я хочу только сообразоваться съ общимъ языкомъ. Oettingen, *Moralstatistik*, стр. 173.

зума. Въ силу этой способности общество, взятое въ различные эпохи его существованія, оказывается видоизмѣненнымъ; мало того, это вліяніе чловѣка отражается даже на дѣйствіи законовъ окружающей насъ природы; даже замѣчаемое нынѣ увеличеніе средней чловѣческой жизни зависитъ не столько отъ дѣйствія естественныхъ факторовъ, сколько отъ самаго чловѣка (I, стр. 148).

Такова теорія Кетле, одинаково далекая и отъ фатализма и отъ принятія произвольности чловѣческихъ дѣяній. Спеціальнаго примѣненія этихъ взглядовъ къ ученію о наказаніи Кетле не дѣлаетъ. Онъ замѣчаетъ только, что это констатированіе законосообразности чловѣческихъ дѣяній должно имѣть огромное вліяніе на полицейскую и государственную дѣятельность, хотя мы теперь и не можемъ еще съ полною ясностью опредѣлить это вліяніе, подобно тому какъ не могъ Галлей, во время составленія имъ таблицъ смертности, предвидѣть ихъ будущее практическое значеніе. Наказаніе можетъ быть помѣщено въ разрядъ тѣхъ случайныхъ причинъ, которыя видоизмѣняютъ дѣйствіе другихъ болѣе общихъ элементовъ. «Хорошее законодательство и просвѣщенное управленіе могутъ, измѣняя существующій порядокъ, видоизмѣнить и тѣ факты, которые возбуждаются съ такимъ видимымъ постоянствомъ; а статистикъ можетъ опредѣлить, будутъ ли эти измѣненія вредны или полезны. Отсюда уже можно видѣть и важное значеніе законодателя и ту отвѣтственность, которая падаетъ на него за всѣ явленія общественной жизни» (II, стр. 337). «Несчастный, который кладетъ свою голову на эшафотъ или оканчиваетъ свою жизнь въ тюрьмѣ, является въ вѣкоторомъ родѣ очистительною общественною жертвою. Его преступленіе есть плодъ обстоятельствъ, въ которыхъ онъ находится; самая тяжесть наказанія есть новый ихъ результатъ. Но тѣмъ не менѣе наказаніе есть необходимое зло, какъ средство предупрежденія; нужно только желать, чтобы другія средства предупрежденія сдѣлались на столько дѣйствительными, чтобы менѣе было нужды прибѣгать къ наказанію» (II, стр. 428)⁸⁶.

31. Также не заслуженнымъ является упрекъ въ фатализмѣ, дѣлаемый другому, еще болѣе выдающемуся представителю того же взгляда на существо и характеръ чловѣческихъ дѣйствій, Боклю⁸⁷). При безпристрастномъ взглядѣ на его „Исторію цивилизаціи“ мы не отыщемъ въ ней ничего такого, что бы не было вполне согласно съ основными принципами нравственности и праваго порядка.

Исторія, изучая чловѣческія дѣйствія, не можетъ согласиться, по мнѣнію Бокля, ни съ доктриною метафизиковъ о свободѣ воли, ни съ ученіемъ теологовъ о предопредѣленіи, такъ какъ и то и другое, несмотря на ихъ распространенность, представляются равно бездоказательными.

Мы должны признать, что дѣйствія людей, опредѣляемые исключительно прошлымъ, носятъ характеръ единообразія, т.-е., что совершенно одинаковыя причины постоянно ведутъ къ совершенно одинаковымъ слѣдствіямъ. Такъ какъ всѣ эти предшествующія обстоятельства существуютъ или въ духѣ чловѣческомъ, или

⁸⁶) Того же взгляда держатся и другіе французскіе писатели: Дюфо, Герри. См. очеркъ ихъ взглядовъ на свободу воли у Oettingen'a, *Moralstatistik*, часть 1-я. Ср. также у Н. Неклюдова, *этуда*, стр. 8 и сл., подробныя доказательства того, что статистическія изслѣдованія не могутъ вести ни къ фатализму, ни къ отрицанію наказанія. Schmoller, *über die Resultate der Bevölkerungs- und Moralstatistik*. 1871, стр. 25. Совершенно туманна и ненаучна постановка этого вопроса у Haushofer'a, *Lehrbuch der Statistik*. 1872, стр. 449.

⁸⁷) Г. Бокль, *исторія цивилизаціи въ Англіи*, перев. К. Вестужева-Рюмина, 2 изд. 1864; разборъ его ученія у Oettingen'a. I, стр. 155—172, написанный исключительно съ теологической точки зрѣнія, прозрачно пристрастенъ.

внѣ его, то и всѣ его результаты, т.-е. всѣ перемѣны, которыми полна исторія, всѣ перевороты въ челоѳечествѣ, развитіе и паденіе народовъ, ихъ счастье и бѣдствія—все это результатъ двоякаго вліянія природы на челоѳка и челоѳка на природу.

Поэтомъ въ философской исторіи мы имѣемъ дѣло, съ одной стороны, съ духомъ челоѳическимъ, подчиняющимся законамъ собственнаго существованія и развивающимся, если онъ находится внѣ дѣйствія внѣшнихъ силъ, согласно съ условіями своего организма. Съ другой стороны, мы видимъ природу, тоже подчиняющуюся своимъ собственнымъ законамъ, но постоянно приходящую въ соприкосновеніе съ духомъ челоѳическимъ, возбуждающую страсти людей, подстрекающую ихъ разсудокъ и, вслѣдствіе того, дающую ихъ дѣятельности такое направленіе, какого она бы не приняла безъ внѣшняго вмѣшательства.

Изученіе этого взаимодѣйствія природы и челоѳка и составляетъ задачу исторіи. Въ странахъ низшей цивилизаціи, тропическихъ, главную роль играетъ побѣда природы надъ челоѳкомъ, но въ странахъ дѣйствительно цивилизованныхъ, въ Европѣ, мы встрѣчаемся съ противоположнымъ явленіемъ и съ побѣдою духа надъ природою. Поэтому изученіе законовъ европейской исторіи обращается въ изученіе законовъ челоѳического духа.

Развитіе общества и, слѣдовательно, торжество духа можетъ быть разсматриваемо въ двоякомъ отношеніи—въ нравственномъ и умственномъ. Что касается до перваго, то, какъ извѣстно, по мнѣнію Бокля, нравственные законы остаются неизмѣнными: основные принципы нашей нравственности не только пріурочиваются къ эпохѣ появленія христіанства, но были извѣстны еще и варварамъ задолго до начала нашей эры. Такимъ образомъ, весь прогрессъ состоитъ въ умственномъ развитіи: въ немъ заключается та общественная сила, которая вліяетъ на дальнѣйшее развитіе цивилизаціи. При этомъ это развитіе у каждаго народа происходитъ согласно суммѣ трехъ условій: 1) количества знаній, которыми владѣютъ люди наиболѣе развитые; 2) направленія знанія, т.-е. характера предметовъ, къ которымъ они относятся; 3) распространенія знанія и свободы, съ какою они проникаютъ въ отдѣльные классы (стр. 167).

Тѣмъ же путемъ опредѣляется характеръ и значеніе индивидуальной дѣятельности.

Бокль весьма пространно и часто говоритъ о постоянствѣ соціальныхъ явленій, основываясь по преимуществу на выводахъ Кетле и данныхъ французской статистики. Это постоянство относится ко всѣмъ, доступнымъ наблюденію нравственнымъ элементамъ общественной жизни и представляетъ уклоненія гораздо менѣе значительныя, чѣмъ замѣчаемъ мы, напр., въ статистикѣ смертности. Самоубійство, говоритъ Бокль, есть простой продуктъ всего состоянія общества: отдѣльный преступникъ только приводитъ въ исполненіе то, что является необходимымъ слѣдствіемъ предшествовавшихъ обстоятельствъ. При данномъ состояніи общества извѣстное число лицъ должно непременно наложить на себя руку—таковъ общій законъ. Вопросъ, кто будутъ эти лица, зависитъ отъ частныхъ законовъ, которые, впрочемъ, должны подчиняться главному общественному закону. Сила этого закона такъ велика, что ни любовь къ жизни, ни страхъ наказанія въ иномъ мѣрѣ не могутъ ничего сдѣлать для ограниченія его дѣйствій (стр. 21). Если мы и замѣчаемъ какія-либо отклоненія и колебанія, то ихъ причина заключается въ дѣйствіи меньшихъ законовъ, которые сталкиваются съ общимъ и измѣняютъ правильность его обнаруженія. Хотя дѣйствія людей и подчинены ихъ нравственнымъ чувствамъ и страстямъ, но эти чувства и страсти, будучи противоположны такимъ же чувствамъ и страстямъ другихъ, уравниваются ими, такъ что вліяніе ихъ въ общей суммѣ дѣлъ челоѳическихъ вовсе незамѣтно.

Эта сумма, разсматриваемая как цѣлое, управляется суммою знаній, которыми владѣть человечество.

Внимательнѣе всматриваясь въ эти положенія Бокля, и въ особенности въ его дальнѣйшее изложеніе исторіи цивилизаціи, мы увидимъ, что и онъ, также какъ и Кетле, признавая подчиненность дѣйствій человѣческихъ вліянію общихъ и частныхъ причинъ, отнюдь не проповѣдуетъ фатализма. Мы видѣли, какое огромное значеніе придаетъ онъ интеллектуальнымъ общественнымъ силамъ, какъ фактору прогресса; съ этой же точки зрѣнія смотритъ онъ и на отдѣльное лицо, приписывая ему вліяніе не только на будущую свою дѣятельность, но и на исторію цѣлаго народа ⁸⁸⁾.

32. Въ Германіи моральная статистика, какъ и положительная философія, едва наша себѣ укромный пріютъ среди безгранично царствующихъ тумановъ метафизики. Въ 1864 г. Вагнеръ жаловался на невниманіе, которое оказываютъ его соотечественники новой отрасли знанія, но тотъ же упрекъ остался справедливымъ и нынѣ, такъ какъ одна только материалистическая философія воспользовалась сколько-нибудь данными, добытыми Кетле и его школою. Но и эта немногочисленная нѣмецкая литература по моральной статистикѣ представляеть, относительно вопроса насъ занимающаго, значительное различіе ⁸⁹⁾.

Адолфъ Вагнеръ ⁹⁰⁾, наиболѣе содѣйствовавшій популяризованію идей Кетле въ Германіи и всего ближе держащійся его воззрѣній, не считаетъ возможнымъ разрѣшить, при помощи статистическихъ данныхъ, вопросъ о свободѣ или несвободѣ человѣческихъ дѣйствій.

«Въ существѣ дѣла», говоритъ онъ (стр. 47), «вѣковѣчный споръ, великая проблема свободы и необходимости является только въ новой формѣ, разсматривается съ новой точки зрѣнія; но и теперь эта проблема неразрѣшима. Мало того, съ признаніемъ законосообразности человѣческихъ дѣйствій, мы, повидимому, не только не приблизились къ разрѣшенію этой задачи, но ея трудности возросли еще болѣе. Открытіе законосообразности не устраняеть возможности принятія индивидуальной свободы, такъ какъ абсолютная необходимость дѣлать то или другое можетъ быть выведена, при помощи статистическихъ данныхъ, только для большаго числа индивидуумовъ. Но однако изъ общаго смысла его изслѣдованія можно видѣть, что Вагнеръ склоняется болѣе на сторону отрицанія, нежели утвержденія этой свободы; такъ какъ онъ самъ же говоритъ, что во всякомъ случаѣ статистическія изслѣдованія окончательно ниспровергли идею объ абсолютномъ производѣ людей, не подчиненномъ никакимъ правиламъ и законамъ. Его сомнѣнія вызываются только соображеніями о возможности культурнаго развитія общества его же силами и развитія человѣка путемъ сформированія его харак-

⁸⁸⁾ Идея о томъ, что преступленіе есть продуктъ общества, а не индивидуума, положена и въ основу теоріи Оуена; но такъ какъ онъ, основываясь на этомъ положеніи, оспариваетъ и самое право государства наказывать, то я и отнесъ его ученіе къ группѣ теорій, отрицающихъ право наказывать.

⁸⁹⁾ Я останавливаюсь, конечно, только на нѣкоторыхъ представителяхъ нѣмецкой литературы, поэтому я не касался сочиненій Валлеуса, Энгеля, Мейера, ни даже обширнаго изслѣдованія Oettingen'a, хотя и посвященнаго спеціально отношенію моральной статистики къ этикѣ. По взгляду своему на индивидуальную свободу — Эттингенъ всего ближе подходитъ къ Дробишу, а въ самой законосообразности социальныхъ явленій онъ видитъ печать проклятія, которая отъ поколѣнія въ поколѣніе проявляется въ падшемъ, требующемъ искупленія человѣчествѣ.

⁹⁰⁾ Wagner, die Gesetzmässigkeit, 1864; его же Art. „statistik“, въ словарѣ Блюнчли и Братера.

тера; т.-е. его возраженія направляются, въ существѣ, не противъ отрицанія свободы, а противъ признанія фатализма.

Гораздо послѣдовательнѣе развилъ воззрѣнія школы Кетле Лёвенгардтъ ⁹¹⁾, соединившій выводы статистики съ началами материалистической философіи.

Моральная статистика, по мнѣнію Лёвенгардта (стр. 246 и сл.) не можетъ допустить существованія свободной воли въ отдѣльномъ человѣкѣ, такъ какъ въ такомъ случаѣ всѣ ея выводы о законосообразности общихъ чиселъ теряютъ свою почву, да притомъ статистика не можетъ представить никакихъ соображеній въ доказательство такой свободы. Стараясь согласить съ этимъ понятіемъ явленія соціальной жизни, она по необходимости должна прибѣгать къ самымъ неестественнымъ объясненіямъ. Наши такъ называемыя свободныя, нравственными мотивами опредѣляемыя дѣйствія, вызываются всегда соціальнымъ и политическимъ бытомъ той среды, которая насъ окружаетъ. Но если мы предположимъ, что среда есть сила, формирующая личность, то отсюда уже нужно заключить, что всѣ субъективныя особенности отдѣльной личности являются также болѣе или менѣе отпечатками духа времени и состоянія народа, къ которому эта личность принадлежитъ. На этомъ основаніи поступки человѣка не могутъ отличаться отъ его субъективности и качествъ, сообщенныхъ ему соціальными отношеніями, и необходимо должны входить въ общее правильное и стройное развитіе того порядка, которому подчинена вселенная.

Воля наша (стр. 57) есть ни что иное, какъ результатъ возбужденія, достигшаго известной энергіи. Если человѣкъ и дѣйствуетъ вопреки своимъ склонностямъ, то это происходитъ не въ силу свободнаго опредѣленія, но въ силу какого-либо другаго, болѣе сильнаго, а потому и опредѣляющаго возбужденія; и хотя человѣкъ и имѣетъ способность выказывать известное господство надъ массою возбужденныхъ представленій, но эта власть имѣетъ свои твердыя границы, какъ въ содержаніи нашего разума, такъ и въ силѣ возбужденія; поэтому идея о свободной волѣ оказывается ненужною роскошью въ психическомъ хозяйствѣ человѣка.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ Löwenhardt не признаетъ и фатализма въ общественныхъ явленіяхъ. Напротивъ того, онъ повторяетъ слова Ваппеуса (стр. 276), что эти причины, направляющія событіями, а въ частности преступленіями, зависятъ какъ отъ общества, такъ и отъ вліянія отдѣльнаго лица.

Но всего подробнѣе и обстоятельнѣе разсматриваетъ вопросъ объ отношеніи моральной статистики къ ученію о свободѣ гербартианецъ Дробишъ ⁹²⁾.

Хотя его безусловное постулированіе индивидуальной свободы далеко не вполне вяжется съ изложенными у него выводами моральной статистики, но сами эти выводы, сложившіеся подъ очевиднымъ вліяніемъ позитивныхъ воззрѣній Джона Стюарта-Милля, представляютъ весьма много любопытнаго для разрѣшенія вопроса о вмѣняемости, такъ что я считаю нелишнимъ привести ихъ въ извлеченіи.

Разсматривая результаты моральной статистики, Дробишъ (стр. 53) приходитъ къ слѣдующимъ положеніямъ:

1) Законосообразность человѣческихъ дѣйствій, на которую указываетъ статистика, является продуктомъ хотя и постоянныхъ, но измѣняемыхъ причинъ, а потому отнюдь не свидѣтельствуетъ о существованіи какой-либо неодолимой, гнетущей фаталистической силы.

⁹¹⁾ Löwenhardt, die Identität der Moral- und Naturgesetze. 1863. Разборъ его началъ, впрочемъ весьма слабый, у Vorländer'a, moralische Statistik und die sittliche Freiheit in Tübinger Zeitschr. für gesam. Staatswissensch., Н. IV, стр. 477. См. также указанія у Гессера, в. с., стр. 247; Янсона, в. с., стр. 149 и сл.

⁹²⁾ Drobisch, die Moralstatistik und die menschliche Willensfreiheit. 1867.

2) Эта законосообразность относится только къ извѣстной категоріи произвольныхъ дѣйствій и къ небольшой части народонаселенія данной страны.

3) Стремленіе къ совершенію подобныхъ дѣяній заключается или въ человѣческой природѣ вообще, или въ особомъ предрасположеніи, зависящемъ въ свою очередь или отъ племенныхъ и индивидуальныхъ качествъ лица, или отъ его общественного положенія и прежней жизни.

4) Осуществленіе же этого стремленія обусловливается силою побужденій къ дѣйствію, удобствомъ выполненія и степенью противодѣйствія, зависящаго отъ обдуманности и нравственнаго развитія лица.

5) Постоянство статистическихъ цифръ указываетъ на то, что въ большомъ обществѣ остаются изъ года въ годъ неизмѣнными, съ одной стороны, побужденія и удобства исполненія, а съ другой, — число лицъ, не имѣющихъ основанія сопротивляться или обладающихъ нравственнымъ сопротивленіемъ въ слишкомъ слабой степени.

6) Побужденія и удобства выполненія зависятъ отчасти отъ естественныхъ условій страны, отчасти отъ условій социальныхъ, и въ томъ и въ другомъ отношеніи эти условія подлежатъ измѣненію, хотя и весьма медленному.

7) Точно также нравственное и умственное развитіе, которое даетъ силу противиться искушенію, зависитъ отъ социальныхъ условій, отъ общественной организаціи. Но общественный строй также подлежитъ измѣненіямъ въ хорошую или дурную сторону, а вмѣстѣ съ тѣмъ уменьшается или увеличивается количество безнравственныхъ поступковъ.

8) Нравственная статистика знаетъ только дѣянія, зависящія отъ извѣстныхъ мотивовъ; поэтому, если подъ свободною волею мы будемъ понимать волю, дѣйствующую безъ достаточныхъ основаній, то статистика не можетъ признать существованіе таковой.

9) Но статистика не можетъ разрѣшить вопроса о томъ, можетъ ли воля во всякое время опредѣляться разумными основаніями и противиться всякому побужденію къ совершенію противозаконныхъ дѣйствій; такъ какъ эти внутренніе психическіе мотивы дѣйствій не подлежатъ ея обслѣдованію.

На основаніи этихъ соображеній разбираетъ далѣе Дробишъ ученіе о свободѣ воли, въ особенности останавливаясь на доводахъ защитниковъ практической и метафизической свободы, начиная съ Канта, и на вопросѣ о вліяніи человѣческаго характера на его дѣйствія, и приходитъ въ своемъ изслѣдованіи къ слѣдующимъ результатамъ (стр. 103):

1) Абсолютная свобода воли, самоопредѣляемость не существуетъ. Она не мыслима безъ противорѣчій и отнюдь не составляетъ необходимаго предположенія нашего сознанія. Мало того, если бы существованіе ея было и доказано, то оно не имѣло бы никакого нравственнаго значенія.

2) Воля не можетъ существовать безъ опредѣленнаго предмета хотѣнія, безъ сознательнаго направленія, будетъ ли оно опредѣлено какими-либо предметами, имѣющими цѣнность, или какими-либо идеями. Нѣтъ воли безъ мотивовъ.

3) Человѣкъ имѣетъ способность обдумать, прежде чѣмъ рѣшиться на совершеніе какого-либо факта, вредно или полезно, справедливо или не справедливо, благородно или низко, хорошо или худо то, что ему предстоитъ сдѣлать. Онъ проявляетъ въ этомъ самообладаніе, котораго источникъ лежитъ въ стремленіи избѣгать раскаянія.

4) Въ этой способности лежитъ двоякая свобода: во-1-хъ, свобода и независимость мышленія; во-2-хъ, свобода, проявляющаяся въ возможности своею волею задержать на извѣстное время какое-либо желаніе. Но такъ какъ такое задержаніе имѣетъ опредѣленную цѣль — разсмотрѣть путемъ обдумыванія допусти-

мость желаемого, то и въ этомъ случаѣ воля только относительно, а не абсолютно свободна.

5) Человѣкъ не подчиняется однако необходимо результатамъ своего размышленія: повидимому онъ свободно дѣлаетъ выборъ, но въ дѣйствительности этотъ выборъ зависитъ отчасти отъ характера человѣка, отчасти отъ внѣшнихъ причинъ, возбуждающихъ его желаніе.

6) Въ человѣческомъ я лежатъ разнообразныя и частью противоположныя опредѣленія (Dispositionen) къ хотѣнію и дѣйствію. Преобладающія опредѣленія образуютъ характеръ человѣка, который можетъ быть или твердо опредѣлившійся, или колеблющійся. Но человѣкъ не всегда слѣдуетъ своимъ преобладающимъ склонностямъ: для этого необходимо, чтобы возбужденіе было съ ними однородно или хотя противоположно, но сравнительно слабо. Въ противномъ случаѣ внѣшнее возбужденіе можетъ придать силу слабой склонности, съ нимъ однородной, дать ей перевѣсъ и сдѣлать мотивомъ дѣйствія.

7) Мотивы, такимъ образомъ, зависятъ частію отъ причинъ постоянныхъ—характера человѣка, частію отъ переменныхъ, каковы, напр., перемены въ его тѣлѣ, окружающая природа, соціальныя явленія.

8) Хотя характеръ человѣка и является постояннымъ сравнительно съ этими, часто смѣняющимися влияніями, но и онъ во всякомъ случаѣ подлежитъ переменамъ. Его развитіе въ свою очередь обусловлено преобладаніемъ нравственныхъ или безнравственныхъ элементовъ, а это зависитъ: частію отъ природенныхъ способностей, благоприятствующихъ или не благоприятствующихъ господству нравственности, частію отъ воспитанія и жизненной обстановки, частію отъ собственного хотѣнія, какъ результата раскаянія или произвольнаго самоосужденія.

9) Каждый человѣкъ, уразумѣвшій безусловную и непреходящую цѣнность добра и свою обязанность сдѣлать добро высшею нормою своихъ желаній и дѣйствій, долженъ стремиться достигнуть дѣйствительно этого господства, долженъ стараться обезпечить его сохраненіе развитіемъ въ себѣ твердаго нравственнаго характера. Черезъ это человѣкъ сдѣлается нравственно свободнымъ, т. е. независимымъ отъ принужденія своей природы или увлеченія страстей, сдѣлается готовымъ противостоятъ всякимъ внезапнымъ увлеченіямъ и соблазнамъ. Но эта свобода не есть свобода воли; она предполагаетъ даже въ себѣ необходимость дѣйствовать согласно нравственнымъ убѣжденіямъ.

10) Но такъ какъ развитіе нравственнаго характера или исправленіе испорченнаго зависитъ отъ влиянія другихъ, то такая помощь является обязанностью каждаго и высшею задачею человѣческаго общества.

33. Таковы въ общихъ чертахъ теоріи главнѣйшихъ представителей такъ называемой системы нецессаріанизма.

Выдѣляя изъ этой группы ученія, неправильно къ ней относимыя, т. е. останавливаясь только на признающихъ безусловную необходимость человѣческихъ дѣйствій, безусловную тождественность явленій физическаго міра и явленій соціальныхъ, мы можемъ сдѣлать слѣдующіе выводы объ отношеніи этихъ ученій къ праву уголовному.

Прежде всего нельзя не замѣтить, что ни одна изъ этихъ теорій не отрицаетъ ни права государства наказывать, ни необходимости наказанія; а потому весь вопросъ сводится къ опредѣленію ими условій вѣдмости и существа наказанія.

Что касается до перваго вопроса, то эти теоріи неминуемо должны отрицать

понятіе особаго вмѣненія внутренняго, а признавать только вмѣненіе внѣшнее, фактическое, т.-е. простое приписаніе даннаго факта лицу, какъ причинѣ, его производящей. На этомъ основаніи преступленіе, какъ дѣяніе вредоносное, можетъ быть отличаемо отъ такихъ же дѣйствій природы только случайнымъ признакомъ, а именно тѣмъ, что оно есть дѣйствіе человѣка. Но затѣмъ уже теряется всякая возможность отличить преступленіе отъ вредныхъ дѣйствій сумасшедшаго, ребенка и т. д., а вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлается совершенно излишнимъ всякое изслѣдованіе въ уголовномъ правѣ способности ко вмѣненію и причинѣ ее уничтожающихъ.

Такое воззрѣніе не можетъ не отразиться и на понятіи о существѣ наказанія. Разумѣется, на этой почвѣ нѣтъ мѣста теоріямъ необходимости наказанія, смотрящимъ на него, какъ на атрибутъ преступленія, такъ какъ это ученіе отрицаетъ самое основаніе такого взгляда—способность къ свободному выбору между добромъ и зломъ. Единственная попытка въ этомъ направленіи школы теологической не только не выдерживаетъ критики, но и не соответствуетъ даже понятію строго-абсолютной теоріи, такъ какъ, признавая единственною основою наказанія предопредѣленіе, оно, въ существѣ дѣла, признаетъ соотношеніе преступленія съ наказаніемъ фактомъ случайнымъ, а не необходимымъ. Поэтому наказаніе, по теоріи нецессарианцевъ, должно быть утилитарно. Но какова же его цѣль? Конечно, въ подобномъ случаѣ нельзя говорить о реформѣ, при помощи наказанія, самаго преступника или другихъ лицъ, могущихъ явиться правонарушителями; понятіе реформы предполагаетъ для человѣка возможность дѣйствовать подъ вліяніемъ собственныхъ соображеній, т.-е. предполагаетъ различіе дѣйствій человѣка по крайней мѣрѣ отъ явленій міра неорганическаго. Поэтому, съ точки зрѣнія этого ученія, единственною цѣлью наказанія можетъ быть общественное успокоеніе, обезпеченіе общества отъ преступника и притомъ въ двойной формѣ. Прежде всего, наказаніе является удовлетвореніемъ животнаго инстинкта общества, того же чувства, въ силу котораго примитивный человѣкъ наказывалъ неодушевленные предметы, животное. Всего полнѣе представляетъ этотъ моментъ Iosh, сравнивая наказаніе съ умерщвленіемъ блохи, комара и т. п. Но было бы несправедливо обвинять всѣхъ сторонниковъ этой школы въ такомъ узкомъ и очевидно несостоятельномъ взглядѣ на наказаніе. Охрана общественная можетъ быть не только осуществленіемъ инстинкта, но результатомъ сознательныхъ дѣйствій общества. Всякое дѣйствіе, почему либо считающееся вреднымъ и опаснымъ для общества, вызываетъ волненіе и безпокойство, опасеніе каждаго за свои права, и успокоеніе этого волненія и составляетъ задачу наказанія. Такимъ образомъ, эта школа, разсматривая наказаніе, какъ специальное орудіе борьбы общества съ послѣдствіями вредныхъ для него фактовъ, выдвигаетъ на первый планъ одинъ изъ дѣйствительно существенныхъ моментовъ наказанія; но она не даетъ возможности провести границу между наказаніями и другими видами государственной охранительной дѣятельности, напр. мѣрами, принимаемыми противъ холеры, пожара, буйнаго умопомѣшаннаго и т. п. Она отождествляетъ дѣйствія по существу своему только подобныя, а потому и не можетъ служить основаніемъ для рациональной теоріи наказанія.

Но теорія эта не только односторонняя, но и не вѣрна въ самихъ своихъ исходныхъ положеніяхъ, такъ какъ болѣе глубокое изученіе социальныхъ явленій не даетъ намъ возможности признать безусловную тождественность ихъ съ явленіями природы, а указываетъ на нѣкоторыя, для насъ весьма существенныя, видовыя отличія⁹²⁾.

⁹²⁾ Ср. по поводу теоріи обезпеченія отъ преступниковъ, Ruf, die Criminaljustiz. III, die Zukunft der Strafrechtspflege.

34. Такимъ образомъ рациональная теорія наказанія возможна только при признаніи въ дѣйствіяхъ людей простой законосообразности, подчиненія ихъ общему началу достаточной причины. Основной аргументъ этого воззрѣнія состоитъ въ томъ, что хотя, при наличности данной суммы причинъ и условій, возникновеніе извѣстнаго явленія безусловно неизбѣжно, но самыя факторы, вызывающіе это явленіе, несомнѣнно подлежатъ измѣненію. Во всемъ томъ, что относится къ индивидуальнымъ дѣйствіямъ лицъ, въ частности къ преступленіямъ, такое измѣненіе можетъ отчасти совершаться и подъ вліяніемъ дѣйствій самаго общества и даже отдѣльнаго индивидуума, а въ числѣ средствъ, посредствомъ которыхъ дѣйствуетъ общество, заключается и наказаніе.

По замѣчанію Джона Стюарта Милля ⁹⁴⁾, въ основаніи всего, повидимому, безконечнаго спора о свободѣ и необходимости человѣческихъ дѣйствій лежитъ злоупотребленіе терминами. Въ этомъ спорѣ, по его мнѣнію, можно видѣть замѣчательный примѣръ власти, которую имѣетъ языкъ надъ нашими ассоціаціями идей: мы постоянно забываемъ, что понятіе свободы имѣетъ своимъ противоположеніемъ обусловленность, зависимость, а понятіе необходимости—случайность, и перемѣшиваемъ свободу съ случайностью, обусловленность съ необходимостью ⁹⁵⁾.

„Конечно, никто не станетъ сомнѣваться въ томъ“, продолжаетъ Милль далѣе, „что все, что бы ни случилось, не могло не случиться, если не было ничего такого, что способно бы было помѣшать случившемуся“; но весьма часто не довольствуются этимъ, а прибавляютъ еще, „что и бесполезно противиться тому, что будетъ: оно случится, какъ бы мы ни старались ему воспрепятствовать“. Слишкомъ часто злоупотребляютъ сходствомъ силъ, которыя управляютъ дѣйствіями человѣка и тѣми силами природы, которыхъ результаты дѣйствительно бываютъ неотвратимы и переносятъ атрибуты одного отношенія на другое. Между тѣмъ, „когда мы говоримъ, что всѣ человѣческія дѣйствія происходятъ необходимо, то подразумеваемъ только, что они навѣрное случатся, если ничто не помѣшаетъ; а когда мы говоримъ, что кто не получитъ пищи, тотъ необходимо умретъ съ голода, то думаемъ, что это непременно случится, что бы мы ни дѣлали въ предупрежденіе слѣдствія“.

„Въ жизни весьма немногіе вѣрятъ, и еще меньшее число дѣйствительно чувствуетъ, что въ причинности не заключается ничего, кромѣ неизмѣнной, достовѣрной и безусловной послѣдовательности; напротивъ, воображеніе наше старается представить намъ всегда существованіе какой-то болѣе тѣсной связи, какого-то таинственнаго принужденія, производимаго предыдущимъ на слѣдующее. Поэтому, когда говорятъ, что воля управляется суммой мотивовъ, то по большей части имѣютъ въ виду не одно только сужденіе о томъ, что, зная побужденія и нашу воспримчивость къ нимъ, можно предсказать, какъ мы захотимъ поступить, а нѣчто болѣе принудительное“.

⁹⁴⁾ Д. С. Милль, система логики. Пер. Резенера. 1867, книга VI, глава 2-я. Его же, обзоръ философіи Вильяма Гамильтона. Пер. Хмѣлевскаго, 1869 г., глава XXVI. Эти сочиненія положены въ основу защищаемаго мною взгляда.

⁹⁵⁾ Ср. О значеніи терминовъ: „свобода и необходимость“, — Троицкій, нѣмецкая психологія въ текущемъ столѣтіи. 1867, стр. 264 и сл.

А между тѣмъ, только различая эти виды проявленія закона причинности, мы можемъ составить себѣ вѣрное представленіе объ окружающемъ насъ мірѣ конечныхъ явленій. Во-1-хъ, мы встрѣчаемъ здѣсь предметы и явленія міра неорганическаго, лишенные самодѣтельности и саморазвитія, всецѣло подчиненные дѣйствію внѣшнихъ для нихъ законовъ, которые притомъ имѣютъ безусловно принудительную силу. Во-2-хъ, предметы царства растительнаго, обладающіе саморазвитіемъ, но не самодѣтельностью, и проявляющіе, кромѣ законовъ внѣшнихъ, физическихъ, и законы, такъ-сказать, внутренніе, ихъ собственнаго органическаго бытія. Наконецъ, въ-3-хъ, наиболѣе сложные предметы животнаго царства, въ которыхъ къ двумъ первымъ категоріямъ силъ, ими управляющихъ, физическихъ и органическихъ, присоединяется еще третья группа силъ душевныхъ: инстинктъ, сознаніе, мышленіе. Ничтожная въ низшихъ представителяхъ этого царства, составляющихъ какъ бы переходъ отъ растений къ животнымъ, эта сила получаетъ все болѣе и болѣе значенія, чѣмъ выше поднимаемся мы по іерархическимъ ступенямъ животныхъ организмовъ, и достигаетъ господства и преобладанія въ человѣкѣ, какъ въ послѣднемъ звенѣ творенія: здѣсь оно получаетъ даже какъ бы качественно отличную форму—самосознаніе.

Но признавая дѣйствія человѣка наиболѣе сложными явленіями конечнаго міра, мы отнюдь не можемъ утверждать, чтобы каждое изъ его дѣйствій являлось продуктомъ всѣхъ трехъ указанныхъ выше категорій законовъ, а въ частности, чтобы каждое дѣйствіе было проявленіемъ самосознанія. Въ самомъ дѣлѣ, какаго бы воззрѣнія на волю мы ни держались, мы не можемъ не признать, что въ жизни человѣка существуетъ весьма многочисленный рядъ явленій, не зависящихъ отъ нашей воли. Стоитъ только вспомнить процессы, совершающіеся въ насъ подъ вліяніемъ тепла, свѣта, тяжести, рядъ физиологическихъ и патологическихъ явленій организма, наконецъ, цѣлую серію такъ-называемыхъ рефлексивныхъ движеній, исключительно зависящихъ отъ нашей нервной организаци. Не можемъ же мы видѣть продукта воли въ удобѣхъ, вызванной шекотаніемъ, въ опусканіи вѣкъ—при мгновенномъ приближеніи чего-либо блестящаго къ нашимъ глазамъ и т. п. Какъ часто воля, для того чтобы получить возможность осуществленія, должна прибѣгать къ старательному упражненію, навыку. Какъ бы сильно не было въ насъ желаніе пробалансировать на канатѣ, мы все-таки не въ состояніи выполнить это, и въ движеніяхъ гимнаста проявляется не одна его воля, а и приобрѣтенная ловкость ⁹⁶⁾.

Такимъ образомъ, дѣйствія человѣка распадутся на двѣ категоріи: на подчиненныя вліянію нашего сознанія и независимыя отъ него ⁹⁷⁾. Обѣ эти группы представляютъ, впрочемъ, только видовыя отличія, сливаясь въ одно цѣлое общимъ родовымъ признакомъ,—подчиненіемъ закону достаточной причины. Отказавшись отъ принятія пищи, человѣкъ, по прошествіи опредѣленнаго срока,

⁹⁶⁾ Интересные примѣры такихъ явленій, не подчиненныхъ волѣ, приведены у Сѣченова, психологическіе этюды 1873, кому и какъ разрабатывать психологію, стр. 208.

⁹⁷⁾ Какъ бы въ средѣхъ между рефлексивными и волевыми дѣйствіями лежатъ продукты разстроенной психической дѣятельности. По формѣ, эта дѣятельность сознательная, по содержанію—безсознательная; дѣйствія человѣка становятся по существу своему рефлексивными, хотя ихъ мотивомъ является повидимому внутренняя психическая работа. Замѣчу при этомъ, что я противоположаю рефлексивныя движенія произвольнымъ только въ виду источниковъ ихъ возникновенія или, такъ сказать, ихъ содержанія, и вовсе не касаюсь самаго процесса выполненія этихъ дѣйствій. Защищаемыя далѣе положенія останутся неизмѣнными и тогда, когда мы признаемъ одинаковую машинообразность всѣхъ психическихъ процессовъ. Ср. въ особенности Сѣченовъ, рефлексъ головного мозга, 2-е изд. 1873 г., а также статью Гринингера 1843 г., О психическихъ рефлексахъ. Ср. Koestlin, Revision, стр. 192—6 и сл.

умреть, человекъ умственно и нравственно развитый, при отсутствіи какого-либо чрезмѣрно сильнаго искушенія, не совершить преступленія. Оба эти факта сходны въ томъ, что то, что совершилось въ данномъ мѣстѣ, въ данное время и при данныхъ обстоятельствахъ, могло совершиться только такъ, какъ оно совершилось; въ этомъ отношеніи послѣдній примѣръ безусловно тождественъ съ первымъ. На основаніи ученія о философской необходимости, говоритъ Милль ⁹⁸⁾, если даны мотивы, присутствующіе въ душѣ недѣлимаго, и даны также его характеръ и настроеніе, то безошибочно можно рѣшить, какъ онъ поступитъ; мы можемъ предсказать его поведеніе съ такою же достовѣрностью, съ какою мы предсказываемъ любое физическое явленіе. Но рядомъ съ этимъ сходствомъ между двумя категоріями человѣческихъ дѣйствій существуетъ и не менѣе важное различіе, заключающееся въ характерѣ причинъ, ихъ вызывающихъ. Дѣйствія, силы физическихъ и органическихъ по большей части неизмѣнны и неотвратимы. Даже тамъ, гдѣ человекъ или общество отдаляетъ или даже устраниваетъ проявленіе какого-либо физического закона, оно достигаетъ этого не путемъ измѣненія самихъ силъ, заправляющихъ явленіями, а только созданіемъ или, наоборотъ, устраненіемъ такихъ условий, которыя могутъ задержать, измѣнить или содѣйствовать ихъ проявленію. Совѣмъ иными представляются намъ продукты силъ психическихъ, тѣ дѣйствія, которыя мы называемъ актами воли, когда человекъ опредѣляется къ дѣйствию, повидимому, изъ себя, по собственнымъ побужденіямъ. Всякое волимое дѣйствіе человека является или прямымъ продуктомъ впечатлѣнія, вызвавшаго у него какое-либо желаніе, или осуществленіемъ инаго мотива, отличнаго или даже противоположнаго впечатлѣнію. Самый же выборъ мотива, въ свою очередь, зависитъ отъ разнообразныхъ причинъ: отъ степени энергіи самаго впечатлѣнія и побужденія; отъ большей или меньшей впечатлительности субъекта, отъ свойствъ его нервной организаци; отъ большаго или меньшаго развитія способности сдерживать первое побужденіе и подвергать его всестороннему разсмотрѣнію, наконецъ, отъ объема и характера тѣхъ идей и свѣдѣній, которыя могутъ быть употреблены индивидуумомъ при обсужденіи возникшаго побужденія. Если человекъ руководствуется впечатлѣніемъ, то это означаетъ, что или его вліяніе совпало съ характеромъ преобладающаго настроенія лица, съ господствующими въ его умѣ идеями и представленіями, съ существующими въ немъ наклонностями и антипатіями; или же, что энергія впечатлѣнія была настолько сильна, что парализовала всѣ противоположныя, задерживающіе элементы. Тамъ же, гдѣ дѣятельность опредѣляется мотивами, противоположными впечатлѣнію, — необходимо должно существовать обратное отношеніе настроенія и побужденія. Однимъ словомъ, какъ говоритъ Маудсли, для признанія возможности волимыхъ дѣяній необходимы два условія: во-1-хъ, извѣстная сумма идей и способность пользоваться ими, при помощи ихъ сочетанія и противоположенія, и во-2-хъ, надлежащая выработка личности или характеръ, который давалъ бы средства сдѣлать рѣшительный выборъ между борющимися мыслями и желаніями. Но оба эти элемента, очевидно, не представляютъ чего-либо неизмѣннаго, абсолютнаго ⁹⁹⁾.

⁹⁸⁾ Логика, стр. 407; Маудсли, в. с., стр. 187, прибавляетъ, что человекъ, познакомившійся съ пружинами поведенія другаго лица, могъ бы управлять имъ, наперекоръ его свободной волѣ, какъ автоматомъ, дѣйствуя на преобладающія страсти, интересы или принципы. См. также Вундтъ, в. с., лекція 56.

⁹⁹⁾ „Поэтому“, говоритъ Вундтъ, в. с., II, стр. 515, „внѣшніе факторы, опредѣляющіе волю, мы называемъ только мотивами, а не причинами. Причина производитъ слѣдствіе съ роковою необходимостью, а мотивъ — нѣтъ“. Болѣе подробный обзоръ психологическихъ процессовъ, обуславливающихъ то, что мы называемъ актомъ воли, лежитъ, конечно, внѣ задачи настоящаго курса. Ср. любопытныя замѣчанія о существѣ воли у

Относительно возможности измененія объема и содержанія нашего сознанія и самой способности оперировать надъ существующимъ уже запасомъ свѣдѣній—нѣтъ и спора; его измененіе есть задача образованія и развитія, совершаемое силами самаго лица или общества, путемъ воспитанія или жизни, указаній опыта; но то же самое нужно сказать и о характерѣ. «Наше я, которое въ немъ выражается, есть не что иное, какъ абстракція, совмѣщающая въ себѣ слѣды всѣхъ прежнихъ чувствъ, мыслей, желаній, — комбинація, которая постоянно мѣняется и становится все болѣе и болѣе сложною». Характеръ человѣка есть совмѣстный плодъ его организациі и воспитанія, а потому и зависитъ въ послѣднемъ отношеніи какъ отъ среды, въ которой находится данное лицо, такъ и отъ него самаго, а потому и подлежитъ измененію какъ со стороны общества — измененіемъ той обстановки, въ которой находится данное лицо, такъ и со стороны самаго индивидуума — путемъ саморазвитія. Характеръ, замѣчаетъ Милль¹⁰⁰), образуется обстоятельствами, но собственное желаніе человѣка сформировать его извѣстнымъ образомъ есть одно изъ этихъ обстоятельствъ и играетъ далеко не послѣднюю роль.

Конечно, все вышесказанное вполне можетъ быть примѣнено и къ преступленію; но чтобы еще яснѣе поставить развиваемое мною положеніе, я позволю сдѣлать нѣкоторыя спеціальныя указанія. Не всякое человѣческое дѣйствіе, причиняющее вредъ обществу или другому лицу, или нарушающее какіе-либо интересы, пользующіеся юридическою охраною, мы считаемъ преступленіемъ. Представимъ себѣ, что кто-либо, идя по скользяму мѣсту, спотыкнулся и уронилъ другаго; человѣкъ, котораго зашекетали, выпустилъ изъ рукъ чужую вещь и та разбилась; кто-либо, подъ влияніемъ разстройства желудка, нарушилъ правила приличія и полицейскій запретъ; сумасшедшій совершилъ поджогъ; человѣкъ въ порывѣ страсти выстрѣлилъ въ другаго, привелъ въ исполненіе долго обдумываемый имъ планъ кражи и т. п. Всѣ эти случаи имѣютъ прежде всего одну общую внѣшнюю черту: они могутъ вызывать — и по большей части вызываютъ — извѣстныя мѣры со стороны общества въ защиту его благъ и интересовъ, мѣры, которыя входятъ въ общее понятіе охранительной дѣятельности. Но въ самыхъ этихъ мѣрахъ существуетъ значительное разнообразіе. Во-1-хъ, сюда войдутъ, напр., заботы о томъ, чтобы мѣста скользкія были посыпаны пескомъ, чтобы въ городахъ возможно часто были устроены *commodité* и т. п., т.-е., говоря общіе, войдетъ созданіе такихъ условій, при которыхъ проявленіе силъ физическихъ можетъ быть отклонено, если, конечно, спеціальныя условія даннаго факта или особенныя свойства проявившейся силы допускаютъ возможность такого отклоненія. Во-2-хъ, тамъ, гдѣ вредъ причиненъ большимъ, временно или постоянно умственно-разстроеннымъ, общество озабочится объ его излеченіи, если это возможно; учредить особый надзоръ за больнымъ, если можно опасаться отъ него повторенія въ будущемъ такихъ же поступковъ и т. д. Наконецъ, въ-3-хъ, тамъ, гдѣ въ

Маудсли, физиологія и патологія души. Пер. И. Исанина, 1871 г., глава VII-я; Fischer, über die Freiheit des menschlichen Willens. 1858; Wahlberg, Individualisirung, стр. 62 и сл.

¹⁰⁰) Логика, стр. 411. Далѣе онъ указываетъ, что очень часто смѣшиваютъ желаніе изменить характеръ съ способностью такого измененія. Желаніе, которое ведетъ насъ къ усиліямъ образовать характеръ, дѣйствительно создается извнѣ, путемъ опыта; но думать, что мы не имѣемъ силы изменить нашъ характеръ и думать, что мы не употребимъ нашей силы, пока не пожелаемъ это сдѣлать — суть двѣ мысли, совершенно различныя. Wahlberg, Individualisirung, стр. 64 говоритъ: „На этой возможности избѣгать, посредствомъ строгаго воспитанія и развитія характера, опасности природенныхъ несчастныхъ склонностей, основывается вся отвѣтственность и вмѣлительность“.

дѣйствиі проявилась неспособность сдерживать свои порывы, или наличность у виновнаго мотивовъ, вредныхъ для общества.—оно прибѣгаетъ къ наказанію.

Но очевидно, что это различіе въ мѣрахъ не случайно, а должно корениться въ самомъ свойствѣ тѣхъ дѣяній, которыя вызываютъ эти мѣры. Всѣ указанные выше факты опять-таки внутренно сходятъ по своему общему подчиненію закону достаточной причины. Каждый изъ нихъ долженъ былъ одинаково необходимо совершиться, пока существуетъ та сумма причинъ и условій, которыя ихъ вызвали; но въ различіи этихъ предыдущихъ и заключается различіе самыхъ явленій. Къ одной группѣ мы относимъ тѣ, гдѣ проявившіяся силы или вовсе неизмѣнны, какъ многіе изъ результатовъ физическихъ силъ, многіе физиологическіе и патологическіе процессы, такъ что, желая устранить ихъ послѣдствія, мы дѣйствуемъ не на самыя силы, а на условія ихъ проявленія; а къ другой—тѣ, гдѣ самыя силы подлежатъ измѣненію. Въ этой послѣдней группѣ мы, въ свою очередь, различаемъ два вида: во-1-хъ, продукты патологическаго состоянія организма, въ частности разстройства нашей психологической дѣятельности, гдѣ средствомъ измѣненія является леченіе, и во-2-хъ, послѣдствія нашей душевной дѣятельности, нашего сознанія и мышленія, для измѣненія которыхъ государство прибѣгаетъ, между прочимъ, и къ наказанію.

На это различіе предыдущихъ мы уже обращаемъ вниманіе тамъ, гдѣ душевная дѣятельность находится еще въ зародышѣ, въ поступкахъ животныхъ. Хорошій хозяинъ иначе отнесется къ лошади, споткнувшейся на скользкомъ мѣстѣ, упавшей подъ излишнею тяжестью, и къ лошади, еще не дрессированной, упавшей для того, чтобы избавиться отъ сѣдока; различное отношеніе въ подобныхъ случаяхъ опредѣляется именно различіемъ предыдущихъ, вызвавшихъ фактъ паденія. А это различіе выступить еще съ большою силою тамъ, гдѣ инстинктъ замѣнится сознаніемъ и мышленіемъ, а наклонности, привычки—характеромъ.

Сводя же всѣ предыдущія разсужденія о характерѣ преступленій, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ.

Дѣйствія человѣка какъ добрыя, такъ и злыя, полезныя и вредныя, и, слѣдовательно, въ частности и преступленія, подобно всѣмъ мировымъ явленіямъ, безусловно подчинены закону причинности. Мы не можемъ сказать, что извѣстное преступленіе могло быть или не быть: оно должно было совершиться, какъ скоро существовала извѣстная сумма причинъ и условій, его вызвавшихъ ¹⁰¹⁾.

Но, съ другой стороны, преступленіе, какъ продуктъ сознательной дѣятельности человѣка, подобно и многимъ другимъ явленіямъ социальной жизни, отличается отъ большинства физическихъ явленій тѣмъ, что не только условія, содѣйствующія проявленію извѣстной силы, но и самыя причины, вызывающія это явленіе, подлежатъ измѣненію. Если человѣкъ совершаетъ преступленіе, то онъ, съ психологической точки зрѣнія, свидѣтельствуетъ этимъ, что въ немъ не оказалось такихъ элементовъ, которые бы оказали достаточный противовѣсъ преступнымъ побужденіямъ, или, наоборотъ, указываетъ на существованіе такихъ идей, которыя содѣйствуютъ укрѣпленію этихъ побужденій. Причина такого перевѣса побужденій можетъ заключаться или въ недостатокъ способности сдерживать свои влеченія и порывы, несмотря на сознаніе ихъ противозаконности, или же въ отсутствіе пониманія или неправильномъ пониманіи своихъ обязанностей по отношенію къ обществу и закону ¹⁰²⁾. Но и въ томъ и въ другомъ случаѣ воз-

¹⁰¹⁾ О взаимныхъ отношеніяхъ общественнаго и индивидуальнаго вліянія на совершеніе преступленій ср. у Wahlberg'a, Individualisirung, глава IV: „Индивидуальные мотивы преступленій и вліяніе общества“.

¹⁰²⁾ Милль, философія Гамильтона, стр. 485, замѣчаетъ, что если преступникъ

можно борьба именно съ этими ближайшими причинами, какъ со стороны общества—измѣненіемъ тѣхъ условій и обстановки, въ которыхъ до того времени находилось данное лицо, такъ и со стороны самого индивидуума—путемъ, такъ-сказать, нравственной гимнастики: пріученіемъ себя къ обузданію своихъ страстей и порывовъ, развитіемъ привычки къ труду, аккуратности, поднятіемъ нравственнаго уровня. Мы не должны забывать, что характеръ создается не только для человѣка, но и человѣкомъ, а общественныя условія служатъ только импульсомъ развитія ¹⁰³).

Только при этомъ взглядѣ на существо преступленія возможна рациональная теорія наказанія, не только какъ осуществленія животнаго инстинкта мести, или односторонняго понятія общественного успокоенія, гарантія безопасности, а какъ спеціальнаго вида борьбы съ преступленіемъ, какъ въ общественныхъ его послѣдствіяхъ, такъ и въ самомъ источникѣ, т.-е. въ лицѣ, какъ дѣятелѣ.

Насколько преступленіе является продуктомъ условій, лежащихъ въ самомъ социальномъ организмѣ, общество можетъ бороться съ нимъ, измѣняя самыя условія своего быта; насколько же оно является проявленіемъ индивидуальной воли, оно можетъ противодѣйствовать ему наказаніемъ ¹⁰⁴).

35. Примѣняя же всё эти соображенія къ спеціально-уголовной

не былъ подъ вліяніемъ физическаго принужденія или такого непреоборимаго мотива, что никакой страхъ наказанія не могъ оказать на него вліянія, то никакое метафизическое возраженіе не заставитъ его чувствовать наказаніе несраведливымъ, а себя не виновнымъ. Понятіе вины вполне примѣняется къ обнаруженной имъ недостаточной любви къ правдѣ и отвращенію къ неправдѣ. Слабость и сила этихъ чувствованій составляетъ мѣрило виновности или заслуги. Если желаніе правды или отвращеніе къ неправдѣ уступили легкому искушенію, то наше порицаніе будетъ сильно; если же, наоборотъ, искушеніе было такъ велико, что даже сильная добродѣтель могла бы пасть передъ нимъ, то и наше нравственное неодобреніе становится гораздо менѣ интенсивно. Ср. также Wahlberg, в. с., стр. 72.

¹⁰³) Литтре, la science, 1873, глава XI, origine de l'idée de justice, стр. 345 замѣчаетъ: свобода человѣческая состоитъ не въ томъ, чтобы слабый мотивъ получать перевѣсъ надъ сильнымъ, такъ какъ это невозможно, а въ увеличеніи числа мотивовъ, присущихъ индивидууму. Чѣмъ ниже стоитъ организмъ въ лѣстницѣ зоологической, чѣмъ ниже стоитъ человѣкъ въ лѣстницѣ психической, тѣмъ менѣе мотивовъ въ его распоряженіи, тѣмъ легче подпадаетъ онъ подъ вліяніе какого-либо одного мотива, приводящаго его къ добру или злу. Главнѣйшее изъ средствъ увеличить сумму мотивовъ составляетъ воспитаніе. На этихъ началахъ покоится понятіе прогрессивнаго детерминизма. На обществѣ лежитъ обязанность увеличить объемъ и силу хорошихъ мотивовъ и уменьшить значеніе дурныхъ, регулируя правильность распредѣленія общихъ благъ, наблюдая строгую справедливость между отдѣльными общественными классами, т.-е. отдавая прерогативу труда и отодвигая на задній планъ паразитизмъ всякаго рода.

¹⁰⁴) Наилболѣ вѣрныя мысли объ отношеніи свободы воли къ наказанію были высказаны Д. С. Миллемъ, въ его обзорѣ философіи Гамильтона, стр. 480—490. Ср. разборъ его идей, весьма, впрочемъ, незначительный, у Саго, в. с., стр. 547—555. Изъ криминалистовъ по профессіи, какъ мы видѣли, Фейербахъ въ Revision строилъ свою теорію наказанія на началѣ отрицанія свободной воли, но и онъ впоследствии въ учебникѣ почти отказался отъ этого взгляда. Изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ Geib, Lehrbuch, II, стр. 57, опредѣлили вмѣняемость также въ смыслѣ Фейербаха, говоря, что вмѣняемость существуетъ тамъ, гдѣ существуетъ возможность для дѣйствующаго опредѣляться въ моментъ совершенія дѣянія страхомъ наказанія или какимъ-либо инымъ, равнымъ ему моментомъ; потому Geibъ находитъ, что вопросъ о вмѣняемости уголовной вовсе не зависитъ отъ вопроса о свободѣ воли. Но Geibъ, согласно общему характеру своего учебника, не только не мотивируетъ подробно своего взгляда, но и самое свое положеніе, какъ и ученіе о цѣли уголовного закона, ставитъ крайне неопредѣленно. Ср. нѣкоторые замѣчанія у Гесслера, в. с., стр. 258—264. Еще ближе стоитъ Wahlberg, das Princip der Individualisirung, стр. 60 и сл., развивающій въ примѣненіи къ наказанію начала, выставленныя Дробишемъ, въ его Moralstatistik.

теоріи вмѣненія, мы придемъ къ слѣдующимъ положеніямъ. Прежде всего, говоря въ уголовномъ правѣ о вмѣненіи лицу извѣстныхъ фактовъ, какъ преступленія, мы имѣемъ въ виду только наше сужденіе о томъ, что данное лицо, совершившее дѣяніе, противорѣчащее приказу или запрету закона, должно быть признано за него отвѣтственнымъ. Самое свойство факта, въ силу котораго онъ вызываетъ уголовное преслѣдованіе, мы называемъ вмѣнимостію, а способность лица совершать наказуемыя дѣянія — способностью ко вмѣненію, вмѣняемостію ¹⁰⁵).

При этомъ, конечно, я употребляю слово вмѣненіе въ ограниченномъ смыслѣ, такъ какъ въ обширномъ значеніи вмѣненіемъ можетъ быть названо всякое наше сужденіе, въ силу котораго мы относимъ какое-либо явленіе, какъ послѣдствіе, къ другому, какъ причинѣ. Въ этомъ смыслѣ слово вмѣненіе можетъ быть примѣнено ко всемъ явленіямъ внѣшняго міра.

Съ другой стороны, понятіе объ юридическомъ вмѣненіи представляется также сложнымъ. Оно заключаетъ въ себѣ, во-1-хъ, сужденіе о томъ, что данный фактъ совершился, во-2-хъ, что онъ былъ совершенъ даннымъ лицомъ; въ-3-хъ, что онъ противорѣчитъ требованіямъ закона, и въ-4-хъ, что совершившее его лицо отвѣтственно за него.

36. Вмѣненіе предполагаетъ, во-1-хъ, сознание совершаемого и его результатовъ, или, при извѣстныхъ исключительныхъ условіяхъ, возможность такого сознанія.

Необходимость этого элемента для понятія вмѣненія не подлежитъ и спору; но мы должны обратить вниманіе только на два обстоятельства: во-1-хъ, такъ какъ повелѣніе или запретъ закона не всегда относится къ дѣйствию, но всего чаще имѣетъ въ виду тѣ вмѣненія, которыя должно вызвать это дѣйствіе въ окружающемъ мірѣ, то и для вмѣненія необходимо въ подобныхъ случаяхъ сознаніе виновнымъ не только дѣйствія, но и его результатовъ. Эти послѣдствія могутъ быть близкія, непосредственныя, или болѣе отдаленныя; послѣдствія, такъ-сказать, естественныя, вызываемыя самою природою вещей и искусственныя, зависящія отъ условій общежитія. Къ числу послѣднихъ можетъ быть отнесено и самое соотношеніе даннаго факта съ уголовнымъ закономъ, возможность наложенія уголовной кары за совершенное. Во-2-хъ, при нѣкоторыхъ случаяхъ для вмѣненія достаточно только возможности сознанія, а не дѣйствительное сознаніе, — а именно тамъ, гдѣ законъ караетъ за невнимательность, небрежность или легкомысліе, окончившееся вреднымъ результатомъ ¹⁰⁶).

¹⁰⁵ Ср. Mittermaier, zu Feuerbach, § 84, пр. III: Zurechnung; Zurechenbarkeit; Zurechnungsfähigkeit. Feuerbach, Revision, I, стр. 164, замѣчаетъ, что въ уголовномъ правѣ проблема вмѣненія сводится къ рѣшенію вопроса о томъ, каковы должны быть необходимыя свойства дѣянія, по которымъ бы можно было легко распознать его наказуемость. Schütze, Lehrbuch, стр. 118.

¹⁰⁶ Болѣе подробный разборъ этого вопроса будетъ сдѣланъ въ ученіи о внутренней сторонѣ преступнаго дѣянія. Ср. анализъ этихъ условій вмѣненія у Миттермайера въ примѣчаніяхъ къ учебнику Фейербаха, § 88.

37. Во-2-хъ, оцѣнку сознаннаго и выборъ какого-либо опредѣ-
ленія, по закону достаточной причины, — выборъ, предполагающій въ
виновномъ съ одной стороны запасъ идей, извѣстный умственный
капиталь, а съ другой — способность имѣть пользоваться.

За исключеніемъ неосторожныхъ дѣяній это второе условіе представляетъ
безусловно существенный моментъ вмѣняемости. Сознаніе, какъ моментъ мышле-
нія, относится къ теоретической сторонѣ психической дѣятельности, а вмѣненіе
имѣть въ виду его практическую сторону. Вмѣненіе существуетъ только тамъ,
гдѣ лицо руководствовалось внутренними предыдущими, а это предполагаетъ су-
ществованіе оцѣнки сознаннаго, колебанія между различными побужденіями и
постановку, какъ опредѣленія, побужденія наиболѣе сильнаго, или, по крайней
мѣрѣ, усвоеніе впечатлѣнія и положеніе его стимуломъ дѣятельности.

38. Отъ условій, опредѣляющихъ вмѣненіе даннаго отдѣльнаго
факта, зависятъ и характеристическіе признаки самой способности
къ вмѣненію; поэтому лицо физическое можетъ сдѣлаться субъек-
томъ преступленія только въ такомъ случаѣ, когда оно обладаетъ
способностью сознавать совершаемое и его результаты, и способностью
оцѣнивать и руководствоваться сознаннымъ; или, однимъ словомъ,
способностью сознательно опредѣляться къ дѣйствию ¹⁰⁷⁾.

Хотя способность къ вмѣненію не имѣетъ абсолютной мѣрки и
масштаба, а зависитъ отъ индивидуальныхъ особенностей субъекта,
но въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ логически возможно признать
только одно изъ двухъ: или наличность, или отсутствіе этой способ-
ности. Поэтому существованіе особой уменьшенной способности къ
вмѣненію логически не допустимо ¹⁰⁸⁾.

¹⁰⁷⁾ Ср. Крафтъ-Эбингъ, психологія, стр. 7 и сл.; Ortolan, éléments, I, № 232—256. Въ особенности же Wahlberg, Individualisirung, стр. 61—76. Большинство криминалистовъ даже новыхъ, напр., Бернеръ, Абергъ, Гефтеръ, Шютце, обращаютъ вниманіе только на первый моментъ, т. е. на способность сознанія дѣянія и его послѣдствій, забывая, что такимъ образомъ этому понятію дается недостаточный объемъ. См. въ особенности Berner, Grundsätze des preussischen Strafrechts, 1861, § 69.

¹⁰⁸⁾ Ellinger, Zurechnungsfähigkeit, стр. 12—13. Кестлякъ, System, стр. 156; Arnold, über Verbrechen bei geminderter Zurechnungsfähigkeit A. d. Cr. R., 1853 г.; Mittermaier, der Milderungsgrund der sog. verminderten Zurechnung. Gerichtssaal, 1867 г. Въ особенности господствовало ученіе объ уменьшенной вмѣняемости въ старонѣмецкомъ правѣ, такъ напр., Kleinschrod, въ systematische Entwicklung, § 43, допускалъ вмѣненіе на $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{2}$, $\frac{3}{4}$ и т. д., понимая подъ этимъ, очевидно, степень наказуемости. Также должно отличать это состояніе отъ такъ-называемыхъ сомнительныхъ причинъ невмѣняемости, zweifelhafte Seelenzustände. Защищаютъ уменьшенную вмѣняемость: Ideler, Liman, Buchner, Касперъ-Штейнбергъ, Миттермайеръ, Абергъ; Гейеръ и др. гербаріянцы, Iohn, Спасовичъ; изъ кодексовъ: Вюртембергскій, Саксонскій 1855. Contra: Шюрмайеръ, Friedreich, Кестлякъ, Гельшперъ, Бернеръ, Schaper, Ruf; въ особенности Schütze, Lehrbuch, стр. 120, пр. 9; Wahlberg, Individualisirung, стр. 88. Ortolan, éléments, № 228. Neumann, psychologische Reflexionen, стр. 11, говоритъ еще о gesteigerte Zurechnungsfähigkeit.

Споръ о допущеніи состоянія уменьшенной вмѣняемости, который и до сихъ поръ ведется въ особенности между нѣмецкими криминалистами и психіатрами, стоитъ очевидно на не надлежащей почвѣ. Способность опредѣляться внутренними предыдущими несомнѣнно зависить отъ суммы накопленныхъ идей и понятій, отъ характера человѣка, такъ что, конечно, ея опредѣленіе должно быть дѣлаемо не а priori, а относительно каждаго отдѣльнаго субъекта; мало того, иногда, напр., при несовершеннолѣтнн, разрѣшеніе этого вопроса можетъ даже зависить отъ характера и свойства совершеннаго преступленія. Но затѣмъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ подсудимый или можетъ сознавать свойство совершеннаго поступка и отвѣчать за него, или нѣтъ; представить средняго состоянія мы не можемъ. Если же мы и говоримъ, что гнѣвъ, страхъ, неполное ослѣпленіе и т. п. хотя и не уничтожаютъ вмѣненія, но вліяютъ на отвѣтственность, то въ подобныхъ случаяхъ мы въ дѣйствительности говоримъ только объ обстоятельствахъ, опредѣляющихъ размѣръ наказанія, къ которымъ одинаково принадлежать не только субъективные, но и объективные причины¹⁰⁹⁾.

39. Но если въ теоріи преступленія нельзя избѣгнуть постановки вопроса о существѣ вмѣняемости, то во всякомъ случаѣ болѣе подробный ея анализъ, характеристика разнообразныхъ психическихъ процессовъ, въ нее входящихъ, относится къ области психологии и антропологии. Для уголовного же права и его теоріи имѣетъ значеніе обратная сторона вопроса, т.-е. анализъ тѣхъ психическихъ состояній, при наличности которыхъ лицо утрачиваетъ способность ко вмѣненію и уголовной отвѣтственности.

Состоянія эти такъ разнообразны, представляютъ столько отгѣнковъ и видоизмѣненій, такъ незамѣтно переходятъ изъ одного въ другое, что законъ не въ состояніи точно и подробно перечислить всѣ причины, уничтожающія вмѣняемость, тѣмъ болѣе, что для юриста важенъ только окончательный выводъ, а именно, что обвиняемый находился въ состояніи, уничтожающемъ способность ко вмѣненію, отъ какихъ бы причинъ и условій это состояніе ни происходило. Поэтому законъ можетъ, напр., ограничиться такою общою формулою, что преступленіе не вмѣняется въ вину, какъ скоро обвиняемый во время совершенія преступленія былъ въ состояніи безсознательности или болѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности, уничтожавшаго возможность сознательнаго опредѣленія къ дѣйствию; при этомъ законъ можетъ сдѣлать еще спеціальныя добавленія относительно срока, до котораго простирается невмѣняемость малолѣтнихъ и мѣръ охраны противъ опасныхъ душевныхъ больныхъ.

¹⁰⁹⁾ Если же самый анализъ многихъ изъ этихъ причинъ дѣлается совмѣстно съ разборомъ условій невмѣняемости, то это объясняется только практическимъ удобствомъ, такъ какъ онѣ создаются одними и тѣми же психическими состояніями.

Сообразно съ вышеизложеннымъ учениемъ неспособность ко вѣдѣнію можетъ зависѣть прежде всего отъ недостаточнаго развитія психической дѣятельности или отъ утраты уже развившейся способности; она можетъ быть обусловлена или неправильностями, или разстройствомъ въ самомъ процессѣ воспринятія и усвоенія впечатлѣній и ихъ дальнѣйшей логической переработки; или неправильностью въ самой оцѣнкѣ впечатлѣній, зависящей отъ исключительнаго ненормальнаго настроенія лица. Всѣ эти состоянія могутъ быть или послѣдствіемъ необходимыхъ явленій въ человѣческомъ организмѣ—дѣтства, сна; или результатомъ ненормальнаго его состоянія, опьянѣнія, аффекта, или наконецъ, продуктомъ болѣзненнаго состоянія организма. Поэтому всякая попытка законодателя перечислить эти состоянія не только безъ нужды осложняетъ законъ, но, кромѣ того, грозитъ весьма существенною опасностью, въ томъ отношеніи, что состояніе, безусловно исключающее способность ко вѣдѣнію, не будетъ признано за таковое, только въ виду формалистики кодекса.

Общество: =
40.

Съ этой точки зрѣнія представляется далеко не вполне удовлетворительною система не только бывшихъ, но и нынѣ дѣйствующихъ кодексовъ. Code pénal въ ст. 64 (тоже бельгійскій 1867 г. ст. 71; прусскій 1851 г.) — постановляетъ, что дѣяніе не считается преступленіемъ, какъ скоро подсудимый находился въ состояніи помѣшательства (démence) во время его совершенія. Не говори уже о томъ, что самое слово démence, взятое технически, указываетъ на специальную форму умственнаго расстройства — помѣшательство, но даже и при распространительномъ толкованіи, по закону можетъ быть признано основаніемъ безнаказанности только какое-либо болѣзненное психическое состояніе, и ст. 64 никакимъ образомъ не можетъ быть примѣнена къ дѣяніямъ, совершеннымъ въ состояніи сна, опьянѣнія и т. п., такъ что въ подобныхъ случаяхъ единственный исходъ, — это отрицательный отвѣтъ присяжныхъ на общій вопросъ о виновности ¹¹⁰). Въ Германіи значительный шагъ впередъ въ этомъ отношеніи сдѣланъ при изданіи новаго уложенія, въ которомъ, вмѣсто прежней системы болѣе или менѣе полнаго перечисленія отдѣльныхъ причинъ невѣяемости ¹¹¹), постановлено общее правило (§ 51), что дѣяніе не считается преступленіемъ, если виновный во время совершенія дѣянія находился или въ безсознательномъ состояніи, или же въ состояніи болѣзненнаго измѣненія душевной дѣятельности, въ силу котораго уничтожилось свободное опредѣленіе его воли. Затѣмъ къ этому ко-

¹¹⁰) Въ этомъ смыслѣ высказалась и французская кассационная практика, подводя сюда всякое болѣзненное психическое расстройство, полное или частное, продолжающееся или переходящее; ср. Blanche, études, II, № 241—291. Тоже Haus, principes, № 520, Ortolan, I, № 342. Всего шире смотритъ на текстъ закона Trébutien, стр. 120, который думаетъ, что слово démence не только нельзя понимать въ томъ ограниченномъ смыслѣ, который придаетъ ему, напр., ст. 489 code civil, но что сюда должно быть отнесено всякое состояніе чловѣка, почему-либо вполне лишеннаго пользованія своимъ разумомъ, такъ что онъ относится сюда и всѣ ненормальныя психическія состоянія. Ср. по этому поводу Nipels, въ его изд. F. Hélie, I, стр. 256, пр. 5. См. у него же, стр. 279, пр. 2, группировку постановленій различныхъ кодексовъ о причинахъ, уничтожающихъ вѣяемость.

¹¹¹) Ср. Mittermaier, zu Feuerbachs Lehrbuch, § 85, пр. IV. Бернеръ, учебникъ, стр. 390, пр. 2. Чрезвычайно подробный обзоръ дѣлаетъ Фридрейхъ, System, стр. 65 и сл. Всего удовлетворительнѣе были постановленія баварскаго уложенія 1861 г. и, наоборотъ, всего несостоятельнѣе были постановленія саксонскаго кодекса 1855 г. Извѣстно, въ какомъ неудовлетворительномъ положеніи находится этотъ вопросъ въ англійской практикѣ, которая признаетъ одинъ критеріумъ невѣяемости — это неспособность отличить запрещенное и не запрещенное. См. Stephen, въ пер. Mühry, стр. 8; въ особенности же Стифенъ, въ пер. Спасовича, стр. 113 и сл.

дѣкъ добавляетъ еще спеціальныя правила о малолѣтнихъ (§ 55) и глухонѣмыхъ (§ 58) ¹¹²⁾.

Также несостоятельна и система нашего права. Уложеніе говоритъ о слѣдующихъ состояніяхъ, исключающихъ способность ко вмѣненію: дѣтство до 7-ми лѣтъ, безуміе отъ рожденія, сумасшествіе, болѣзнь, доводящая до умоизступленія и безпамятства, одряхлѣніе, лунатизмъ, глухонѣмота; но, очевидно, что, несмотря на это излишне подробное перечисленіе, законъ умалчиваетъ о нѣкоторыхъ ненормальныхъ психическихъ состояніяхъ, напр., просонкахъ, аффектахъ и т. п., такъ что въ этихъ случаяхъ пропускъ закона можетъ быть только пополненъ судомъ при помощи отрицательнаго отвѣта на общій вопросъ о виновности. Самыя условія, при которыхъ всѣ эти состоянія исключаютъ отвѣтственность, также опредѣляются закономъ и различно и неудовлетворительно. Такъ законъ говоритъ: объ отсутствіи достаточнаго понятія о своихъ дѣйствіяхъ (ст. 94); надлежащаго разумія (ст. 97); понятія объ обязанностяхъ и законѣ (ст. 98); понятія о противозаконности и самыхъ свойствахъ своего дѣянія (ст. 95, 96). Такъ что по тексту закона могутъ подлежать отвѣтственности даже полныя помѣшанные, такъ какъ по указанію психіатріи и они весьма часто понимаютъ и свойство и противозаконность совершаемыхъ ими фактовъ.

41. Эти общія правила о причинахъ, уничтожающихъ способность ко вмѣненію и освобождающихъ отъ отвѣтственности, примѣняются ко всѣмъ уголовнымъ нарушеніямъ, независимо отъ ихъ формы и важности ¹¹³⁾; независимо даже и отъ того: относятся ли они къ нарушеніямъ общимъ или особеннымъ, предвидѣннымъ спеціальными законами.

Поэтому справедливо замѣчаетъ *Blanche* ¹¹⁴⁾, что и при полицейскихъ правонарушеніяхъ, хотя матеріальный фактъ и играетъ существенную роль, такъ что добросовѣтность, отсутствіе злаго намѣренія не освобождаетъ виновныхъ отъ отвѣтственности, но тѣмъ не менѣе и въ этихъ случаяхъ для наказуемости необходимо, чтобы обвиняемый могъ по крайней мѣрѣ сознать то, что онъ дѣлаетъ; поэтому умалишенный одинаково не отвѣчаетъ какъ за убійство, такъ и за куреніе, напр., въ недозволенномъ мѣстѣ.

Въ нашемъ правѣ это положеніе прямо вытекаетъ изъ того, что общія постановленія уложенія о причинахъ невмѣняемости повторены и въ уставѣ мировомъ, въ ст. 10-й; эти же правила дѣйствительны и для военныхъ судовъ, и наконецъ въ общихъ чертахъ указаны и въ уставѣ сельско-судебномъ, ст. 457 и сл.

¹¹²⁾ Эта редакція замѣнила предполагавшуюся формулу проекта: преступленіе не существуетъ, какъ скоро виновный не обладалъ въ моментъ дѣйствія свободнымъ волеопредѣленіемъ. Эта замѣна была сдѣлана въ виду ряда замѣчаній, особенно медицинско-психологическаго общества въ Берлинѣ, указывавшаго, что такая общая формула можетъ повлечь рядъ злоупотребленій, какъ со стороны экспертовъ, такъ и судей. Ср. чрезвычайно любопытныя извлеченія изъ мотивовъ къ § 51 у *C. Hahn*, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, стр. 33 и сл. Едва-ли только удачно указаніе закона на то, что для невмѣняемости необходимо уничтоженіе свободнаго опредѣленія воли, такъ какъ это условіе неопредѣленно и вводитъ въ законъ метафизическое понятіе о свободѣ. *Berner, Kritik des Entwurfes*, 1869, стр. 16.

¹¹³⁾ Нѣкоторыя спеціальныя исключенія изъ этого правила будутъ указаны далѣе.

¹¹⁴⁾ *Études*, II, № 201; то же *Haus, principes*, № 520, пр. 18; *Dalloz*, XXXV, art. *Peine*, № 355—358; *Ortolan*, I, № 349; *Trébutien*, I, стр. 107. Для прусскаго права см. *комментарій Оппенгофа*, пр. 2-е къ четвертой главѣ.

42. При этомъ надо замѣтить, что эти причины, устраняющія способность ко вмѣненію, должны быть отличаемы не только отъ тѣхъ условій, которыя уничтожаютъ вмѣненіе отдѣльныхъ дѣйствій, но и отъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя уничтожаютъ противозаконность, а вмѣстѣ съ тѣмъ и наказуемость дѣянія; хотя не только въ кодексахъ, но даже и въ теоріи эти ученія постоянно смѣшиваются, благодаря ихъ внѣшнему сходству.

Обращаясь къ совершающимся въ жизни явленіямъ, мы весьма часто можемъ встрѣтиться съ разнообразными условіями, при которыхъ нарушеніе требованій или запретовъ закона не считается преступленіемъ. Привести примѣры такихъ случаевъ весьма не трудно: а) ребенокъ, лѣтъ 5-ти, совершаетъ поджогъ, ньяный до безчувствія ломаетъ чужую вещь, сумасшедшій наноситъ кому-либо побой; б) кто-либо по ошибкѣ надѣваетъ и уноситъ чужую шубу, случайно споткнувшійся человекъ разсыпалъ у разнощика виноградъ съ лотка; в) полицейскій отводитъ забуявившаго въ участокъ, лицо на котораго напали воры, защищаясь, нанесло имъ вредъ, кто-нибудь, по просьбѣ другаго, наплеваль ему въ глаза.—Во всѣхъ этихъ случаяхъ причиняется вредъ интересамъ и правамъ другихъ лицъ, пользующихся охраною закона, а между тѣмъ ни одинъ изъ нихъ не влечетъ за собою уголовной кары. Напротивъ того, одни изъ этихъ дѣйствій даже считаются обязательными, другія являются юридически безразличными, а третьи, хотя и допускаютъ принятіе стѣпенительныхъ мѣръ противъ совершившаго, но не карательнаго, а предупредительнаго свойства. Мало того, всматриваясь внимательно въ юридическую природу приведенныхъ выше примѣровъ, мы можемъ легко замѣтить, что они распадаются на три различныя группы. Къ первой (группѣ а) относятся тѣ причины, которыя указываютъ на особое психическое состояніе субъекта, безотносительно къ свойствамъ даннаго совершеннаго имъ факта,—причины, устраняющія способность ко вмѣненію; ко второй (группѣ б) тѣ, которыя указываютъ на особое внутреннее психологическое свойство совершившагося факта,—причины, уничтожающія вмѣненіе дѣянія; и къ третьей (группѣ в) указывающія на особыя юридическія свойства даннаго событія, — причины, уничтожающія его противозаконность ¹¹⁵⁾. Что касается до двухъ первыхъ категорій, то различіе между ними имѣетъ болѣе теоретическій, нежели практической характеръ. Отсутствие способности ко вмѣненію, какъ качество лица, уничтожаетъ возможность вмѣненія всякаго отдѣльнаго дѣйствія, преступнаго и не преступнаго, а съ другой стороны, лицо, обладающее всеми своими психическими силами, можетъ совершить дѣяніе, въ данномъ случаѣ ему не вмѣняемое, напр., по ошибкѣ, случаю. Поэтому эти группы сходны между собою по своимъ существеннымъ характеристическимъ признакамъ, но различны, такъ сказать, по объему, и первая подлежитъ анализу въ ученіи о субъектѣ преступленія, а вторая входитъ въ ученіе о внутренней сторонѣ преступленія. Но гораздо важнѣе различіе между этими двумя группами и причинами, уничтожающими противозаконность дѣянія. Во-1-хъ, причины первыхъ двухъ группъ указываютъ на то, что виновный или не сознавалъ совершившагося и его результатовъ, или что дѣяніе совершенно подъ вліяніемъ болѣзненной или ненормальной оцѣнки сознанаго, а въ случаяхъ третьяго рода предполагается не только сознание и пониманіе совершеннаго, но даже и желаніе его

¹¹⁵⁾ Болѣе подробный анализъ этихъ причинъ смотри далѣе, въ отдѣлѣ объ объектѣ преступленія.

выполнения. Во-2-хъ, причины первыхъ двухъ категорій тѣсно связаны съ особеннымъ положеніемъ даннаго лица, а относящаяся къ третьей исключительно зависятъ отъ самаго дѣянія. Поэтому въ случаяхъ перваго рода безнаказанность не распространяется на преступниковъ, не находящихся въ такомъ же положеніи, а во вторыхъ—наоборотъ. Тотъ, кто зазнаемо помогалъ сумасшедшему убить кого-либо, подговорилъ ребенка сдѣлать поджогъ — отвѣчаетъ виновнѣ, несмотря на ненаказуемость физическаго виновника, а тотъ, кто помогъ обороняющемуся, исполняющему законное требованіе власти и т. п., конечно безответственъ, какую бы роль онъ ни игралъ въ совершившемся событіи, т.-е. былъ ли только пособникомъ или же даже самъ выполнить данное дѣяніе ¹¹⁶⁾. Въ 3-хъ, и въ самомъ процессѣ можно усмотрѣть нѣкоторое отличие: причины, устраняющія вѣняемость, по большей части констатируются при участіи экспертовъ, а потому обставлены дѣлѣмъ рядомъ особыхъ процессуальныхъ условий, а доказательство причинъ, устраняющихъ противозаконность, производится на общемъ основаніи ¹¹⁷⁾. Но, несмотря на это различіе, въ положительномъ правѣ встрѣчается постоянное смѣшеніе всѣхъ этихъ группъ. Такъ, наше уложеніе, говоря въ 3-ей главѣ I-го раздѣла «о причинахъ, по коимъ содѣянное не должно быть вѣняемо въ винѣ», относить сюда и причины, устраняющія противозаконность; точно также новое германское уложеніе не только соединяетъ ихъ подъ общимъ заглавіемъ: «Gründe, welche die Strafe ausschliessen», но даже и въ дальнѣйшемъ перечисленіи этихъ основаній совершенно перемѣшиваетъ всѣ категоріи ¹¹⁸⁾.

43. Разумѣется, всякое взрослое лицо можетъ быть разсматриваемо какъ обладающее всѣми своими умственными способностями, пока не будетъ доказано противнаго, но такое естественное положеніе не должно быть смѣниваемо съ юридическою презумпціею вѣняемости; состояніе вѣняемости должно быть констатировано въ процессѣ по общимъ правиламъ.

Система юридическихъ фикцій и презумпцій, еще такъ недавно господствовавшая въ уголовномъ процессѣ, мало-по-малу исчезла нынѣ, вмѣстѣ съ отрицательною ссыскаго принципа. Для разрѣшенія вопроса о виновности должны быть вполнѣ выяснены всѣ его составные элементы, а къ числу ихъ относится и вопросъ о возможности вмѣнить виновному данный фактъ; поэтому юридическая

¹¹⁶⁾ См. Naus, principes, № 461; Oppenhof, в. с., стр. 114, пр. 2 и 4. Но вопросъ ставится, конечно, иначе, если дѣйствія третьяго лица имѣли самостоятельный характеръ. Если одинъ изъ участниковъ въ кражѣ сѣстныхъ припасовъ находился въ состояніи крайней необходимости, то отсюда отнюдь не слѣдуетъ, чтобы другіе участники, дѣйствовавшіе въ личныхъ интересахъ, были бы не наказуемы; а также, разумѣется, и тотъ, кто принудитъ другаго совершить преступленіе, не только не освобождается отъ ответственности, но и наказывается какъ главный виновный.

¹¹⁷⁾ Можно указать и на различіе въ гражданскихъ послѣдствіяхъ этихъ дѣяній, такъ какъ причины, уничтожающія противозаконность, устраняютъ обязанность вознаграждать за вредъ, причиненный даннымъ фактомъ. Ср. напр., т. X, ч. I, ст. 684; Ortolan, éléments, № 429; но въ этомъ отношеніи различіе проводится не всегда послѣдовательно.

¹¹⁸⁾ Ср. Schwarze, Commentar, стр. 214, кодексъ употребляетъ въ этихъ случаяхъ выраженіе: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden“, перевода такимъ образомъ выраженіе code pénal, art. 64, „il n'y a ni crime, ni délit“. См. объясненіе этого выраженія у Oppenhof'a, Strafgesetzbuch, 4 Abschn. пр. 2.

презумпція вміняемости также несостоятельна, какъ и обратное предположеніе невміняемости при тяжкихъ преступленіяхъ, о которомъ говорятъ иногда въ некоторые изъ новыхъ психіатровъ. Даже то обстоятельство, что для констатированія невміняемости требуется непременно участіе экспертизы, вовсе не говоритъ въ пользу презумпцій, такъ какъ участіе экспертизы не ограничивается этими одними вопросами. Согласно основному началу процесса, судъ долженъ освободить подсудимаго и тогда, когда эксперты заявятъ основательное сомнѣніе въ томъ, что виновный обладалъ всеми своими умственными способностями въ моментъ совершенія преступленія ¹¹⁹⁾.

Въ нашемъ правѣ въ первый разъ говорилъ о презумпціи проектъ 1813 г., въ ст. 18-ой, постановляя, что не вміняется дѣяніе, совершенное въ безуміи или сумасшествіи, которое должно быть доказано законнымъ образомъ. Затѣмъ это условіе было сохранено въ сводѣ законовъ и перешло въ уложеніе даже въ еще болѣе рѣзкой формѣ, такъ какъ статьи 95—96 говорятъ объ уничтоженіи вміняемости, когда *нѣтъ сомнѣнія*, что безумный и сумасшедшій, по состоянію своему въ то время не могъ понимать совершаемаго, что дѣяніе совершено въ точно доказанномъ припадкѣ умоизступленія ¹²⁰⁾. Но очевидно, что это правило, какъ процессуальное, утратило свою силу съ изданіемъ новаго процессуальнаго устава. Новый уставъ не допускаетъ никакихъ предположеній или условій, которыя бы насилуютъ убѣжденіе судьи при разрѣшеніи по совѣсти общаго вопроса о виновности, а напротивъ того вездѣ выставляетъ, какъ основное начало, что всякое сомнѣніе толкуется въ пользу подсудимаго. Поэтому единственное значеніе, которое могутъ имѣть эти статьи закона, состоитъ въ томъ, что постановка особаго вопроса объ одной изъ причинъ невміняемости не можетъ быть допущена на судѣ, если не были соблюдены, указанныя въ законѣ, формальныя условія констатированія невміняемости ¹²¹⁾.

44. Такъ какъ признаніе существованія условій, устраняющихъ способность ко вміненію, требуетъ въ большей части случаевъ совершенно специальныхъ свѣдѣній, то судъ обязанъ произвести экспертизу чрезъ специалистовъ-психіатровъ и, сообразно съ нею, постановить свое рѣшеніе ¹²²⁾. Если вопросъ о невміняемости былъ возбужденъ еще при предварительномъ слѣдствіи, то онъ можетъ служить основаніемъ для прекращенія слѣдствія, а если онъ возникъ

¹¹⁹⁾ Koestlin, System, стр. 155; литературныя указанія у Гейба, I, стр. 57. Изъ нѣмецкихъ криминалистовъ, защищавшихъ презумпцію, нужно указать на Фейербаха, который въ позднѣйшихъ изданіяхъ своего учебника замѣнилъ этимъ ученіе о *praesumptio doli*; также Бауеръ, Гейфтеръ; Contra: Клейншродъ, Entwicklung, § 106; Mittermaier zu Feuerbach, § 87, пр. I и II; Berner, Imputationslehre, стр. 36; Темме, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, стр. 136; изъ французскихъ криминалистовъ за такую презумпцію Ortolan, I, № 329; Trébutien, cours, I, стр. 108.

¹²⁰⁾ По тексту закона допускается такимъ образомъ презумпція вміняемости даже для безумныхъ отъ рожденія.

¹²¹⁾ Иначе взглянулъ на этотъ вопросъ сенатъ по дѣлу Варфоломѣевой (^{72/1263}); онъ нашелъ, что предсѣдатель обязанъ объяснить присяжнымъ, что при примѣненіи, напр., 96 ст. сомнѣніе не можетъ быть толкуемо въ пользу подсудимаго. Но его положеніе, кромѣ указанія на текстъ 96 ст., ничѣмъ не мотивировано.

¹²²⁾ Но въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ, напр., при малолѣтствѣ, констатированіе путемъ экспертизы считается недостаточнымъ, а требуется еще доказательство при помощи документовъ. См. далѣе, № 64.

на слѣдствіи судебномъ, то—основаніемъ для постановки особаго вопроса о причинахъ невмѣняемости ¹²³⁾.

Всѣ эти вопросы очевидно относятся къ области процесса уголовного, и я могу коснуться ихъ только въ самыхъ общихъ чертахъ, примѣняясь именно къ нашему уставу.

Если на слѣдствіи возникнетъ вопросъ объ отсутствіи разсудка или умственномъ разстройствѣ подсудимаго, то слѣдователь долженъ ¹²⁴⁾ произвести его освидѣтельствованіе чрезъ судебного врача, согласно съ ст. 353 у. у. с., сдѣлать разспросъ родственниковъ и знакомыхъ обвиняемаго и т. д. Если экспертиза подтвердитъ предположеніе слѣдователя, то самое слѣдствіе чрезъ прокурора представляется въ окружный судъ для производства окончательнаго освидѣтельствovanja по правиламъ ст. 355. Затѣмъ слѣдствіе можетъ быть прекращено или окружнымъ судомъ, или судебною палатою, смотря по важности дѣла (у. у. с. ст. 356 и 523). Это право прекращенія, на основаніи разъясненія уголовного кассационнаго департамента (^{69/577} по дѣлу Федорова), въ свою очередь основаннаго на мнѣніи государственнаго совѣта, зависитъ не только отъ удостовѣренія экспертизы, но и отъ самаго свойства причинъ, устраняющихъ вмѣняемость. Въ этомъ отношеніи сенатъ различаетъ два рода причинъ: одніе очевидныя, каковы: сумасшествіе, безуміе, дѣтство до 7 лѣтъ (правильнѣе—до 10), другія сомнительныя, какъ, напр., преходящее, временное разстройство разсудка, или болѣзнь, помрачающая разсудокъ,—въ послѣднемъ случаѣ дѣло должно непременно разрѣшиться въ судебномъ засѣданіи.

Такимъ образомъ на судебномъ слѣдствіи будетъ рѣшаться или вопросъ о невмѣняемости, возбужденный уже на предварительномъ слѣдствіи, или возникшій только на судѣ (р. ^{67/204} Протопопова); но и въ томъ и въ другомъ случаѣ судъ необходимо долженъ выслушать мнѣніе экспертовъ (р. ^{67/566} Алешина; ^{69/135} Ефимова), хотя бы для этого (при указаніи на невмѣняемость на судѣ) пришлось отложить засѣданіе или же передать обвиняемаго для наблюденія въ больницу (р. ^{67/204} Протопопова). Если же такого освидѣтельствovanja во время самаго засѣданія сдѣлано не было, то, во-1-хъ, защита не имѣетъ права ссылаться въ своей заключительной рѣчи на ненормальность умственныхъ способностей подсудимаго (р. ^{69/52} Савушкина), и во-2-хъ, судъ не въ правѣ предложить присяжнымъ вопросъ о невмѣняемости, основываясь только на показаніи свидѣтелей или подсудимаго (р. ^{68/135} Ефимова). При этомъ подобное нарушеніе разсматривается, какъ поводъ къ кассациі, хотя бы даже противъ постановки вопроса о невмѣняемости и не возражала прокуратура (р. ^{68/499} Браиленко). Но, конечно, нельзя не прибавить, что подобное отсутствіе экспертизы, устраняя возможность постановки специальныхъ вопросовъ по ст. 763, не исключаетъ права присяжныхъ признавать подсудимаго, при рѣшеніи ими общаго вопроса о виновности, невиновности, въ виду несуществованія у него способности ко вмѣненію. (р. ^{69/368} Чернилкина). Это правило особенно важно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ

¹²³⁾ Ср. по поводу постановки особаго вопроса присяжнымъ о причинахъ невмѣняемости французскую практику, у Blanche, в. с., II, № 177—184, F. Hélie, I, № 268; Dalloz, т. XXXV, art. Peine, № 381—382; а также рѣшеніе нашего уголовного кассационнаго департамента, 1869 № 368, по дѣлу Чернилкина.

¹²⁴⁾ Но однако, если бы предварительное досудебное освидѣтельствованіе подсудимаго не было произведено по оплошности слѣдователя, прокурора или судебной палаты, то это не можетъ служить основаніемъ для кассациі, такъ какъ такая ошибка всегда можетъ быть исправлена назначеніемъ надлежащей экспертизы судомъ рѣшающимъ дѣло. Р. у. к. д. ^{72/574} Кичеева.

рѣчь идетъ о такихъ причинахъ невмѣняемости, которыя прямо въ законѣ не упомянуты.

Что касается до еще болѣе сложнаго вопроса о значеніи мнѣнія экспертовъ, то, не касаясь его процессуальной характеристики, нельзя не замѣтить, что необходимо различать въ экспертизѣ прежде всего два элемента: фактической и технической. Фактическая сторона, т.-е. сумма тѣхъ основаній, на которыхъ строятъ свои выводы экспертъ, безусловно подлежитъ анализу и контролю суда, какъ и вся другая фактическая обстановка преступленія; но что касается до стороны технической, т.-е. до тѣхъ научныхъ выводовъ, которые дѣлаетъ экспертъ изъ этихъ фактовъ, то, конечно, ихъ правильность не можетъ быть контролируема судомъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ не было бы основаній для приглашенія экспертовъ вообще. Но затѣмъ остается главный вопросъ объ обязательности экспертизы для суда. Положимъ, что экспертъ удостовѣряетъ въ томъ, что подсудимый находился въ моментъ совершенія преступленія въ ненормальномъ психическомъ состояніи:—долженъ ли тогда судъ безусловно освободить подсудимаго отъ отвѣтственности, безъ всякой дальнѣйшей оцѣнки экспертизы? На первый взглядъ, конечно, отвѣтъ долженъ бы былъ быть утвердительный; но противъ этого существуютъ весьма значительныя возраженія. Во-1-хъ, многіе кодексы до сихъ поръ держатся еще системы перечисленія причинъ невмѣняемости; въ этихъ случаяхъ, очевидно, судъ долженъ рѣшить: подходитъ ли состояніе, указанное экспертомъ, подъ постановленія закона. Во-2-хъ, признавая обязательность для суда мнѣнія экспертовъ, мы возвращаемся къ теоріи формальныхъ доказательствъ, которая несоединима съ правомъ суда или присяжныхъ рѣшать дѣло по внутреннему убѣжденію. Въ-3-хъ, при современномъ состояніи психіатріи мнѣнія экспертовъ-психіатровъ по большей части уклончивы, неопредѣленны, а тамъ, гдѣ на судѣ являются нѣсколько экспертовъ, разнорѣчивы. Какъ же придать безусловно обязательное значеніе такому шаткому, неопредѣленному доказательству? Поэтому едва ли не слѣдуетъ согласиться съ мнѣніемъ, постоянно защищаемымъ нашимъ сенатомъ, что окончательное разрѣшеніе вопроса о томъ, былъ ли подсудимый въ моментъ совершенія преступленія въ здоровомъ умѣ или умозаступленіи, принадлежитъ по закону присяжнымъ заседателямъ или суду. [Рѣшенія: ^{61/453} Проценко; ^{68/66} Виноградова; ^{69/564} Носавина; ^{69/727} Левлева; ^{72/528} Стрѣлковой] ¹²⁵).

II. Причины, уничтожающія способность ко вмѣненію.

45. Останавливаясь на рассмотрѣніи отдѣльныхъ причинъ, уничтожающихъ способность ко вмѣненію, мы можемъ свести ихъ къ двумъ основнымъ группамъ: къ первой—будутъ отнесены тѣ, которыя указываютъ, что способность ко вмѣненію еще не развилась въ дѣйствующемъ, а ко второй—свидѣтельствующія объ утратѣ этой способности.

¹²⁵ Ср. въ особенности у Росси, т. II, стр. 40—41, возраженія противъ обязательности мнѣнія эксперта для суда. Разборъ его мнѣнія у Schelling'a, Zurechnungsfähigkeit, стр. 38 и сл.; но, конечно, было бы странно утверждать, что въ подобныхъ случаяхъ имѣетъ болѣе значенія здравый смыслъ судьи, чѣмъ указанія специалистомъ (это мнѣніе защищаетъ Regnault, du degré de compétence des médecins dans les questions judi

1. Неразвитость способности ко вмѣненію.

46. Въ этой группѣ мы, въ свою очередь, должны отличать неразвитость, зависящую отъ естественнаго роста человѣческаго организма, отъ его малолѣтства, и неразвитость, обусловленную ненормальнымъ состояніемъ, болѣзненными недостатками организма, каковы, напр., безуміе, глухонѣмота, или наконецъ, неразвитость, происшедшую отъ вредно дѣйствующихъ условій воспитанія.

а) Возрастъ ¹²⁶⁾.

47. Юный возрастъ преступника оказываетъ троякое вліяніе на карательную государственную дѣятельность: во-1-хъ, онъ можетъ до извѣстнаго періода устранять всякую отвѣтственность за правонарушенія; во 2-хъ, позднѣе, онъ можетъ служить основаніемъ за-

ciaires relatives aux aliénations mentales. 1828), или защищать мнѣніе Канта, что въ такихъ вопросахъ специалистами должны быть признаваемы философы, а не медики. Ср. также Миттермайеръ, новѣйшія изслѣдованія въ области судебной психіатріи. „Ж. М. Ю.“ 1867. Касперъ въ обработкѣ Штейнберга, стр. 292 и сл.; Schütze, Lehrbuch, стр. 120, пр. 1; Friedreich, System, стр. 20; Friedreich, über die Competenz in zweifelhaften psychischen Zuständen eines Angeklagten über die Frage der Zurechnung zu entscheiden. A. d. Cr. R. 1854. Фрезе, о судебно-психіатрическихъ осмотрахъ. Арх. Суд. Мед. 1866, № 1. Wahlberg, Individualisirung, ст. 82; Ruf, die Criminaljustiz. 1870, стр. 19, стр. 29 и сл.

¹²⁶⁾ П. Колосовскій, о значеніи возраста въ области уголовного вмѣненія. Архивъ Калачева. 1859, кн. I-я; Пассекъ, очеркъ исторіи наказаній малолѣтнихъ преступниковъ и развитіе исправительныхъ наказаній для малолѣтнихъ во Франціи. „Современникъ“ 1863, № 9; Н. Неклюдовъ, статистическій опытъ изслѣдованія физиологическаго значенія различныхъ возрастовъ человѣческаго организма по отношенію къ преступленію. 1865; А. Богдановскій, молодые преступники. Вопросъ уголовного права и политики. 1870; Н. Таганцевъ, изслѣдованіе объ отвѣтственности малолѣтнихъ преступниковъ по русскому праву и проектъ законоположеній по этому вопросу. 1872; В. Спасовичъ, учебникъ, стр. 118—122; С. Будзинскій, начала, стр. 79—88; Н. Неклюдовъ, приложенія, стр. 348 и сл.; А. Лохвицкій, курсъ, стр. 98—113; Gesterding, jugendliches Alter im Gebiete des Rechts въ его Ausbeute. 1827, II, стр. 1—69; Kitka, über die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen. A. d. Cr. R. 1834; Mittermaier, die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Übertreter. A. d. Cr. R. 1841, стр. 155 и сл.; Breifeld, Maturität in Bezug auf Freiheit und Zurechnung. 1842; Berner, Imputationslehre, стр. 97—107; Friedreich, System, стр. 171—199; Egidy, über die Berücksichtigung des jugendlichen Alters auf den strafrechtliche Zurechnung. 1862; Mittermaier, Beiträge zur gerechten Beurtheilung der Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Übertreter, in Friedreichs Blätter für gerichtliche Medizin. 1865, т. II, III; Feuerbach, Lehrbuch, § 90; Hälschner, System, стр. 103—111; Koestlin, System, стр. 135—139; Geib, Lehrbuch, стр. 69—73; Schaper, bei Holtzendorf, стр. 159—163; Waechter, sächsisches Strafrecht, стр. 339—345; Hocheder, das Strafgesetzbuch für das K. Bayern, стр. 378—404; Oppenhof, Strafgesetzbuch, прим. къ § 55—56; Rossi, Traité, II, стр. 22—34; Carnot, commentaire, I, стр. 322—333; F. Hélie, v. c., I, стр. 478—519; въ изданіи Нилельса, I, стр. 258, приведены нѣкоторыя монографіи французскія и бельгійскія по этому вопросу; Dalloz, т. XXXV, art. Peine, № 421—456; Blanche, II, № 292—362; Bertauld, cours, стр. 339—356; Trébutien, v. c., I, стр. 109—119; Ortolan, éléments, I, № 257—301; Haus, principes, № 502—515.

мѣны для юныхъ преступниковъ обыкновенныхъ карательныхъ мѣръ совершенно иными; наконецъ, въ-3-хъ, юный возрастъ, въ періодѣ еще болѣе позднемъ, можетъ служить основаніемъ для смягченія наказанія ¹²⁷).

Познаніе явленій окружающаго насъ міра, внутренней ихъ связи, обнаруживается въ ребенкѣ не вдругъ, съ первымъ появленіемъ его умственной жизни, а только мало-по-малу, вмѣстѣ съ постепеннымъ развитіемъ способности вникать и запоминать. Эта постепенность развитія относится, какъ къ познанію сущности и взаимныхъ отношеній явленій окружающаго ребенка міра физическаго, такъ и къ выдѣленію изъ этихъ явленій его собственной дѣятельности, познанію самого себя и своихъ отношеній къ вѣшнему міру и, наконецъ, къ распознаванію явленій общественной и государственной жизни. При этомъ, конечно, чѣмъ сложнѣе извѣстное явленіе, тѣмъ позднѣе обнаруживается въ ребенкѣ способность къ его распознаванію.

Точно также постепенно развивается въ челоѣкѣ и другое условіе уголовной отвѣтственности — способность дѣлать оцѣнку сознательнаго, дѣлать выборъ между различными побужденіями, обращающимися въ мотивы дѣятельности. При этомъ обѣ эти способности развиваются не одновременно и далеко не всегда параллельно.

Мыслительная дѣятельность, проявляющаяся въ поступкахъ ребенка, относится, по преимуществу, только къ ближайшимъ условіямъ дѣянія, къ его непосредственно предшествующему и послѣдующему; а оцѣнка и выборъ между побужденіями предполагаетъ прежде всего развитіе способности сознавать связь явленій болѣе отдаленныхъ, способность всесторонняго обужденія факта. Оттого мы и видимъ, что характеристикой первой эпохи возраста является крайняя живость впечатлѣній и ихъ перемѣнчивость. Всякое явленіе, соприкасающееся съ юнымъ организмомъ, всецѣло поглощаетъ его вниманіе, и онъ весь отдается первому охватившему его порыву, но за то это впечатлѣніе и исчезаетъ столь же быстро, какъ и появляется: ребенокъ такъ же быстро переходитъ къ новому явленію, исключительно сосредоточивающему его внимательность. Хотя при этомъ, какъ указываетъ опытъ, эта перемѣнчивость, легкая возгораемость ребенка отнюдь не исключаетъ возможности проявленія извѣстной хитрости при осуществленіи своихъ плановъ, даже старанія скрыть результаты совершеннаго.

На этомъ основаніи и теорія и положительное право одинаково признаютъ, что уголовная отвѣтственность начинается въ ребенкѣ гораздо позднѣе его рожденія, съ момента проявленія въ немъ сознанія общественныхъ обязанностей и пониманія несоотвѣтственности съ этими обязанностями своихъ поступковъ въ данномъ случаѣ.

Но признавая, что съ достиженіемъ вышеуказанной эпохи наступаетъ моментъ уголовной отвѣтственности, мы встрѣчаемся далѣе съ вопросомъ о томъ, тождественна ли эта отвѣтственность съ отвѣтственностью взрослыхъ или нѣтъ? Отвѣтъ на это зависитъ отъ характеристическихъ особенностей даннаго возраста и свойственныхъ ему преступленій.

Хотя съ наступленіемъ отрочества и появляется нравственная оцѣнка дѣяній, представленіе объ отношеніи ихъ къ требованіямъ закона и нравственнымъ правиламъ, понятіе о зломъ и добромъ, запрещенномъ и незапрещенномъ, но

¹²⁷) См. Богдановскій, в. с., стр. 16 и сл.; Berner, Imputationslehre, стр. 97 и сл.; Ortolan, éléments, № 262—266; Mittermaier, Archiv. 1841 г., стр. 156.

эти понятия крайне шатки и неопределенны. Достаточно весьма незначительных побуждений, чтобы увлечь формирующегося юношу на дорогу, противоположную даже его собственным понятиям об обязанности, а к этому присоединяется еще сильное влияние развивающихся страстей, начало половой зрелости; плотские инстинкты, проявляющиеся в созрѣвающимъ организмѣ, нарастающія силы, не направляемая разумно дѣйствующею средою, воспитаніемъ,—легко могутъ сдѣлаться источникомъ преступленій ¹²⁸⁾.

Жизненный опыт и уголовная статистика подтверждаютъ эти соображенія; они указываютъ намъ ясно и на причины правонарушеній со стороны преступниковъ этой категоріи, и на ихъ особенности. Безпомощность малолѣтнихъ, нерѣдко предоставленныхъ самимъ себѣ въ ту еще эпоху, когда ихъ нравственный міръ только складывается и крѣпнетъ, или, еще хуже, жизнь въ такой средѣ, подъ такими влияніями, которыя постоянно и всесторонне стараются подавить развитие всѣхъ задатковъ нравственности; матеріальныя лишенія, съ раннихъ лѣтъ заставляющія отказывать себѣ въ удовольствіи не только какихъ-либо стремленій къ удовольствіямъ, но даже и требованій организма, еще не привыкшаго сдерживаться; однимъ словомъ, отсутствіе всякаго нормальнаго нравственнаго питанія,—вотъ тѣ причины преждевременной преступности, которыя отчетливо выясняются передъ нами, какъ скоро мы взглянемъ на составъ того народонаселенія, изъ котораго появляются юные преступники, на характеръ тѣхъ преступленій, которыя они совершаютъ ¹²⁹⁾.

Эти же условія должны опредѣлить и характеръ мѣръ, употребляемыхъ противъ нихъ. Отрочество—возрастъ школьный, возрастъ подготовки къ будущей дѣятельности, а потому и единственные мѣры, къ нему примѣнимыя, могутъ быть мѣры исключительно воспитательныя; о карѣ, наказаніи не можетъ быть и рѣчи. Такимъ образомъ, этотъ періодъ возраста необходимо предполагаетъ замѣну обычныхъ карательныхъ мѣръ специальными, имѣющими исключительно воспитательный характеръ.

Но подобно тому, какъ переходъ отъ дѣтства къ отрочеству, отъ состоянія безответственности къ эпохѣ вмѣляемости совершается не вдругъ, а мало помалу, измѣняется не только у отдѣльныхъ лицъ, но у одного и того же лица по отношенію къ отдѣльнымъ преступленіямъ, такъ и переходъ отъ отрочества или эпохи молодости къ зрѣлому возрасту совершается также постепенно. Вдумчивость, разсудительность, сдержанность развиваются послѣдовательно и, разу-

¹²⁸⁾ Berner, Imputationslehre, стр. 102, такъ характеризуетъ эпоху созрѣванія: „это періодъ одинаково громадныхъ соматическихъ и психическихъ переворотовъ. Ростъ подвигается исполненными шагами, жиръ и мускулы становятся плотнѣе, кости тверже, лицо выразительнѣе. Легкія расширяются и раздвигаютъ грудной ящикъ; кровь обращается сильнѣе, сильнѣе приливаетъ къ легкимъ, въ психическомъ отношеніи проявляются аффекты, переѣчивость настроенія, возбужденная фантазія и тому подобныя явленія“.

¹²⁹⁾ Н. Неклюдовъ, этюды, стр. 240: „смыслъ преступника, нищаго, бродяги или публичной женщины, подкидышъ или найденныя, лицо, не имѣющее никакого воспитанія или понятія о трудѣ,—словомъ, бродяга и нищій по принципу, вотъ то положеніе, въ которомъ выступаетъ малолѣтній на жизненную колею. Лишенный крова и надзора отца, чуждаго, понятно, что онъ долженъ быть бродягомъ; лишенный родительскихъ поощреній и средствъ къ жизни, понятно, что онъ станетъ нищимъ или воромъ“. Статистическія данныя указываютъ, напр., что на 1000 проступковъ, совершенныхъ малолѣтними до 16 лѣтъ, во Франціи было: простой кражи 574 (т.е. почти $\frac{3}{5}$), а нищенства съ бродяжничествомъ 159 (т.е. почти $\frac{1}{5}$). Затѣмъ, съ 1852—1863 на 1000 дѣтей, помѣщенныхъ въ пріютахъ, было между мальчиками дѣтей: зажиточныхъ родителей—27, живущихъ своимъ трудомъ—564; не имѣющихъ занятій, т.е. бродягъ, нищихъ, публичныхъ женщинъ—203; преступниковъ—96; неизвѣстнаго состоянія—110; а между дѣвочками: 15, 478, 241, 157 и 109. Ср. мое изслѣдованіе о малолѣтнихъ, стр. 135 и 139.

мѣется, чѣмъ ближе стоитъ человѣкъ къ эпохѣ умственной и нравственной зрѣлости, тѣмъ слабѣе становятся доводы о необходимости совершенно особой системы наказаній для подобныхъ преступниковъ.

Поэтому, между отрочествомъ и зрѣlostью какъ теорія, такъ и большинство кодексовъ ставятъ еще одну эпоху въ развитіи человѣка — юность. Признавая полную вѣнность проступковъ для лицъ этого возраста, признавая даже возможность примѣненія къ нимъ, за немногими исключеніями, общихъ наказаній, они требуютъ только смягченія самой мѣры отвѣтственности. Они обращаютъ вниманіе на то, что способность увлекаться, дѣйствовать подъ вліяніемъ страстнаго порыва, какъ въ хорошую, такъ и въ дурную сторону, далеко не полная самостоятельность, относительная слабость силъ физическихъ и т. п. не могутъ остаться безъ вліянія на наказуемость.

Такимъ образомъ, юный возрастъ преступника играетъ въ правѣ уголовномъ роль весьма разнообразную.

Прежде всего, право уголовное признаетъ, что вѣняемость наступаетъ только съ достиженіемъ извѣстнаго срока развитія, что существуетъ, слѣдовательно, такая эпоха въ развитіи человѣка, въ теченіи которой онъ не можетъ отвѣчать предъ судомъ уголовнымъ. Притомъ, такъ какъ этотъ возрастъ опредѣляется сообразно съ развитіемъ преступника по отношенію къ данному преступленію, то эта эпоха раздѣляется на два періода: первый, въ которомъ невѣняемость считается безусловно достовѣрною, и второй, въ которомъ невѣняемость предполагается только вѣроятною, такъ что вопросъ объ ея присутствіи долженъ быть разрѣшенъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. При этомъ надо прибавить, что признаніе подобной полной безотвѣтственности дѣтей до извѣстнаго возраста не исключаетъ права суда позаботиться иногда о дальнѣйшей ихъ участи. Подобное вмѣшательство суда возможно при наличности слѣдующихъ условий: чтобы проступокъ малолѣтняго былъ предметомъ судебного разбирательства, чтобы судъ призналъ подсудимаго совершившимъ данный фактъ, чтобы, наконецъ, признавая его не понимающимъ отчетливо совершеннаго, судъ тѣмъ не менѣе призналъ въ немъ наличность такихъ наклонностей, которыя могутъ быть опасны впоследствии для общества. При подобныхъ условіяхъ, судъ не только можетъ рекомендовать его особенной заботливости и вниманію его родителей или родственниковъ, но и отдать, помимо ихъ воли, въ общественныя воспитательныя учрежденія, какъ это признаетъ большинство западныхъ кодексовъ¹³⁰⁾.

Далѣе, уголовное право указываетъ на вторую эпоху возраста, когда, вѣняя дѣяніе малолѣтнему, его не подвергаютъ, однако, тѣмъ наказаніямъ, которыя существуютъ для взрослыхъ, а замѣняютъ ихъ иными, имѣющими исключительно воспитательный характеръ¹³¹⁾. Такъ какъ обыкновенно эта эпоха совпадаетъ съ

¹³⁰⁾ По этому поводу Ортоланъ, *éléments*, № 271, говоритъ: „Эти мѣры не могутъ быть примѣняемы иначе, какъ путемъ принужденія: принужденія по отношенію къ родителямъ, которыхъ власть нарушается, принужденія по отношенію къ дѣтямъ, которые лишаются по суду свободы. Но это принужденіе оправдывается, смотря по обстоятельству дѣла: опасностью, дурными привычками или наклонностями, которыя высказались въ данномъ фактѣ; виновностью малолѣтняго, котораго, не имѣя характера вины, заслуживающей публичнаго наказанія, тѣмъ не менѣе лежитъ на виновномъ; небрежностью, дурнымъ примѣромъ или безразличностью родителей. Но эти мѣры ни въ какомъ случаѣ не должны имѣть характера наказанія: по своему репрессивному свойству онѣ должны быть приравняемы къ домашнему исправленію, должны замѣнить для малолѣтняго надзоръ родительскій“.

¹³¹⁾ Но могутъ спросить, какое же различіе между воспитательнымъ наказаніемъ, назначаемымъ для признанныхъ дѣйствовавшими съ разуміемъ, и принудительною задачей въ воспитательные дома для освобожденныхъ? Для чего вся эта процедура, всѣ законодательныя опредѣленія, приводящія, повидимому, къ безразличію? Для отвѣта на

тѣмъ періодомъ, въ продолженіи котораго суды обязаны въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ разрѣшать вопросъ объ отсутствіи или наличности способности ко вмѣненію, то отъ этого перѣдко происходятъ весьма значительныя недоразумѣнія, такъ какъ часто забываютъ, что первый изъ этихъ признаковъ имѣетъ второстепенное процессуальное значеніе, а другой, напротивъ, является главнымъ, существеннымъ. Между тѣмъ формула, по которой разрѣшается комбинація этихъ двухъ элементовъ, сама по себѣ довольно проста: во вторую эпоху развитія, суды, признавъ, что данный поступокъ долженъ быть вмѣненъ малолѣтнему, въ немъ обвиненному, подвергаютъ его не тѣмъ наказаніямъ, которыя назначены по закону для взрослыхъ, а совершенно инымъ.

Наконецъ, право уголовное признаетъ существованіе третьей эпохи возраста, во время которой хотя виновные и подлежатъ наказанію, но эти наказанія для нихъ смягчаются болѣе или менѣе значительно.

48. Границы, отдѣляющія одну эпоху возраста отъ другой, зависятъ отъ индивидуальнаго развитія данной личности, а потому должны бы были быть опредѣляемы судомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, но однако всѣ законодательства, въ виду практическаго неудобства такой неопредѣленности, держатся противоположной системы и ставятъ такими границами условные сроки.

Переходъ отъ дѣтства къ отрочеству, отъ отрочества къ юности и, наконецъ, отъ послѣдней къ возмужалости, имѣетъ, какъ указываютъ намъ опытъ и психологія, чисто индивидуальный характеръ, зависитъ отъ факторовъ весьма различныхъ. Съ одной стороны, это различіе обусловливается организмомъ ребенка—одни дѣти растутъ и физически и умственно быстро, другіе развиваются медленно, запаздываютъ; съ другой—на это вліяетъ среда, въ которой находится ребенокъ, его полъ, болѣзни, которыя ему пришлось испытать, климатъ, условія жизни и т. п., такъ что отдѣльные индивидуумы представляютъ въ этомъ отношеніи значительныя отклоненія. Мало того, даже и въ каждомъ отдѣльномъ лицѣ признаніе наступленія зрѣлости будетъ зависетьъ отъ свойства совершеннаго имъ правонарушенія ¹³²⁾.

Поэтому казалось бы, что и законъ не долженъ былъ опредѣлять а priori этихъ предѣловъ, а предоставить установленіе ихъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ суду. Но, однако, ни одинъ кодексъ не держится этого начала; мало того, даже и теоретики, за немногими исключеніями ¹³³⁾, требуютъ, чтобы самъ законъ

это нужно имѣть въ виду, что наказаніе, какъ средство борьбы съ преступленіемъ, заключаетъ въ себѣ два момента: борьбу съ преступленіемъ въ самомъ преступникѣ и успокоеніе общественное. Съ первой точки зрѣнія объ разсматриваемыя мѣры должны быть признаны безусловно тождественными, такъ какъ и заключеніе должно быть исключительно воспитательнаго характера; но онѣ несомнѣнно отличны другъ отъ друга во второмъ отношеніи. По отношенію къ осужденнымъ педагогическимъ требованіямъ; таковы, напр., самый фактъ осужденія, опредѣленіе minimum'a пребыванія въ заведеніи и т. п.

¹³²⁾ Индивидуальность развитія и соответствующей ему способности ко вмѣненію чрезвычайно обстоятельно разобраны у Росси, в. с., стр. 25 и сл.; F. Hélie, I № 226.

¹³³⁾ Friedreich, System, стр. 179—182. Halschner, System, стр. 105; Marec-dole, стр. 99. Въ особенности John, Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für Norddeutschen Bund. 1868. Также Эгиди, Темме, Карминьяни. Повидимому г. Богдановскій, в. с. стр. 12, также держится этого мнѣнія. Это начало проводила древнѣйшая римская система.

опредѣляя границы отдѣльных періодовъ. Какъ же объяснить такое противорѣчіе?

Отвѣтъ на это можно найти въ общихъ основаніяхъ, опредѣляющихъ отношеніе судьи къ закону, границы судейскаго произвола. Начала эти требуютъ, въ интересахъ гражданской свободы, установленія законодателемъ извѣстныхъ предѣловъ для дѣятельности суда. Въ особенности имѣетъ значеніе подобное ограниченіе въ данномъ случаѣ. Въ теченіе первой эпохи ребенокъ не только не подлежитъ наказанію, но и не можетъ быть привлекаемъ къ суду, слѣдовательно, установленіе границъ этой эпохи судейскою властью совершенно невозможно.

На этомъ основаніи законодательства и принимаютъ извѣстные числа, какъ границы, до наступленія которыхъ, по мнѣнію законодателя, ребенокъ еще не могъ приобрести способности ко вмѣненію, не могъ развиться настолько, чтобы подлежать тому же наказанію, какъ и взрослый и т. п. „Назначеніе этихъ сроковъ“, справедливо замѣчаетъ г. Спасовичъ, „поведеть, конечно, къ тому, что нѣкоторыя дѣти, преждевременно развившіяся, избѣгутъ заслуженныхъ ими наказаній, но за то оно упроститъ производство дѣла о малолѣтнихъ, прекратитъ въ зародышѣ множество дѣлъ пустыхъ, а главное избавитъ юстицію отъ множества промаховъ и ничѣмъ не вознаградимыхъ ошибокъ“¹³⁴).

49. Выборъ этихъ числовыхъ предѣловъ можетъ быть сдѣланъ или на основаніи какой-либо предвзятой идеи, или же, гораздо правильнѣе, при помощи данныхъ психологіи и антропологіи, указаній опыта и уголовной статистики.

Примѣръ дѣленія перваго рода представляетъ такъ-называемая система климатическихъ періодовъ, господствовавшая въ медицинскихъ сочиненіяхъ древнихъ, въ особенности у Гипократа, и въ новѣйшее время защищаемая Кабанисомъ, а изъ криминалистовъ Ортоланомъ¹³⁵). Ея исходный пунктъ тотъ, что черезъ каждыя 7 лѣтъ всѣ матеріальные элементы, изъ которыхъ составляется тѣло человѣческое, возобновляются, а вмѣстѣ съ тѣмъ обновляется и организмъ человѣческой, какъ въ физическомъ, такъ и въ нравственномъ отношеніи. Сообразно съ этимъ, первая эпоха въ жизни человѣка, которую мы разсматриваемъ, должна была раздѣляться на 3 періода: до 7 лѣтъ, отъ 7—14, отъ 14—21. Доктрина эта, отразившись еще на римскомъ правѣ, въ школѣ прокулянцевъ, вліяла затѣмъ не только на законодательства среднихъ вѣковъ, но отчасти и на кодексы новаго времени, а въ особенности на наше уложеніе, принявшее въ основу своей системы это дѣленіе. Но не трудно видѣть несостоятельность такой теоріи. Не говоря уже о возраженіяхъ, дѣлаемыхъ противъ существованія подобныхъ сроковъ съ точки зрѣнія физиологической, нельзя не замѣтить, что оно не принимаетъ въ расчетъ никакихъ внѣшнихъ факторовъ развитія, какъ, напр., ни климатическихъ, ни общественныхъ условій жизни въ той или другой странѣ и думаетъ дать мѣрку, пригодную для всѣхъ странъ и временъ.

¹³⁴) Учебникъ, стр. 119; Ortolan, éléments, № 261; см. въ особенности Kittka, в. с., въ архивѣ, 1835, стр. 119 и сл.; Колосовскій, в. с. стр. 57 и сл.

¹³⁵) Кабанисъ, отношеніе между физической и нравственною природою человѣка, пер. Библикова, 1865, т. I, мемуаръ 4, о вліяніи возраста на мысли и нравственныя побужденія. У Кабаниса можно найти много интересныхъ замѣчаній относительно характеристики разсматриваемыхъ нами періодовъ возраста. Gesterding, в. с., стр. 5; Ortolan, éléments, № 281.

Другая теорія требуетъ, чтобы законодатель обратилъ вниманіе не только на психологическія и физиологическія, но и на этнографическія данныя, чтобы онъ бралъ въ расчетъ вліяніе пола, климата, состояніе цивилизаци и т. п. Чтобы законодатель, дѣлая возможно большее число наблюденій, отыскивалъ среднюю норму, которая въ данной мѣстности, въ данную эпоху опредѣляетъ переходъ отъ одного періода къ другому, затѣмъ бралъ бы цифру крайняго запоздалаго (но не болѣзненнаго) развитія и между двумя этими предѣлами выбиралъ какой-либо срокъ, который и дѣлался бы границею періода. Приэтомъ, конечно, въ государствахъ обширныхъ, совмѣщающихъ въ себѣ различныя условія климатическія и общественныя, можетъ быть допущено видоизмѣненіе сроковъ, сообразно съ мѣстными условіями ¹³⁶).

50. Нельзя, впрочемъ, не прибавить, что большинство современныхъ кодексовъ въ выборѣ сроковъ не держится никакихъ рациональныхъ основаній. Это доказывается, съ одной стороны, разнообразіемъ сроковъ, принятыхъ, напр., въ двухъ сосѣднихъ странахъ, по видимому стоящихъ въ одинаковыхъ климатическихъ и культурныхъ условіяхъ, а съ другой—тѣмъ, что часто въ государствахъ южныхъ признаются сроки созрѣванія болѣе поздніе, чѣмъ въ сѣверныхъ, вопреки всякимъ рациональнымъ воззрѣніямъ на вліяніе климата. Только за послѣднее время, напр. при изданіи новаго германскаго уложенія, появились попытки примѣненія опытной системы опредѣленія сроковъ.

Но въ виду этого различія системъ, встрѣчающихся въ новыхъ кодексахъ, я считаю не лишнимъ привести краткую характеристику главныхъ изъ нихъ, тѣмъ болѣе, что ознакомленіе съ ними имѣетъ важное значеніе и для изученія нашего законодательства.

Эти системы могутъ быть сведены къ тремъ группамъ: французской, римской и нѣмецкой ¹³⁷).

Система, дѣйствующая нынѣ во Франціи, была принята еще учредительнымъ собраніемъ въ кодексѣ 1791 года, а затѣмъ окончательно установлена въ code pénal 1810, art. 66—69 и дополнена закономъ 5 апрѣля 1850 г.: sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus. По этой системѣ возрастъ челоѣческій, по отношенію къ отвѣтственности за преступленіе, распадается на два періода, которыхъ гранью является 16 лѣтъ. Какъ скоро подсудимый не достигъ этой эпохи, то о немъ долженъ быть поставленъ по каждому преступленію, въ которомъ онъ обвиняется, особый вопросъ: дѣйствовалъ ли онъ съ разумніемъ или нѣтъ?

¹³⁶) Римское право различало при этомъ еще полъ обвиняемаго, считая, напр., эпохою созрѣванія для дѣвушки 12, а для мальчика 14, а glossатары, напр. Accursius, давали этому даже не лестное для женщинъ объясненіе: mala herba citius crescit, quam bona. Но новѣйшіе кодексы и теорія, не отрицая, конечно, вліянія пола на развитіе, не придаютъ ему большого значенія, но крайней мѣрѣ въ уголовномъ правѣ, и устанавливаютъ сроки, одинаковые для обоихъ половъ. Ср. Гестердингъ, в. с., стр. 17; Китка, въ Архивѣ, стр. 121—126.

¹³⁷) См. перечень законодательныхъ постановленій у Богдановскаго, в. с., стр. 58 и сл. Для германскаго кодекса см. Roenne, Zurechnungsfähigkeit, стр. 17 и сл., для англійскаго—Stephen, Handbuch, üb. v. Mühry, стр. 8.

1791
66
52

Если суд признает, что виновный совершил данный поступок без разумна, то он, хотя и освобождает его от наказания, но, смотря по обстоятельствам дѣла, или отдает его под присмотръ родителей или родственников, или отсылает его въ исправительный домъ для малолѣтнихъ (*maison de correction*). Самый срокъ заключения въ этихъ заведеніяхъ хотя и опредѣляется судомъ, но безотносительно къ наказаніямъ, назначеннымъ въ законѣ за совершенное преступленіе и съ соблюденіемъ только одного условия, чтобы дѣти не оставались въ этихъ заведеніяхъ послѣ достиженія 20-ти лѣтняго возраста. Эта отдача ни въ какомъ случаѣ не считается наказаніемъ, такъ что малолѣтніе въ случаѣ совершенія ими, по выпускѣ изъ пріюта, новаго преступления не считаются рецидивистами. Если же судъ найдетъ, что виновный дѣйствовалъ съ разумніемъ и притомъ виновенъ въ преступленіи (*crime*), то онъ, хотя и приговариваетъ его къ наказанію, но иному, нежели взрослыхъ преступниковъ. А именно, всѣ наказания замѣняются однимъ тюремнымъ заключеніемъ, отбываемымъ не въ общихъ тюрьмахъ, а въ томъ же *maison de correction* или въ отдѣльныхъ *colonies correctionnelles*. Сроки заключения опредѣляются самимъ закономъ, соответственно съ размѣрами наказанія, замѣняемаго этимъ заключеніемъ, такъ что maximum подобнаго заключенія будетъ 20 лѣтъ при замѣнѣ смертной казни, а minimum 1 годъ. Въ случаѣ же совершенія проступка (*délit*) малолѣтніе подвергаются половинѣ того наказанія, которому подлежатъ взрослые ¹³⁸).

Система эта имѣетъ одну существенную практическую выгоду — простоту, чѣмъ и объясняется ея вліяніе на другіе кодексы ¹³⁹), но за то она отличается и весьма многими существенными недостатками, противъ которыхъ рѣзко высказываются лучшіе изъ французскихъ криминалистовъ ¹⁴⁰).

Во-1-хъ, французское право вовсе не знаетъ возраста, до котораго не можетъ быть возбуждаемо уголовное преслѣдованіе. По буквальному тексту закона, на скамьѣ подсудимыхъ можетъ появиться ребенокъ не только 6 или 7, а даже двухъ и трехъ лѣтъ, а нечего и говорить, что подобные факты противорѣчатъ здравой логикѣ, возмущаютъ общественную совѣсть, не говоря уже о томъ вредѣ, который причиняется такимъ судомъ самимъ подсудимымъ, признаваемымъ къ тому же, конечно, дѣйствовавшими безъ разумна. Защитники французской системы говорятъ обыкновенно, что благоразуміе магистратуры само поставитъ въ этомъ отношеніи предѣлы и притомъ съ несравненно большею правильностью,

¹³⁸) Хотя, по буквальному тексту закона, статьи 66—69 не распространяются на полицейскія нарушенія, но практика французскаго кассационнаго суда и нѣкоторые комментаторы допускаютъ подобное распространеніе. Ср. F. Hélie, в. с., I, № 241, Dalloz, в. с., № 426; въ особенности Blanche, II, № 343—361. Trébutien, в. с., стр. 112. Contra: Haus, в. с., № 513; Ortolan, в. с., I, № 298. Законъ 1850 года постановилъ, что несовершеннолѣтніе преступники не могутъ быть помѣщаемы въ тѣ же заведенія, какъ и взрослые, и отдаются: или въ *colonies pénitentiaires*—когда они 1) дѣйствовали безъ разумна, 2) отданы родительскою властью, 3) хотя и приговорены къ тюремному заключенію, но на сроки менѣе 2-хъ лѣтъ;—или же въ *colonies correctionnelles*, во всѣхъ остальныхъ случаяхъ.

¹³⁹) Та же система принята или вполне, или съ небольшими измѣненіями въ слѣдующихъ кодексахъ: прусскомъ 1851 г., ст. 42 и 43, баварскомъ 1861, ст. 76 и 82 и бельгійскомъ 1867, ст. 72—77. Оба послѣдніе кодекса допускаютъ замѣну смертной казни—пожизненнымъ заключеніемъ: по бельгійскому для лицъ до 18, а по баварскому—до 21 года; постановленія послѣдняго вообще отличаются и невѣрнымъ взглядомъ на самое значеніе возраста при отвѣтственности, и излишнею сложностью. Французскія воззрѣнія легли также въ основу законодательства голландскаго и итальянскаго 1861 г. Ср. Богдановскій, в. с., стр. 85.

¹⁴⁰) Росси, *traité*, стр. 33; F. Hélie, № 227—229; Ortolan, I, № 279; за систему французскую Trébutien, в. с., стр. 117, Berner, *Imputationslehre*, стр. 107; Jahn, *Entwurf*, стр. 282.

нежели могъ бы сдѣлать это законъ; но судебная дѣтонисъ Франціи не оправдываетъ этихъ надеждъ; она указываетъ намъ, напр., что предъ судомъ присяжныхъ являлись въ 1847 г. одинъ, а въ 1854 г. три ребенка, которымъ не исполнилось еще 6 лѣтъ; въ 1850 году судомъ былъ признанъ ребенокъ 6 лѣтъ виновнымъ въ убійствѣ своего товарища 4-хъ лѣтъ; причемъ свидѣтелемъ былъ также ребенокъ 4-хъ лѣтъ ¹⁴¹⁾.

Во-2-хъ, шестнадцатилѣтній срокъ, за которымъ начинается полная отвѣтственность, нельзя признать выбраннымъ удачно, такъ какъ, по отзывамъ французскихъ криминалистовъ, при климатическихъ условіяхъ Франціи, встрѣчается весьма значительный процентъ преступниковъ, хотя и перешедшихъ 16-тилѣтній возрастъ, но дѣйствующихъ безъ разумія.

Во-3-хъ, кодексъ вовсе не знаетъ того періода, при которомъ наказаніе смягчается, не измѣняясь въ своемъ существѣ. До 16-ти лѣтъ можетъ быть или оправданіе или замѣна наказанія, а послѣ 16-ти начинается уже полная отвѣтственность. Законъ, такимъ образомъ, не принимаетъ во вниманіе той молодости, неопытности, которая такъ часто обнаруживается въ преступникахъ 17-ти или 18-тилѣтняго возраста.

Во-4-хъ, нельзя признать правильнымъ и постановленія закона о замѣнѣ наказаній для дѣйствовавшихъ съ разуміемъ. Кодексъ не могъ примириться съ тѣмъ взглядомъ, что для лицъ этой категоріи все-таки нужно не наказаніе, а воспитаніе; это выразилось какъ въ самомъ названіи этой мѣры—тюремнымъ заключеніемъ, такъ и въ срокахъ. Съ требованіями воспитанія нельзя согласовать ни maximum—20 лѣтъ, ни minimum—1 годъ ¹⁴²⁾.

51. Совершенною противоположною системѣ французской представляетъ система сложная, римская, которая признаетъ тройное значеніе возраста, рассматривая его какъ основаніе невмѣняемости, замѣны и смягченія наказанія. Этой системы довольно близко держалось римское право въ его позднѣйшемъ развитіи, различавшее *infantes*, которымъ дѣяніе не вѣнялось безусловно, такими считались сначала всѣ не умѣвшие говорить—*qui fari non potest*, а впоследствии всѣ дѣти моложе 7 лѣтъ; затѣмъ—*impuberes* отъ 7—14 (*resp.* 12), которые въ свою очередь распадались на двѣ категоріи: *infantiae proximi* и *pubertati proximi*, и по отношенію къ которымъ вопросъ разрѣшался въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; и, наконецъ, *minores*—до 18, а иногда даже, по преторскому эдикту,—до 25, для которыхъ наказаніе, по крайней мѣрѣ за нѣкоторыя преступленія, смягчалось. Изъ новыхъ нѣмецкихъ кодексовъ это начало проводилось въ баденскомъ, 1845 г., § 78—81, въ гессенскомъ и тюрингенскомъ, допускавшихъ три срока: до 12, отъ 12—16 и отъ 16—18, и въ вюртембергскомъ, 1839 г., § 95—96, различавшемъ періоды: до 10, отъ 10—16, отъ 16—18 ¹⁴³⁾. Къ этой же системѣ относится да-

¹⁴¹⁾ Ortolan, éléments, № 301. Съ 1841—1865, между малолѣтними, судимыми съ присяжными, было: на 6-мъ году—4; на 7-мъ—3; на 8-мъ—5; на 9-мъ—11; а на 10-мъ—21; всего 44 человека, что составляетъ 2% на общее число всѣхъ малолѣтнихъ, судимыхъ съ присяжными. См. мое изслѣдованіе о малолѣтнихъ, стр. 141.

¹⁴²⁾ Въ кодексахъ, принявшихъ французскую систему, въ особенности въ баварскомъ, этотъ недостатокъ еще замѣтнѣе, такъ что баварскій законъ допускаетъ, напр., заключеніе на 1 мѣсяцъ.

¹⁴³⁾ Впрочемъ, кодексы баденскій и вюртембергскій допускали въ 3-мъ періодѣ смягченіе одного только наказанія—смертной казни. Что касается до системы римской, то, имѣя въ виду ея только историческій интересъ, а не останавливаясь на разборѣ подробностей и разнаго рода controverſь. Ср. Вернеръ, в. с., стр. 103; Гельшперъ, стр. 106; Кестлинъ, стр. 136; Friedreich, System, стр. 171 и сл.

лѣ датскій кодексъ, отчасти англійское право и, наконецъ, наше уложе-
ніе ¹⁴⁴).

52. Среднее мѣсто между системами французскою и римскою занимаетъ нѣмецкая, встрѣчающаяся еще въ Каролингѣ. Кодексы этой группы, вмѣсто трех-
членного дѣленія, принимаютъ двухчленное и притомъ въ двухъ видахъ.

Одна группа признаетъ двѣ эпохи—безусловной невмѣняемости и снисхожде-
нія, отрицая эпоху вмѣняемости условной и замѣны наказаній; къ этой кате-
горіи относится кодексъ австрійскій §§ 2, 237, 269 и сл., по которому до 10 лѣтъ
принимается періодъ полной невмѣняемости, а отъ 10—14 за преступленія ма-
лолѣтніе отвѣчаютъ какъ бы за проступки, а за маловажные проступки вовсе
не наказываются; вообще же возрастъ отъ 10—20 лѣтъ служитъ основаніемъ
смягченія; далѣе, то же начало проводитъ кодексъ саксонскій 1868 года, по ко-
торому первый періодъ простирается до 14, а второй до 18 лѣтъ ¹⁴⁵).

Другая группа признаетъ, напротивъ того, только двѣ первыя эпохи и не
знаетъ особаго періода смягченія. Представителемъ ея является ольденбургскій
кодексъ, § 38—39 и новое германское уложеніе § 55—57. На основаніи послѣд-
няго, если какое-либо лицо, при совершеніи даннаго дѣянія, не достигло еще 12
лѣтъ, то противъ него не можетъ быть возбуждено уголовное преслѣдованіе; если
же будетъ обвиненъ малолѣтній отъ 12—18 лѣтъ, то въ каждомъ отдѣльномъ слу-
чаѣ долженъ быть обсужденъ вопросъ о томъ, обладалъ ли онъ въ моментъ со-
вершенія преступленія влччивостью, необходимую для распознанія преступно-
сти своихъ дѣйствій. При отрицательномъ отвѣтѣ подсудимый освобождается отъ
наказанія, но можетъ быть отданъ или родителямъ, или семьѣ, или же отсылается
въ исправительныя пріюты, гдѣ и остается до тѣхъ поръ, пока будетъ считаться
это необходимымъ начальство заведенія, но во всякомъ случаѣ не долѣе 20 лѣтъ.

Если же виновный будетъ признанъ обладающимъ способностью оцѣнивать
преступность дѣянія, то онъ хотя и подвергается наказанію, но иному, нежели
взрослые, а именно: 1) вмѣсто смертной казни и пожизненнаго заключенія въ
Zuchthaus'ѣ, назначается тюрьма отъ 3-хъ до 15-ти лѣтъ; 2) вмѣсто пожизнен-
наго заключенія въ крѣпость—заключеніе отъ 3-хъ до 15-ти лѣтъ; 3) въ тѣхъ
случаяхъ, гдѣ за данное преступленіе назначается срочное заключеніе въ Zucht-
haus'ѣ, или какой-либо иной родъ наказанія, то наказаніе для малолѣтнихъ вы-
бирается между законнымъ minimum'омъ даннаго рода наказанія и половиною
высшей мѣры наказанія, назначеннаго за данное преступленіе. Если, такимъ
образомъ, придется назначить заключеніе въ Zuchthaus'ѣ, то оно замѣняется рав-
нопродолжающимся заключеніемъ въ тюрьмѣ; 4) при проступкахъ и полицей-
скихъ нарушеніяхъ, въ особенности легкихъ, можетъ быть назначенъ простой
выговоръ; 5) потеря всѣхъ или нѣкоторыхъ правъ, равно какъ и полицейскій
надзоръ, къ малолѣтнимъ не примѣняются. Наказаніе лишеніемъ свободы отбы-
вается въ особыхъ учрежденіяхъ или помѣщеніяхъ, назначенныхъ для малолѣт-
нихъ преступниковъ.

Несмотря на то, что кодексъ нѣмецкій является самымъ послѣднимъ зако-
нодательнымъ актомъ, онъ, по данному вопросу, вмѣстѣ съ нѣкоторыми досто-
инствами соединяетъ и значительные недостатки. Къ числу первыхъ должно

¹⁴⁴) Значеніе этой системы было указано выше. Эту же теорію защищаютъ боль-
шинство нѣмецкихъ писателей, а изъ французскихъ въ особенности Ортоланъ.

¹⁴⁵) Къ этому же отдѣлу нужно отнести всѣ швейцарскіе кодексы. Ср. Temme,
Lehrbuch des schweizerischen Strafrechtes. 1855, § 41; Herbst, Handbuch des öster-
reichischen Strafrechtes. 1865, стр. 65; Waechter, в. с., стр. 340.

быть отнесено установление срока безусловной невменяемости и притомъ такого (12 лѣтъ), который, по мнѣнію специалистовъ, вполне соответствуетъ климатическимъ условіямъ страны; затѣмъ, болѣе точное опредѣленіе признаковъ вмѣняемости и, наконецъ, безусловная непримѣнимость къ лицамъ, моложе 18 лѣтъ, заключенія въ Zuchthaus и потери гражданскихъ правъ. Что касается до недостатковъ, вызвавшихъ уже критику и вѣмецкихъ юристовъ, то сюда нужно отнести: сложность системы (напр. пунктъ 3-й), неопредѣленность (п. 4-й) постановленій и невѣрный взглядъ на самое существо тѣхъ мѣръ, которыми замѣняется для малолѣтнихъ общее наказаніе. Недоразумѣнія эти происходятъ, какъ кажется, изъ неразличенія закономъ возраста, какъ причины замѣны наказаній, и возраста, какъ обстоятельства смягчающаго. Ставя на одну доску, напр., мальчика 12½ и юношу 17½ лѣтъ, признанныхъ понимающими преступность совершенныхъ ими дѣйствій, кодексъ не могъ уже, очевидно, говорить о воспитательномъ характерѣ карательныхъ учрежденій, необходимыхъ для лицъ первой категоріи, а назначалъ и для нихъ ту же тюрьму или крѣпость, въ которой, по тексту закона, придется соединять 30-ти-лѣтнихъ преступниковъ, совершившихъ преступленіе до наступленія 18-ти лѣтъ, и дѣтей въ 13 или 14 лѣтъ.

53. Что касается до нашего права, то спеціальныя постановленія о вліяніи возраста на уголовную отвѣтственность появляются только въ новое время, а приводятся въ систему съ изданіемъ свода законовъ и въ особенности уложенія. Но такъ какъ потомъ, послѣ изданія уложенія 1845 г., является множество разнородныхъ узаконеній о малолѣтнихъ, то система дѣйствующаго права представляется, съ одной стороны, крайне запутанною, а съ другой — несостоятельною.

Въ древнихъ памятникахъ нашего свѣтскаго законодательства мы не находимъ никакихъ постановленій по данному вопросу; умалчиваетъ объ этомъ и уложеніе 1648 года ¹⁴⁶⁾. Только въ новозказныя статьи къ уложенію въ 1669 году вносится изъ градскихъ законовъ постановленіе: «аще отрокъ седми лѣтъ убіетъ, то неповинень есть смерти». Но и это постановленіе, во-1-хъ, цѣликомъ было взято изъ нѣземнаго права, примѣнявшагося въ нашихъ духовныхъ судахъ, да, во-2-хъ, и тамъ не имѣло безусловнаго значенія, такъ какъ въ тѣхъ же законахъ градскихъ указанъ и другой предѣлъ безответственности — 12 лѣтъ, при мужеложствѣ; въ другихъ же законахъ церковныхъ встрѣчаются сроки въ 14 и даже въ 20 лѣтъ.

Въ воинскомъ уставѣ Петра В. встрѣчается только одно указаніе въ толкованіи на артикулъ 195, гдѣ говорится: «наказаніе за воровство обыкновенно умаляется или весьма остается, ежели . . . воръ будетъ младенецъ, который, дабы заранѣе его отъ сего отучить, можетъ отъ родителей своихъ лозами на-

¹⁴⁶⁾ Попытка г. Неклюдова, приложенія, стр. 350, доказать, что и по уложенію 1648, малолѣтніе до 15 лѣтъ не отвѣчали въ уголовномъ порядкѣ, не имѣть никакихъ точныхъ доказательствъ въ законѣ. См. Богдановскій, стр. 91 и сл. См. также Гореглядъ, опытъ начертанія уголовного права. 1815, стр. 105 и сл. А. Суховъ, обычно-народныя наказанія по древне-русскому праву. Ю. В. 1873, декабрь, стр. 43, хотя и думаетъ, что уже и по Русской Правдѣ дѣти не наказывались, но основываетъ это не на прямомъ указаніи памятниковъ, а на общемъ ихъ смѣслѣ.

казанъ быть». При этомъ самый терминъ «младенецъ» остается безъ опредѣленія ¹⁴⁷⁾.

Въ такомъ же положеніи оставался вопросъ и долго спустя послѣ Петра Великаго. Въ 1742 г. (П. С. З. № 8601) сенатъ вмѣстѣ съ президентами коллегій разсматривалъ дѣло 14-тилѣтней крестьянки Федоровой, обвиняемой въ убійствѣ двухъ дѣтей, и коснулся по этому поводу самаго вопроса объ ответственности малолѣтнихъ. Онъ нашелъ, что малолѣтство, какъ для мужскаго, такъ и для женскаго пола, нужно считать до 17-ти лѣтъ, и что таковыхъ нельзя подвергать тѣмъ же наказаніямъ, какъ и взрослыхъ. Въ видахъ этого онъ предполагалъ раздѣлить всѣ преступленія на 5 группъ, и для каждой установить особый родъ замѣны. Малолѣтніе не могли подвергаться ни смертной казни, ни пыткѣ, ни кнуту, для нихъ эти наказания замѣнялись сѣченіемъ плетью и отдачею въ монастырь на исправленіе, для употребленія ихъ тамъ во всякія тяжелыя монастырскія работы, чтобы они никогда праздны не были. А по освобожденіи изъ монастырей повелѣвалось ихъ отсылать въ тѣ мѣста, откуда кто присланъ, а изъ тѣхъ мѣстъ отсылать ихъ на прежнія жилища, гдѣ быть имъ вѣчно и ни къ какимъ дѣламъ не опредѣлять; а при томъ выпускъ имъ на письмѣ подтвердить, чтобы они то свое прегрѣшеніе памятовали до смерти и впредь бы отъ подобныхъ тому продерзостей весьма остерегались; буде и затѣмъ паки явятся въ такихъ же продерзостяхъ, то съ ними поступлено будетъ по государственнымъ правиламъ безо всякаго пощадя. За меньшія же преступленія они или вовсе освобождались отъ наказаній, или мѣра ихъ ответственности значительно смягчалась. Затѣмъ это мнѣніе сената было передано на заключеніе синода, который въ 1744 г. снова разсматривалъ настоящее дѣло вмѣстѣ съ сенатомъ и нашелъ, что 17-ти лѣтній срокъ положенъ слишкомъ поздній, потому что по закону въ бракъ можно вступать ранѣе 17-ти лѣтъ, и что тако меньше 17-ти лѣтъ челоуѣкъ довольный смыслъ имѣть можетъ. А потому они и принялъ вмѣсто семнадцати двѣнадцать лѣтъ.

Но кажется ни тѣ, ни другія соображенія не получили практической силы, какъ это можно видѣть изъ указовъ сената 31 марта и 18 сентября 1763 года, изъ которыхъ первый заявлялъ о томъ, что въ тюрьмахъ сидятъ много малолѣтнихъ и ожидаютъ рѣшенія, а во второмъ помѣщено нѣсколько интересныхъ рѣшеній сената о малолѣтнихъ. Изъ этого послѣдняго указа видно, что сенатъ отнесъ къ этой категоріи одно дѣло о 19-тилѣтнемъ и два о 18-тилѣтнихъ, и кромѣ того, что въ выборѣ наказаній сенатъ нѣсколько не стѣснялся указами 1742 и 1744 годовъ. Такъ 14-тилѣтній школьникъ изъ дворянъ, Гриневъ, за написаніе воровскихъ наспортовъ, высѣченъ при собраніи всѣхъ школьниковъ розгами и затѣмъ опять отданъ въ школу, а 14-тилѣтній крестьянинъ, Федоровъ, публично наказанъ плетью и сосланъ въ Нерчинскъ на вѣчныя работы.

Нѣсколько подлѣе опредѣлены были правила объ ответственности малолѣтнихъ указомъ 1765 года (П. С. З. № 12424), по которому всѣхъ лицъ, моложе 17-ти лѣтъ, обвиняемыхъ въ преступленіяхъ, влекущихъ смертную казнь или кнутъ, велѣно было представлять въ сенатъ, гдѣ съ ними поступлено имѣть бытъ по благоразсмотрѣнію и по мѣрѣ ихъ винъ. Которые же ниже 17-ти лѣтъ явятся въ преступленіяхъ, не заслуживающихъ смертной казни, а подлежать они будутъ тѣлесному наказанію, тѣмъ, безъ представленія въ сенатъ, чинить наказаніе: отъ 15—17 лѣтъ плетью, а отъ 10—15 лѣтъ розгами, но не батогами, а 10-ти лѣтъ и меньше отдавать для наказанія отцамъ, матерямъ или помѣщику, — и тѣ сдѣланныя ими въ малолѣтствѣ преступленія впредь ни въ какое имъ по-

¹⁴⁷⁾ Въ процессѣ воинскомъ также указано, что свидѣтелями не могутъ быть младенцы и дѣти моложе 15 лѣтъ.

дозрѣніе не считать. Такимъ образомъ этотъ указъ устанавливалъ до 10-ти лѣтъ полную невмѣняемость, отъ 10—17—смягченіе наказанія, причемъ при опредѣленіи размѣровъ смягченія принимался еще во вниманіе возрастъ 15-тилѣтній ¹⁴⁸⁾.

Но въ практикѣ и этотъ указъ не разрѣшилъ окончательно вопроса о наказуемости малолѣтнихъ, какъ это можно видѣть изъ нѣсколькихъ примѣровъ, помѣщенныхъ въ полномъ собраніи законовъ. Такъ въ 1767 году (П. С. З. № 12981) подсудимому Корольову было смягчено наказаніе по поводу его малолѣтства, хотя ему было 18-ть лѣтъ; въ 1818 году (П. С. З. № 27583) смоленскій совѣстный судъ вступилъ въ пререканіе съ уголовною палатою о срокѣ малолѣтства, полагая таковой, на основаніи мнѣнія духовной консисторіи, въ 15 лѣтъ; въ 1823 г. государственный совѣтъ приговорилъ 14-тилѣтняго дворянина Линчевскаго за убійство дворовой дѣвки къ отдачѣ въ херсонское военно-сиротское отдѣленіе для обученія съ другими малолѣтними, съ тѣмъ, чтобы по достиженіи совершеннолѣтія онъ былъ преданъ церковному покаянію на срокъ, который опредѣлитъ духовное начальство, и т. п. ¹⁴⁹⁾.

Сводъ законовъ, изд. 1832 г., дѣликомъ принялъ систему указа 1765 года, но затѣмъ его постановленія были измѣнены закономъ 28 іюня 1833 года и въ такомъ видѣ вошли во второе изданіе свода 1842 года. Сводъ до 10-ти лѣтъ по прежнему признавалъ невмѣняемость и отдавалъ виновныхъ, безъ преданія суду и безъ наказанія, на исправленіе родителямъ, родственникамъ или опекунамъ; съ 17-ти лѣтъ начиналась полная отвѣтственность; но въ отмѣну указа 1765 года, при обвиненіи малолѣтнихъ отъ 10 до 17 лѣтъ, совѣстный судъ или мѣсто, ими дѣлами завѣдывающее, приступая къ разсмотрѣнію дѣла, прежде всего постановляло и рѣшало вопросъ: съ разумнѣемъ ли совершенно преступленіе или безъ разумнѣя? Законъ не говорилъ, какъ поступать съ лицами, дѣйствовавшими безъ разумнѣя, но указывалъ только, что они наказанію не подлежатъ. Для дѣйствовавшихъ же съ разумнѣемъ наказаніе смягчалось, причемъ при тяжкихъ преступленіяхъ, при опредѣленіи размѣровъ смягченія, различался возрастъ отъ 10—14 и отъ 14—17; а при менѣе тяжкихъ отъ 10—15 и отъ 15—17; при этомъ малолѣтніе во всякомъ случаѣ освобождались отъ наказанія кнutomъ и публичныхъ наказаній плетью, а въ возрастѣ отъ 10—14 и отъ каторжныхъ работъ. Кромѣ того, сводъ, подобно указу 1742 года и на основаніи закона 24 января 1838 года, устанавливалъ особыя правила о наказуемости за повтореніе преступленій малолѣтними.

На этихъ историческихъ данныхъ построилась система дѣйствующаго права, претерпѣвшая впрочемъ, между первымъ и третьимъ изданіемъ уложенія (1866 года) весьма существенныя измѣненія ¹⁵⁰⁾, кромѣ того, съ изданіемъ мирового устава даже распавшаяся на двѣ, которыя необходимо разсмотрѣть отдѣльно.

¹⁴⁸⁾ При примѣненіи этого указа, властямъ предписывалось оказывать себя больше милостивыми, нежели жестокими судьями, памятуя то, что и сами они люди. Указъ этотъ, впрочемъ, велѣно было разослать секретно: „дабы чрезъ сей способъ не подать соблазну и поводу другимъ злонравнымъ и безразсуднымъ людямъ, и чтобы малолѣтніе отъ противныхъ указамъ проступковъ болѣе остерегались.

¹⁴⁹⁾ Даже въ нашей практикѣ этого періода встрѣчались случаи наказанія дѣтей меньшаго возраста. Такъ послѣ севастопольскаго бунта 1830 г. было предписано: „дѣтей мужскаго пола старѣе пяти лѣтъ, участвовавшихъ въ бунтѣ, отослать черезъ военное поселеніе въ батальоны военныхъ кантонистовъ“. Ср. Неклюдовъ, приложенія, стр. 371.

¹⁵⁰⁾ Эти измѣненія были вызваны рядомъ узаконеній, вышедшихъ за этотъ періодъ, а именно Высочайше утвержденными мнѣніями государственнаго совѣта отъ 12-го іюля 1848, 13-го ноября 1850, 23-го ноября 1853, 31-го марта 1858, 22-го марта 1860, 17-го апрѣля 1863 и 27-го декабря 1865 года.

54. Уложение, говоря о молодости преступника, какъ о причинѣ, вліяющей на отвѣтственность, различаетъ 3 періода: дѣтство до 7 лѣтъ, малолѣтство отъ 7—14, и несовершеннолѣтіе отъ 14 до 21 года ¹⁵¹⁾, вводя такимъ образомъ въ основу дѣленія климатерическіе, семилѣтніе сроки ¹⁵²⁾.

Прежде всего, въ числѣ причинъ, по которымъ судьянное не вмѣняется въ вину, уложение (ст. 92 п. 2) ставитъ и малолѣтство до такого возраста, когда подсудимый еще не могъ имѣть понятія о свойствѣ своего дѣянія, причемъ ст. 94 говоритъ: «дѣти, недостигшія семи лѣтъ отъ роду, а потому еще не имѣющія достаточнаго о своихъ дѣяніяхъ понятія, не подлежатъ наказаніямъ за преступленія и проступки: они отдаются родителямъ, опекунамъ или родственникамъ для взраждения и наставленія ихъ въпослѣдствіи».

При этомъ хотя редакторы уложения и указывали, что эти постановленія основаны на ст. 137 и 138 свода законовъ, изданаго 1842 года, но они не сочли нужнымъ объяснить, почему замѣнили они десятилѣтній срокъ свода семилѣтнимъ. Можно предполагать, что причиною этого, крайне неудачнаго измѣненія, было или желаніе провести климатерическую теорію, или желаніе согласовать уложеніе съ постановленіями церкви, признающей вмѣненіе грѣховъ съ семилѣтняго возраста. Можетъ быть также редакторы имѣли въ виду постановленія проекта уложения 1813 г., который во 2 п. 18 § признавалъ, что дѣяніе не вмѣняется въ вину, если оно учинено младенцемъ еще безмысленнымъ, которому не исполнилось 7 лѣтъ ¹⁵³⁾.

55. Далѣе, возрастъ отъ 7—14 лѣтъ или малолѣтство соотвѣтствуетъ періоду условной вмѣнености свода, но сравнительно съ послѣднимъ редакторы и здѣсь понизили его предѣлы, поставивъ, вмѣсто 17, 14 лѣтъ, и также не выяснивъ основаній этой замѣны. Законъ смотритъ на этотъ возрастъ только какъ на обстоятельство, вліяющее на отвѣтственность, такъ какъ статья 136 говоритъ: «уменьшающимъ вину и строгость наказанія обстоятельствомъ признаются и малолѣтство и несовершеннолѣтіе подсудимаго» ¹⁵⁴⁾.

Малолѣтство, далѣе, распадается на два періода: отъ 7—10 и отъ 10—14. На

¹⁵¹⁾ Собственно терминовъ для означенія отдѣльныхъ эпохъ, нашъ законъ не знаетъ. Ср. примѣч. 1-е къ ст. 213, т. X, ч. 1: „лица моложе 17 лѣтъ именуются малолѣтними, а отъ 17—21 г. несовершеннолѣтними“, но сіе различіе въ названіяхъ не всегда соблюдается.

¹⁵²⁾ Каждый періодъ оканчивается съ истеченіемъ полнаго срока, указаннаго въ законѣ, принимая гражданское исчисленіе. Срокъ этотъ долженъ относиться къ моменту совершенія преступленія, опредѣляемаго по общимъ правиламъ. Ср. Вехтеръ, в. с., стр. 344; срокъ долженъ считаться не отъ часа къ часу, а отъ дня къ дню, и притомъ не отъ начала дня рожденія, а отъ его окончанія, т. е. отъ слѣдующей за рожденіемъ ночи. Schwarze, Commentar, стр. 238. Но при преступленіяхъ, продолжающихся и длящихся (преступное состояніе), принимается въ расчетъ время послѣдняго преступнаго акта.

¹⁵³⁾ При этомъ надобно замѣтить, что проступки дѣтей этого возраста не только не наказываются, но и не подлежатъ судебному разбирательству. Дѣтство въ этихъ случаяхъ относится къ категоріи причинъ, очевидно уничтожающихъ отвѣтственность, не требующихъ ихъ констатированія судомъ (р. у. г. к. д. ^{69/стр.}), см. выше, № 44. Ср. Макалинскій, руководство для судебныхъ слѣдователей. 1870, толкованіе на стр. 277; К. Арсеньевъ, преданіе суду и пр. 1870 г., стр. 56. Замѣчаніе г. Лохвицкаго, курсъ, стр. 101, что дѣти этого возраста отдаются родителямъ полицію или слѣдователями, лишено основанія.

¹⁵⁴⁾ Статья 136 сама по себѣ совершенно бесполезна, такъ какъ она заключаетъ въ себѣ лишь обобщенное правило, подробное примѣненіе котораго къ разнымъ возрастамъ и къ разнымъ родамъ преступленій малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ опредѣляется въ слѣдующихъ статьяхъ. Р. у. г. к. д. ^{69/429} Фалѣва.

основаніи 1-й части ст. 137 «дѣти, коимъ болѣе 7, но менѣе 10 лѣтъ отъ роду, не подвергаются опредѣленному въ законахъ наказанію, но отдаются родителямъ или благонадежнымъ родственникамъ ¹⁵⁵⁾ для домашняго исправленія».

Но въ чемъ же, такимъ образомъ, заключается различіе этого періода отъ предшествующаго? Считается ли домашнее исправленіе наказаніемъ, или же и дѣтямъ этого возраста содѣянное не вмѣняется въ вину?

Для правильнаго отвѣта на это нужно имѣть въ виду слѣдующее:

1) Въ проектѣ уложенія было сказано, что дѣти отъ 7 — 10 лѣтъ, какъ не имѣющія надлежащаго о своихъ обязанностяхъ разумія, отдаются родителямъ или благонадежнымъ родственникамъ для строгаго, подъ надзоромъ мѣстной полиціи, за ними присмотра, исправленія и наставленія, между прочимъ и чрезъ духовника ихъ или другаго священнослужителя. Затѣмъ государственный совѣтъ выпустилъ выраженіе: «подъ надзоромъ мѣстной полиціи», а остальная часть статьи съ незначительными, но, впрочемъ, весьма неудачными поправками редакціи, просуществовала въ данной формѣ вплоть до пересмотра ея въ 1866 г., когда, неизвѣстно по какимъ соображеніямъ, но, очевидно, только ради улучшенія редакціи статьи, послѣдняя ея фраза была откинута; а между тѣмъ изъ ея редакціи было ясно видно, что самъ законъ понимаетъ подъ домашнимъ исправленіемъ — присмотръ, наставленіе, исправленіе, т.-е. мѣры не карательнаго, а дисциплинарнаго свойства.

2) Существо и размѣръ домашняго исправленія вовсе не опредѣляются закономъ, а предоставляются волюнѣ на выборъ и усмотрѣніе тѣхъ лицъ, которымъ отдаются малолѣтніе.

3) Назначая по ст. 146 для малолѣтнихъ, уже наказанныхъ и вновь совершившихъ такія же преступленія, тѣ же наказанія, какъ для взрослыхъ, законъ говоритъ только о дѣтяхъ старше 10 лѣтъ, т.-е. прямо не считаетъ малолѣтнихъ, отданныхъ для домашняго исправленія родителямъ, наказанными.

На основаніи всѣхъ этихъ соображеній можетъ быть сдѣланъ слѣдующій выводъ:

Домашнее исправленіе не составляетъ наказанія и малолѣтніе, подвергшіеся ему, хотя бы и по опредѣленію суда ¹⁵⁶⁾, не могутъ считаться осужденными и наказанными. Поэтому къ нимъ непримѣнимы никакія послѣдствія, сопровождающія осужденіе и наказаніе, т.-е. они не подлежатъ уплатѣ судебныхъ издержекъ, и при совершеніи ими вновь преступленія не считаются рецидивистами.

Эта ненаказуемость указываетъ, далѣе, на то, что подобныя поступки не считаются преступленіями въ глазахъ закона и не вмѣняются такъ же, какъ и въ возрастѣ до 7-ми лѣтъ, лицамъ, ихъ совершившимъ, какъ не имѣющимъ, по выраженію прежней редакціи статьи, надлежащаго о своихъ обязанностяхъ разумія (р. уг. к. д. ^{71/1564} Ломтева) ¹⁵⁷⁾.

Такимъ образомъ и по дѣйствующему праву, дѣянія, совершенныя дѣтми моложе 10-ти лѣтъ, не вмѣняются имъ въ вину и, какъ выражался сводъ законовъ, не считаются имъ впредь ни въ какое подозрѣніе, а самое мѣсто, которое занимаютъ въ уложеніи эти статьи, и ихъ редакція оказываются крайне неудачными.

¹⁵⁵⁾ Хотя законъ и говоритъ здѣсь объ отдачѣ родителямъ или родственникамъ, но возможна отдача и опекунамъ, какъ это можно видѣть изъ сопоставленія статей 94 и 138.

¹⁵⁶⁾ Эта отдача можетъ быть опредѣлена также только въ распорядительномъ засѣданіи суда. Это толкованіе принято и сенатомъ въ его рѣшеніи ^{71/1564} по дѣлу Ломтева.

¹⁵⁷⁾ При этомъ, конечно, это толкованіе примѣняется и ко всѣмъ другимъ случаямъ, въ которыхъ для юныхъ преступниковъ назначается по уложенію домашнее исправленіе.

56. По отношенію же къ подсудимымъ отъ 10 — 14 лѣтъ законъ положительно требуетъ постановки и разрѣшенія судомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вопроса о наличности разумія, отъ разрѣшенія котораго ставятся въ зависимость и юридическія послѣдствія факта.

Если судъ найдетъ, что преступленіе учинено виновнымъ безъ разумія, то, по ст. 137-й, оно приравнивается къ дѣяніямъ малолѣтнихъ отъ 7—10 лѣтъ, т.-е. виновный подвергается дисциплинарной мѣрѣ—домашнему исправленію¹⁵⁸).

Если же судъ найдетъ, что виновный дѣйствовалъ съ разуміемъ, то онъ хотя и подвергается его отвѣтственности, но замѣняя обыкновенныя наказанія—другими по слѣдующимъ правиламъ, указаннымъ въ ст. 138:

«За преступленія, подвергающія лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылки въ каторжную работу, они, цѣ лишенія правъ состоянія, ссылаются въ Сибирь на поселеніе».

Притомъ эта замѣна имѣетъ одинаковое значеніе для всѣхъ степеней каторжной работы, т.-е. ссылка на поселеніе замѣняетъ какъ каторгу безъ срока, такъ и каторгу отъ 4-хъ до 6 лѣтъ.

«За преступленія, подвергающія лишенію всѣхъ правъ и ссылки на поселеніе, они присуждаются къ заключенію въ монастырь, если въ томъ мѣстѣ или въ весьма недалекѣмъ отъ онаго разстояніи есть монастыри ихъ вѣроисповѣданія, или же, въ противномъ случаѣ, въ смиренномъ домѣ, но отдѣльно отъ другихъ, въ томъ домѣ содержимыхъ, на время отъ 3-хъ лѣтъ и 4-хъ мѣсяцевъ до 5-ти лѣтъ и 4-хъ мѣсяцевъ».

Эта замѣна должна одинаково относиться какъ къ обѣимъ степенямъ ссылки на поселеніе, такъ, собственно говоря, и къ ссылкѣ на Кавказъ¹⁵⁹). Заключеніе же въ смиренномъ домѣ, вмѣсто монастыря, можетъ быть допущено, кромѣ случаевъ, указанныхъ въ статьѣ, и тогда, когда малолѣтній окажется принадлежащимъ къ вѣроученію, не допускающему монашескихъ орденовъ¹⁶⁰).

«За преступленія менѣе тяжкія, за которыя опредѣляются закономъ лишеніе всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ и ссылка на житье въ Сибирь или другія отдаленныя губерніи, кромѣ сибирскихъ, или же отдача въ исправительныя арестантскія отдѣленія гражданскаго вѣдомства, или въ рабочіе дома, они присуждаются къ заключенію отъ 40 дней до 8 мѣсяцевъ въ монастырь, или въ смиренномъ домѣ, на основаніи правила, указанного выше во 2-мъ пунктѣ».

¹⁵⁸) Въ уложеніи прежнихъ изданій подобное приравненіе допускалось только въ томъ случаѣ, если съ *достоверностью* будетъ признано, что обвиненные дѣйствовали съ разуміемъ, но въ послѣднемъ изданіи 1866 г. выраженіе „съ достоверностью“ опущено, и совершенно правильно. Предположеніе вѣроятности для лицъ этой категоріи, допускавшееся этимъ постановленіемъ, противорѣчило, во-1-хъ, основному положенію уголовного процесса, что всякое сомнѣніе толкуется въ пользу подсудимаго, и во-2-хъ, было совершенно несовмѣстимо съ тою формою процесса, которая допускаетъ рѣшеніе на основаніи внутренняго убѣжденія. Самая же отдача родителямъ въ подобныхъ случаяхъ можетъ быть только результатомъ судебнаго рѣшенія, такъ какъ она предполагаетъ разрѣшеніе вопроса о разуміи и виновности обвиняемаго въ совершеніи даннаго факта.

¹⁵⁹) Но сенатъ однако призналъ, что эти правила не примѣняются къ скопцамъ малолѣтнимъ и несовершеннолѣтнимъ, которые, какъ и взрослые скопцы, ссылаются въ Восточную Сибирь. Р. уг. к. д. ^{71/1366} Дуракова; ^{71/1370} Большова; ^{72/257} Шароновыхъ.

¹⁶⁰) Въ случаѣ совокупности проступковъ заключеніе въ монастырь, о которомъ говоритъ ст. 138, должно быть рассматриваемо какъ исправительное наказаніе, такъ какъ оно можетъ быть замѣняемо смиреннымъ домомъ. Р. уг. к. д. ^{68/46} Иванова. См. изъ французской практики, *Blanche*, II, № 315.

При этомъ, при отдачѣ въ монастырь или смирительный домъ малолѣтніе никому ограниченію въ правахъ не подлежатъ. Это видно какъ изъ текста закона, такъ и изъ того, что проектъ предполагалъ допустить лишеніе всѣхъ правъ при замѣнѣ заключеніемъ въ монастырь ссылки на поселеніе, но государственныи совѣтъ не принять это предложеніе ¹⁶¹⁾.

Наконецъ, „за преступленія, за которыя опредѣлено закономъ заключеніе въ смирительномъ домѣ, или другое еще менѣе строгое, они подвергаются исправительному домашнему, по распоряженію родителей или опекуновъ, наказанію“ ¹⁶²⁾.

Причемъ это же правило о дисциплинарной отвѣтственности малолѣтнихъ очевидно должно быть примѣнено и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ за разсматриваемое преступленіе назначается заключеніе въ крѣпость, такъ какъ это наказаніе не упомянуто и въ 3. п 138 статьи. (Р. уг. к. д. ^{71/454} Савина).

Точно также умалчиваетъ законъ о замѣнѣ еще одного наказанія для малолѣтнихъ, а именно—смертной казни, а потому и рождается вопросъ о томъ: можетъ ли оно быть примѣнимо въ подобныхъ случаяхъ?

Въ этомъ отношеніи нужно принять на видъ:

1) что законъ не допускаетъ примѣненія въ этомъ возрастѣ даже каторжной работы, и тѣмъ самымъ заставляетъ предполагать непримѣнимость къ малолѣтнимъ еще болѣе тяжкаго наказанія—смертной казни;

2) что еще указъ Елисаветы, 1742 года, предполагалъ освобождать отъ смертной казни лицъ моложе 17 лѣтъ; нельзя же допустить, чтобы уложеніе, вышедши столѣтіемъ позже, такъ далеко отступило назадъ относительно требованій гуманности и справедливости, карая смертью 10-лѣтняго ребенка;

3) что въ сводѣ военныхъ постановленій, дѣйствовавшемъ до 1868 года, въ статьѣ 104 (по изд. 1859 г.) было указано, что малолѣтніе отъ 10—14, дѣйствовавшіе съ разуміемъ, не подлежатъ смертной казни, а подвергаются наказаніямъ, ее замѣняющимъ; а воинскій уставъ несравненно суровѣе уложенія;

4) что, наконецъ, самый текстъ ст. 138 нѣсколько подрѣдываетъ эти соображенія. Она говоритъ буквально, что наказанія для лицъ этой категоріи „смягчаются на слѣдующемъ основаніи...“, и тѣмъ самымъ какъ бы указываетъ на непримѣнимость къ нимъ какого-либо наказанія безъ смягченія.

Въ виду всего этого, какъ мнѣ кажется, можно сказать, что по духу нашего законодательства, а отчасти и по буквальному тексту ст. 138, смертная казнь не примѣняется къ лицамъ отъ 10—14 лѣтъ, а замѣняется, подобно каторжной работѣ, ссылкой на поселеніе ¹⁶³⁾.

Притомъ, замѣняя для малолѣтнихъ наказанія, судъ руководствуется общими правилами, установленными для случаевъ юридической или фактической замѣны наказанія, т. е. онъ опредѣляетъ сначала, какому наказанію должны были под-

¹⁶¹⁾ Точно также было отвергнуто государственнымъ совѣтомъ и другое предложеніе проекта, чтобы заключеніе въ монастырь, введенное для того, что тамъ за ними присмотръ удобнѣе и болѣе средствъ испытать надъ зараженными порокомъ, но еще юными душами, дѣйствіе духовнаго назиданія, должно было быть отбываемо въ одной изъ отдаленныхъ губерній.

¹⁶²⁾ Эта отдача можетъ быть только результатомъ судебного приговора, такъ какъ наказаніе, замѣняемое подобною отдачею, можетъ быть опредѣлено только въ приговорѣ и такъ какъ суду иногда придется и въ дѣлахъ этой категоріи примѣнять не ст. 138, а мировой уставъ. Болѣе подробныя доказательства см. въ моемъ изслѣдованіи о малолѣтнихъ, стр. 73.

¹⁶³⁾ Лохвицкій, курсъ, стр. 103, сначала положительно говоритъ о томъ, что смертная казнь примѣняется и къ малолѣтнимъ, а затѣмъ приводитъ возраженія противъ этого на основаніи текста ст. 138, но уже никакихъ выводовъ не дѣлаетъ.

лежать малолѣтніе въ данномъ случаѣ, а затѣмъ уже, сообразно съ этимъ наказаніемъ, примѣнять правила, указанія въ ст. 138 ¹⁶⁴).

57. Съ наступленіемъ 14-ти лѣтъ оканчивалась по уложенію эпоха условной вмѣняемости. По достиженіи этого срока юноша предполагался настолько же способнымъ ко вмѣненію, какъ и взрослый преступникъ, хотя несомнѣнно, что этотъ слишкомъ ранній срокъ не соответствовалъ вовсе ни климатическимъ, ни социальнымъ условіямъ нашей жизни, и объяснялся только однимъ желаніемъ провести климатическую систему ¹⁶⁵).

Этотъ существенный недостатокъ системы уложенія былъ признанъ и самимъ правительствомъ въ лицѣ комиссіи, составившей проектъ устава уголовного судопроизводства ¹⁶⁶), и въ виду этого и состоялась 759 ст. уст. уг. суд., на основаніи которой о всякомъ подсудимомъ, имѣвшемъ во время совершения преступленія менѣе 17 лѣтъ, всегда поставляется вопросъ: дѣйствовалъ ли онъ съ полнымъ разумніемъ?

Но въ силу этого правила возникло новое затрудненіе: какъ же будетъ поступать судъ съ лицами отъ 14—17 лѣтъ, которыхъ онъ признаетъ дѣйствовавшими безъ полного разумія, такъ какъ уложеніе такого различія не знало? Для разрѣшенія этого недоразумія, на основаніи мнѣнія государственнаго совѣта отъ 27 дек. 1865 года, и были сдѣланы измѣненія въ системѣ уложенія, къ сожалѣнію далеко не вполне удачныя, а именно, несовершеннолѣтній возрастъ подраздѣленъ на 2 періода: отъ 14—17 и отъ 17—21 года.

Такъ какъ, по ст. 759 уст. уг. суд., по отношенію къ каждому изъ подсудимыхъ въ возрастѣ отъ 14—17 лѣтъ долженъ быть поставленъ вопросъ о разуміи, то и отвѣтственность ихъ является двойная, смотря по тому или другому отвѣту суда на данный вопросъ.

А именно, если несовершеннолѣтніе отъ 14—17 будутъ признаны дѣйствовавшими съ полнымъ разумніемъ, то они подлежатъ тѣмъ же наказаніямъ, какъ и лица отъ 17—21 года.

Если же, наоборотъ, судъ признаетъ ихъ дѣйствовавшими безъ полного разумія, то, на основаніи 3-й части 137 ст., они подвергаются: «или наказанію

¹⁶⁴) Поэтому, если мы представимъ себѣ, что малолѣтній признанъ виновнымъ въ покушеніи на преступленіе, влекущее ссылку на поселеніе по 2 ст. 21 ст., и заслуживающимъ снисхожденія, то судъ долженъ опредѣлить сначала наказаніе за покушеніе, т. е. уменьшить его, напр., на двѣ степени и перейти къ 2 ст. 31-й статьи; потомъ, согласно 774 и 828 ст. у. уг. суд. уменьшить это наказаніе еще на 1 или 2 степени, и уже это послѣднее наказаніе замѣнить по третьему, а не по второму пункту 138-й ст. Противоположное мнѣніе, высказанное сенатомъ по дѣлу Константинова ^{71/189}, не только лишено теоретическихъ основаній, но и поведетъ на практикѣ къ нескончаемымъ противорѣчій.

¹⁶⁵) По проекту уложенія, послѣдній предѣлъ этого возраста предполагался въ 17-ть лѣтъ, но государственный совѣтъ замѣнилъ этотъ срокъ 21-мъ годомъ. См. Лохвицкаго, курсъ, стр. 102; мое изслѣдованіе о малолѣтнихъ, стр. 118.

¹⁶⁶) Комиссія заявила именно слѣдующее: въ Россіи, какъ по суровости климата въ наибольшей части занимаемаго ею пространства, такъ и по недостатку средствъ у большинства народонаселенія къ воспитанію дѣтей, малолѣтніе развиваются не только не ранѣе, но вообще позже, тѣмъ въ западныхъ государствахъ. Посему комиссія находить необходимымъ вмѣнить въ обязанность нашимъ судамъ, чтобы они вопросъ о томъ: съ разуміемъ ли дѣйствовалъ подсудимый, постановляли о каждомъ несовершеннолѣтнемъ, не достигшемъ 17 лѣтъ. Въ необходимости этого правила комиссія тѣмъ болѣе убѣждается, что при учрежденіи у насъ совѣстныхъ судовъ, имъ былъ предоставленъ совѣстный и милосердный разборъ о всѣхъ несовершеннолѣтнихъ, не достигшихъ 17 лѣтъ, и что до этого именно возраста несовершеннолѣтніе признаются нашимъ законодательствомъ подлежащими опека, не почему иному, какъ по недостаточности ихъ развитія. Уставы, изд. госуд. кан. II, стр. 267—268.

на основаніи ст. 138, или же, по усмотрѣнію суда, отлучъ въ исправительные пріюты, гдѣ таковыя устроены, а гдѣ ихъ нѣтъ—заключенію въ тюрьмѣ на время не свыше одного года и четырехъ мѣсяцевъ, съ тѣмъ, чтобы такіе виновные содержались въ оной отдѣльно отъ совершеннолѣтнихъ.

Постановленіе это, введенное вновь въ наше уложеніе только въ 1866 году, нельзя назвать удачнымъ, такъ какъ оно возбуждаетъ рядъ недоразумѣній ¹⁶⁷⁾.

Прежде всего редакторы, въ противоположность постановленіямъ закона о малолѣтнихъ до 14 лѣтъ, вводятъ новый терминъ, опредѣляющій способность ко вмѣненію, полное разумѣніе, отличаютъ его отъ понятія разумѣнія вообще и на этомъ различіи строятъ систему отвѣтственности несовершеннолѣтнихъ этого періода.

Но такое различіе несостоятельно ни съ точки зрѣнія теоретической, ни по нашему праву. Теоретическая несостоятельность указывается уже самымъ происхожденіемъ этого взгляда, коренищагося въ ученіи объ уменьшенной или неполной вмѣняемости, возраженія противъ котораго были изложены мною выше. Для уголовной вмѣняемости необходимо, чтобы лицо обвиняемое понимало совершившееся во всемъ его объемѣ, т.-е. не только въ его ближайшихъ матеріальныхъ послѣдствіяхъ, но и въ отношеніи къ юридическому порядку. Поэтому только тотъ, кто обладаетъ полнымъ разумѣніемъ, обладаетъ способностью ко вмѣненію, и отрицаніе полного разумѣнія равносильно отрицанію вмѣняемости; если же иногда законъ уголовный, говоря объ отвѣтственности малолѣтнихъ, требуетъ наличности у нихъ только разумѣнія, то онъ, конечно, понимаетъ подъ этимъ выраженіемъ полное разумѣніе, такъ что эти термины нужно считать тождественными. Поэтому, съ одной стороны, нельзя утверждать, что въ признаніи подсудимаго дѣйствовавшимъ безъ полного разумѣнія заключается признаніе того, что онъ хотя и отчасти, но однако сознавалъ свое дѣяніе и его послѣдствія, а съ другой,—даже согласившись съ подобнымъ предположеніемъ, мы все-таки не можемъ допустить наказуемости виновнаго.

Къ такимъ же выводамъ нужно придти и при разборѣ нашего закона ¹⁶⁸⁾. Въ проектѣ уст. уг. суд., въ статьѣ 694 (нынѣ 759) было правильно предположено ставить о всѣхъ обвиненныхъ вопросъ о томъ: дѣйствовали ли они съ разумѣніемъ или нѣтъ, и хотя государственный совѣтъ добавилъ къ этому положенію слово «съ полнымъ», но и теперь въ уставахъ, изданныхъ государственною канцелярією, подъ ст. 759 приведены объясненія редакторовъ проекта, въ которыхъ вездѣ употребляется терминъ «разумѣніе», чѣмъ какъ бы свидѣтельствуется, что между этими терминами нѣтъ существеннаго различія. Далѣе, по уст. уг. суд. вопросъ о наличности полного разумѣнія ставится о всѣхъ малолѣтнихъ отъ 10—17 лѣтъ. Слѣдовательно, если судъ, напр., при обвиненіи 12-лѣтняго мальчика, признаетъ его дѣйствовавшимъ «безъ полного разумѣнія», то онъ долженъ будетъ затѣмъ примѣнить 2-ю часть 137 ст., которая говоритъ о лицахъ, дѣйствовавшихъ «безъ разумѣнія», т.-е. долженъ признать, что законъ употребляетъ эти термины, какъ тождественные.

Такимъ образомъ отрицаніе полного разумѣнія равносильно отрицанію спо-

¹⁶⁷⁾ Между тѣмъ избѣгать этихъ недоразумѣній было довольно легко: стоило только, въ виду согласованія устава и уложенія, во всѣхъ подлежащихъ статьяхъ уложенія замѣнить срокъ 14-ти лѣтній—17-ти лѣтнимъ.

¹⁶⁸⁾ См. подробный разборъ этого вопроса у г. Лохвицкаго, в. с., стр. 106—108, хотя трудно сказать, одобряетъ или порицаетъ онъ систему, принятую въ ст. 137; Богдановскій, в. с., стр. 108 и сл.

способности ко вмѣненію; но какъ же въ такомъ случаѣ можно допустить примѣненіе къ подобнымъ лицамъ наказаній, даже ссылки на поселеніе? ¹⁶⁹⁾

Далѣе, самая система отвѣтственности, назначаемая въ подобныхъ случаяхъ закономъ, очевидно несостоятельна. Суду предоставляется двойное право: или наказывать по ст. 138, или отдать въ исправительные пріюты, а за неимѣніемъ таковыхъ помѣстить въ тюрьму на срокъ не свыше 1 года и 4-хъ мѣсяцевъ. Но въ какихъ же случаяхъ прибѣгаетъ онъ къ той или другой мѣрѣ? Конечно, можно предполагать, что наказаніе будетъ назначено въ болѣе тяжкихъ случаяхъ, когда, какъ говорили редакторы, нельзя ограничиться отдачею въ пріютъ. Но въ подобномъ случаѣ нерѣдко малолѣтній будетъ въ дѣйствительности подвергнутъ даже меньшей отвѣтственности, такъ какъ статья 138, какъ мы знаемъ, допускаетъ краткосрочную отдачу въ монастырь и даже домашнее исправленіе ¹⁷⁰⁾.

58. Предполагая, что съ достиженіемъ семнадцати лѣтъ всякій нормально развившійся человѣкъ достигаетъ уже той эпохи, съ которой начинается вмѣненность, законъ не допускаетъ по отношенію къ нимъ постановки особаго вопроса о разумѣніи. Субъективная сторона преступленія обсуждается по тѣмъ же основаніямъ, какъ и для взрослыхъ преступниковъ; законъ допускаетъ для нихъ только смягченіе и въ немногихъ случаяхъ замѣну наказанія.

При примѣненіи наказаній уголовныхъ несовершеннолѣтніе подвергаются (по ст. 139) тѣмъ же наказаніямъ, какъ и взрослые, съ однимъ только изъятіемъ по отношенію къ каторжнымъ работамъ.

Поэтому для нихъ существуетъ такая система уголовныхъ наказаній:

Смертная казнь примѣняется вполнѣ. Хотя законъ и умалчиваетъ объ этомъ, но такой выводъ приходится сдѣлать на основаніи текста закона, такъ какъ ст. 139 прямо говоритъ, что они подвергаются тѣмъ же наказаніямъ, какъ и

¹⁶⁹⁾ Второе отдѣленіе такимъ образомъ мотивировало измѣненіе редакціи статьи 137-й. При чрезвычайной строгости ст. 139 и 140 уложенія (по изд. 1866), весьма естественно ожидать, что судебныя мѣста въ большей части случаевъ будутъ признавать такихъ виновныхъ дѣйствовавшими безъ разумѣнія, и отдавать ихъ родителямъ для пріюта и исправленія; но подобная мѣра, вполнѣ справедливая и полезная въ отношеніи дѣтей, едва ли могла бы быть оправдываема въ примѣненіи къ совершившимъ важныя преступленія 16-ти или 17-ти-лѣтнимъ молодымъ людямъ, если и не вполнѣ еще развитымъ, то все же понимающимъ до нѣкоторой степени значеніе своихъ поступковъ. Оставленіе ихъ безъ отвѣтственности могло бы имѣть весьма вредныя послѣдствія какъ для общественной безопасности, такъ и для самихъ виновныхъ, которые, при отсутствіи въ законѣ кары для нихъ, стали бы спускаться все ниже и ниже на пути порока. Въ западныхъ законодательствахъ лица этого рода отдаются въ исправительные пріюты, гдѣ получаютъ воспитаніе и состоятъ подъ строгимъ присмотромъ. Подобные сему пріюты предположены и у насъ и, слѣдовательно, могли бы быть употребляемы въ подобныхъ случаяхъ, но въ дѣйствительности, пока, такихъ пріютовъ еще нѣтъ, и нельзя ожидать въ скоромъ времени ихъ повсемѣтнаго устройства. Поэтому первоначально предполагалось предоставить суду право или отдавать дѣтей отъ 14—17-ти лѣтъ, дѣйствовавшихъ безъ разумѣнія, въ пріюты, или подвергать аресту, или тюрьмѣ до 1 года 4 мѣсяцевъ. Затѣмъ нашли, что, при совершеніи несовершеннолѣтними тяжкихъ преступленій, такіе мѣры были бы недостаточны, а потому было сдѣлано второе предложеніе—подвергать лицъ этой категоріи мѣрамъ, указаннымъ въ ст. 138, и наконецъ, при окончательномъ согласеніи была принята редакція закона, соединяющая обѣ мѣры.

¹⁷⁰⁾ При этомъ законъ, говоря объ отдачѣ въ исправительные пріюты, не опредѣляетъ, слѣдуетъ ли считать таковую отдачу наказаніемъ или нѣтъ, и даже ничего не говоритъ о томъ—на какіе сроки отдаются виновные? Вопросы эти должны быть рѣшаемы на тѣхъ же основаніяхъ, которыя будутъ указаны ниже, при разборѣ 6-й ст. миров. устава.

взрослые, за исключением изъятий, прямо въ законѣ указанныхъ, а таково изъятіе для смертной казни не сдѣлано ¹⁷¹⁾).

Каторжная работа безсрочно замѣняется срочною—на 20 лѣтъ, а при срочной время работъ, къ коимъ они приговариваются, сокращается на 1/2. Ссылка на поселеніе въ Сибирь и на Кавказъ примѣняется безъ измѣненій. Впловные во всякомъ случаѣ приговариваются къ лишенію всѣхъ правъ состоянія.

Что касается до исправительныхъ наказаній, то законъ указываетъ слѣдующія основанія смягченія въ ст. 140.

За преступленія и проступки, влекущіе ссылку на житье въ Сибирь или отдаленныя губерніи, или же заключеніе въ арестантскія отдѣленія и рабочій домъ, несовершеннолѣтніе, хотя и подлежатъ тѣмъ же наказаніямъ, какъ и взрослые, но, во-1-хъ, эти наказанія смягчаются на одну или, по усмотрѣнію суда, и на двѣ степени: во-2-хъ, они не приговариваются къ соединенному съ этими наказаніями лишенію всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ; въ-3-хъ, они не подлежатъ отдачѣ въ арестантскія отдѣленія, которая для нихъ всегда замѣняется отдачею въ рабочіе дома (п. 1, 3, 4 ст. 140) ¹⁷²⁾. За всѣ прочіе, менѣе важные преступленія и проступки они подлежатъ тѣмъ же наказаніямъ, какъ и взрослые, но съ уменьшеніемъ на 1 или, смотря по обстоятельствамъ дѣла, на 2 степени (5 п. ст. 140). За проступки, совершенные по неосторожности, по ст. 144, они подвергаются домашнему исправительному наказанію, по усмотрѣнію родителей или опекуновъ ¹⁷³⁾.

Примѣненіе этихъ правилъ о смягченіи и замѣнѣ исправительныхъ наказаній для несовершеннолѣтнихъ вызываетъ нѣсколько замѣчаній.

1. Смягченіе наказанія обязательно для суда только на одну степень, а смягченіе на двѣ вполнѣ зависитъ отъ его усмотрѣнія (р. уг. к. д. ^{70/171} Величина); если при этомъ въ данномъ родѣ не будетъ соответствующихъ степеней, то судъ переходитъ къ слѣдующему роду по правиламъ, указаннымъ въ ст. 150 ¹⁷⁴⁾.

¹⁷¹⁾ Въ этомъ же смыслѣ разрѣшила этотъ вопросъ и наша практика. Верховный уголовный судъ, въ рѣшеніи своемъ по дѣлу о соучастникахъ Д. Каракозова, напелъ между прочимъ, что подсудимаго Ермолова, 20 лѣтъ, слѣдовало бы приговорить къ смертной казни, но въ виду смягчающихъ обстоятельствъ, по ст. 774 уст. уг. суд. (а не въ силу возраста), положено замѣнить ее каторгою. Еще яснѣ высказалъ это главный военный судъ въ рѣшеніи по дѣлу Гладштейна ^{70/40}, указывая, что такъ какъ въ ст. 139 не упомянуто о смягченіи наказанія смертю для лицъ отъ 17—21 года, то судъ имѣетъ право примѣненія смертной казни и къ подсудимымъ этого возраста. Изъ комментариевъ того же мнѣнія держится г. Лохвицкій, курсъ, стр. 104; contra Н. Нежладовъ, приложения, стр. 357, по опъ доказательствъ своего мнѣнія не представляетъ.

¹⁷²⁾ 2-й пунктъ ст. 140, объ отдачѣ малолѣтнихъ въ военную службу, отмененъ указомъ 9 янв. 1874 года. Точно также, сообразно съ новымъ уставомъ о воинской повинности, должна считаться отмененною ст. 521 уложения, по которой членовредители, не достигшіе 17-ти лѣтъ, могли быть отдаваемы въ исправительныя арестантскія отдѣленія.

¹⁷³⁾ Несмотря на различіе названій это исправительное домашнее наказаніе должно быть признано тождественнымъ съ домашнимъ исправленіемъ, о которомъ говоритъ ст. 137-я, и потому не можетъ считаться наказаніемъ, а только дисциплинарною мѣрою. Родъ и самая мѣра этихъ взысканій вполнѣ зависитъ отъ выбора лицъ, которымъ оно налагается, а самое присужденіе несовершеннолѣтнихъ къ этому роду ответственности можетъ быть сдѣлано въ судебномъ, а не въ распорядительномъ засѣданіи суда. См. нѣкоторыя основательныя возраженія противъ этого постановленія уложенія у г. Богдановскаго, в. с., стр. 182.

¹⁷⁴⁾ Особенность въ этомъ отношеніи представляетъ только наказаніе заключеніемъ въ арестантскія отдѣленія, такъ какъ въ подобныхъ случаяхъ судъ очень часто не можетъ сдѣлать требуемаго въ законѣ смягченія. Представимъ себѣ, напр., что несовершеннолѣтній совершилъ преступленіе, наказываемое по 4 ст. 31 ст., т.-е. заключеніемъ въ арестантскія отдѣленія отъ 1—1½ лѣтъ, отбываемаго по 3 п. 140 ст. въ рабочемъ домѣ. Если бы смягчить это наказаніе на 1 степень, то пришлось бы назначить заклю-

2. Смягчение наказания по поводу несовершеннолетия не уничтожает влияния других обстоятельств, уменьшающих вину (напр. по ст. 774 и 828 у. г. с.), а они применяются совместно (р. уг. к. д. ^{69/555} Кирьева; ^{79/1297} Тарана).

3. Говоря о заключении в крѣпость и смирательный домъ, уложение совершенно умалчивает о томъ, подвергаются ли несовершеннолѣтне ограниченію правъ, соединенному съ этими наказаниями. Держась буквального текста, конечно, возможно примѣнять къ этимъ лицамъ ограниченіе правъ ¹⁷⁵⁾, но подобное толкованіе было бы противно духу и смыслу закона и основнымъ приемамъ толкованія. Если уложение не признаетъ возможнымъ примѣнять къ нимъ лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ, то, по началу а majori ad minus, еще съ большимъ правомъ можно отнести это къ ограниченію правъ, назначаемому за незначительныя проступки, иначе уничтожилась бы всякая постепенность въ общей лѣстницѣ наказаній.

4. Такое же толкованіе должно быть относимо и къ случаямъ, въ которыхъ, по ст. 30, назначается тюрьма съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ. Тюремное заключеніе замѣнило, какъ извѣстно, съ новымъ изданіемъ уложения, ссылку на житье, и замѣна эта была сдѣлана съ цѣлью смягченія наказанія; а такъ какъ ссылка на житье не влекла для несовершеннолѣтнихъ пораженія правъ, то это пораженіе не можетъ быть допущено и при примѣненіи тюремнаго заключенія ¹⁷⁶⁾.

5. Въ иномъ положеніи находится вопросъ о нѣкоторыхъ специальныхъ правопораженіяхъ, которыя указаны не въ общей лѣстницѣ наказаній, а въ учрежденіи судебныхъ установленій, въ особенной части уложения, въ уставахъ казенныхъ управленій, въ уставѣ о службѣ государственной и общественной и т. п. Эти правопораженія, будучи безусловнымъ послѣдствіемъ извѣстной преступныхъ дѣяній или извѣстныхъ наказаній, примѣняются ко всѣмъ признаннымъ виновными и наказанными, безотносительно къ ихъ возрасту ¹⁷⁷⁾.

6. Самое уменьшеніе наказанія, а въ особенности замѣна его или отмена какихъ-либо его составныхъ частей, на основаніи несовершеннолѣтія, должно быть дѣлаемо судомъ въ виду того наказанія, которому подлежитъ виновный въ данномъ случаѣ, т. е. судъ долженъ, сообразно со всѣми обстоятельствами даннаго дѣла, опредѣлить: какому наказанію подлежалъ бы виновный, еслибы онъ былъ взрослый, и затѣмъ уже это наказаніе должно быть смягчаемо или замѣняемо на основаніи ст. 139 и 140. На этомъ основаніи, еслибы несовершеннолѣтній обвинялся въ преступленіи, караемомъ уголовнымъ наказаніемъ, но оно, въ виду признанія подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія, покушенія, второстепеннаго характера дѣятельности подсудимаго и т. п., должно было быть, независимо отъ возраста, замѣнено исправительнымъ, то судъ обязанъ затѣмъ примѣнить къ подсудимому 140, а не 139 статью ¹⁷⁸⁾.

ченіе въ рабочій домъ отъ 1 года 4 мѣс. до 2-хъ лѣтъ, т. е. пришлось бы усилить наказаніе.

¹⁷⁵⁾ Это мнѣніе высказываетъ г. Лохвицкій, курсъ, стр. 104. Нельзя не замѣтить, что въ проектѣ уложения ничего не говорилось о примѣненіи къ несовершеннолѣтнимъ ограниченія правъ: это начало введено было государственнымъ совѣтомъ.

¹⁷⁶⁾ Это толкованіе принято теперь и кассац. департ. въ рѣшеніи 1872 г. № 984, по дѣлу Чепижникова.

¹⁷⁷⁾ На этомъ же основаніи примѣняются къ несовершеннолѣтнимъ тѣ послѣдствія наказаній, которыя указаны въ ст. 48 и 49 улож., т. е. отдача подъ надзоръ полиціи или общества. Р. уг. к. д. ^{68/460} Нечаева.

¹⁷⁸⁾ Это безспорное юридическое начало было признано и уголовнымъ кассаціоннымъ департаментомъ въ его рѣшеніи ^{69/1022} по дѣлу Нигифорова; но въ другихъ своихъ рѣшеніяхъ: ^{68/167} Галаншина и ^{69/236} Говорова сенатъ безъ всякихъ достаточныхъ основанийъ держался другаго взгляда. Ср. подробное изложеніе этихъ рѣшеній въ моемъ изслѣдованіи о малолѣтнихъ, стр. 48 и сл.

7. Но, конечно, примѣненіе ст. 140 не имѣетъ мѣста въ тѣхъ случаяхъ, когда оужный судъ примѣняетъ къ виновному постановленія мирового устава, такъ какъ тогда онъ долженъ, согласно ст. 147 ст. у. и неоднократными разъясненіями кассационнаго департамента, руководствоваться общеею частью мирового устава, а не уложенія.

59. Кромѣ этихъ общихъ правилъ смягченія наказанія для малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ, законъ знаетъ нѣсколько случаевъ особаго, такъ-сказать, чрезвычайнаго уменьшенія наказанія для нихъ.

1) Несовершеннолѣтніе, присуждаемые къ заключенію въ смиренительномъ домѣ, крѣпости или тюрьмѣ, содержатся въ оныхъ отдѣльно отъ прочихъ заключенныхъ (ст. 145 у., ст. 98 уст. о сод. подъ страж.)

2) Всѣ лица, имѣющія менѣе 21 года, осужденныя въ каторжныя работы или въ ссылку на поселеніе, не подвергаются, на основаніи 963 ст. у. у. с., обряду публичной казни ¹⁷⁹⁾.

3) На основаніи 421 ст. у. у. с. возрастъ долженъ быть принимасмъ въ разсчетъ при опредѣленіи способовъ пресѣченія уклоненія отъ слѣдствія и суда ¹⁸⁰⁾.

4) Несовершеннолѣтнія женщины, сосланныя на житье въ Сибирь (за исключеніемъ сосланныхъ по 1 ст. 31 ст.) или отдаленныя губерніи и вступившія тамъ въ бракъ съ людьми, не обязанными оставаться въ тѣхъ мѣстностяхъ, также получаютъ право свободнаго выѣзда изъ мѣста ссылки, но не иначе, какъ вмѣстѣ съ мужьями и по прошествіи извѣстнаго числа лѣтъ, назначеннаго въ законѣ сообразно съ размѣрами отбываемаго ими наказанія (ст. 142).

5) Несовершеннолѣтніе: а) недостижшіе 17 лѣтъ; б) не способные къ крестьянскимъ или инымъ работамъ по увѣчьямъ или инымъ причинамъ; в) а равно тѣ, коихъ ссылка на житье въ Сибирь или другія отдаленныя губерніи, или подвореніе въ сихъ мѣстахъ, по состоянію ихъ силы и здоровья, будутъ признаны невозможными, помѣщаются въ заведенія приказа общественнаго призрѣнія или земства, гдѣ таковое существуетъ, а при недостаткѣ тамъ помѣщенія—въ тюрьмы, гдѣ и остаются, доколѣ имъ исполнится 17 лѣтъ и состояніе здоровья и силы дозволитъ слѣдовать до мѣста назначенія (ст. 141) ¹⁸¹⁾.

¹⁷⁹⁾ Это снисхожденіе не есть нововведеніе устава, а допускалось еще и прежде по своду законовъ и основывалось на указѣ 1765 года. Хотя въ уложеніи 1845 года о немъ и не говорится прямо, но государственный совѣтъ еще въ 1849 г. (Сборн. мнѣн. гос. сов., стр. 223) нашель, „что по точному смыслу и даже буквѣ существующихъ узаконеній (ст. 541, т. XV, кн. II) обрядъ сей установленъ для преступниковъ, наказываемыхъ на любомъ мѣстѣ плетми черезъ палачей, а потому никакъ не можетъ имѣть мѣста въ тѣхъ случаяхъ, когда наказаніе производится не публично плетми, а черезъ полицейскихъ служителей розгами,—какого рода наказаніе и по прежнимъ законамъ и нынѣ дѣйствующему уложенію отнесено къ разряду исправительныхъ и слѣдственно не публичныхъ наказаній. При такой ясной опредѣлительности закона ни въ какомъ особомъ дополненіи онаго надобности не представляется“. Мнѣнія г. Лохвицкаго, курсъ, стр. 105, и Богдановскаго, в. с., стр. 188, о томъ, что эта мѣра есть нововведеніе, не состоятельно.

¹⁸⁰⁾ См. Кистяковскій, о мѣрахъ пресѣченія обвиняемому способамъ уклоняться отъ слѣдствія и суда. 1869, стр. 425, 426.

¹⁸¹⁾ Статья эта, внесенная въ уложеніе по указу 1853 года 23-го ноября, уже и въ то время заключала весьма существенныя неточности и неясности, а въ изданіи 1866 г. эта неточность еще болѣе увеличилась, такъ какъ она была вновь редактирована вторымъ отдѣленіемъ крайне небрежно. По закону 1853 г. эта статья имѣла въ виду только тѣхъ несовершеннолѣтнихъ, которые оказывались неспособными ни къ какому роду военной службы, а такъ какъ по закону 1860 г. отдача въ военную службу была отменена, или, правильнѣе, ограничена, то редакторы наши возможнымъ исключитъ это указаніе, не сдѣлавъ соответствующихъ измѣненій въ другихъ ея частяхъ. Между тѣмъ, такъ какъ по

5. «Когда доказано, что несовершеннолѣтній вовлеченъ въ преступленіе совершеннолѣтнимъ, то слѣдующее ему наказаніе можетъ быть уменьшено одною или двумя степенями» (ст. 143).

При этомъ нужно имѣть въ виду:

А. Снисхожденіе, указанное въ ст. 143, существуетъ только по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ отъ 14—21 года. Законъ оставляетъ безъ вниманія тѣ случаи, когда малолѣтній былъ вовлеченъ въ преступленіе совершеннолѣтнимъ.

Б. Статья 143-я не можетъ быть примѣняема и къ случаямъ вовлеченія несовершеннолѣтняго несовершеннолѣтнимъ, хотя бы между ними и было значительное различіе въ лѣтахъ, въ жизненной опытности, въ преступности и т. п.

В. Для примѣненія ст. 143-й недостаточно признанія факта соучастія несовершеннолѣтняго съ совершеннолѣтнимъ, а необходимо доказать именно вовлеченіе послѣдняго первымъ, т. е. необходимо, чтобы совершеннолѣтній былъ или подстрекателемъ, или зачинщикомъ; всякое другое отношеніе соучастниковъ не даетъ права для примѣненія ст. 143-й.

Г. Для примѣненія ст. 143-й безразлично, былъ ли осужденъ или даже привлеченъ къ суду вовлеченный несовершеннолѣтняго, а вполне достаточно, чтобы былъ доказанъ только фактъ вовлеченія.

Д. Вовлеченіе, какъ особо уменьшающее вину обстоятельство, должно быть предметомъ особаго вопроса, подлежащаго обсужденію присяжныхъ заседателей, если дѣло разсматривается съ ихъ участіемъ.¹⁸²⁾

Е. Уменьшеніе наказанія по поводу вовлеченія стоитъ совершенно независимо отъ смягченія ответственности на основаніи несовершеннолѣтія или другихъ какихъ-либо обстоятельствъ; но, съ другой стороны, это пониженіе вовсе не обязательно для судьи, а составляетъ его право.¹⁸³⁾

60. Но существуютъ, однако, условія, при которыхъ законъ, вопреки своей общей системы, отказываетъ юнымъ преступникамъ въ снисхожденіи, а именно при повтореніи преступленій.

Еще указъ 1742 года постановлялъ, что если малолѣтніе снова явятся въ такихъ же продерзостиахъ, то съ ними будетъ поступлено безъ всякой пощады. Это правило, впрочемъ неясно выраженное, вошло въ сводъ законовъ, а потомъ было разъяснено мнѣніемъ государственнаго совѣта отъ 24 января 1838 года, согласно съ которымъ и составлена статья 146-я уложенія.

уложенію 1845 года въ военную службу могли быть отдаваемы только несовершеннолѣтніе, приговариваемые къ ссылке на житье въ Сибирь или отдаленныя губерніи, то къ нимъ только и могла относиться ст. 141. Редація же ея по уложенію 1866 года вовсе не опредѣляетъ тѣхъ лицъ, къ которымъ она можетъ быть примѣняема, хотя несомнѣнно, что для опредѣленія ея дѣйствительнаго объема нужно имѣть въ виду прежнюю ея редакцію. Наконецъ теперь, съ отмѣною 2 п. 140 ст., значеніе ст. 141 сдѣлалось еще болѣе неопредѣленнымъ.

¹⁸²⁾ Если подсудимый обвиняется въ нѣсколькихъ преступленіяхъ, то для примѣненія ст. 143 необходимо, чтобы фактъ вовлеченія относился къ тому преступленію, за которое подсудимый въ данномъ случаѣ подлежитъ ответственности. Р. ур. к. д. ^{69/293} князь Андронникова.

¹⁸³⁾ Кромѣ того, въ уложеніи 1857 г. содержался еще рядъ правилъ о порядкѣ зачтенія денежныхъ взыскацій, падающихъ на несовершеннолѣтнихъ, при несостоятельности ихъ къ уплатѣ. Статьи эти отмѣнены согласно мнѣнію госуд. совѣта отъ 27-го декабря 1865 г. п. 8. Государственный совѣтъ нашель, что съ принятіемъ правилъ, указанныхъ въ ст. 84, дающихъ суду возможность соображать способы зачтенія взыскацій съ особенностями каждаго отдѣльнаго случая, подробныя постановленія уложенія о зачтеніи взыскацій для несовершеннолѣтнихъ сдѣлались не нужными.

На основаніи этой статьи, «малолѣтніе, имѣющіе отъ 10 до 14 лѣтъ отъ роду, несовершеннолѣтніе, которые послѣ суда и наказанія за преступленія будутъ изобличены вторично въ томъ самомъ или въ равномъ, или же болѣе тяжкомъ преступленіи, подвергаются за сіе новое преступленіе одинаковому съ совершеннолѣтними, опредѣленному въ законахъ, наказанію»¹⁸⁴).

Но насколько, прежде всего, состоятельно подобное постановленіе? Чѣмъ оправдывается подобная суровость?

Еще римское право выставило положеніе, что *malitia supplet aetatem*, т.-е., что въ извѣстныхъ случаяхъ вліяніе несовершеннолѣтія уничтожается особенною хитростью, лукавствомъ, выказанными малолѣтними преступниками; что иногда преждевременная зрѣлость преступной воли заставляетъ забыть о возрастѣ виновнаго и лишаетъ возможности отнестись снисходительно къ его поступкамъ. При этомъ допускалось иногда даже предположеніе злостности ребенка, при совершеніи извѣстныхъ преступленій, или при наличности извѣстныхъ условій преступности, напр. при повтореніи. Но съ каждымъ годомъ значеніе этого ученія о преждевременной зрѣлости ослабѣвало все болѣе и болѣе, и новѣйшіе западные кодексы уже совершенно умалчиваютъ о немъ. Оно не устояло предъ анализомъ судебной психологіи, ясно доказавшимъ, что это ученіе основывалось по преимуществу на поверхностномъ отношеніи къ отдѣльнымъ фактамъ, на недостаточномъ знакомствѣ съ данными психологіи о постепенномъ развитіи мыслительныхъ и желательныхъ способностей ребенка. При внимательномъ разсмотрѣніи, эти малолѣтніе злодѣи оказывались тѣми же дѣтьми, требующими воспитанія, а не кары¹⁸⁵).

Но если несостоятельна оказывается теорія преждевременной преступности, то еще слабѣе то предположеніе, которое соединяетъ съ ней наше уложеніе, заключающее о таковой зрѣлости изъ факта повторенія. Редакторы не обратили вниманія на то, что второе преступленіе можетъ быть совершенно безъ разумнія, что наши тюрьмы или другія мѣста заключенія, въ которыхъ помѣщались малолѣтніе, были вовсе не такъ устроены, чтобы про освобожденныхъ оттуда можно было сказать, что надъ ними испробованы всѣ средства исправленія. А между тѣмъ законъ приравниваетъ такихъ лицъ къ закоренѣлымъ злодѣямъ; мальчикъ лѣтъ 12-ти, виновный въ повтореніи, можетъ быть приговоренъ къ каторгѣ и притомъ даже безъ срока¹⁸⁶).

Эта несостоятельность и крайняя суровость ст. 146, съ одной стороны, и ея исключительное положеніе въ общей системѣ закона съ другой—требуютъ яснаго и точнаго опредѣленія ея границъ и условій ея примѣнимости¹⁸⁷).

¹⁸⁴) Въ уложеніи изд. 1857 г. въ концѣ этой статьи было прибавлено: „только съ освобожденіемъ отъ наказаній тѣлесныхъ или съ уменьшеніемъ мѣры оныхъ“. Въ силу указа 1863 года это добавленіе было откинута, но мнѣніе г. Богдановскаго, в. с., стр. 104 и 110, что вмѣстѣ съ этимъ существенно измѣнилась и самая ст. 146, основывается на очевидномъ недосмотрѣ. См. мое изслѣдованіе о малолѣтнихъ, стр. 54, примѣч.

¹⁸⁵) Friedreich, System, стр. 184; Schwarze, über den Satz: *malitia supplet (superat) aetatem*. Gerichtssaal. 1868, стр. 435—448; Колосовскій, в. с., стр. 20 и слѣд.

¹⁸⁶) Принимая эту теорію уложеніе становится даже суровѣе устава о ссыльныхъ, который въ ст. 833, говоря о наказаніяхъ малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ ссыльно-поселенцевъ за новыя преступленія, совершенныя ими во время пребыванія въ ссылкѣ, все-таки значительно смягчаетъ ихъ отвѣтственность сравнительно съ отвѣтственностью взрослыхъ. См. подробный разборъ ст. 146 у Богдановскаго, в. с., стр. 113 и сл.

¹⁸⁷) Это положеніе признано и кассационнымъ департаментомъ по дѣлу Березина ^{69/219}. Сенатъ совершенно вѣрно указалъ, „что статья 146 принадлежитъ къ числу самыхъ строгихъ постановленій нашего уложенія, а потому расширять случаи ея примѣненія

Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить слѣдующее:

1. Такъ какъ законъ требуетъ, чтобы малолѣтній или несовершеннолѣтній былъ наказанъ за первое преступленіе, то ст. 146 не можетъ примѣняться въ тѣхъ случаяхъ, когда подсудимый подвергся за первое дѣяніе домашнему исправленію, такъ какъ оно не есть наказаніе ¹⁸⁸⁾. (о бы судъ: *Тихонова* стр. 132)

2. Необходимо, чтобы приговоръ, состоявшійся по первому дѣлу, не только былъ приведенъ въ исполненіе, но и наказаніе было отбыто. При этомъ безразлично, какими судами былъ постановленъ первый приговоръ: общими ли судебными установленіями или мировыми судьями (р. уг. к. д. ^{68/10} Ефимова, ^{68/219} Красноцвѣтова и др.

3. Новое преступленіе должно быть то же самое или равное, или болѣе тяжкое. Въ этомъ отношеніи уложеніе допускаетъ два начала: во-1-хъ, внутреннее соотношеніе прежняго и новаго дѣяній и, во-2-хъ, вышшее. Въ первомъ отношеніи оно допускаетъ спеціальную рецидиву въ тѣсномъ смыслѣ, т.-е. требуетъ тождественности преступленій по ихъ составу, безотносительно къ ихъ наказуемости. Что касается до втораго, то уложеніе требуетъ, чтобы новое дѣяніе было равно или даже тяжелѣе перваго, причемъ, очевидно, что это опредѣленіе тяжести основывается на размѣрахъ наказанія. Но какимъ образомъ произвести это сравненіе? Изъ буквального текста закона можно вывести, что основаніемъ для сравненія должна служить ответственность, назначенная въ законѣ, а не наказанія, дѣйствительно примѣненные къ виновному. Поэтому, если несовершеннолѣтній былъ осужденъ въ первый разъ за преступленіе, влекущее по закону заключеніе въ арестантскія отдѣленія, по это наказаніе было для него замѣнено по 3 п. ст. 140 заключеніемъ въ рабочемъ домѣ, а затѣмъ онъ будетъ обвиненъ въ дѣяніи, караемомъ рабочимъ домомъ, то это новое преступленіе не можетъ считаться равнымъ первому ¹⁸⁹⁾. Но понятіе о равноважности преступленій не зависитъ оттого, что въ первомъ или во второмъ дѣяніи злой умыселъ виновнаго осуществился не вполне, или что роль, которую онъ занималъ въ совершеніи дѣянія, имѣла второстепенное значеніе. Поэтому, напр., несовершеннолѣтній, осужденный за покушеніе и затѣмъ вновь совершившій оконченное преступленіе равной важности съ первымъ, будетъ наказанъ по ст. 146 (ср. р. уг. к. д. 1868 г. № 7, 10, 219).

4. Но само собою разумѣется, что при наличности условій, указанныхъ въ ст. 146, никакое снисхожденіе къ малолѣтнимъ не имѣетъ мѣста, даже самый фактъ вовлеченія ихъ въ преступленіе совершеннолѣтними теряетъ свою силу. Поэтому, напр., при назначеніи исправительныхъ наказаній они подлежатъ соединенному съ нимъ лишенію особенныхъ правъ (р. уг. к. д. ^{68/553} Гуляева); арестантскія отдѣленія не замѣняются рабочимъ домомъ (р. уг. к. д. ^{68/10} Ефимова) и т. п.

и вообще давать ей распространительное толкованіе было бы противорѣчимъ, какъ началамъ уголовного права, такъ и правиламъ, установленнымъ судебною практикою“. Т. же, ^{72/1328} Тихонова.

¹⁸⁸⁾ Въ рѣшеніи же по дѣлу Тихонова ^{72/1328} сенатъ даже нашелъ, что по разуму ст. 146 она можетъ быть примѣняема только въ тѣхъ случаяхъ, когда оба преступленія подсудимаго совершены съ полнымъ разуміемъ. Поэтому ст. 146 не примѣняется тогда, когда малолѣтній или несовершеннолѣтній, хотя и былъ наказанъ по ст. 137, но какъ дѣйствовавшій безъ полнаго разумія. Совершенно противоположное мнѣніе было высказано, впрочемъ, сенатомъ въ рѣшеніи по дѣлу Гаврилова ^{71/1169}.

¹⁸⁹⁾ Кассационный департаментъ по дѣлу Шаберица ^{72/1206} замѣтилъ, что при этомъ опредѣленіи сравнительной важности преступленій не принимается въ разсчетъ ст. 1660 улож. См. contra: рѣшеніе ^{71/368} Фришмута.

Эти ограниченія, какъ мы видѣли, вытекаютъ изъ самаго текста ст. 146, но еще болѣе интереса представляетъ опредѣленіе ея отношенія къ ст. 759 у. уг. с. Долженъ ли быть непременно поставленъ вопросъ о разуміи, когда малолѣтній обвиняется въ повтореніи преступленія, и если да, то можетъ ли статья 146 примѣняться и къ тѣмъ подсудимымъ, которые будутъ признаны дѣйствовавшими безъ полного разумія?

Вопросы эти были поставлены и совершенно правильно разрѣшены уголовнымъ кассационнымъ департаментомъ. Въ рѣшеніи отъ 18 марта 1869 года по дѣлу Березина, № 319, сенатъ нашелъ, во-1-хъ, что ст. 759 у. уг. с. примѣняется во всякомъ случаѣ независимо отъ того, обвиняется ли подсудимый въ первый разъ въ преступленіи, или же онъ былъ и прежде того подвергаемъ ответственности; приговоръ же суда долженъ быть во всякомъ случаѣ основанъ на данныхъ, признанныхъ присяжными засѣдателями, такъ что судомъ не можетъ быть оставлено безъ вниманія и признаніе подсудимаго дѣйствовавшимъ безъ разумія¹⁹⁰).

Во-2-хъ, что на этомъ основаніи ст. 146 можетъ быть примѣняема только къ такимъ преступникамъ, которые дѣйствовали съ полнымъ сознаниемъ преступности своего дѣянія, такъ какъ только въ этомъ случаѣ можетъ быть признана большая безнравственность виновнаго; что, въ-3-хъ, такимъ образомъ статья 137 примѣняется и къ случаямъ повторенія преступленій малолѣтними, дѣйствовавшими при этомъ безъ полного разумія.

61. Таковы постановленія нашего уложенія объ ответственности юныхъ преступниковъ, выказывающія даже при первомъ знакомствѣ съ ними полную несостоятельность и притомъ какъ въ диспозитивной части, такъ и въ санкціи.

1) Къ числу первыхъ недостатковъ уложенія можетъ быть отнесена излишняя, по большей части бесполезная, а иногда даже и вредная сложность его системы. Уложеніе допускаетъ дѣленіе возраста до наступленія совершеннолѣтія на 5 эпохъ, не представляя никакихъ основаній, ни теоретическихъ, ни практическихъ, въ пользу этого дѣленія. Въ соединеніи съ неудачною, неясною редакціею закона, въ особенности въ измѣненіяхъ, сдѣланныхъ въ новомъ изданіи уложенія для согласованія его съ уставами, эта сложность представляетъ чрезвычайныя затрудненія для толкованія и примѣненія закона.

2) Сроки, отдѣляющіе періоды возраста другъ отъ друга, выбраны неудачно. Ставя, напр., 10 лѣтъ предѣломъ безусловной невмѣяемости, уложеніе не обратило вниманія на то, что этотъ періодъ не соответствуетъ ни климатическимъ, ни общественнымъ условіямъ Россіи. Жизненный опытъ указываетъ намъ, что случаи, въ которыхъ дѣти 11 или даже 12 лѣтъ дѣйствовали съ разуміемъ, составляютъ исключенія, такъ что возрастъ двѣнадцатилѣтній съ большимъ основаніемъ могъ бы быть поставленъ гранью, съ которой начинается вмѣяемость¹⁹¹). То же самое нужно сказать и о другомъ срокѣ, 14-ти-лѣтнемъ, несостоятельность котораго признана и законодательствомъ, продолжившимъ по уставамъ этотъ періодъ до 17 лѣтъ.

¹⁹⁰) Совершенно вѣрно говорить г. Лохвицкій, курсъ, стр. 110, „что нельзя видѣть противорѣчія въ томъ, что обвиняемый малолѣтній въ первый разъ былъ признанъ совершившимъ, напр., кражу съ разуміемъ, а во второй—совершившимъ то же преступленіе безъ разумія. Каждое преступленіе имѣетъ свою индивидуальность, свою обстановку; въ первый разъ она была таковою, что малолѣтній могъ быть признанъ дѣйствовавшимъ съ разуміемъ, а во второмъ—иному, что особенно ясно въ томъ случаѣ, когда малолѣтній во второй разъ совершилъ инаго рода преступленіе, чѣмъ въ первый“.

¹⁹¹) См. доказательство правильности подобнаго срока въ моемъ изслѣдованіи о малолѣтнихъ, стр. 91—95.

3) Наконецъ, постановленія уложенія о возрастѣ весьма суровы, въ особен-ности въ разобраннымъ выше ученіи о повтореніи, построенномъ на началахъ, давно уже отброшенныхъ теорію.

4) Еще болѣе возраженій можетъ быть сдѣлано противъ системы наказаній малолѣтнихъ ^{192).}

Прежде всего поражаетъ удержаніе, для несовершеннолѣтнихъ отъ 14—21 года, смертной казни и притѣмъ за преступленія политическія, т. е. такія, въ которыхъ дѣлсообразность примѣненія этого наказанія подвержена наибольшимъ сомнѣніямъ. Даже тѣ изъ новѣйшихъ кодексовъ, которые болѣе сурово относятся къ несовершеннолѣтнимъ преступникамъ, полагая, напр., срокъ совершен-ности въ 16 лѣтъ, какъ прусско-баварское и бельгійское, и тѣ не допускаютъ примѣненія смертной казни для лицъ моложе 21 года.

Каторжныя работы, въ особенности наши, какъ по характеру работъ, такъ и по условіямъ дисциплины каторжной жизни, непримѣнимы къ малолѣтнимъ, а между тѣмъ по уложенію, по ст. 146, даже одиннадцатилѣтній мальчикъ можетъ быть осужденъ на безсрочную каторгу.

Но всего менѣе дѣлсообразно назначеніе ссылки на поселеніе, для дѣтей отъ 10—14 лѣтъ. Вырывая ребенка изъ среды, въ которой онъ росъ, и перенося въ новую, ему чуждую, нѣрѣдко даже относящуюся къ нему совершенно враждебно, оставляя его тамъ безъ всякой поддержки моральной и матеріальной, иногда даже безъ всякой возможности заработать себѣ пропитаніе, вслѣдствіе отсутствія знанія и непривычки къ труду, ссылка, при подобныхъ условіяхъ, вполне противорѣчитъ началу исправленія и воспитанія.

Не менѣе сильныя возраженія могутъ быть сдѣланы и относительно примѣненія къ малолѣтнимъ лишенія всѣхъ правъ состоянія. «Лишить человѣка тѣхъ правъ, которыми онъ не начиналъ, а иногда даже по закону и не могъ начать пользоваться, лишить его этихъ правъ безвозвратно, навсегда—въ ту пору, когда онъ только-что начинаетъ еще знакомиться съ жизнью,—слишкомъ жестоко».

Также можно возразить противъ системы исправительныхъ наказаній, въ особенности ссылки на житье въ Сибирь или отдаленныя губерніи. Даже отдача въ монастырь не можетъ быть признана вполне рациональною мѣрою по отноше-нію къ лицамъ, нуждающимся въ обученіи, въ развитіи любви къ труду и т. п.

Такимъ образомъ, вся система постановленій уложенія о вліяніи возраста пуждается въ коренной переработкѣ. Сообразно съ существомъ правонарушенія, совершаемыхъ малолѣтними и несовершеннолѣтними, сообразно съ системами, принятыми въ большинствѣ новѣйшихъ западныхъ законодательствъ, для мало-лѣтнихъ отъ 12—17 лѣтъ, хотя бы и дѣйствовавшихъ съ разумѣніемъ, могутъ быть пригодны: отдача въ воспитательныя заведенія за болѣе тяжкіе, и внушеніе со стороны суда за маловажныя проступки. А что касается до несовершенно-лѣтнихъ отъ 17—21 года, то и для нихъ изъ наказаній лишеніемъ свободы мо-гутъ быть допущены развѣ только тюремное заключеніе, арестъ и заключеніе въ крѣпость, отбываемое во всякомъ случаѣ отдѣльно отъ взрослыхъ и не соеди-няемое съ пораженіемъ правъ, а изъ другихъ наказаній—денежныя взысканія и внушенія отъ суда ^{193).}

¹⁹²⁾ См. объясненія втораго отдѣленія къ 6-й статьѣ мирового устава. Богдановскій, в. с., стр. 126 и сл.; Н. Неклюдовъ, приложенія, стр. 368.

¹⁹³⁾ Ср. проектъ законоположеній объ ответственности малолѣтнихъ и несовершен-нолѣтнихъ преступниковъ въ моемъ изслѣдованіи, стр. 90—124. Что касается до самаго устройства мѣстъ заключенія для малолѣтнихъ преступниковъ въ различныхъ государ-ствахъ, то обзоръ ихъ относится къ ученію о средствахъ наказанія.

62. Несколько иную систему представляют постановления о возрастѣ мирового устава.

На основаніи устава, во-1-хъ:

„Проступокъ вовсе не вѣняется въ виду, когда онъ совершенъ въ малолѣтствѣ до 10 лѣтъ“ (ст. 10 п. 2). Такимъ образомъ уставъ принималъ тотъ же срокъ невѣняемости, какъ и уложеніе, но совершенно правильно не допускаетъ безполезнаго дробленія этого періода до 7 и отъ 7—10. Въ случаяхъ этого рода, очевидно, не требуется судебного разбирательства по дѣлу, и мировой судья, удостоверяясь, согласно ст. 115 уст. угол. суд., въ лѣтахъ подсудимаго, прекращаетъ дѣло.

Во-2-хъ:

„Несовершеннолѣтнимъ отъ 10 — 17 лѣтъ наказанія назначаются въ половинномъ размѣрѣ; недостигшихъ 14 лѣтъ мировой судья можетъ, не подвергая наказанію, отсылать къ родителямъ, опекунамъ или родственникамъ для домашняго исправленія“ (ст. 11).

Этотъ несовершеннолѣтній возрастъ раздѣляется, слѣдовательно, на два: отъ 10—14 и отъ 14—17. Особенное свойство перваго періода состоитъ въ томъ, что мировой судья можетъ вовсе освободить отъ наказанія подсудимыхъ этого возраста; но въ какихъ случаяхъ? Г. Неклюдовъ въ своемъ руководствѣ для мировыхъ судей (II, стр. 49) говоритъ положительно, что «это освобожденіе можетъ быть въ томъ случаѣ, когда судъ найдетъ, что виновный дѣйствовалъ безъ надлежащаго разумѣнія, такъ что мировой судья долженъ прежде всего разрѣшить вопросъ о разумѣннн, и только при утвердительномъ отвѣтѣ можетъ подвергнуть виновнаго наказанію»; но вслѣдъ затѣмъ же добавляетъ: «что и въ послѣднемъ случаѣ ст. 11 не возбраняетъ мировому судѣ отдать несовершеннолѣтняго на домашнее исправленіе», какъ бы не замѣчая, что эта вторая часть толкованія парализуетъ первую. Обращаясь же къ объяснительной запискѣ къ уставу¹⁹⁴), мы увидимъ, что эта отдача зависитъ исключительно отъ благоусмотрѣнія судьи, отъ его мнѣнія о благонадежности родственниковъ, которымъ долженъ быть отданъ несовершеннолѣтній¹⁹⁵).

Если же судья не находитъ такую отдачу возможною, то онъ назначаетъ наказаніе, но въ половинномъ размѣрѣ. При этомъ, конечно, по общимъ правиламъ судья опредѣляетъ сначала, какому наказанію подлежалъ бы виновный, если бы былъ совершеннолѣтнимъ, а затѣмъ уже это наказаніе уменьшаетъ на половину. Самое же уменьшеніе, по тексту закона, обязательно для судьи, а не зависитъ отъ его усмотрѣнія¹⁹⁶).

¹⁹⁴) Второе отдѣленіе въ объяснительной запискѣ къ уставу (стр. 24), объясняя, что оно сохранило 14-ти-лѣтній срокъ для того, чтобы не отступать отъ системы уложенія, прибавляетъ далѣе: «что такъ какъ отъ отсылки къ родителямъ можно ожидать хорошихъ результатовъ только тогда, когда родители или родственники ребенка окажутся действительно благонадежны, понимающие потребность наказывать его за проступокъ и способные имѣть за нимъ надлежащій надзоръ, то выборъ между опредѣленіемъ малолѣтнему наказанія по закону или отсылкою его къ родителямъ или опекунамъ положено оставить на благоусмотрѣніе судьи».

¹⁹⁵) Самая отдача родственникамъ на исправленіе, конечно, не можетъ считаться наказаніемъ по тѣмъ же основаніямъ, которыя были указаны выше, при разборѣ уложенія.

¹⁹⁶) Но въ такомъ случаѣ рождается другой вопросъ: можетъ ли судья при этомъ уменьшеніи перейти общіе предѣлы уменьшенія наказанія, указанные, напр., въ 1-мъ и во 2-мъ пунктахъ ст. 12 м. у.? При строго опредѣленномъ характерѣ обѣихъ статей—11-й и 12-й, трудно указать какой-нибудь исходъ изъ этого недоразумѣнія, но имѣя въ виду общее правило о толкованіи сомнѣнія въ пользу подсудимаго, казалось бы возможнымъ

Кромѣ того, въ мировомъ уставѣ содержится еще специальное постановленіе по этому вопросу въ ст. 6, которая говоритъ:

«Въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ будутъ учреждены исправительные пріюты, несовершеннолѣтніе отъ 10—17 лѣтъ могутъ, въ замѣнѣ заключенія въ тюрьмѣ, быть обращаемы въ эти пріюты на срокъ, опредѣляемый мировымъ судьей, но съ тѣмъ, чтобы не оставлять ихъ тамъ по достиженіи 18-лѣтняго возраста».

При этомъ:

1) Эта отдача можетъ быть допущена только въ тѣхъ случаяхъ, когда несовершеннолѣтній приговоренъ мировымъ судьей къ заключенію въ тюрьмѣ, а она не примѣняется ни къ лицамъ оправданнымъ, ни къ присужденнымъ къ аресту или денежному взыскаію.

2) Срокъ пребыванія въ пріютѣ опредѣляется судьей, но съ тѣмъ, чтобы приговоренный находился въ пріютѣ только до 18-ти лѣтъ; сроки эти не стоятъ ни въ какой зависимости отъ сроковъ тюремнаго заключенія, замѣняемаго пріютомъ; они опредѣляются по усмотрѣнію суда и сообразно съ возрастомъ отдаваемыхъ могутъ быть отъ 1—8 лѣтъ ¹⁹⁷⁾.

3) Отдача эта не обязательна для суда даже и въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ устроены подобные пріюты.

4) Но какъ разсматривать эту отдачу: можно ли смотрѣть на заключеніе въ исправительные пріюты, какъ на наказаніе? Конечно, по своему устройству пріюты имѣютъ характеръ воспитательный: воспитаніе составляетъ единственную ихъ задачу, которая опредѣляетъ самый порядокъ содержанія, основы дисциплины, распредѣленіе занятій и т. п., такъ что съ этой стороны отдача въ пріюты рѣзко различается отъ всѣхъ другихъ карательныхъ мѣръ. Но, въ то же время, это заключеніе не только имѣетъ характеръ принудительный, но опредѣляется судомъ не иначе, какъ послѣ судебного разбирательства и послѣ признанія подсудима виновнымъ, назначается въ замѣнѣ тюремнаго заключенія на сроки, опредѣляемые въ приговорѣ. А это указываетъ на то, что при назначеніи подобной мѣры имѣется въ виду и другой моментъ наказанія: борьба съ тѣми послѣдствіями, которыя преступленіе оставляетъ въ обществѣ, успокоеніе общественное, такъ что и самая эта мѣра должна быть разсматриваема, какъ мѣра карательная.

5) Самый порядокъ устройства пріютовъ былъ разъясненъ мѣніемъ государственнаго совѣта отъ 5-го октября 1866 г. въ которомъ сдѣлано, впрочемъ, и одно измѣненіе относительно самой мѣры ответственности несовершеннолѣтнихъ. На основаніи 10 пункта этого указа, назначенный судебнымъ приговоромъ срокъ пребыванія въ пріютѣ можетъ быть сокращенъ на 1/3 для тѣхъ изъ осужденныхъ, которые будутъ признаны исправившимися со стороны начальства пріюта, но съ тѣмъ, что если кто-либо изъ освобожденныхъ будетъ замѣченъ въ дурномъ пове-

допустить право судьи переступать въ этихъ случаяхъ предѣлы, указанные въ ст. 12-й. Это толкованіе принято и кассационнымъ департаментомъ: ^{72/1409} Фролова, ^{72/1411} Лаврентьева.

¹⁹⁷⁾ Объяснительная записка втораго отдѣленія (см. изд. госуд. канц., IV, стр. 100) говоритъ: „Срокъ содержанія несовершеннолѣтнихъ въ пріютѣ, какъ наименьшій, такъ и наибольшій, могли бы быть опредѣлены на основаніи нижеслѣдующихъ соображеній: они ни въ какомъ случаѣ не должны совпадать со временемъ, назначеннымъ въ законѣ для тюремнаго заключенія, потому что сроки тюремнаго заключенія для несовершеннолѣтнихъ весьма коротки и вслѣдствіе того не могутъ быть достаточны для достиженія полезныхъ результатовъ отъ содержанія въ исправительномъ пріютѣ. Пріютомъ же, тюремное заключеніе не можетъ быть сравниваемо, относительно срока, съ содержаніемъ въ исправительномъ пріютѣ, потому что первое гораздо суровѣе послѣдняго, и что исправительный пріютъ есть скорѣе воспитательно-учебное заведеніе, чѣмъ мѣсто заключенія“

деніи, то онъ снова возвращается въ пріютъ, гдѣ и остается до истеченія полнаго назначеннаго ему срока ¹⁹⁸).

Хотя упрощеніе, введенное мировымъ уставомъ въ постановленія о малолѣтнихъ, и дать ему техническое преимущество предъ уложеніемъ, но самая система, положенная въ его основаніе, вовсе не составляетъ шага впередъ, заключающаго въ себѣ многіе, весьма существенные недостатки: во-1-хъ, уставъ уничтожилъ періодъ условной вмѣняемости, не считая нужнымъ ставить вопросъ о разумнѣи даже относительно дѣтей 10 и 11 лѣтъ; во-2-хъ, уставъ не допускаетъ для малолѣтнихъ замѣны наказаній, а только смягчаетъ отвѣтственность, т. е. считаетъ возможнымъ подвергать ихъ и тюрьмѣ, и аресту и штрафамъ; въ-3-хъ, введя новую мѣру взысканія — исправительные пріюты, онъ допускаетъ примѣненіе этой мѣры въ весьма ограниченномъ числѣ случаевъ; въ-4-хъ, уставъ не допускаетъ никакого снисхожденія для подсудимыхъ отъ 17—21 года ¹⁹⁹).

63. Но кромѣ уложенія и мирового устава постановленія о малолѣтнихъ встрѣчаются и въ специальныхъ уставахъ, которыя я считаю полезнымъ перечислить.

Таковы, во-1-хъ, постановленія устава паспортнаго. Томъ XIV уставъ о паспортахъ и бѣлыхъ (по прод. 1863 и 1868 гг.) содержитъ спеціальныя постановленія объ отвѣтственности малолѣтнихъ за бродяжничество. Поиманные бродяги обоего пола отдаются въ заведенія, бывшія приказа общественнаго призрѣнія, теперь переданныя земству, гдѣ и остаются до 17-ти лѣтъ, если не отыщется ни родственниковъ ихъ, ни общества, къ которому бы они принадлежали (ст. 623, 631 п. 6). Затѣмъ, бродяги женскаго пола во всякомъ случаѣ приписываются къ податнымъ обществамъ и выпускаются на собственное пропитаніе, а мужскаго пола, если они не желаютъ приписаться, или не могутъ воспользоваться правомъ приписки, или ихъ не пожелаетъ принять общество, обращаются въ военно-рабочія и арестантскія роты, а если здоровье не позволитъ, то остаются въ заведеніяхъ земства (ст. 636). Если же малолѣтнихъ бродягъ пожелаютъ взять родственники, или отыщется общества, къ которымъ они принадлежатъ, то они отдаются по принадлежности, но съ подпискою, что взявшіе не допускать ихъ до бродяжничества (ст. 636).

Во-2-хъ, — сельско-судебнаго устава (т. XII ч. II, ст. 453), который постановляетъ, что малолѣтніе и несовершеннолѣтніе до 15 лѣтъ освобождаются отъ наказанія за проступки по приговору сельскаго и волостнаго суда; опредѣленіе сего наказанія предоставляется родителямъ и опекунамъ.

Въ-3-хъ, постановленія военныхъ законовъ. Сводъ военно-уголовный, изд. 1859 г., въ своихъ статьяхъ 101—106 дословно повторялъ постановленія свода законовъ (ст. 131—138, по изд. 1842), но затѣмъ нынѣ дѣйствующій воинскій уставъ 1868 г. принялъ систему, отличную отъ уложенія и не особенно удачную ²⁰⁰).

¹⁹⁸) См. судебныя уставы, изданные государ. канцелярією, т. IV, стр. 85 и сл.; Нелюдовъ, руководство, стр. 24; Богдановскій, в. с., стр. 115. Самыя правила объ устройствѣ пріютовъ будутъ разобраны въ ученіи о средствахъ наказанія.

¹⁹⁹) Вслѣдствіе этого между постановленіями мирового устава и уложеніемъ встрѣчаются сильныя противорѣчія. Мальчикъ 10-ти или 11-ти лѣтъ, совершившій кражу на сумму болѣе 300 рублей, будетъ или освобожденъ отъ наказанія, или подвергнется заключенію въ монастырь, сообразно съ отвѣтомъ о его разумнѣи, а обвиненный въ кражѣ на сумму менѣе 300 рублей будетъ заключенъ въ тюрьму, или хотя и освобожденъ, но по простому благоусмотрѣнію суда.

²⁰⁰) Первоначальный проектъ сенатора Капгера содержалъ только постановленія о смягченіи наказаній несовершеннолѣтнимъ отъ 16—17-ти и отъ 17—21-го г. См. ст. 129—132.

Относительно малолѣтнихъ отъ 10—17 л. ст. 93 (по изд. 1869 г.) говоритъ, что для тѣхъ изъ нихъ, которые будутъ дѣйствовать съ разумѣніемъ, наказаніе смягчается по правиламъ уложенія, но съ тѣмъ, во-1-хъ, что родъ наказанія опредѣляется по уставу, согласно общимъ правиламъ о замѣнѣ наказаній (ст. 6), и во-2-хъ, что тамъ, гдѣ малолѣтніе до 14 лѣтъ должны подвергнуться домашнему исправленію, оно замѣняется дисциплинарными взысканіями по усмотрѣнію начальства ²⁰¹).

По поводу этого нужно замѣтить слѣдующее:

1) Уставъ ничего не говоритъ о томъ, какъ поступать съ малолѣтними отъ 10—17 лѣтъ, дѣйствовавшими безъ разумѣнія, но такъ какъ уставъ воинскій, какъ дополнительный, долженъ быть поспѣваемъ на основаніи уложенія, то и въ этихъ случаяхъ должна быть примѣняема вполнѣ ст. 137 ул.

2) Правила о замѣнѣ наказаній по приложенію къ 6 ст. для малолѣтнихъ военного званія относятся только къ тѣмъ карательнымъ мѣрамъ, которыя вошли въ общую лѣстницу наказаній. Поэтому въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ они, по ст. 138, должны подвергнуться заключенію въ монастырь, или, по ст. 137, отданы въ исправительные пріюты,—эти мѣры примѣняются къ нимъ безъ измѣненій.

Гораздо запутаннѣе постановленія воинскаго устава о несовершеннолѣтнихъ отъ 17—21 года. По статьѣ 91 устава постановленія уложенія примѣняются только къ несовершеннолѣтнимъ офицерамъ, гражданскимъ чинамъ военного вѣдомства и нижнимъ чинамъ, пользующимся особенными правами состоянія, да и то за прослушки, не соединенныя съ нарушеніемъ обязанностей военной службы. Во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ къ нимъ примѣняются тѣ же наказанія, какъ и къ взрослымъ, но съ тѣмъ, что судъ можетъ принять несовершеннолѣтіе въ соображеніе для смягченія наказанія, въ предѣлахъ, опредѣленныхъ въ 98 статьѣ устава.

Такимъ образомъ создается новое различіе между преступниками привилегированными и непривилегированными, и притомъ безъ достаточныхъ основаній. Теорія указываетъ, что чѣмъ выше по образованію и по условіямъ жизни среда, тѣмъ скорѣе развивается и созрѣваетъ малолѣтній, а между тѣмъ уставъ принимаетъ обратную систему. Кромѣ того, ссылка его на ст. 98 представляется какимъ-то недоразумѣніемъ, такъ какъ эта статья говоритъ объ измѣненіи наказаній при *совокупности* обстоятельствъ, увеличивающихъ или уменьшающихъ вину, а здѣсь идетъ рѣчь о вліяніи несовершеннолѣтія.

Наконецъ, по ст. 92, несовершеннолѣтніе отъ 14—21 года не присуждаются къ смертной казни, которая для нихъ замѣняется заключеніемъ въ крѣпость, безъ лишенія всѣхъ правъ состоянія и съ сокращеніемъ положеннаго въ законѣ срока заточенія на $\frac{1}{3}$.

Отдавая должную справедливость гуманному взгляду, выраженному въ этой статьѣ, нельзя, однако, не прибавить, что она не приведена въ соотношеніе съ другими постановленіями и вызываетъ значительныя недоразумѣнія.

1) Такъ какъ и по уставу воинскому, какъ и по уложенію, къ несовершеннолѣтнимъ примѣняются каторжныя работы съ лишеніемъ всѣхъ правъ и съ незначительнымъ сокращеніемъ срока, то оказывается, что виновный, подлежащій болѣе тяжкому наказанію, находится въ болѣе выгодномъ положеніи.

²⁰¹) По замѣчанію главнаго военнаго прокурора (стр. 17) подобные случаи возможны только при объявленіи края на военномъ положеніи или въ немногихъ мѣстностяхъ, населенныхъ казачьими войсками, гдѣ не устроены еще судебныя мѣста гражданскаго вѣдомства. Поэтому, было бы правильнѣе вовсе не упоминать объ этомъ возрастѣ въ уставѣ, примѣняя статьи уложенія.

2) Говоря о смягченіи на $\frac{1}{2}$ сроковъ при замѣнѣ смертной казни заточеніемъ, уставъ не указываетъ правилъ для этого смягченіи. Такъ какъ по ст. 17 срокъ заточенія полагается отъ 10—20 лѣтъ, то долженъ ли судъ, сокращая сроки, остановиться на высшемъ и назначить 13 лѣтъ и 4 мѣсяца, или же можетъ выбрать и *minimum*, и назначить 6 лѣтъ и 8 мѣсяцевъ? Очевидно, что, согласно съ буквою закона, нужно признать послѣднее, а тогда указанное выше несоотвѣтствие дѣлается еще болѣе значительнымъ.

64. Возрастъ констатируется или доказывается по общему правилу на основаніи документовъ рожденія (Св. зак. гражд., т. X, ч. 1, ст. 214—216), но тамъ, гдѣ подобныхъ доказательствъ нѣтъ, возрастъ, конечно, не утрачиваетъ своего значенія, а опредѣляется на общихъ основаніяхъ, какъ всякое другое фактическое обстоятельство, судьями виновности ²⁰²).

По нашему праву, по ст. 413 у. уг. с., показаніе о лѣтахъ повѣряется справкою изъ метрическихъ книгъ, а за неимѣніемъ ихъ, изъ ревизскихъ сказокъ или другихъ документовъ; за невозможностью же сихъ справокъ, возрастъ обвиняемаго опредѣляется посредствомъ освидѣтельствованія чрезъ судебного врача ²⁰³). Если возрастъ подсудимаго не опредѣленъ съ точностью на предварительномъ слѣдствіи, то опредѣленіе его лежитъ на обязанности суда. Въ случаяхъ, когда возрастъ подсудимаго можетъ имѣть вліяніе на его участь, судъ не въ правѣ, до положительнаго опредѣленія его, назначать судебное засѣданіе ²⁰⁴). Но особаго вопроса присяжнымъ о возрастѣ подсудимаго не можетъ быть поставлено даже и на основаніи ст. 759 у. у. с., такъ какъ возрастъ относится къ общимъ причинамъ, вліяющимъ на наказуемость, а не къ особеннымъ ²⁰⁵).

При этомъ, конечно, принимается во вниманіе тотъ возрастъ, который имѣлъ подсудимый въ моментъ совершенія преступленія, безотносительно къ тому, сколько лѣтъ ему было во время разрѣшенія дѣла и вступленія приговора въ окончательную силу.

Примѣненіе этого правила въ большинствѣ случаевъ не представитъ затрудненій, какъ, напр., относительно постановки вопроса о разумнѣи, освобожденіи отъ извѣстныхъ взысканій и т. п.; но въ тѣхъ случаяхъ, когда малолѣтніе отдаются въ особо устроенныя для нихъ заведенія—эта отдача не можетъ быть допустима, когда подсудимый во время приведенія приговора въ исполненіе не-

²⁰²) Этого воззрѣнія держится большинство французскихъ и нѣмецкихъ комментаторовъ. Ср. Эли, в. с., I, № 237; Бланш, II, № 310; Требузьенъ, стр. 118; Оппенгофъ, пр. 4 къ § 55, Nocheder, в. с., стр. 380.

²⁰³) Причемъ, разумѣется, главное значеніе имѣютъ выписи изъ консисторской метрической книги, или, какъ замѣтилъ сенатъ (^{69/528} Игорева), выписи изъ приходской метрической книги, а къ другимъ документамъ относятся перечисленные въ ст. 214 и 215, т. X, ч. I, хотя, впрочемъ, уголовный кассационный департаментъ, въ рѣшеніи по дѣлу Морозова. ^{70/525}, добавилъ, что исповѣднія росписи сами по себѣ не могутъ служить достаточными документами. Ср. Макалинскій, руководство, II, стр. 284; Лохвицкій, курсъ, стр. 111.

²⁰⁴) Р. уг. к. д. ^{68/218} Васильева, ^{70/525} Морозова. Французская практика признаетъ даже, что обвиняемый, моложе 16 лѣтъ, можетъ ссылаться на свой возрастъ во всякомъ положеніи процесса, т.-е. не только при апелляціи, но даже и въ кассационномъ производствѣ. Dalloz в. с., № 435. Тоже Berner, Grundsätze, стр. 72.

²⁰⁵) Р. уг. к. д. по дѣлу Турковскихъ—^{67/430}, Данненберга—^{70/65}, Морозова—^{70/525}, Мамбезія-Джемилъ—^{71/107}.

решель уже тотъ срокъ, который полагается предѣломъ пребыванія въ приютѣ; въ этихъ случаяхъ они должны отбывать наказаніе въ особыхъ отдѣленіяхъ при тюрьмахъ.

65. Возрастъ подсудимыхъ, въ особенности въ періодъ полной или условной невмѣняемости, не можетъ не вліять и на подсудность. Проступки малолѣтнихъ по самому ихъ существу требуютъ, чтобы судъ, по возможности, имѣлъ семейный характеръ, т. е. былъ скорый и неторжественный; поэтому для дѣлъ этого рода предпочтительнѣе судъ безъ присяжныхъ и при закрытыхъ дверяхъ. Самый порядокъ процесса отличается также нѣкоторыми особенностями, а въ частности постановкою спеціального вопроса о разумѣніи.

Измѣненія подсудности сдѣланы во многихъ западныхъ кодексахъ, напр., во Франціи законами 1824 и 1832 г.; въ Бельгіи по закону 4 окт. 1867 г., въ Пруссіи, Баваріи и др.; вездѣ преступленія малолѣтнихъ вѣдаются безъ участія присяжныхъ²⁰⁶). Но для такихъ изыятій необходимо специальное указаніе закона, такъ какъ по общимъ правиламъ подсудность опредѣляется существомъ преступленія въ томъ видѣ, въ какомъ оно представляется въ моментъ поступленія въ судъ, а возрастъ относится къ числу обстоятельствъ, вызывающихъ только замѣну и смягченіе наказанія, а не измѣняющихъ существа преступленія. Поэтому въ нашемъ правѣ, въ которомъ такого спеціального правила не существуетъ, нельзя признать возрастъ подсудимаго причиной, измѣняющею подсудность²⁰⁷).

66. Наконецъ, самая постановка особаго вопроса о разумѣніи относительно малолѣтнихъ моложе 17 лѣтъ, требуемая всѣми кодексами, возбуждаетъ большой интересъ въ процессуальномъ отношеніи, такъ какъ и безъ того вопросъ о способности ко вмѣненію долженъ быть разрѣшаемъ судомъ о каждомъ подсудимомъ при признаніи его виновнымъ. Какой же смыслъ въ такомъ случаѣ имѣетъ постановка особаго вопроса?

Одни криминалисты²⁰⁸) видятъ существенное различіе между отвѣтомъ о виновности и отвѣтомъ о разумѣніи. Первый, говорятъ они, указываетъ на наличность желанія сдѣлать добро или зло, а второй—на способность оцѣнивать нравственную сторону совершеннаго. Малолѣтній можетъ совершить дѣяніе съ преступнымъ намереніемъ и въ то же время можетъ, по причинѣ своего возраста, не сознавать всей безнравственности совершаемаго.

Другіе же²⁰⁹) признаютъ понятіе разумѣнія (*discernement*, *Unterscheidungs-*

²⁰⁶) Ср. Nocheder, в. с., стр. 398; F. Hélie, I, № 234; Blanche, II, № 298—305.

²⁰⁷) Лохвицкій, державшійся прежде другаго возрѣвіи, отказался отъ него въ послѣднемъ изданіи.

²⁰⁸) Blanche, études, II, № 307 и сл., поэтому замѣчаетъ онъ, отсутствіе intention по французскому праву—уничтожаетъ преступность, а отсутствіе discernement—составляетъ только excuse légale; первое можетъ быть констатировано судебнымъ слѣдователемъ или обвинительною камерою, а второе—судомъ. Trébutien, в. с., стр. 111; Boitard, leçons, № 188; Ortolan, I, № 289. Тоже принимала прусская практика. Ср. Iohn, Entwurf, стр. 278.

²⁰⁹) Haus, principes, № 509 и 510; ср. Богдановскій, в. с., стр. 33 и сл. Neumann, psychologische Reflexionen. 1870, стр. 5. Менѣе техническимъ, хотя и болѣе

vermögen) совершенно тождественнымъ съ понятіемъ о вмѣняемости и постановку особаго вопроса объясняютъ только тѣмъ, что законодатель хотѣлъ этимъ путемъ обратить особое вниманіе суда на внутреннюю сторону преступнаго дѣянія, заставить судей оцѣнивать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ психическое развитіе малолѣтнихъ. Къ этому же выводу нужно, кажется, придти и по нашему праву.

Слово «разумѣніе», по этимологическому его значенію, указываетъ не только на наличность сознанія отношенія совершаемаго къ окружающимъ явленіямъ, къ его ближайшимъ послѣдствіямъ, но и на сознаніе его связи съ фактами болѣе отдаленными, и между прочимъ съ требованіями нравственности и права. Поэтому признаніе наличности разумѣнія равносильно отрицанію невмѣняемости, зависящей отъ ненормальнаго состоянія мыслительной дѣятельности, но оно не указываетъ на другой моментъ вмѣняемости — способность оцѣнивать сознательное, дѣлать выборъ между различными побужденіями и мотивами. На этомъ основаніи понятіе разумѣнія относится къ понятію вмѣняемости, какъ видъ къ роду, и наличность вмѣняемости предполагаетъ разумѣніе, но разумѣніе не исключаетъ возможности невмѣняемости.

Но юридическая практика и даже общежитейское употребленіе слова «разумѣніе» придали ему болѣе широкое значеніе, принявъ во вниманіе, что та порывистость, подвижность, страстность, которыя характеризуютъ поступки дѣтей, способность ихъ подчиняться безусловно первому впечатлѣнію неминуемо дѣйствуетъ на сознаніе, лишаетъ его необходимой полноты и ясности. Съ этой точки зрѣнія, признаніе наличности разумѣнія — равносильно признанію способности къ вмѣняецію во всемъ его объемѣ ²¹⁰⁾.

Сообразно съ этимъ воззрѣніемъ, представляющимся мнѣ наиболѣе правильнымъ, постановка отдѣльнаго вопроса о разумѣніи имѣетъ, во-1-хъ, значеніе особой гарантіи для малолѣтнихъ, выражая желаніе законодателя обратить особое вниманіе суда на психическое состояніе обвиняемаго; во-2-хъ, указываетъ на то, что къ числу общихъ причинъ невмѣняемости присоединяется еще одна, зависящая отъ возраста виновнаго — недостаточное умственное развитіе.

Но, съ другой стороны очевидно, что признаніе подсудимаго виновнымъ, безъ всякихъ оговорокъ, уже дѣлаетъ юридически не возможнымъ отрицательный отвѣтъ относительно разумѣнія, такъ какъ въ общемъ вопросѣ о виновности, согласно съ 754 ст. у. уг. с., заключается и вопросъ о томъ, можетъ ли данное дѣяніе быть вмѣнено подсудимому ²¹¹⁾.

б) Идтизмъ ²¹²⁾.

67. Разнообразныя болѣзненныя уклоненія въ развитіи мозга, прирожденныя или появившіяся въ эпоху дѣтства, уничтожаютъ

сложнымъ является выраженіе германскаго кодекса: „Wenn er bei Begehung derselben (strafbare Handlung) die zur Erkenntniss ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besass“.

²¹⁰⁾ Подобное толкованіе даетъ между прочимъ Гельшнеръ, System, стр. 110, слову Unterscheidungsvermögen. Онъ говоритъ: „разумѣніе означаетъ, съ одной стороны, способность дѣйствующаго различать самаго себя отъ поставленной имъ цѣли; а съ другой — способность различать, по особому критерию, присущему субъекту, между различными, представляющимися ему, дѣлами, а это составляетъ существенныя условія способности къ вмѣненію“. Еще подробнѣе развиваетъ это John, Entwurf, стр. 281.

²¹¹⁾ См. болѣе подробный разборъ этого любопытнаго процессуальнаго вопроса въ моемъ изслѣдованіи о малолѣтнихъ, стр. 80 и сл. Ср. Hälschner, System, стр. 110.

²¹²⁾ См. въ особенности Крафтъ-Эбингъ, уголовная психологія, стр. 14—23; Грингеръ, душевныя болѣзни, стр. 402 и сл.; Buchner, Lehrbuch, § 89—100.

возможность къ умственному развитію и вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлаютъ человѣка не способнымъ ко вмѣненію ²¹³). Если подобное лицо, путемъ дрессуры, и приобрѣтаетъ понятія объ обыденныхъ житейскихъ явленіяхъ, дѣлается даже пригоднымъ для отправленія какихъ либо, по преимуществу механическихъ работъ, то оно все-таки не въ состояніи усвоить себѣ правственно-юридическое значеніе общественныхъ явленій и руководиться въ своихъ поступкахъ правилами морали и закономъ.

Ненормальное развитіе мозга, обуславливающее состояніе идиотизма, проявляется или въ самый моментъ рожденія ребенка, или приобрѣтается въ первые младенческіе его годы. Идиотизмъ прирожденный можетъ быть или результатомъ унаслѣдованія, какъ, напр., у дѣтей эпилептиковъ, идиотовъ, пьяницъ, и т. п. ²¹⁴), или является послѣдствиемъ какихъ либо болѣзненныхъ страданій зародыша, выражаясь, напр., въ раннемъ срощеніи черепныхъ швовъ, препятствующемъ развитію мозга и отражающемся на выдающемся уменьшеніи поперечника черепа (микроцефализмъ). Приобрѣтенная же въ дѣтствѣ неспособность къ умственному развитію оказывается или продуктомъ болѣзни, особенно воспалительнаго свойства въ мозгу или его оболочкахъ, а еще чаще послѣдствиемъ дурнаго ухода, крайне вредныхъ гигиеническихъ условий. Въ послѣднихъ случаяхъ, прекращеніе развитія встрѣчается иногда въ дѣтяхъ 3-хъ или 4-хъ лѣтъ, а иногда даже и семилѣтнихъ, но, конечно, съ юридической точки зрѣнія, это различіе между прирожденнымъ и приобретеннымъ идиотизмомъ не имѣетъ значенія ²¹⁵).

Гораздо важнѣе для вопроса о вмѣненіи другое различіе идиотизма—по его степенямъ, такъ какъ промежутокъ между лицомъ безусловно неспособнымъ къ умственной дѣятельности и человѣкомъ развитымъ, талантливымъ, наполненнымъ массою переходныхъ формъ, а потому проведеніе границъ между вмѣняемостью и невмѣняемостью представляетъ верѣдко существенныя затрудненія.

Сообразно съ новѣйшею психіатріею, можно указать на слѣдующія формы умственного безсилія:

1) Безсмысліе, полное безуміе, при которомъ лицо не только не обладаетъ способностью къ умственному саморазвитію, но съ трудомъ поддается простой дрессировкѣ, направленной къ приученію его къ правильному удовлетворенію своихъ ежедневныхъ потребностей. Въ немъ нельзя подмѣтить никакихъ душевныхъ волненій; у него всегда одно и то же безжизненное, полусонное выраженіе; у него отсутствуетъ способность къ рѣчи, свои ощущенія онъ выражаетъ или звуками, или иногда хотя и словами, но отдѣльными, не связанными между собою. Объ отвѣтственности передъ правосудіемъ такихъ лицъ, конечно, не можетъ быть и рѣчи.

²¹³) Конечно, идиотизмъ или безуміе можетъ быть продуктомъ мозговаго страданія и у взрослога лица, но въ такомъ случаѣ онъ является уже однимъ изъ видовъ душевныхъ болѣзней.

²¹⁴) „Весьма вѣроятно“, говоритъ Крафтъ-Эбингъ, стр. 15, „что вообще даже умственно здоровые и трезвые родители могутъ произвести слабоумное, тупоумное и даже эпилептически-тупоумное потомство, когда, напр., моментъ зачатія случайно совпадетъ съ состояніемъ ослѣпленія“.

²¹⁵) Также не существенно выдѣленіе изъ идиотизма—кретинизма, какъ особой его формы, соединенной съ тѣлеснымъ уродствомъ и зависящей отъ мѣстныхъ условий, какъ, напр., кретинизмъ въ Альпахъ, Зальцбургѣ.

2) Тупоуміе, какъ такое состояніе, въ которомъ лицо, подобно животному, способно только къ воспроизведенію конкретныхъ впечатлѣній, безъ всякой способности къ отвлеченію. Душевная дѣятельность, въ смыслѣ мышленія, отсутствуетъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ не существуетъ представлений объ общественныхъ отношеніяхъ и ихъ значеніи, о добрѣ и злѣ, правѣ и обязанности. Животные инстинкты, въ особенности ощущенія голода, являются исключительно руководящими мотивами, доводя до безмысленнаго изступленія и бѣшенства, проявляясь въ поджогахъ, изнасилованіи, нарушеніи общественного приличія, а иногда даже въ насиліи и убійствѣ, совершаемыхъ самымъ звѣрскимъ образомъ²¹⁶). Способность ко вмѣненію, конечно, не существуетъ.

3) Слабоуміе, какъ переходная ступень къ нормальному развитію. Эта форма всего труднѣе поддается точному опредѣленію, такъ какъ тѣсно граничитъ съ обыкновенною глупостью, легкомысліемъ, недостаткомъ воспитанія, крайнимъ невѣжествомъ. Между тѣмъ какъ при тупоуміи есть черты, качественно отличающія его отъ нормальнаго состоянія, здѣсь различіе исключительно количественное, по силѣ и энергіи проявленія различныхъ элементовъ умственной жизни. Для правильнаго сужденія о слабоуміи подсудимаго необходимо изслѣдовать его всесторонне, такъ какъ нерѣдко у субъектовъ этой категоріи проявляются иногда даже замѣчательныя способности въ опредѣленномъ, исключительномъ направленіи, напр., въ музыкѣ, живописи. Мало того, психіатрія свидѣтельствуетъ, что у подобныхъ индивидуумовъ можно наблюдать даже наличность отвлеченныхъ понятій о справедливости, правѣ, но воспринятыхъ совершенно механически, безъ надлежащаго усвоенія, безъ способности примѣнять ихъ къ дѣйствительнымъ явленіямъ. Во всякомъ случаѣ умственный кругозоръ ихъ крайне ограниченъ вслѣдствіе скуднаго запаса понятій, въ особенности этического содержанія, вслѣдствіе трудности усвоенія отвлеченныхъ идей. Эта умственная незрѣлость отражается и на ихъ языкѣ, бѣдномъ формами и образами и на ихъ характерѣ — легковѣрномъ, податливомъ, не имѣющемъ никакой устойчивости. Сообразно съ этимъ и ихъ настроеніе представляется одностороннимъ: въ немъ преобладаютъ эгоистическіе инстинкты и стремленія, ему чужды общественные интересы, увлеченія и страданія. Однимъ словомъ, слабоумный во многомъ уподобляется дитяти, а потому въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо строго обследовать наличность у него разумнаго совершеннаго, а затѣмъ тамъ, гдѣ разумнѣе окажется отсутствующимъ — обвиненный, конечно, долженъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности; въ другихъ же случаяхъ слабоуміе можетъ быть причиною снисхожденія²¹⁷).

68. Наше уложеніе по ст. 96 признаетъ безуміе причиною уничтожающею вмѣняемость, предоставляя суду въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ признавать наличность подобнаго состоянія; причемъ,

²¹⁶) См. у Иделера, Lehrbuch, стр. 278, ужасный случай убійства въ 1855 въ Эрфуртѣ идіотомъ своего двухлѣтняго племянника, у котораго онъ прокусилъ горло и глотку и пилъ кровь, затѣмъ ободравъ кожу съ груди, спины и рукъ, и ѣлъ жиръ и мясо.

²¹⁷) Ср. Berner, Imputationslehre, стр. 154—157; Geib, Lehrbuch, II, стр. 84; изъ западныхъ кодексовъ одни специально упоминаютъ о безуміи, какъ причинѣ невмѣняемости, какъ, напр., вюртембергскій, § 97; баденскій, § 75; саксонскій, 1855 г., § 87; баварскій, 1861, § 67; прусскій, § 40; другіе же умалчиваютъ, предполагая въ подобныхъ случаяхъ примѣненіе общихъ правилъ о душевно-больныхъ, таковы — французскій, австрійскій и германскій.

конечно, безуміе только въ высшемъ своемъ развитіи имѣть подобное значеніе.

Хотя уложеніе, говоря о безуміи, не даетъ никакого опредѣленія этому термину, но законы гражданскіе (т. X, ч. I, ст. 365) прямо говорятъ, что безумными признаются не имѣющіе здраваго разсудка съ самаго ихъ младенчества. Кромѣ того, уложеніе, въ ст. 134 п. 4, говоря объ обстоятельствахъ, уменьшающихъ вину, относитъ сюда и совершеніе преступленія по легкомыслію или же слабоумію, глупости и крайнему невѣжеству, которымъ воспользовались другіе для вовлеченія его въ преступленіе. Самое же опредѣленіе границъ между безуміемъ и состояніемъ, указаннымъ въ ст. 134, вполне принадлежитъ суду, рѣшающему дѣло по существу ²¹⁸⁾.

в) Органическіе недостатки ²¹⁹⁾.

69. Къ числу обстоятельствъ, устранивающихъ способность ко вмѣненію, относятъ какъ теорія, такъ и законъ, глухонѣмоту, какъ скоро она была врожденною или приобретенною въ младенствѣ, и если притомъ этотъ органическій порокъ не былъ впоследствии пополненъ воспитаніемъ; такъ какъ при подобныхъ обстоятельствахъ лицо не можетъ сформировать понятія объ условіяхъ общественной жизни, о правѣ и обязанности, не можетъ руководствоваться требованіями закона.

Возможность воспріятія впечатлѣній отъ предметовъ окружающаго насъ міра составляетъ основное условіе психической дѣятельности и развитія, такъ какъ представленія и понятія, т. е. тѣ элементы, надъ которыми оперируетъ наше мышленіе, приобретаются только этимъ путемъ. На этомъ основаніи, понятно, что полное лишеніе всѣхъ органовъ или способности функционировать ими, происшедшее въ дѣтствѣ, прежде чѣмъ началась умственная жизнь, должно неминуемо повлечь за собою полное безсмысліе, подойти подъ одинъ изъ видовъ крайняго идіотизма.

Но точно также и по тѣмъ же основаніямъ должны отражаться на нашей психической жизни и недостатки какихъ-либо отдѣльныхъ органовъ воспріятія впечатлѣній. Хотя природа старается пополнить эти пробѣлы развитіемъ способности къ дѣятельности другихъ органовъ: у слѣпого—слуха, обонянія, у глухонѣмого—зрѣнія и т. д., но и а priori и эмпирически намъ извѣстно, что такое восполненіе недостаточно, что остается цѣлая сфера идей и представленій, которая не можетъ быть восполнена этимъ естественнымъ путемъ, остается рядъ особенностей не только въ умственной дѣятельности подобнаго лица, но и въ его характерѣ, склонностяхъ, привычкахъ.

²¹⁸⁾ О предохранительныхъ мѣрахъ противъ безумныхъ, совершившихъ тяжкія преступленія см. далѣе. Ср. постановленія о безуміи мирового устава, ст. 10 п. 3, сельско-судебнаго устава, ст. 459. При примѣненіи воинскаго устава имѣютъ силу постановленія уложенія.

²¹⁹⁾ См. въ особенности: Friedreich, Lehrbuch, стр. 330—347; Ellinger, в. с. стр. 69—72; Ideler, Lehrbuch, стр. 181—185; Berner, Imputationslehre, ст. 108—114; старую литературу у Kappler'a, Handbuch, стр. 359; В. Спасовичъ, учебникъ, стр. 123; Будзинскій, начала, стр. 106, страннымъ образомъ относитъ глухонѣмоту къ душевнымъ болѣзнямъ.

При этомъ нельзя не замѣтить, что по отношенію къ возникновенію и развитію нашей психической жизни, въ особенности ея соціальной стороны, органы воспріятія впечатлѣній представляютъ весьма различное значеніе. Между ними на первый планъ выдвигаются органы слуха и языка, такъ что при отсутствіи въ нихъ способности дѣйствовать, прирожденной, или приобрѣтенной въ младенчествѣ, уничтожается и самая способность къ вмѣненію.

Въ самомъ дѣлѣ, если способность выражать свои ощущенія, впечатлѣнія въ звукахъ и мимикѣ общи человѣку и животнымъ, то во всякомъ случаѣ способность къ членораздѣльности звуковъ, къ образованію словъ и ихъ комбинаціи, однимъ словомъ, способность рѣчи, составляетъ исключительное свойство человѣка, его характеристическую особенность, безъ которой была бы немислима цивилизація, не было бы той рѣзкой грани, которая отдѣляетъ нынѣ человѣка отъ царства животныхъ. Отнять даръ слова, справедливо замѣчаетъ Бернеръ, значитъ лишить человѣка главнаго орудія его умственныхъ сношеній, которыми онъ связанъ со всеѣмъ человѣчествомъ, со всемірною исторіею.

Такое же значеніе имѣетъ и слухъ, какъ необходимое дополненіе языка. Словомъ и звукомъ мы передаемъ другимъ результаты нашей умственной дѣятельности, мы дѣлаемъ ихъ сопричастниками нашей психической жизни со всеѣми ея радостями и горемъ, волненіями и ощущеніями. При помощи слуха мы сами воспріимлемъ подобныя впечатлѣнія отъ другихъ; мало того, самое образованіе способности говорить, формированіе словъ и рѣченій вполне обусловлено наличностью органовъ слуха, дающаго возможность опредѣлять характеръ, силу звуковъ нашего голоса, сравнивать и уподоблять его звукамъ, приходимымъ извнѣ. Оттого прирожденная или прибрѣтенная въ младенчествѣ глухота непременно обуславливаетъ иѣмоту. А вмѣстѣ съ тѣмъ утрачивается не только способность къ передачѣ результатовъ умственной работы другимъ, но и способность къ индивидуальному мышленію, такъ какъ и оно оперируетъ со словами и выраженіями, въ которыя мы облакаемъ все наши понятія и сужденія.

Поэтому глухонѣмота двояко отражается на психической жизни страдающаго. Во-первыхъ, она проявляется въ ограниченіи умственной дѣятельности, зависящей какъ отъ недостатка основныхъ элементовъ мышленія — понятій, такъ въ особенности отъ неумѣнья ихъ комбинировать. Глухонѣмой съ трудомъ составляеть представленія даже о предметахъ окружающаго міра, отвлекаемыхъ отъ видимыхъ имъ явленій; понятія же болѣе отвлеченныя, нравственныя и юридическія совершенно отсутствуютъ. Во-вторыхъ, такое же вліяніе производитъ этотъ недостатокъ въ ихъ сердечной жизни, въ ихъ настроеніи. Лишеніе возможности слышать отзывы сочувствія, любви, сожалѣнія, отсутствіе способности выражать свою радость и горе, свои симпатіи и антипатіи, естественно заставляетъ глухонѣмага черствѣть, дѣлаетъ его замкнутымъ въ свои личные интересы, сухимъ, бездушнымъ эгоистомъ. А все это, взятое вмѣстѣ, конечно, дѣлаетъ глухонѣмага неспособнымъ къ ответственности за совершенное.

Но, разумѣется, такое вліяніе можетъ имѣть глухонѣмота, образовавшаяся еще въ тотъ періодъ, когда умственная жизнь только начинается, въ младенчествѣ; глухонѣмота препятствуетъ умственному развитію, но не уничтожаетъ уже наступившее. Съ другой стороны несомѣнно, что возможно пополненіе этого органическаго недостатка искусственнымъ образомъ, при помощи окружающей среды, путемъ воспитанія, въ особенности при тѣхъ усовершенствованіяхъ, которыя знаетъ современная педагогика ²²⁰⁾. Опытъ указываетъ намъ, что многіе изъ глу-

²²⁰⁾ При этомъ конечно, прибрѣтеніе свѣдѣній должно быть доказано въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, помимо какихъ либо законныхъ предположеній, такъ какъ, съ одной

хонѣмыхъ, получившихъ образование, не только достигаютъ средняго уровня развитія, но при хорошихъ способностяхъ даже выдвигаются за эти предѣлы. Письмо и мимика замѣняютъ для него слово въ общеніи съ другими и дѣлаютъ участникомъ общественной жизни. Въ подобныхъ случаяхъ, конечно, способность къ вышенію несомнѣнно существуетъ и только развѣ иногда глухонѣмота можетъ быть причиною снисхожденія, такъ какъ она оставляетъ свои слѣды на темпераментѣ, дѣлая глухонѣмого излишне раздражительнымъ, вспыльчивымъ и т. п. ²²¹⁾.

70. Тотъ же взглядъ на значеніе глухонѣмоты принять и въ большинствѣ дѣйствующихъ кодексовъ. То же повторяетъ и наше уложеніе въ ст. 98, признавая невмѣняемость глухонѣмыхъ отъ рожденія или съ дѣтства, если они не получили чрезъ обращеніе съ другими людьми надлежащаго понятія о своихъ обязанностяхъ.

Въ Германіи вопросъ о вліяніи глухонѣмоты поднять только доктриною послѣ Каролины — причеиъ Каридовъ и др. позднѣе Бѣмеръ, по примѣру итальянскихъ криминалистовъ, какъ напр. Фаринаціуса, признавали глухонѣмоту основаніемъ невмѣняемости, какъ скоро она устраняла возможность полнаго развитія разумнѣя. Затѣмъ въ новыхъ нѣмецкихъ кодексахъ, начиная съ баварскаго 1813 г., постоянно глухонѣмота признавалась причиною невмѣняемости, какъ скоро она не была восполнена искусственнымъ путемъ ²²²⁾. Нѣкоторые же кодексы, какъ, напр., баденскій, § 153 и 77; брауншвейгскій, § 60 и др., даже и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ глухонѣмой получилъ извѣстное образование, считали необходимымъ смягчать наказаніе. Только австрійскій кодексъ 1852 г., прусскій 1851 г. и баварскій 1861 г., — послѣдніе два по примѣру французскаго — вовсе не упоминали о вліяніи глухонѣмоты. Но нынѣ дѣйствующее германское уложеніе возвратилось къ прежней системѣ и прямо признало въ § 58, что глухонѣмой, не обладающей надлежащимъ разумнѣемъ совершеннаго имъ дѣянія, не подлежитъ наказанію, но какъ скоро разумнѣе будетъ констатировано, то наступаетъ полная отвѣтственность ²²³⁾.

Что касается французскаго кодекса, то онъ вовсе не упоминаетъ о вліяніи глухонѣмоты, и французскій кассационный судъ призналъ полную наказуемость глухонѣмыхъ, несмотря на попытки нѣкоторыхъ комментаторовъ примѣнять въ этихъ случаяхъ общія правила о наказуемости малолѣтнихъ ²²⁴⁾. Напротивъ, въ другихъ кодексахъ этой группы, какъ, напр., въ сардинскомъ 1859 г., въ

сторону, подобное развитіе можетъ получить лицо и не находившееся въ специальномъ заведеніи для глухонѣмыхъ, а съ другой, — одно нахожденіе въ подобномъ заведеніи не даетъ права допустить презумпцію развитія.

²²¹⁾ Крафтъ-Эбингъ, в. с., стр. 24, приравниваетъ глухонѣмыхъ, получившихъ образование, къ слабоумнымъ, но, впрочемъ, не приводитъ для этого никакихъ доказательствъ. Изъ криминалистовъ Кестлинъ, *neue Revision*, стр. 675; *System*, стр. 141, находитъ, что глухонѣмые, получившіе образование, не только всегда заслуживаютъ снисхожденія, но что они вовсе не должны подлежать уголовнымъ наказаніямъ, а только исправительно педагогическимъ. Но большинство теоретиковъ признаетъ въ подобныхъ случаяхъ только основанія для смягченія. Ср. Вернеръ, *Imputationslehre*, стр. 114; Гельшнеръ, Вехтеръ, Спасовичъ, Вудзинскій.

²²²⁾ См. Mittermaier zu Feuerbachs Lehrbuch, § 90 а, пр. 24; Кестлинъ, *System*, стр. 140.

²²³⁾ Ср. Oppenhof, das Strafgesetzbuch für deutsche Reich, § 58, пр. 4; Schwarze, Kommentar, стр. 242. Относительно прусской практики, см. комментарий къ прусскому кодексу Оппенгофа, § 40, пр. 3. Для баварскаго см. Hocheder, das Strafgesetzbuch für Bayern, стр. 324.

ново-бельгийскомъ 1867 г., принята совершенно правильная система. Последний кодексъ въ ст. 76 постановляетъ, что при каждомъ проступкѣ, совершенномъ глухонѣмымъ, долженъ быть предлагаемъ особый вопросъ о разумнѣи, причемъ, въ случаѣ отрицательнаго отвѣта, виновный помѣщается въ особо устроенное для того заведеніе, на срокъ не болѣе 5-ти лѣтъ, а если же отвѣтъ будетъ утвердительный, то онъ подлежитъ тѣмъ же наказаніямъ, какъ и несовершеннолѣтній ²²⁵).

71. Въ нашемъ правѣ постановленія о вліяніи глухонѣмоты были внесены впервые въ проектъ уложенія 1845 г. по примѣру западныхъ кодексовъ, и затѣмъ сохранились безъ измѣненій до послѣдняго изданія въ ст. 98 ²²⁶).

Постановленія эти вызываютъ слѣдующія соображенія:

1) Для уничтоженія вмѣняемости необходимо, чтобы была утрата обоихъ органовъ; глухота или нѣмота, существующія порознь, никакого значенія не имѣютъ.

2) Глухонѣмота должна быть или прирожденная, или приобрѣтенная въ дѣтскомъ возрастѣ. Но до какого предѣла простирается дѣтскій возрастъ? Такъ какъ наше уложеніе называетъ дѣтскими всѣхъ лицъ моложе 10 лѣтъ, то можно бы и здѣсь принять этотъ срокъ ²²⁷). Но, съ одной стороны, выраженіе «дѣтство» во всякомъ случаѣ не имѣетъ у насъ значенія термина, а съ другой—и въ возрастѣ до 14 лѣтъ ребенокъ можетъ по закону не имѣть разумнѣи, а потому, если онъ въ подобныхъ случаяхъ сдѣлался бы глухонѣмымъ, то это отсутствіе разумнѣи сохранить онъ и на дальнѣйшее время. На этомъ основаніи, и согласно съ общимъ духомъ ст. 98, казалось бы правильнѣе предоставить суду право въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ опредѣлять эпоху утраты этихъ органовъ.

3) Глухонѣмота притомъ тогда только освобождаетъ отъ отвѣтственности, когда будетъ точно доказано, что подсудимый не получилъ никакого понятія объ обязанностяхъ и законѣ ни чрезъ воспитаніе, ни чрезъ сообщество съ другими людьми. Рѣшеніе объ отсутствіи такого пониманія опять-таки принадлежитъ суду, сообразно съ обстоятельствами даннаго дѣла, и ни въ какомъ случаѣ не стоитъ въ зависимости отъ формальнаго условія — нахожденія въ заведеніи для глухонѣмыхъ ²²⁸).

4) Въ случаѣ признанія въ подсудимомъ разумнѣи, онъ подвергается полному наказанію, такъ что тогда глухонѣмота можетъ вліять только въ числѣ

²²⁴) Рѣшеніе французскаго кассационнаго суда 1827, см. у Dalloz, repertoire, XXXV, art. Peine, № 398; Blanche, études, II, № 244; Contra; F. Helie, théorie, I, № 231; Ortolan, éléments, I, № 327.

²²⁵) Ср. Haus, principes, № 517—519.

²²⁶) Мировой уставъ умалчиваетъ о глухонѣмотѣ, но по основнымъ началамъ толкованія въ подобныхъ случаяхъ мировой судья долженъ руководиться уложеніемъ. То же замѣчаніе относится къ военно-судебному уставу.

²²⁷) Такого мнѣнія г. Неклюдовъ, приложения, стр. 375; г. Лохвицкій, курсъ, стр. 120, затрогивая этотъ вопросъ, по обычаю, не даетъ никакого отвѣта.

²²⁸) Хотя въ текстѣ закона и сохранилась какъ бы презумпція вмѣняемости, такъ что глухонѣмой предполагается способнымъ ко вмѣненію, пока не будетъ доказано противное; но эта презумпція утратила всякое значеніе при условіяхъ новаго нашего процесса и сама въ выраженія уложенія сдѣлались излишними. Въ самомъ дѣлѣ, будетъ ли вопросъ о вмѣняемости разрѣшаться при обсужденіи главнаго вопроса о виновности или при разсмотрѣніи спеціальнаго вопроса—во всякомъ случаѣ утвердительный отвѣтъ мыслимъ только тогда, когда виновность и, какъ ея основной элементъ, наличность условій вмѣняемости будутъ точно доказаны. Присяжные или судьи, рѣшая эти вопросы по внутреннему убѣжденію, должны помнить основную мысль устава уголовного судопроизводства, что всякое сомнѣніе толкуется въ пользу подсудимаго. Поэтому противоположное мнѣніе г. Лохвицкаго, курсъ, стр. 120, представляется не основательнымъ.

другихъ причинъ на признаніе виновнаго заслуживающимъ снисхожденія на основаніи 774 и 828 уст. уг. суд. ²²⁹).

5) Кромѣ того, глухонѣмые, неспособные ко вмѣненію, въ случаѣ учиненія ими смертоубійства или покушенія на жизнь свою или другихъ, или на зажитательство, подвергаются содержанію въ заключеніи отдѣльно отъ другихъ, находящихся подъ стражею, и строгому неослабному за ними надзору ²³⁰).

Но какъ понимать это постановленіе? Можно ли допустить, руководясь буквальнымъ текстомъ статьи, что глухонѣмые могутъ на всю жизнь подлежать заключенію въ тюрьмѣ, да еще подѣ строгимъ неослабнымъ надзоромъ? Такое толкованіе врядъ ли будетъ справедливо. Сообразно съ общимъ характеромъ статей 96—98, мнѣ бы казалось болѣе правильнымъ допустить, что подобныя глухонѣмые могутъ быть или отдаваемы родственникамъ, или лицамъ, обязаннымъ имѣть о нихъ попеченіе, для строгаго за ними надзора, или помѣщаемы въ воспитательныя заведенія для глухонѣмыхъ, или, наконецъ, въ бывшія заведенія приказа общественнаго призрѣнія ²³¹).

6) Самая отдача можетъ быть опредѣлена судомъ и только тогда, когда, конечно, доказана виновность лица въ данномъ дѣяніи, а самое опредѣленіе объ отдачѣ можетъ быть сдѣлано только въ судебномъ засѣданіи.

72. Что касается до пораженія другихъ органовъ чувствъ, то уложеніе не придаетъ ему никакого особаго значенія, такъ что оно можетъ вліять на вмѣняемость только въ случаѣ происшедшаго отъ того умственнаго разстройства ²³²).

г. Состоявіе дикости.

73. Наконецъ, къ этой же категоріи причинъ должны быть отнесены и тѣ, хотя и рѣдко встрѣчающіеся случаи полной дикости, когда лицо выросло въ такой средѣ, въ которой не существуетъ идей о правѣ и нравственности, о законѣ и его требованіяхъ.

²²⁹) Н. Неклюдовъ, приложения, стр. 375, предлагаетъ подвергать подобныя лица только одному наказанію—тюрьмѣ, но мнѣнія своего ничѣмъ не мотивируетъ. Снисходительнѣе относятся къ глухонѣмымъ законы гражданскіе, ст. 381, ч. I, т. X. См. Лохвицкій, курсъ, стр. 120.

²³⁰) Собственно отдача глухонѣмыхъ въ подобныя случаи на вѣчныя времена въ заключеніе признавалась безусловно необходимою старыми криминалистами. Ср. напр. Quistogr, Grundsätze, § 41. Въ германскомъ парламентѣ при обсужденіи новаго уложенія было поручено союзному канцлеру выработать проектъ о мѣрахъ, которыя могутъ быть принимаемы противъ подобныя лицъ въ случаѣ совершенія ими дѣяній, грозящихъ опасностью обществу.

²³¹) При этомъ надо замѣтить, что въ проектѣ уложенія именно предполагалась для нихъ отдача въ заведенія приказа общественнаго призрѣнія.

²³²) Ср. Бернеръ, Imputationslehre, стр. 114; Friedreich, Lehrbuch, стр. 325—329; Buchner, Lehrbuch, § 103—104; Haus, principes, № 519; С. Баршевъ, начала, стр. 45. Кромѣ того, конечно, недостатокъ отдѣльныхъ органовъ чувствъ устраняетъ иногда возможность совершенія нѣкоторыхъ специальныхъ преступленій; такъ, напр., глухота имѣетъ значеніе при недонесеніи о преступленіи; слѣпота—при случайномъ сбытѣ фальшивыхъ денегъ и т. п. Наконецъ, вмѣстѣ съ другими тѣлесными недостатками и болѣзнями, эти пороки могутъ вліять на замѣну наказаній, производя неспособность къ работѣ. Такова, напр., замѣна арестантскихъ работъ—рабочимъ домомъ, по ст. 77 улож. То же ст. 1005 у. о. суд. подѣ страж., т. XIV.

Только въ цивилизованных обществах нравственныя и даже юридическія требованія получаютъ характеръ какъ бы прирожденныхъ идей. Въ самомъ дѣлѣ, не говоря уже о возможности наследственной передачи известнаго развитія, дѣти въ такомъ раннемъ періодѣ начинаютъ, за рѣдкими исключеніями, слышать о запрещенномъ и дозволенномъ, что мы дѣйствительно можемъ допустить такую фикцію, что многія изъ этихъ идей составляютъ какъ бы необходимую принадлежность человѣческой природы, познаются непосредственно, независимо отъ всякаго посторонняго вліянія. Но такое явленіе, конечно, не имѣетъ характера антропологическаго, не можетъ быть признано свойствомъ человѣческаго организма вообще. Оно не только предполагаетъ бытіе общечитія, но общечитія, имѣющаго известное развитіе. Въ особенности же это положеніе получить значеніе, если мы примемъ въ расчетъ самый объемъ правовыхъ идей, хотя бы даже и основныхъ, и зависящее отъ этого распознаваніе преступности отдѣльных правонарушеній.

Въ виду этого, конечно, лицо, не получившее, въ силу условій его житейскаго обстановки, понятія о принципахъ нравственности и права, въ особенности перенесенное, напр., изъ дикаго состоянія въ цивилизованную среду, не можетъ подлежать уголовной отвѣтственности²³³⁾.

Наше уложеніе выражаетъ это начало въ ст. 168, указывая, что многія инородческія племена не подлежатъ, по состоянію ихъ нравовъ и образа жизни, дѣйствию общихъ законовъ. Но очевидно, что и въ другихъ подобныхъ случаяхъ, не попавшихъ въ это перечисленіе, судьи или присяжные, рѣшая вопросъ о виновности, должны будутъ дать отрицательный отвѣтъ относительно подобныхъ субъектовъ.

Къ этой же категоріи можно отнести и совершеніе дѣйствій подъ вліяніемъ суевѣрнаго невѣжества, когда человѣкъ опредѣлялся такими понятіями, которыя вовсе не соотвѣтствовали дѣйствительному существу явленій и предметовъ, руководился невѣжественными представленіями о непосредственномъ вмѣшателствѣ сверхъестественныхъ силъ²³⁴⁾.

Для опредѣленія вопроса о вліяніи суевѣрія на вмѣняемость необходимо имѣть въ виду: 1) силу суевѣрія, т.-е. было-ли оно единственною причиною поступка и притомъ достигло ли такой степени, что человѣку не представлялось возможнымъ дѣйствовать иначе; 2) характеръ и свойство совершившагося факта; 3) характеръ и свойство суевѣрія, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ преслѣдованіе известныхъ суевѣрныхъ заблужденій представляетъ интересъ въ общественной отношеніи.

Наше право въ общей части упоминаетъ только въ 4 п. ст. 134 о крайнемъ невѣжествѣ, какъ причинѣ смятенія, а въ особенной части о суевѣрїи специально

²³³⁾ Съ подобнымъ состояніемъ не должно быть смѣшиваемо невѣдѣніе закона, которое мы разсмотримъ въ ученіи о преступномъ дѣяніи, а равно и дурное воспитаніе. Ср. Кестлинъ, System, стр. 141; Feuerbach, Lehrbuch, § 90, п. 3; Heffter, Lehrbuch, § 50.

²³⁴⁾ Напомню напечатанные процессы изъ нашей практики: дѣло озарытїи въ 1855 г. 70-ти-лѣтней старухи Маньковой, живою въ землю, для прекращенія холеры; проколоте въ 1839 г. осиновыми спицами остяка Кусамина, выполненное его родственниками въ увѣренности, что умерщвленный былъ колдунъ. См. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни I, № 147; у Фейербаха, acutenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen. 1828, стр. 264, любопытный случай убиства ради излеченія отъ эпилепсїи. Ср. Friedreich, System, стр. 370. Но невѣжественное суевѣрїе не должно быть, конечно, смѣшиваемо съ фанатизмомъ. Баденское уложеніе § 74, специально говорило о томъ, что религіозное заблужденіе не уничтожаетъ вмѣняемости. Наше уложеніе также говоритъ о фанатизмѣ, какъ объ обстоятельстве, не только не ослабляющемъ, но и усиливающимъ отвѣтственность, напр. въ статьѣ 203.

1855.

203.

говорить законъ въ ст. 234—при разрытіи могилъ и въ примѣч. къ ст. 935, по поводу преслѣдованія колдовства и чародѣйства²³⁵⁾.

935

2. Обстоятельства, уничтожающія приобрѣтенную способность къ вмѣненію.

74. Случаи, сюда относящіеся, весьма разнообразны, но тѣмъ не менѣе могутъ быть сведены къ слѣдующимъ тремъ категоріямъ: 1) ненормальныя состоянія организма, вліяющія на душевную дѣятельность; 2) болѣзненныя состоянія организма, производящія психическое разстройство, и 3) психическія болѣзни въ тѣсномъ смыслѣ.

А. Ненормальныя состоянія организма.

а) Опьянѣніе²³⁶⁾.

75. Между ненормальными состояніями организма, возбуждающими вопросъ о вмѣняемости, всего чаще встрѣчается въ практикѣ опьянѣніе. Вліяніе опьянѣнія обнаруживается двоякимъ образомъ:

²³⁵⁾ Что касается до особаго психическаго состоянія нравственнаго притупленія, *moral insanity*, *moralisches Irrsein* (напр. у Крафта-Эбинга, в. с. стр. 24—33; отчасти также Маудсли, патологія, стр. 371—379; Зольбригъ, преступленіе и сумасшествіе, 1868, стр. 7; Маудсли, нравственность и безуміе, „Знаніе“ за 1873, № 5; къ ученію о невмѣняемости, „Суд. Вѣст.“ 1871, № 80), когда у чловѣка разстройство состоитъ въ отсутствіи или полномъ притупленіи нравственныхъ понятій, то врядъ ли можно придать такому состоянію самостоятельное значеніе, такъ какъ его діагнозъ отличается слишкомъ общими неясными признаками. Въ самомъ дѣлѣ, если подобное состояніе было продуктомъ болѣзненнаго мозговаго развитія, то оно является обыкновенною формою идиотизма или тупоумія; если же оно было продуктомъ мозговыхъ страданій, происшедшихъ, напр., отъ поврежденія головы, страданій спиннаго мозга, продуктомъ старческаго одрябленія, то оно можетъ быть рассматриваемо какъ одинъ изъ видовъ умственного разстройства или болѣзни; если, наконецъ, подобное отсутствіе надлежащихъ этическихъ возрѣній было результатомъ порочнаго развитія, вліянія развращенной среды, и т. п., то мы, разумѣется, имѣемъ дѣло съ однимъ изъ типовъ преступленій, и, конечно, мѣсто подобнаго лица не въ домахъ для умалишенныхъ.

²³⁶⁾ Дротаевскій, пьянство, какъ причина уменьшающая наказаніе, „Ж. М. Ю.“ 1862, № 10; В. Риттеръ, опьянѣніе въ судебно-медицинскомъ отношеніи, перев. въ „Архив. Суд. Мед.“ 1870, № 4. Средства къ предупредженію пьянства простаго или соединеннаго съ безчинствомъ. Пер. съ французскаго, Щуровскаго, Юрид. Вѣстн. 1872, № 10. Опьянѣніе, какъ причина невмѣненія. Суд. Вѣст. 1867, № 18; В. Спасовичъ, учебникъ, стр. 124; Н. Неклюдовъ, приложения, стр. 381—390; С. Будзинскій, начала, стр. 95—100; А. Лохвицкій, курсъ, стр. 116—119; Mittermaier, über Einfluss der Trunkenheit auf die Zurechnung und Strafanwendung. N. A. d. Cr. R. 1830; старыя монографіи у Kappler'a, Handbuch der Literatur, стр. 334 (55 названий); монографіи по асирійскому праву у Herbst'a, Handbuch, стр. 63, прим.; Berner, Imputationslehre, стр. 122—124; Friedreich, System der gerichtlichen Psychologie, стр. 256—309; Hoffbauer, die Trunkenheit. 1821; Ellinger, Zurechnungsfähigkeit, стр. 61—68; Kleinschrod, Systematische Entwicklung, § 107—114; Кестлингъ, System, стр. 143 и сл.; Hälschner, System, стр. 115—116; Waechter, sächsisches Strafrecht, стр. 346—353; Geib, Lehrbuch, стр. 73—76; Leveille, histoire de la folie des ivrognes. 1832; F. Hélie, I, № 262—265; Blanche, études, II, № 242—243; Dalloz, jurisprudence, t. XXXV, art Peine, № 402—412; Ortolan, éléments, I, № 321—326; Trébutien, cours, стр. 125 и сл.; Bertauld, cours, стр. 318—324; Boitard, leçons, № 171.

во-1-хъ, всякій отдѣльный актъ опьянѣнія, въ особенности достигшій значительной степени, отражается на психической дѣятельности; во-2-хъ, опьянѣние, неоднократно повторяясь, производитъ болѣзненные измѣненія душевной жизни, болѣе или менѣе продолжительныя, таковы состоянія запоя, бѣлой горячки и т. п.

Болѣзненные состоянія, происходящія отъ опьянѣнія и разстроившія умственную дѣятельность, имѣютъ полный характеръ душевныхъ болѣзней, а потому несомнѣнно устраниваютъ способность къ вмѣненію.

Опытъ указываетъ намъ, что весьма рѣдко или вѣдѣствіе часто повторяющагося опьянѣнія, или въ силу какихъ-либо другихъ, иногда болѣзненныхъ причинъ, появляется въ страдающемъ неодолимое стремленіе къ спиртнымъ напиткамъ, сопровождающееся рядомъ особенныхъ, характеристическихъ измѣненій соматической и психической дѣятельности организма, состояніе, извѣстное подъ именемъ запоя (*dipsomania ebriosa*), такъ часто встрѣчающееся у насъ въ Россіи ²³⁷⁾.

Запой можно различать двухъ видовъ: непрерывно продолжающійся и періодическій. Что касается до первой формы, то при ней каждый день больного является повтореніемъ предыдущаго. Съ ранняго утра представляется уже полная картина опьянѣнія или тяжкаго похмѣлья, съ отсутствіемъ сна, нервнымъ и желудочнымъ разстройствомъ; и такъ продолжается въ теченіи нѣсколькихъ недѣль, мѣсяцевъ, пока смерть или еще чаще, какая-либо душевная болѣзнь или особенно сильное тѣлесное страданіе не остановитъ этого нравственнаго разложенія. Запой періодическій представляетъ эти болѣзненные явленія отдѣльными другъ отъ друга болѣе или менѣе правильными промежутками времени ²³⁸⁾. Наступленію запоя предшествуетъ иногда весьма характеристичный періодъ заболѣванія: глаза загораются особеннымъ блескомъ, зрачки расширяются, лицо начинаетъ рдѣть, появляется отсутствіе аппетита, бессонница, приливы крови къ головѣ, лихорадочное состояніе и т. п.; этотъ періодъ продолжается иногда нѣсколько дней. Затѣмъ, когда выпивается первый приемъ водки, организмъ начинаетъ успокаиваться, но за то прогрессивно возрастаетъ стремленіе къ вину; это влеченіе становится такъ сильно, что внезапный перерывъ или насильственное отнятіе часто влекутъ за собою взрывы бѣшенства или полное сумасшествіе; такое состояніе продолжается также опредѣленный срокъ, смотря по индивидууму,—такъ называемые критическіе дни. Наконецъ, наступаетъ переломъ и начинается періодъ поправленія, отличающійся упадкомъ силъ, страшною рвотою, холоднымъ потомъ, трясеніемъ членовъ, лихорадкою, а въ психическомъ отношеніи: страхомъ, боязнью, галлюцинаціями, неодолимымъ отвращеніемъ къ спиртнымъ напиткамъ и т. п.

²³⁷⁾ См. Clarus, Beiträge zur Erkenntniss und Beurtheilung zweifelhafter Seelenzustände. 1822; на этомъ сочиненіи основываются и Вернеръ и Фридрейхъ. См. также Brühl-Stamer, über die Trunksucht; Гринингеръ, душевныя болѣзни, стр. 199; Крафтъ-Эбингъ, психологія, стр. 99—107; Mittermaier, über Einfluss, стр. 43—52. Представителями противоположнаго направленія, отрицающаго уничтоженіе вмѣнености при запояхъ, являются: Heinroth, System der psychisch gerichtlichen Medizin. 1825, стр. 263 и позднѣе Ideler, Lehrbuch, стр. 321—331.

²³⁸⁾ Психіатры указываютъ на случаи заболѣванія не только чрезъ опредѣленные промежутки, но даже въ опредѣленные дни мѣсяца. Friedreich, System, стр. 289. Курьезное дѣленіе запоя на виды у Калмыкова, учебникъ, стр. 80—83.

Но мало-по-малу это периодическое повторение запоя производит более глубокое изменение в организмѣ, отражается и на промежуточных периодахъ, еще болѣе приближаясь къ состоянію полного психическаго разстройства.

Прежде всего послѣдствіемъ запоя является состояніе нравственнаго вырожденія *inhumanitas ebriosa*, особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда запоемъ страдаетъ или полубразованное лицо, или начавшее пить съ ранняго дѣтства; про- является оно или въ огубѣлости нрава, сварливости, буйствѣ, или же, наоборотъ, въ унылости, слабости воли и т. п. Далѣе, развиваясь, это состояніе переходитъ въ дѣйствительное психическое разстройство, а именно производить изменение способности воспринятія впечатлѣній (*hallucinatio ebriosa*); галлюцинаціи происходятъ безъ перерыва, начинаясь съ неясныхъ звуковъ, круговъ, и постепенно принимая тѣ своеобразныя формы, которыя характеризуютъ запой—видѣніе жуковъ, мышей, чортиковъ и т. п. Вначалѣ больной сознаетъ еще субъективный характеръ этихъ явленій, но затѣмъ они мало-по-малу получаютъ объективное значеніе, перемѣшиваясь съ дѣйствительными явленіями. Послѣднюю ступень, наконецъ, занимаетъ полное умственное разстройство—*vesania ebriosa*, въ самыхъ разнообразныхъ формахъ, начиная отъ бѣшенства и кончая меланхоліей²³⁹⁾.

Само собою разумѣется, что не только состояніе активнаго запоя, но и послѣдующій періодъ поправленія, а при болѣе развитой формѣ даже и періоды перерыва могутъ уничтожать способность ко вмѣненію, какъ скоро эти болѣзненные состоянія достигаютъ такой степени, что устраняютъ возможность самоопредѣленія.

76. Что касается до вліянія на вмѣняемость состоянія простаго опьянѣнія, не переходящаго въ болѣзнь, то необходимо принять во вниманіе его степень. Опьянѣніе полное, когда обвиняемый, совершая преступленіе, утратилъ и самообладаніе и пониманіе совершаемаго, устраняетъ способность ко вмѣненію; опьянѣніе же неполное, когда психическая дѣятельность только или возбуждена, или притуплена, можетъ разсматриваться какъ причина, вліяющая на мѣру ответственности. Но эти положенія не примѣняются при нѣкоторыхъ специальныхъ правонарушеніяхъ, при которыхъ опьянѣніе никогда не можетъ устранять наказуемости.

Уже незначительный приемъ алкоголя производитъ весьма часто замѣтное вліяніе на человека, и притомъ первоначально весьма пріятное. Кровь обращается свободнѣе, жизненные процессы совершаются быстрѣе. По всему тѣлу распространяется пріятное чувство теплоты, при незатемненномъ еще сознаніи вся психическая дѣятельность человека получаетъ большее развитіе; разгоряченная фантазія усиливается и разнообразитъ творческую дѣятельность мысли, человекъ становится краснорѣчивѣе, понятливѣе, быстрѣе схватываетъ впечатлѣнія. Вмѣстѣ съ этимъ изменяется и душевное настроеніе: человекъ становится откровеннѣе, способнѣе къ увлеченіямъ, веселое направленіе ощущений сказывается въ наклонности къ пѣнію, танцамъ; всякія симпатіи выражаются

²³⁹⁾ Delirium tremens, бѣлая горячка, съ ея характеристическими свойствами: безсонницею, галлюцинаціями, умоизступленіемъ, трясеніемъ членовъ и т. п., составляетъ только особый видъ помѣшательства отъ пьянства.

въ увѣреніяхъ въ дружбѣ, въ любви; антипатіи, — въ откровенномъ выраженіи не уваженія, презрѣнія и т. п. Но мало-по-малу это возбужденное состояніе переходитъ свои надлежащіе предѣлы: впечатлительность получаетъ такую быстроту, что начинать затемнять сознаніе; устраняется вдумчивость и способность анализировать совершающіяся явленія и вмѣстѣ съ тѣмъ ощущенія, порывы, вырвавшись изъ-подъ контроля разсудка, становятся необузданными, животные инстинкты, не сдерживаемые разумомъ, выплываютъ наружу и при малѣйшемъ возбужденіи становятся исключительными источниками дѣйствія. Измѣняется и самая физиономія лица, и вмѣсто человѣка одухотвореннаго, вслѣдствіе усиленной нервной дѣятельности, является картина полуживотнаго; глаза, блестяшіе огнемъ, начинаютъ тускнѣть, черты лица опускаются и утрачиваютъ свою осмысленность. Чѣмъ далѣе развивается опьянѣніе, тѣмъ рельефнѣе выступаютъ эти признаки. За вдумчивостью утрачивается способность понимать причинную связь явленій, память измѣняется; отравленія органовъ чувствъ становятся неправильными: все кружится, наравнѣ съ дѣйствительными предметами являются искаженные образы, какъ бы въ видѣ иллюзій и галлюцинацій, вкусъ утрачивается, ухо слышитъ съ трудомъ, языкъ перестаетъ повиноваться, произнося съ запинкою неясные звуки, отрывистая рѣчь утрачиваетъ свою вразумительность, походка перестаетъ быть твердою, человѣкъ постоянно теряетъ равновѣсіе, иногда лишается всякой способности ходить; животные инстинкты получаютъ окончательное преобладаніе, разумъ перестаетъ быть руководителемъ. Затѣмъ, еще шагъ, и наступаетъ полная безсознательность, или тяжелый сонъ, подобный апopleктическому ²⁴⁰⁾.

Само собою понятно, что указанный выше ходъ развитія опьянѣнія можетъ весьма часто представлять значительныя отклоненія, въ особенности относительно быстроты, съ которою развивается это состояніе, и степени вліянія его на психическую дѣятельность. Такими условиями являются, во-1-хъ, организмъ лица, его возрастъ, полъ; во-2-хъ, состояніе его въ данное время, напр., опьянѣніе во время аффекта, при извѣстныхъ нервныхъ болѣзняхъ; въ-3-хъ, характеръ напитка; такъ, опьянѣніе будетъ, напр., различно отъ водки, вина или пива; въ-4-хъ, мѣстные обстоятельства, сопровождавшія опьянѣніе, какъ, напр., душная атмосфера и т. п.

Но во всякомъ случаѣ, въ интересахъ чисто юридическихъ, необходимо различать двѣ степени опьянѣнія — полное и неполное. Къ опьянѣнію полному нужно относить не только наступленіе полной безсознательности и сна, но всякое состояніе, при которомъ человѣкъ утрачиваетъ способность распознавать зависимость и причинную связь явленій, когда подъ вліяніемъ ненормальнаго состоянія органовъ чувствъ сфера его представленій получила субъективную окраску, а разсудокъ утратилъ способность управлять дѣйствіями. Въ подобномъ случаѣ мы имѣемъ всѣ условія, уничтожающія вмѣняемость, т. е. способность къ сознательному опредѣленію своихъ дѣйствій. Опьянѣніе же неполное будетъ обнимать собою всѣ предшествовавшія ступени: при немъ вмѣняемость, конечно, существуетъ, но возбужденное состояніе обвиняемаго, смотря по обстоятельствамъ

²⁴⁰⁾ Нѣмецкіе криминалисты различаютъ три степени опьянѣнія: Rausch, Betrunkenheit, Besoffenheit. Подробное описаніе см. у Бернера, стр. 123; Риттеръ, въ „Арх. Судеб. Мед.“ стр. 12; Миттермайеръ, über Einfluss, стр. 26—29. Hälschner, System, стр. 115, признаетъ всѣ эти подраздѣленія несущественными, допуская опредѣленныя степени опьянѣнія только въ отдѣльныхъ случаяхъ; см. также Waechter, sächsisches Strafrecht, стр. 347.

дѣла, можетъ имѣть вліяніе на мѣру ответственности ²⁴¹⁾. Притомъ это положеніе имѣетъ одинаковое значеніе какъ при преступленіяхъ умысленныхъ, такъ и при неосторожныхъ, какъ при тяжкихъ уголовныхъ правонарушеніяхъ, такъ и при маловажныхъ полицейскихъ проступкахъ, кромѣ нѣкоторыхъ специальныхъ изъятій, которыя будутъ указаны далѣе.

Самое опредѣленіе степени опьянѣнія, и притомъ именно въ моментъ совершенія преступленія, должно быть дѣлаемо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Конечно, въ послѣднемъ отношеніи могутъ весьма часто встрѣтиться большія затрудненія, когда опьянѣніе прогрессируетъ и даже безъ принятія вновь спиртныхъ напитковъ, если, напр., пьяный, хотя и не окончательно, вошелъ въ квартиру съ намереніемъ совершить кражу, но затѣмъ, подъ вліяніемъ разыгравшагося охмѣленія, засыпаетъ на мѣстѣ преступленія. Но затрудненія для экспертизы все-таки не устраняютъ основнаго положенія, что только опьянѣніе полное во время совершенія преступленія уничтожаетъ вѣняемость ²⁴²⁾.

77. Кромѣ того, для правильной постановки вопроса объ опьянѣніи надо не забывать, что его нужно разсматривать по тѣмъ же основаніямъ, какъ и всякое другое состояніе организма, вліяющее на вѣняемость, т.-е. имѣть въ виду только его патолого-психическую сторону. Всякая иная точка зрѣнія можетъ повлечь за собою только неправильную и одностороннюю оцѣнку этого состоянія, какъ это неоднократно и встрѣчалось въ теоріи ²⁴³⁾.

²⁴¹⁾ Признавая, что опьянѣніе не полное только можетъ вліять на уменьшеніе наказанія, я имѣю въ виду, что если, съ одной стороны, нѣтъ основанія считать опьянѣніе причиною усиленія ответственности, то, съ другой—нельзя придавать ему безусловно-смягчающее значеніе. Въ первомъ случаѣ нужно помнить, что если бы опьянѣніе само по себѣ было не только безнравственнымъ, но даже и преступнымъ фактомъ, такъ что совершеніе какого-либо проступка въ опьянѣніи было бы совокупностью преступленій, какъ это принимала старая доктрина (см. примѣры у Tissot, le droit pénal, I, стр. 41), то и тогда высшее наказаніе поглотило бы низшее; во второмъ — надо имѣть въ виду, что подобной безусловности не имѣетъ ни одна изъ причинъ ослабляющихъ ответственность; ихъ сила и значеніе опредѣляются сообразно со всѣми особенностями отдѣльнаго случая. Мнѣніе Фридрейха, в. с., стр. 268, что всякое опьянѣніе уничтожаетъ вѣняемость, было бы крайне парадоксально, если оставить безъ вниманія условность его терминологіи; онъ признаетъ опьянѣніе только съ момента начала притупленія умственной дѣятельности. Ср. Шюрмайеръ, судебная медицина, перев. Ловцова, стр. 301, Kraft-Ebing, zur Zurechnungsfrage der im Rausch begangenen strafbaren Handlungen, Alg. St. Z. 1872, № 2. Тотъ же взглядъ, какой высказанъ въ текстѣ, защищаютъ: Bertauld, cours, стр. 320; Boitard, № 171; Hocheder, das Strafgesetzbuch für K. Bayern, 1862, стр. 325; Temme, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. 1855, стр. 104 и сл. Отчасти Waechter, sächsisches Strafrecht, стр. 349—350; Россіи, II, стр. 57 и сл.; Tissot, le droit pénal, I, стр. 40 и сл.; Будзинскій, начала, № 104; Неклюдовъ, приложения къ Вернеру, стр. 384 и сл.

²⁴²⁾ Такъ какъ въ подобныхъ случаяхъ всего чаще приходится доказывать ненормальное состояніе подсудимаго посредствомъ свидѣтелей, то поэтому понятно, что по дѣламъ этого рода не всегда приглашаются эксперты-медики.

²⁴³⁾ См. примѣры подобнаго рода въ статьѣ Миттермайера, über Einfluss der Trunkenheit, стр. 29—32 и у Фридрейха, в. с., стр. 269. Въ текстѣ я остановился на наиболѣе важномъ дѣленіи; изъ другихъ, второстепенныхъ, позволю себѣ указать, во 1-хъ, на поштку различія опьянѣнія на основаніи дѣятельности обвиняемаго лица; такъ, напр., различали вліяніе опьянѣнія на ответственность у пьяницы, преступника или вообще лица зазорнаго поведенія съ одной—и у человека трезваго, граждански безупречнаго съ другой стороны, хотя при этомъ, очевидно, смѣшивали вещи совершенно различныя и забывали известную поговорку, что пьяный и монахъ подерется; во-2-хъ, на различіе вліянія опьянѣнія на ответственность по характеру совершеннаго преступленія; такъ, напр., считали, что опьянѣніе не можетъ служить извиненіемъ, какъ скоро преступленіе свидѣтельствуетъ о существованіи у даннаго лица известныхъ наклонностей, взглядовъ, мнѣній, сирѣзвѣ-

Особенно важное значение въ этомъ отношеніи представляетъ весьма распространенное и теперь ученіе о вліяніи на разрѣшеніе данного вопроса обстоятельство, при которыхъ состоялось оупьянѣніе. Въ этомъ отношеніи различаютъ слѣдующіе его виды:

1) Оупьянѣніе ненамѣренное, когда кто-либо привелъ себя въ такое состояніе, безъ всякой преступной мысли, въ компаніи съ хорошимъ человѣкомъ и т. д., а затѣмъ уже, находясь въ подобномъ состояніи, выполнить какое-либо преступленіе. Причемъ иногда нѣмецкіе криминалисты еще дѣлали дальнѣйшее различіе—прежде между оупьянѣніемъ добровольнымъ и недобровольнымъ (*freiwillige und unfreiwillige*), а позднѣе, между виновнымъ и невиновнымъ (*verschuldete und unverschuldete*). Оупьянѣніе недобровольное и невиновное признавалось въ томъ случаѣ, когда обвиняемаго напоили насильно или его обманули насчетъ свойства напитка. Но очевидно, что это различіе не существуетъ, тѣмъ болѣе, что простое оупьянѣніе само по себѣ вовсе не наказуемо ²⁴⁴).

2) Оупьянѣніе, хотя и ненамѣренное, но совершившееся при такихъ обстоятельствахъ, когда виновный могъ и даже долженъ былъ предвидѣть, что, будучи въ пьяномъ видѣ, онъ можетъ совершить какое-либо правонарушеніе. Въ этихъ случаяхъ признаютъ возможность привлекать его къ отвѣтственности за неосторожное преступленіе, хотя бы оупьянѣніе и было полное ²⁴⁵). Но противъ этого можно сдѣлать весьма существенныя возраженія. Во-1-хъ, возможность предвидѣнія въ этихъ случаяхъ является весьма непрочною фикціею. Представимъ себѣ, что данное лицо дѣйствительно знаетъ, что онъ во хмѣлю буенъ, что у него всегда въ подобномъ состояніи является неужеримая наклонность къ совершенію реверъ ближняго, но такого общаго знанія, конечно, не достаточно для отвѣтственности за неосторожное совершеніе убійства, увѣчья; для этого необходимо, чтобы подсудимый могъ предполагать, что отъ употребленія именно данного количества алкоголя произойдетъ состояніе, могущее кончиться разнесеніемъ такого-то. А возможно ли такое предвидѣніе? Сила и быстрота оупьянѣнія часто зависятъ отъ свойства напитка, отъ смѣси разныхъ напитковъ, отъ разнообразныхъ случайныхъ обстоятельствъ, при которыхъ произошло оупьянѣніе, отъ температуры комнаты, отъ возникшаго спора и т. д.; человекъ, напр., спокойно можетъ выпить 4, 5 рюмокъ водки, а ему закатали спирта, виски и т. п., можетъ не затрудняясь одолѣть 2, 3 бутылки портера, но пропущенная въ промежутки между ними рюмка водки измѣнила все дѣло. Во-2-хъ, какъ извѣстно, для отвѣтственности за неосторожность необходима возможность предвидѣнія преступленія, опредѣленнаго по крайней мѣрѣ въ родѣ, а въ данномъ случаѣ предполагается, что подсудимый могъ предвидѣть, что онъ забушуетъ и только. Справед-

ныхъ имъ въ трезвомъ состояніи, напр., при богохуленіи, произнесеніи возмутительныхъ рѣчей и т. п. Хотя при этомъ исходная точка, что у пьянаго на языкѣ то, что у трезваго на умѣ, оказывается, по увѣренію свѣдущихъ психіатровъ, далеко не твердою; опять указываютъ, что весьма часто все настроеніе человѣка радикально измѣняется подъ вліяніемъ алкоголя. Сверхъ того, государство борется и имѣетъ дѣло не съ характеромъ или настроеніемъ лица, а съ совершенными имъ фактами, а между тѣмъ въ данномъ случаѣ пришлось бы наказывать за первое.

²⁴⁴) Quistorp, Grundsätze, § 43, различая оупьянѣніе добровольное и вынужденное, говоритъ: виновный не можетъ оправдываться оупьянѣніемъ, если только онъ, напр., могъ уйти изъ общества, отказаться пить и т. д. То же дѣлаютъ многіе изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ. Ср. обстоятельный разборъ этого взгляда у Гейба, Lehrbuch, стр. 75.

²⁴⁵) Миттермайеръ, в. с., стр. 32—37, старается опредѣлить подробнѣе условія, при которыхъ можетъ быть дѣяніе признано неосторожнымъ, но даетъ систему крайне запутанную и непрактичную. Спасовичъ, учебникъ, стр. 124.

ливо замѣчаетъ Фридрейхъ, что по этой теоріи тотъ, кто предается онанизму, зная пагубное его вліяніе, затѣмъ впадаетъ дѣйствительно въ помѣшательство и въ этомъ видѣ совершитъ преступленіе, можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности, какъ за вину неосторожную ²⁴⁶).

3. Опьянѣніе съ цѣлю совершить преступленіе, когда человекъ приводитъ себя въ подобное состояніе для храбрости. Въ данномъ случаѣ опьянѣніе не только не устраняетъ отвѣтственности, но обыкновенно даже считается обстоятельствомъ, усиливающимъ наказаніе ²⁴⁷). Но и съ этимъ возрѣніемъ согласиться, по моему мнѣнію, довольно трудно. Возьмемъ, прежде всего, состояніе полнаго опьянѣнія: виновный составилъ опредѣленный преступный умыселъ, ради выполнения его привелъ себя въ состояніе опьянѣнія, которое достигло полного развитія, а затѣмъ совершилъ дѣяніе, совпавшее съ умысломъ. Конечно, въ подобномъ случаѣ существуетъ и преступный умыселъ и правонарушительный фактъ, но нѣтъ посредствующей, причинной связи между ними. Дѣяніе возникло и явилось, какъ продуктъ того ненормальнаго психическаго состоянія лица, которое характеризуетъ состояніе полнаго опьянѣнія, тѣхъ фантастическихъ идей и картинъ, которыя видоизмѣняютъ сознаніе. Умыселъ, составленный заранѣе, остался въ дѣйствительности не выполненнымъ, а потому, назначая наказаніе, мы будемъ карать одинъ голый не осуществившійся умыселъ и одинъ правонарушительный фактъ, не коренящійся въ преступной волѣ, т.-е. и въ томъ и въ другомъ отношеніи нарушимъ коренное начало уголовного права. Но къ этому нужно еще прибавить, что такое совпаденіе можетъ встрѣтиться весьма рѣдко, что, говоря о случаяхъ этого рода, обыкновенно имѣютъ въ виду другое соотношеніе воли и дѣйствія, когда преступленіе было продуктомъ общаго умысла, т.-е. настроенія лица, когда это объясняется существованіемъ злобы, ненависти: но очевидно, что въ этихъ случаяхъ еще менѣе оснований для наказуемости, такъ какъ одно настроеніе уголовной отвѣтственности подлежать не можетъ ²⁴⁸). Что касается до опьянѣнія намѣреннаго—неполнаго, то и здѣсь нѣтъ оснований для обязательнаго усиленія наказанія. Въ самомъ дѣлѣ, возьмите двухъ преступниковъ, изъ которыхъ одинъ совершаетъ кражу совершенно хладнокровно, безъ всякой записки совѣсти, а другой, для того чтобы рѣшиться долженъ искусственно подогрѣть

²⁴⁶) Защищали же нѣкоторые канонисты, а за ними и Гейнротъ, въ своемъ учебникѣ психологіи, отвѣтственность всѣхъ душевно-больныхъ преступниковъ на томъ основаніи, что сумасшествіе, какъ божеское наказаніе, есть продуктъ грѣха. См. Friedreich, System, стр. 293 и сл.

²⁴⁷) Это различіе было уже указано итальянскими юристами, Кларусомъ, Фаринаціусомъ, а позднѣе Böhmér'омъ, Квисторпомъ, § 44, который приравнивалъ сюда и тѣ случаи, когда у обвиняемаго, хотя и нельзя было доказать существованія прежде преступнаго умысла, но за то онъ, отрезвившись, не выразилъ раскаянія въ совершившемся. Изъ современныхъ криминалистовъ защищаютъ этотъ взглядъ: Н. Неклюдовъ, руководство, II, стр. 43; Hélie, I, № 264; Ortolan, I, № 324; Haus, № 533; изъ нѣмецкихъ: Feuerbach, Lehrbuch, § 90; Waechter, Lehrbuch, § 72; Marezoll, Criminalrecht, стр. 103; Geib, Lehrbuch, стр. 76, но только въ случаѣ полнаго сходства между задуманнымъ и выполненнымъ дѣяніемъ; Кестлинъ, System, стр. 144, но въ случаѣ полнаго опьянѣнія онъ предлагаетъ наказывать только какъ за неосторожность. То же говорить Hälschner, System, стр. 115—116, прибавляя, что въ тѣхъ преступленіяхъ, гдѣ наказывается только умыселъ, полное опьянѣніе исключаетъ отвѣтственность. Это мнѣніе наиболѣе несостоятельно; можно еще здѣсь говорить и доказывать существованіе умысла прямого или непрямаго, но о неосторожности не можетъ быть и рѣчи.

²⁴⁸) Какъ это вѣрно было еще указано Kleinschrod'омъ, Entwicklung, § 110; Friedreich, System, стр. 279. На этомъ основаніи могли бы отвѣчать и безумные и умалишенные за совершенныя ими преступленія, какъ скоро будетъ доказано, что они имѣли подобный преступный умыселъ въ здоровомъ состояніи. См. также мнѣніе Савинья у Geib'a, Lehrbuch, II, стр. 76.

себя кто из них представляется болѣе опаснымъ для общества? Все будетъ, слѣдовательно, зависеть отъ обстоятельствъ даннаго дѣла и, принимая въ расчетъ только что высказанныя соображенія, скорѣе можно признать и здѣсь опьянѣніе причиною смягченія, а не усиленія наказанія ²⁴⁹).

4. Опьянѣніе, задуманное не только съ цѣлію совершить преступленіе, но и съ тѣмъ, чтобы впоследствии сослаться на него, какъ на оправдательную причину. Разрѣшеніе и этого, повидимому наиболее сложнаго случая, совершенно сходно съ предыдущимъ; только развѣ при опьянѣніи неполномъ, это специальное, дополнительное намѣреніе должно быть принято во вниманіе при опредѣленіи мѣры наказанія.

78. Новые европейскіе кодексы вовсе умалчиваютъ о вліяніи опьянѣнія, предоставляя рѣшеніе этого вопроса практикѣ и комментаторамъ, причемъ отвѣты на это оказываются весьма различны.

Старое французское право ордонансовъ не признавало опьянѣнія обстоятельствомъ, устраняющимъ отвѣтственность ²⁵⁰). Затѣмъ кодексъ 1810 года вовсе умалчалъ объ опьянѣніи, а говорилъ только о помѣшательствѣ, *démence*, вслѣдствіе чего въ практикѣ возбудился вопросъ о томъ, нельзя ли разсматривать полное опьянѣніе, какъ *démence momentané*, но французскій кассационный судъ еще въ 1812 г. отвѣтилъ на это отрицательно ²⁵¹). Поэтому кассационный судъ также нашелъ, что объ опьянѣніи нельзя ставить особаго вопроса, такъ какъ оно не составляетъ *excuse légale* ²⁵²).

Что касается до нѣмецкаго права, то въ старомъ правѣ такъ же, какъ и въ римскомъ, опьянѣніе никогда не уничтожало вѣняемость ²⁵³). Затѣмъ, общегерманскій кодексъ Каролина вовсе умалчиваетъ объ опьянѣніи, но строгая практика XVII и XVIII столѣтія опять возвратилась къ прежнему взгляду. Кодексы

²⁴⁹) Исключенія изъ этого при нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступленіяхъ, см. далѣе. № 82.

²⁵⁰) Любопытенъ ордонансъ Франсиска I-го 1536 г. о наказаніи за пьянство; въ 1-й разъ напившихся сажать на черствый хлѣбъ и на воду; во-2-й, наказывать розгами или палками въ тюрьмѣ; въ 3-й, наказывать публично, а неисправимымъ отрѣзывать уши. Ср. Hélie, I, № 262. Ср. также Mittermaier, über Einfluss, стр. 10.

²⁵¹) Кассационный судъ мотивировалъ это тѣмъ, что ни нравственность, ни законъ не допускаютъ, чтобы пьянство могло быть оправданіемъ. То же повторено въ рѣшеніи 1815 и 1824 гг., когда сенатъ разсматривалъ любопытный вопросъ о томъ, будетъ ли сопротивленіемъ власти, *rébellion*, борьба пьяныхъ съ жандармами, и въ 1843 г. См. Blanche, études, II, № 242. Къ тому же выводу, хотя и не соглашаясь съ мотивами сената, приходятъ: Hélie, I, № 265; Haus, principes, № 530. Напротивъ того, Voizard, leçons, № 171; Bertauld, cours, стр. 318, думаютъ, что и по французскому праву полное опьянѣніе подойдетъ подъ понятіе *démence*. Подобно французскому, также умалчиваетъ объ опьянѣніи бельгійское уложеніе.

²⁵²) Но это не исключаетъ права обвиняемаго сослаться на опьянѣніе на судѣ и представлять доказательства его существованія, такъ какъ судъ или присяжные могутъ не только признать опьянѣніе обстоятельствомъ, смягчающимъ вину, но даже и совершенно оправдать подсудимаго, отвѣчая отрицательно на вопросъ о виновности, какъ скоро подсудимый, въ силу полнаго опьянѣнія, полнаго извращенія чувствъ, не имѣлъ понятія о совершившемся. Hélie, I, № 265; Ortolan, éléments, I, № 345; Trébutien, cours, стр. 126. Contra—рѣшеніе французскаго кассационнаго суда отъ 1843 г.

²⁵³) Нѣмецкая поговорка говорила: was Einer trunkener Weise sündigt, dass muss er nüchtern büßen. Для среднихъ вѣковъ см. Reichsabschiede, 1512, 1531, 1548 и 1577 г. См. исторію этого вопроса у Миттермайера, N. A. стр. 3 и сл.; Гейбъ, II, стр. 74; Кестлинъ, System, стр. 144.

нынѣшняго столѣтія представляли въ этомъ отношеніи чрезвычайное разнообразіе. Большинство освобождало отъ наказанія только въ томъ случаѣ, когда полное ослѣпленіе было не злонамѣренное; тогда преступленія не могли быть вмѣняемы даже и въ неосторожность ²⁵⁴). Другіе вовсе умалчивали объ ослѣпленіи ²⁵⁵) и только одно баварское, 1861 года, § 67—68, приняло вполнѣ вѣрное начало, признавая полное ослѣпленіе во всякомъ случаѣ основаніемъ невмѣняемости, а неполное причиною снисхожденія. Новое германское уложеніе также не содержитъ специальныхъ постановленій объ ослѣпленіи, но полное ослѣпленіе тѣмъ не менѣе исключаетъ отвѣтственность, такъ какъ оно подойдетъ подъ случай совершенія дѣянія въ безсознательномъ состояніи, въ которомъ говоритъ статья 51 ²⁵⁶).

79. Въ нашемъ правѣ исторически смѣнились два взгляда: старорусскій, высказавшійся главнымъ образомъ въ уложеніи Алексѣя Михайловича и относившійся снисходительно къ ослѣпленію, и новый, болѣе строгій, прежде всего выразившійся въ воинскомъ уставѣ Петра Великаго. Последнее направленіе сохранилось и въ общей части нашего дѣйствующаго уложенія, которое не только не признаетъ ослѣпленія причиною смятенія, но даже въ ослѣпленіи злонамѣренномъ всегда видитъ основаніе усиленной отвѣтственности.

Русская правда хотя и различаетъ убійство въ свадѣ или въ пирюу явлено отъ убійства въ разбоѣ, допуская въ первомъ случаѣ уплату виры общиною (постановленія о дикой вирѣ), но не считаетъ однако даже полное ослѣпленіе причиною безнаказанности. Такъ, въ 73 ст. Карамз. списка говорится: «бьетъ ли (господинъ закуца) не смысли, пиянъ, безъ вены, то якоже свободному платити, тако и въ закоупѣ». Такъ же отбѣняютъ ослѣпленіе новозказныя статьи къ судебнику и, наконецъ, въ уложеніи прямо противопоставляется умышенное дѣяніе преступленію, совершенному пьянымъ дѣломъ, неумышленно (ул. гл. XXI, ст. 69, 71, 72) ²⁵⁷).

Совсѣмъ иначе смотреть на это воинскій уставъ, который въ ст. 43 говоритъ: «когда кто пьянъ напьется и въ пьянствѣ своемъ что злаго учинить, тогда тотъ не токмо чтобы въ томъ извиненіемъ прощеніе получилъ, но по винѣ (т. е.

²⁵⁴) Къ этой категоріи относятся: баденскій, § 76; вюртембергскій, § 97; брауншвейгскій, § 30; австрійскій, § 2.

²⁵⁵) Таковы: саксонскій, § 87, предоставившій суду въ этомъ случаѣ право примѣнять общія начала о вмѣняемости. Waechter, sächsisches Strafrecht, стр. 347; ольденбургскій и прусскій. См. Oppenhof, das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten, § 40, пр. 4.

²⁵⁶) Ср. Oppenhof, das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, § 51, пр. 4; Schwarze, Commentar, стр. 227. По англійскому праву ослѣпленіе никогда не освобождаетъ отъ наказанія, но сумасшествіе, происходящее отъ ослѣпленія, исключаетъ вмѣняемость. Hejnr. Stephen, englisches Strafrecht, übersatz von Mühy, стр. 10. Постановленія другихъ кодексовъ, не упомянутыхъ въ текстѣ, см. у Будзинскаго, начала, № 103.

²⁵⁷) Хотя нельзя не прибавить, что уложеніе не проводитъ этого взгляда последовательно и, напр., говоря объ убійствѣ беременной женщины (гл. XXII, ст. 17), сопоставляетъ убійство въ пьянствѣ и убійство съ умысломъ. Также и въ новозказныхъ статьяхъ 1669, ст. 81 (П. С. З. I, № 441) постановляется: „а будетъ кто съ кѣмъ, побрянсъ въ пьянствѣ, и того-жъ дня, дождався на дорогѣ, убьетъ его до смерти, и того убійцу потому-жъ казнити смертю“. См. также Н. Неклюдовъ, приложенія, стр. 382.

43

смотря по преступленію, sondern dem Verbrechen nach—по нѣмецкому тексту) вѣщею жестокостію наказанъ имѣеть быть». А въ толкованіи на него объясняется и самый мотивъ этой суровости, «а особливо, ежели такое дѣло приключится, которое покаяніемъ однѣмъ отпущено быть не можетъ, яко смертное убійство, и сему подобное; ибо въ такомъ случаѣ пьянство никого не извиняетъ, понеже онъ въ пьянствѣ уже непристойно дѣло учинить» ²⁵⁸).

179

175

Въ уставѣ благочинія 1782 г. было сдѣлано различіе между умысленнымъ совершеніемъ преступленія въ пьянствѣ и не умысленнымъ ²⁵⁹), и это различіе перешло и въ сводѣ законовъ 1832 г., ст. 113 (ст. 124 по изд. 1842 г.), который постановляетъ: 1) что если преступленіе учинено безъ намѣренія, то хотя пьянство въ оправданіе подсудимому служить и не можетъ и преступленіе, въ немъ учиненное, подлежитъ тому же роду наказанія, но наказаніе сіе уменьшается противъ умысленнаго, и 2) что преступленіе, учиненное въ пьянствѣ, съ доказаннымъ намѣреніемъ совершить оное, всегда усиливаетъ наказаніе въ законѣ за умысленное преступленіе положенное.

80. Совѣмъ иначе поставленъ этотъ вопросъ въ дѣйствующемъ правѣ, въ ст. 106 ²⁶⁰), которая признаетъ, «что когда доказано, что виновный привелъ себя въ состояніе опьянѣнія именно съ намѣреніемъ совершить сіе преступленіе, то всегда назначается высшая мѣра наказанія, за то преступленіе положенное, а когда, напротивъ, доказано, что подсудимый не имѣлъ сего намѣренія, то мѣра его наказанія опредѣляется по другимъ, сопровождавшимъ преступленіе, обстоятельствамъ».

Изъ разбора этого постановленія оказывается:

1) Ст. 106, какъ видно изъ ея текста, имѣеть въ виду только случаи одноактнаго опьянѣнія, и вовсе не касается болѣзненнаго разстройства, происходящаго отъ опьянѣнія, т.-е. запоя во всѣхъ его стадіяхъ; поэтому тамъ, гдѣ отъ пьянства зависитъ разстройство умственной дѣятельности, виновные вполнѣ подходить подъ дѣйствіе ст. 96.

96.

²⁵⁸) Въ частности же воинскій уставъ указываетъ, что пьянство не можетъ имѣть смягчающаго вліянія при боюхуленіи, арт. 3; кощунствѣ, арт. 8. Кромѣ того, по уставу наказываются: пьянство офицеровъ вообще, арт. 42, появленіе при молитвѣ въ пьяномъ видѣ офицера, арт. 11, рядоваго, арт. 12, священника, арт. 15. Уставъ морской въ книгѣ V повторяетъ ст. воинскаго устава, но съ тѣмъ различіемъ, что вмѣсто слова „пьянство“ ставитъ „шумство“. Но указъ 10-го апрѣля 1730 г. (П. С. З. № 5528), при постановленіи о доносахъ по первымъ двумъ пунктамъ, пьянство разсматриваетъ, какъ обстоятельство смягчающее, хотя, впрочемъ, въ 1819 г. (П. С. З. № 27,705) по дѣлу о грестянинѣ Ермолаевѣ, обвиняемомъ въ оскорбленіи величества въ пьяномъ видѣ, сенатъ нашель, что наказаніе ему смягчено быть не можетъ, а тверскому губернатору, полагавшему за эти дѣянія, какъ совершенныя въ пьяномъ видѣ, не наказывать, сдѣланъ выговоръ.

²⁵⁹) Уставъ благочинія, ст. 256, назначаетъ, во-1-хъ, отвѣтственность за самое пьянство, когда подняли пьянымъ до безмятежства—суточное воздержаніе на хлѣбѣ и на водѣ; за привычку къ пьянству—отдача на воздержаніе въ смирительный домъ, дождеже исправится; во-2-хъ, указываетъ, что преступникъ, совершившій преступленіе, хотя и въ пьянствѣ, но съ намѣреніемъ, наказывается такъ же, какъ и трезвый, а учинившій въ пьянствѣ безъ намѣренія — наказывается только срочнымъ воздержаніемъ въ рабочемъ домѣ. Иначе объяснял эти постановленія О. Гореглядъ, въ своемъ опытѣ начертанія россійскаго уголовного права 1815 года, стр. 112, указывая, что по нашимъ законамъ, если преступникъ имѣлъ злой умыселъ и для совершенія оного нарочно навелъ на себя помѣшательство разума уиѣствомъ, равно, если особенная должностъ или другія отношенія призывали его къ трезвости въ то время, то онъ наказывается какъ умысленный преступникъ.

²⁶⁰) Изъ объясненія редакторовъ уложенія (ср. проектъ, стр. 33) можно ясно видѣть, что они вовсе и не замѣтили, что они совершенно измѣняютъ постановленія сво-

2) Что касается до одноактного опьянѣнія, то здѣсь уложеніе различает опьянѣніе намѣренное и не намѣренное. Въ первомъ случаѣ законъ требуетъ всегда назначенія высшей мѣры наказанія, не различая даже силы и степени опьянѣнія. Конечно, съ нѣкоторою натяжкой можно бы было разсматривать полное опьянѣніе, какъ состояніе временнаго умственнаго разстройства, подобно тому, какъ въ житейскомъ языкѣ мы называемъ же болѣзненнымъ состояніемъ умоиступленіе, происходящее отъ чрезмѣрнаго употребленія тапиша, опиума, но такое толкованіе не соответствовало бы ни духу, ни тексту закона. Поэтому мы должны признать, что первая часть ст. 106 относится одинаково какъ къ пьянству неполному, такъ и полному. Но это, конечно, нисколько не устраняетъ возможности признанія невмѣнности дѣянія и отрицательнаго отвѣта на вопросъ о виновности, какъ скоро судъ или присяжные признаютъ, что хотя намѣреніе и существовало у подсудимаго до совершенія дѣянія, но тѣмъ не менѣе онъ выполнитъ его въ состояніи безсознательномъ. Точно также постановленія статьи 106 не уничтожаютъ общаго права судей и присяжныхъ признавать подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія, со всѣми его юридическими послѣдствіями ²⁶¹⁾.

3) Но во всякомъ случаѣ для примѣненія 1-й части ст. 106 необходимо, чтобы было доказано, что подсудимый а) дѣйствительно имѣлъ до опьянѣнія намѣреніе совершить данное преступленіе, и б) что онъ находился именно въ виду совершенія преступленія.

4) На этомъ основаніи примѣненіе 1-й части 106 ст. не можетъ быть допущено: а) какъ скоро у подсудимаго до опьянѣнія было только неопредѣленное желаніе повредить пострадавшему, существовала злоба, жажда мести и т. п., и б) когда не доказано, что онъ находился ради храбрости, въ виду преступленія.

5) Совсѣмъ иначе, по моему мнѣнію, должна быть разъясняема вторая часть ст. 106. Для яснаго пониманія ея нужно имѣть въ виду объясненія редакторовъ уложенія; изъ нихъ видно, что предполагалось дѣйствія, совершенныя выпив-

да, такъ какъ тамъ, на основаніи устава благочинія, различалось совершеніе пьянымъ намѣреннаго (умышленнаго) и ненамѣреннаго (неосторожнаго преступленія), а они различали опьянѣніе съ намѣреніемъ совершить преступленіе и безъ такового, что, конечно, не одно и то же. Они замѣчаютъ притомъ, „что нѣкоторые изъ членовъ государственнаго совѣта, при разсмотрѣннн проекта уголовнаго уложенія въ 1824 году, полагали постановить, что преступленіе, учиненное въ пьянствѣ безъ умысла, наказываеся какъ неумышленное, мы однакожъ признали, что осторожнѣе и лучше употребить выраженія болѣе общія, сказавъ, что мѣра наказанія назначается въ семь случаевъ по другимъ, сопровождаемымъ преступленіемъ, обстоятельствамъ“.

²⁶¹⁾ Нельзя не напомнить приведенныхъ выше разъясненій французскихъ комментаторовъ, такъ какъ въ этомъ отношеніи есть сходство между code pénal и нашимъ уложеніемъ. Кроме того, принимая во вниманіе сказанное въ текстѣ, нужно признать, что хотя защита и не можетъ требовать постановки особаго вопроса о пьянствѣ, какъ о причинѣ невмѣнности, по ст. 763 у. у. с., но судъ не только можетъ, но даже, по моему мнѣнію, долженъ, согласно съ ст. 754 того же устава, раздѣлить главный вопросъ о виновности на его составныя части, какъ скоро онъ дѣйствительно усомнится во вмѣнности даннаго дѣянія, такъ какъ уставъ не обусловливаетъ раздѣленія главнаго вопроса на надлежащую одну изъ причинъ, упомянутыхъ въ законѣ, а предоставляетъ усмотрѣнію самого суда (ср. также рѣшен. уг. кас. деп. ^{70/1179} Иванова и др.). Сообразно съ этимъ, а также и въ виду возможности примѣненія статей 774 или 828 защита не только можетъ представлять во время судебного засѣданія доказательства опьянѣнія, но и можетъ объяснять его вліяніе и значеніе въ своей защитительной рѣчи. Лохвицкій, курсъ, стр. 117—118, говоритъ, что опьянѣніе полное, т. е. отнимающее сознаніе во всякомъ случаѣ уничтожаетъ вмѣнность, если не по буквальному тексту ст. 96 и 106, то по общему смыслу закона, признающаго преступленіе только тамъ, гдѣ есть разумъ и воля.

шимъ безъ намѣренія, всегда наказывать какъ неосторожныя, но они нашли это неудобнымъ и приняли теперешнюю редакцію. Я думаю, что предполагавшаяся редакция была не только не удобна, но и не правильна: съ одной стороны, дѣйствія опьянѣвшаго могутъ быть не только неосторожными, но и случайными или вообще безсознательными, а съ другой—опьянѣніе не исключаетъ безусловно возможности умысла ²⁶²); а потому даже настоящая редакція, правильно толкуемая, кажется мнѣ болѣе предпочтительною. Законъ требуетъ опредѣленія ответственности по другимъ обстоятельствамъ дѣла, но эти обстоятельства, съ точки зрѣнія насъ интересующей, могутъ быть двойки: вызваннаго опьянѣніемъ и существовавшія независимо отъ него; имѣеть ли законодатель въ виду обѣ категоріи? несомнѣнно—да. Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ, что пьяный по ошибкѣ убилъ или побилъ одного вмѣсто другаго, должны ли быть примѣнены къ нему общія правила объ ошибкѣ въ предметѣ? Разумѣется, и притомъ и тогда, когда причиною подобной ошибки былъ именно и исключительно фактъ опьянѣнія. Человѣкъ совершилъ дѣяніе, сопровождавшееся преступными результатами, которые онъ могъ и долженъ былъ предвидѣть, но не предвидѣлъ;—онъ отвѣчаетъ за неосторожность. Но если онъ не предвидѣлъ именно потому, что былъ пьянъ, то можемъ ли мы игнорировать непредвидѣніе, утверждать, что онъ результаты предвидѣлъ и обвинять его въ умышленномъ дѣяніи? Конечно—нѣтъ. Или наконецъ, подсудимый находился въ ненормальномъ психическомъ состояніи: его органы чувствъ функционировали неправильно, рисуя передъ нимъ фантастическіе образы, его мышленіе утратило способность комбинировать представленія, его дѣйствія оказались вовсе неподчиненными разуму и т. д.; мы говоримъ, что этотъ человѣкъ безответственъ, но если эти явленія произошли, говоря языкомъ судебной медицины, отъ отравленія алкоголемъ? Все-таки мы не можемъ же сказать, что онъ былъ въ нормальномъ состояніи, что онъ дѣйствовалъ сознательно, что въ его дѣйствіяхъ проявился злой умыселъ. Однимъ словомъ, судъ, опредѣляя существо, свойства и наказуемость совершившагося правонарушающаго факта, долженъ несомнѣнно принять въ расчетъ *всѣ* обстоятельства даннаго событія, а въ томъ числѣ и тѣ патологическія измѣненія организма, которыя произошли отъ опьянѣнія. Смыслъ 2-й части ст. 106 будетъ на мой взглядъ весьма простъ и, пожалуй, весьма вѣренъ: судъ принимаетъ въ расчетъ *всѣ* обстоятельства дѣла, въ томъ числѣ и обусловленнаго опьянѣніемъ, но самый фактъ опьянѣнія не можетъ ни усилить наказанія, ни уменьшить его ²⁶³).

б) Но въ особенной части уложеніе неоднократно отступаетъ отъ своей системы и признаетъ опьянѣніе обстоятельствомъ, смягчающимъ ответственность и притомъ не только въ степени, но въ видѣ и даже родѣ ²⁶⁴).

²⁶²) См. рѣш. уг. кас. деп. ^{68/381} по дѣлу Хлопова, въ которомъ выражено, что судъ не можетъ только потому признать дѣяніе неосторожнымъ, что оно учинено пьянымъ, но не дошедшимъ до совершеннаго безпамятства.

²⁶³) Такъ какъ мировой уставъ ничего не говоритъ объ опьянѣніи, то мировые судьи должны руководствоваться уложеніемъ; ср. рѣш. уг. кас. деп. ^{68/381} Хлопова. Неключодовъ, руководство, II, стр. 43, замѣчаетъ, что такъ какъ уставъ мировой не содержитъ никакихъ постановленій объ опьянѣніи, то судья долженъ руководствоваться своею совѣстью; но это замѣчаніе, повторяющееся у него нѣрѣдко, указываетъ на неправильное пониманіе имъ отношенія общаго закона къ дополнительному. Любопытно, что на слѣдующей страницѣ, говоря о глухонѣмыхъ, онъ высказываетъ противоположное, правильное воззрѣніе.

²⁶⁴) Напр., при богохуленіи и порицаніи вѣры, ст. 180; козупствѣ, ст. 182; прегрѣшеніи богослуженія, если опьянѣніе было ненамѣренное, ст. 211; оказаніи неуваженія къ святымъ, ст. 215; поврежденіи крестовъ и изображеній, ст. 217; разрытіи могилъ, ст. 234; заочномъ оскорбленіи государя и членовъ царствующаго дома, ст. 246, 248; поврежденіи и истребленіи указовъ, присланныхъ для обнародованія, ст. 276; оказаніи неуваженія къ присутственному мѣсту, ст. 282; оскорбленіи чиновниковъ, ст. 286.

Копія работы — свѣдѣн. въ судѣ
Замѣтка: см. ст. 106 и 107. Судья долженъ руководствоваться не только
судебной медициной, но и другими источниками, въ частности
Замѣтка: см. ст. 106 и 107.

7) Изъ специальныхъ законовъ воинскій уставъ, изд. 1859 г., ст. 86, слово-в-слово повторялъ статьи свода 1832 года, а нынѣ дѣйствующій вовсе умалчиваетъ объ ошлѣннн, предоставляя судамъ, слѣдовательно, руководствоваться уложеніемъ ²⁶⁵).

Въ уставѣ же сельско-судебномъ и теперь дѣйствуютъ положенія устава благочинія, а именно ст. 445: проступокъ, учиненный въ пьянствѣ, съ доказаннымъ намѣреніемъ произвести оннй, увеличиваетъ степень наказанія, въ законѣ за умышленный проступокъ положеннаго; и ст. 450: при проступкѣ же неосторожномъ хотя пьянство въ оправданіе не принимается, и проступокъ подлежитъ тому же роду наказанія, но наказаніе полагается въ меньшей степени противъ положеннаго за умышленное.

81. Что касается до нашей судебной практики, то старая относилась къ ошлѣнню чрезвычайно сурово, не допуская оправданія ни въ какомъ случаѣ и даже тамъ, гдѣ обвиняемый страдалъ запоемъ, дѣйствовалъ подъ вліаніемъ галлюцинацій, былъ въ бреду и т. п. ²⁶⁶).

Нѣсколько иначе поставленъ этотъ вопросъ въ нашей новой кассационной практикѣ. По отношенію къ ошлѣнню простому, не переходящему въ болѣзнь, кассационный департаментъ ²⁶⁷) призналъ, что оно даже и въ тѣхъ случаяхъ,

²⁶⁵) Ср. рѣшен. глав. воен. суда ^{72/154} по дѣлу Жубаса.

²⁶⁶) Для примѣра позволю себѣ привести, напечатанное въ „Ж. М. Ю.“, чрезвычайно любопытное дѣло 1848 года о войсковомъ старшинѣ Яковлевѣ, обвиняемомъ въ нанесеннн своему крестьянину Прокопенкову кинжаломъ смертельной раны. Яковлевъ, по несомнѣннымъ даннымъ, страдалъ периодически и весьма часто запоемъ, сопровождавшимся галлюцинаціями, обыкновенно весьма опредѣленнаго направленія. Ему постоянно мерещилось, что прислуга посягаетъ на его жизнь. Подъ вліаніемъ этой галлюцинаціи Яковлевъ стрѣлялъ неоднократно въ предполагаемыхъ враговъ въ окно, гоняся за ними съ оружіемъ и т. п. Въ день убійства, спустя три дня послѣ пьянства, продолжавшагося 5 дней, обычная галлюцинація возобновились съ полною силою: онъ точно также стрѣлялъ въ запертое ставнями окно, уверяя, что за нимъ скрываются его люди и хотятъ въ него выстрѣлить, и наконецъ, бросившись въ кухню, нанесъ нѣсколько смертельныхъ ударовъ спавшему тамъ Прокопенкову. Психическое разстройство было такъ сильно, что даже на другой день, на слѣдствіи, онъ утверждалъ, что крестьяне постоянно покушаются на его жизнь и онъ долженъ защищаться отъ нихъ; что они колдуютъ, имѣютъ способность обращаться въ комаровъ и проникать къ нему въ комнату и т. п., и при этомъ ни въ какой симуляціи бреда заподозрѣнъ не былъ. Несмотря на это, оберъ-прокуроръ 2-го отдѣленія 6-го департамента сената находилъ, что дѣяніе Яковлева не можетъ быть подведено подъ постановленія о невмѣняемости, такъ какъ впоследствии, когда онъ былъ освидѣтельствованъ врачебною управою, въ немъ не было замѣчено ни безумія, ни сумасшествія, и что по нашему праву пьянство ни въ какомъ случаѣ не можетъ освободить отъ ответственности. А управляющій министерствомъ юстиціи замѣтилъ: „что хотя изъ обстоятельствъ дѣла несомнѣнно явствуетъ, что Яковлевъ совершилъ преступленіе вслѣдствіе разстройства въ немъ воображенія, однако проступокъ его не можетъ быть сравниваемъ съ безсознательными дѣйствіями, о коихъ говорится въ 96 статьѣ, такъ какъ было бы опасно въ виду народной нравственности, правосудія и общественной безопасности относить подобное отъ пьянства разстройство ума къ причинамъ невмѣняемости“. Съ этимъ мнѣніемъ согласился и государственный советъ. Любопытно, что излагавшіе этотъ процессъ въ журналѣ, въ свою очередь заявили, что вопросъ о невмѣняемости потому только могъ возникнуть, что убійство было совершено 3 дня спустя послѣ того, какъ подсудимый пересталъ пить, и что объ этомъ не могло бы быть и рѣчи, если бы убійство было совершено въ самый періодъ пьянства. См. подобное же дѣло Михайловскаго въ „Ж. М. Ю.“ 1866, № 3; дѣло Батинькова въ Сборникъ процессовъ г. Любаскаго и др.

²⁶⁷) Рѣшенія: ^{67/573} Воронова; ^{67/487} Фролова; ^{68/526} Кулина; ^{69/347} Лаурентьева; ^{69/877} Федорова; ^{70/1043} Лаврентьева и др. Въ особенности важно мнѣніе сената по дѣлу Федорова, состоявшееся въ распорядительномъ засѣданіи, по порядку надзора за дѣй-

когда довели подсудимаго до состоянія безпамятства, не только не может быть основаніем невмѣняемости, но и причиною снисхожденія, такъ что приведеніе судомъ въ приговоръ этого обстоятельства, какъ причины оправданія или уменьшенія мѣры отвѣтственности, служить достаточнымъ основаніемъ для кассачіи ²⁶⁸⁾. Но затѣмъ сенатъ нашелъ, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ пьянство производитъ припадки болѣзни, сопровождавшея безпамятствомъ или умоизступленіемъ, дѣяніе, совершенное въ подобномъ, точно доказанномъ припадкѣ, не вѣняется въ вину ²⁶⁹⁾. При этомъ судъ, конечно, можетъ принять противъ обвиняемыхъ и тѣ предохранительныя мѣры, о которыхъ говорить ст. 96-я.

82. Но указанныя выше правила не могутъ быть примѣняемы при нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступленіяхъ, гдѣ законъ наказываетъ самый фактъ пьянства, или когда въ пьянствѣ были нарушены какія-либо спеціальныя обязанности.

Случаи, сюда относящіеся, весьма разнообразны и весьма важны въ практическомъ отношеніи, а потому я считаю необходимымъ сдѣлать имъ подробный обзоръ. Сюда относятся:

1. Пьянство само по себѣ. Современные кодексы отказались отъ наказанія пьянства какъ порока, такъ что постановленія о случаяхъ этого рода имѣютъ характеръ совершенно исключительный. Такъ у насъ, хотя 241 ст. уст. о пред-

ствіями судебныхъ мѣстъ. Федоровъ былъ найденъ въ квартирѣ доктора Станиславскаго, въ которую онъ проникъ посредствомъ разбитія окна, спящимъ на тюфякѣ, въ платьѣ доктора, съ различными вещами въ карманѣ; въ комнатѣ мебель была поломана, подъ столомъ находились испражненія; подсудимый свалился на полное безпамятство. Судебная палата прекратила слѣдствіе по этому дѣлу, но сенатъ нашелъ ея опредѣленіе совершенно не согласнымъ съ закономъ. Замѣтимъ, что въ этомъ случаѣ остался въ сторонѣ вопросъ: въ какомъ состояніи находился подсудимый въ моментъ совершения преступления, а все вниманіе обращено на то, какъ онъ былъ найденъ на мѣстѣ преступленія.

²⁶⁸⁾ Но съ этимъ мнѣніемъ сената, какъ мнѣ кажется, нельзя согласиться, если имѣть въ виду указанное выше разъясненіе смысла нашихъ законовъ. Какъ можно признать неправильнымъ и кассировать рѣшеніе, освобождающее подсудимаго отъ наказанія, въ виду того, что онъ былъ пьянъ до безпамятства, когда судъ рѣшаетъ вопросъ о виновности *только по внутреннему убѣжденію*. Можно не признавать права постановки отдѣльнаго вопроса по ст. 763, но и только; даже основанія, принятыя судомъ при раздѣленіи главнаго вопроса на части, по ст. 754, не подлежатъ провѣркѣ въ кассационномъ порядкѣ; то же примѣняется и въ случаяхъ признанія заслуживающимъ снисхожденія по поводу оупьянѣнія. Замѣчу, что и въ практическомъ отношеніи рѣшенія сената, какъ уже вѣрно замѣтилъ г. Лохвицкій, курск., стр. 118, вполне обходимо, стѣбитъ только суду въ мотивахъ рѣшенія указать, что признается дѣяніе невмѣняемымъ не потому, что подсудимый находился въ состояніи сильного оупьянѣнія, а потому, что онъ былъ въ безсознательномъ состояніи, происходящемъ отъ оупьянѣнія.

²⁶⁹⁾ Ср. въ особенности любопытное рѣшеніе сената по дѣлу Виноградова, ^{68/88}, обвинявшагося въ покражѣ, въ состояніи запоя, восковой свѣчи изъ часовни надъ гробомъ Незнакомовой; тоже ^{71/85} Федоровскаго. Сенатъ замѣтилъ только, что въ подобныхъ случаяхъ судъ долженъ поставить особый вопросъ въ такомъ видѣ: не находился ли подсудимый въ болѣзненномъ состояніи, происходящемъ отъ пьянства. Нельзя не прибавить, что по дѣлу Грекова, ^{70/918}, сенатъ иначе взглянулъ на характеръ запоя, признавъ, что слабоуміе, происходящее отъ пьянства, не только не избавляетъ отъ отвѣтственности, но не можетъ считаться и основаніемъ смягченія, по 4 п. ст. 134, такъ какъ тамъ законъ имѣетъ въ виду только врожденный или случайный недостатокъ умственныхъ способностей, который происходитъ независимо отъ воли страдающаго лица и въ которомъ причиняемое излишнимъ употребленіемъ горячихъ напитковъ помраченіе ума ни въ какомъ случаѣ не относится.

упрежд. преступлений (т. XIV) и говорить, что всѣмъ и каждому воспрещается пьянство, но никакой ответственности за это не полагаетъ, если не относить сюда обязанность полиции забирать такихъ пьяныхъ и отсылать подъ стражу до вытрезвленія. Только въ уложеніи сохранилась еще одна подходящая сюда ст. 1374, по которой наказываются подмастерья за пьянство въ теченіи одного или нѣсколькихъ дней, во время бытности у мастера въ работѣ; да въ уставѣ сельско-судебномъ ст. 496 повторяетъ еще положеніе устава благочинія: «кто злобыченъ въ пьянствѣ, или болѣе времени въ году бываетъ пьянъ, нежели трезвъ, того наказывати розгами»²⁷⁰⁾.

2. Когда опьянѣніе соединено съ какимъ-либо полицейскимъ проступкомъ, напр. нарушеніемъ порядка и спокойствія. Такихъ случаевъ было довольно много въ уложеніи, изд. 1857 г., но теперь сохранился только одинъ въ уставѣ мировомъ, въ ст. 42, это — появленіе въ публичномъ мѣстѣ пьянымъ до безчувствія или въ безобразномъ отъ опьянѣнія видѣ, когда, конечно, опьянѣніе самое полное не только не исключаетъ ответственности, но именно и предполагается закономъ²⁷¹⁾. Подобные же случаи указаны въ уставѣ сельско-судебномъ, въ статьяхъ 469 и 494-й, карающихъ за появленіе въ пьяномъ видѣ въ церкви, на волостномъ сходѣ, и затѣмъ въ ст. 498-й, по которой наказываются тѣ, кто пьянствомъ разстроиваетъ свое хозяйство и дѣлается неспособнымъ къ платежу податей²⁷²⁾.

Собственно къ этой же категоріи можно бы отнести и совершеніе лицомъ, находящимся въ опьянѣніи, какого-либо преступления, возможность совершенія котораго онъ предвидѣлъ или могъ предвидѣть и не принявъ никакихъ мѣръ предосторожности. Въ самомъ дѣлѣ, я старался выше указать, что въ подобныхъ случаяхъ нельзя вмѣнить совершенное дѣяніе ни какъ умышенное, ни какъ неосторожное, но, тѣмъ не менѣе, было бы весьма важно въ интересахъ общественнаго порядка не оставлять случаевъ этого рода безответственными. Положимъ, напр., что гучера, находящагося въ состояніи полного опьянѣнія, попесла лошадь и онъ задавилъ кого-нибудь; наказаніе его за неосторожное убійство было бы несправедливо, но также нѣтъ основанія и освободять его отъ ответственности за самый фактъ пьянства²⁷³⁾. А въ тѣхъ случаяхъ, когда подобное

²⁷⁰⁾ По англійскому обычному праву и инвѣ виновный въ пьянствѣ можетъ быть подвергнутъ штрафу, а при повтореніи проступка съ него берется порука въ хорошемъ поведеніи.

²⁷¹⁾ Я не вдаюся въ разборъ этого проступка, какъ относящагося къ особенной части, но долженъ замѣтить, что и для наказуемости его необходима наличность всѣхъ другихъ условій вмѣняемости, т.-е. опьянѣніе наказуемо только тогда, когда оно было умышенное или неосторожное. Тотъ, кого напоили насильно и затѣмъ вытолкнули на улицу, по моему мнѣнію, не можетъ отвѣчать по ст. 42 м. у. Ср. Herbst, Handbuch, II, стр. 258. Новый французскій законъ 1873 г. наказываетъ вообще тѣхъ, которые будутъ найдены въ публичныхъ мѣстахъ „en état d'ivresse manifeste“; при третьемъ осужденіи можетъ быть назначено тюремное заключеніе до 1 мѣсяца и штрафъ до 300 рубл., а при четвертомъ, этотъ максимумъ можетъ быть удвоенъ.

²⁷²⁾ По прусскому уложенію, § 119, подвергался наказанію тотъ, кто чрезъ пьянство впасть въ такое состояніе, что долженъ былъ обратиться къ общественной благотворительности для поддержанія себя или своего семейства. То же повторяетъ новое германское уложеніе, § 361, № 5. См. у А. Morin, des moyens de prévenir, avec repression au besoin, l'ivresse habituelle ou scandaleuse, selon les situations в Journ. de droit crim. 1872, № 9265, мѣры французскаго правительства, о наказуемости пьянства, соединеннаго съ безчинствомъ. См. также изложеніе французскаго закона отъ 3-го февр. 1873 въ Journ. de dr. crim. 1873, art 9411; 1874, art 9657.

²⁷³⁾ Въ этомъ отношеніи весьма поучительны постановленія австрійскаго кодекса, § 236, который говоритъ, что если кто либо, находясь въ состояніи полного опьянѣнія, совершить преступленіе, то онъ наказывается по ст. 523, какъ за полицейское правона-

опьяніні съ буйствомъ, часто повторяясь, становится весьма опаснымъ для общества, даже могли бы быть употребляемы тѣ же предохранительныя мѣры, которыя, напр., указаны въ ст. 96 относительно опасныхъ психически-больныхъ.

3. Когда съ пьянствомъ соединяется нарушение особыхъ обязанностей службы, или когда пьянство, въ силу особеннаго рода занятій лица, можетъ сдѣлаться весьма опаснымъ для общественнаго спокойствія, если притомъ самаго нарушения не произошло. Хотя большинство случаевъ этого рода наказывается въ порядкѣ дисциплинарномъ, но нѣкоторые указаны и въ уложеніи. Такъ, по ст. 890-й уложенія подвергаются наказанію управляющіе аптеками или содержатели ихъ за нетрезвую жизнь; по ст. 1294 наказываются десятскіе, бывшіе нетрезвыми при браковкѣ товаровъ²⁷⁴). Сюда же нужно отнести общее правило о наказуемости за пьянство военно-служащихъ, которые наказываются въ первый разъ по дисциплинарнымъ правиламъ, а при неоднократномъ пьянствѣ — по воинскому уставу.

4. Во всѣхъ предшествующихъ случаяхъ въ опьянініи или заключалось существо проступка, или оно было однимъ изъ существенныхъ его моментовъ; но есть еще одна группа проступковъ, гдѣ опьянініе, по крайней мѣрѣ произвольное, вовсе не можетъ освобождать отъ отвѣтственности, хотя и не входитъ въ составъ преступленія. Случай эти — преступное бездѣйствіе въ разныхъ его видахъ.

Пьянство, какъ мы видѣли, уничтожаетъ отвѣтственность тамъ, гдѣ устраняется всякая дѣйствительная связь между волею и самымъ фактомъ, тамъ, гдѣ слѣдовательно, дѣятельность виновнаго имѣетъ активный характеръ. Но иначе ставится вопросъ при преступномъ бездѣйствіи и прежде всего въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нарушается законъ требовательный. Законъ налагаетъ на данное лицо обязанность сдѣлать то или другое, и наказываетъ за неисполненіе этого. Иногда при этомъ требуется наличность умысла, а всего чаще наказывается невнимательность, небрежность къ требованію закона; при этомъ, конечно, предполагается, что у виновнаго существовала возможность выполнить требованіе закона, уничтожающаяся при существованіи въбѣсныхъ, независимыхъ отъ лица препятствій. Но затѣмъ для отвѣтственности безразлично, въ какомъ состояніи находилось лицо въ тотъ моментъ, когда оно должно было дѣйствовать, какія основанія опредѣлили его бездѣйствіе. Если, напр., законъ обязываетъ свидѣтеля явиться по требованію слѣдователя или суда, а онъ не явился, то для его отвѣтственности безразлично: не явился ли онъ по лѣни, забывчивости, изъ раздраженія на судъ, или просто потому, что проспалъ это время, или былъ пьянъ. На этомъ основаніи опьянініе, хотя бы самое полное, не можетъ быть причиною оправданія, какъ скоро самый проступокъ состоялъ въ невыполненіи требованій закона; при этомъ не имѣетъ никакого вліянія самый характеръ опьянінія, т. е. безразлично, было ли оно случайное или намѣренное, произведенное въ видахъ преступленія или даже съ цѣлью сослаться на него, какъ на оправдывающую причину. Наказуемость уничтожается только тогда, когда обвиняемый былъ приведенъ въ такое состояніе насильственно.

рушеніе, арестомъ отъ 1 до 3-хъ мѣсяцевъ. Причемъ, какъ объясняютъ комментаторы, необходимо, чтобы опьянініе было произведено не ради преступленія, чтобы оно могло быть вѣбнено данному лицу и, наконецъ, достигло такой степени, чтобы исключало возможность вѣбненія пьяному совершеннаго имъ факта. Ст. же 523 прибавляетъ, что если опьяніній по опыту зналъ, что онъ въ пьяномъ состояніи буинитъ, то наказаніе усиливается. Ср. Herbst, Handbuch, II, стр. 257.

²⁷⁴) Очевидно, что эта попытка перечисленія крайне не полна, а потому и неудачна; законъ вовсе не упоминаетъ о наказуемости, напр., лицъ служащихъ при желѣзныхъ дорогахъ, надзирающихъ за маяками и т. п., за пьянство, во время отправления ими ихъ обязанностей, а очевидно, что наказуемость въ подобныхъ случаяхъ имѣетъ вполне рациональное основаніе.

Но тѣ же самыя соображенія могутъ быть примѣнены и къ тѣмъ случаямъ, когда бездѣйствіемъ былъ нарушенъ запретительный законъ. Слуга, который, сговорившись съ ворами, напился пьянъ и допустилъ совершиться кражѣ, будетъ, конечно, наказанъ какъ попуститель. Причемъ тамъ, гдѣ наказывается только умышленное нарушение закона и опьянѣніе должно быть намеренно ²⁷⁵).

83. Такъ какъ опьянѣніе, съ точки зрѣнія судебной медицины, является только спеціальнымъ случаемъ отравленія, то указанныя выше правила прилагаются и ко всѣмъ другимъ видамъ отравленія, производящимъ психическое разстройство.

Здесь подойдутъ, напр., случаи одурѣнія, происходящаго отъ излишняго употребленія опіума, гашиша, бѣлены, хлороформа и т. п. Они отличаются отъ обыкновеннаго опьянѣнія только характеромъ припадокъ, ихъ силою, степенью и послѣдствіями для организма. Наше уложеніе вовсе умалчиваетъ о случаяхъ этого рода, но конечно тамъ, гдѣ эти состоянія произвели безпамятство, онѣ должны быть приняты во вниманіе при рѣшеніи общаго вопроса о виновности.

б) Голодь.

84. Подобно опьянѣнію и голодь, въ высшей своей степени, производитъ упадокъ силъ, сопровождающійся бесилиемъ, обмороками, галлюцинаціями, иногда переходящими въ полное помѣшательство; разумѣется, въ подобныхъ случаяхъ также не можетъ быть и рѣчи о вмѣняемости.

Голодь имѣетъ двойное значеніе въ уголовномъ правѣ: во-первыхъ, онъ является силою, производящею состояніе крайней необходимости, которая, какъ

²⁷⁵) Нужно при этомъ имѣть въ виду, что подобныя же условія встрѣчаются, напр., при нарушеніи требованій закона соннымъ, при умышленномъ допущеніи лишенія себя свободы и т. п. Въ этомъ смыслѣ, по моему мнѣнію, должны быть понимаемы такъ называемыя *actiones liberae in causa*, или *actiones ad libertatem relatae*, хотя эти выраженія имѣютъ весьма разнообразное значеніе. Ср. напр. Рейбъ, *Lehrbuch*, II, стр. 75. Въ особенности подробно разбираетъ эти случаи Waechter, *das sächsische Strafrecht*, стр. 397—410. Онъ относитъ сюда всѣ случаи, когда виновный произвольно и сознательно приводитъ себя въ состояніе невмѣняемости, чтобы совершить преступленіе и дѣйствительно выполняетъ его, или когда онъ, по крайней мѣрѣ, предвидѣлъ или долженъ былъ предвидѣть, что въ пьяномъ состояніи совершитъ преступленіе и тѣмъ не менѣе напился. Хотя, говоритъ Вехтеръ, субъектъ не свободенъ въ моментъ дѣйствія, и его дѣяніе случайно, но оно вмѣняется ему въ вину, потому что онъ рассчитывалъ на случай, какъ средство дѣйствія, или долженъ былъ рассчитывать; моментъ вмѣняемости—это моментъ приведенія себя въ безсознательное состояніе. Но при этомъ это понятіе получаетъ излишне широкое и невѣрное значеніе; замѣчу къ этому, что ученіе о вмѣненіи случайныхъ результатовъ, на которое ссылается Вехтеръ, не разрѣшаетъ даннаго вопроса, такъ какъ опьянѣніе не есть средство совершенія преступленія. Мнѣнія Вехтера держится большинство нѣмецкихъ криминалистовъ, равно какъ и большинство старо-нѣмецкихъ кодексовъ: баварское 1813, вюртембергское, ганноверское, баденское. Другое мнѣніе высказываетъ Кестлингъ, *System*, стр. 144, говоря, что въ этихъ случаяхъ хотя и можетъ быть дѣяніе вмѣнено, но только какъ вина неосторожная. Мнѣніе же, высказанное въ текстѣ, защищаютъ Temme, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, стр. 106; Krug, *Commentar zum sächsische Strafgesetzbuch*, стр. 403. См. обзоръ мнѣній у Вехтера, в. с., стр. 408—9; Будзинскій, начала, № 105; Schütze, *Lehrbuch*, стр. 122, пр. 13.

мы увидим далѣе, уничтожаетъ противозаконность дѣянія, и во-вторыхъ, онъ производитъ ненормальное состояніе умственныхъ способностей. Въ первомъ случаѣ онъ дѣлаетъ непроступнымъ всякое дѣяніе, предпринятое для устранения опасности, во второмъ — уничтожаетъ наказуемость лица, находящагося въ такомъ состояніи.

в) Аффекты и страсти ²⁷⁶).

85. Опытъ и теорія указываютъ намъ, что существуютъ такія потрясенія психической жизни, такіе порывы и проявленія страсти, что они не только парализуютъ самообладаніе, но даже и самое самосознаніе человѣка. Очевидно, что подобное умоизступленіе, или безпамятство должно устранять возможность вмѣняемости поступковъ, совершенныхъ въ такомъ состояніи. Тамъ же, гдѣ эти порывы страсти не достигли подобныхъ размѣровъ — они могутъ имѣть вліяніе на опредѣленіе характера и самой мѣры наказанія.

Вопросъ о вліяніи и значеніи аффектовъ въ уголовномъ правѣ представляется наиболѣе спорнымъ не только въ практикѣ, но и въ теоріи, особенно потому, что его правильное разрѣшеніе стоитъ въ прямой зависимости отъ самаго понятія о наказаніи ²⁷⁷).

Съ одной стороны преступленіе, какъ мы знаемъ, есть продуктъ не только вѣншихъ обстоятельствъ, но характера, темперамента человѣка, результатъ отсутствія въ немъ привычекъ къ правомѣрной и нравственной жизни. Наказаніе предполагаетъ въ себѣ, какъ одинъ изъ моментовъ, борьбу съ этими внутренними элементами преступленія; государство, карая, пробуетъ приучить человѣка владѣть собою, управлять своими страстями. Сообразно съ этимъ, тамъ, гдѣ ненормальность психической дѣятельности была продуктомъ болѣзненныхъ страданій организма, назначается не наказаніе, а леченіе, мѣсто тюрьмы замѣняетъ больница; даже тамъ, гдѣ эти явленія были вызваны какими-либо одуряющими веществами, наказаніе можетъ, какъ мы видѣли, не примѣняться. Но допустима ли безнаказанность аффектовъ, страсти? Тогда пришлось бы открыть свободную дорогу всякой необузданности, животнымъ инстинктамъ, пришлось бы отказаться отъ уголовной юстиціи, такъ какъ при ненаказуемости дѣяній этой категоріи не достигалась бы одна изъ существенныхъ задачъ наказанія — охрана общественнаго порядка и спокойствія.

Но есть и другая сторона вопроса. Эти внезапныя, порывистыя возбужденія

²⁷⁶) Крафтъ-Эбингъ, психологія, стр. 118—123; Спасовичъ, учебникъ, стр. 125; Будзинскій, начала, № 100 и сл.; Berner, Imputationslehre, стр. 116 и сл.; Friedreich, System, стр. 373 и сл.; Ellinger, Zurechnungsfähigkeit, стр. 45—61; Ideler, Lehrbuch, стр. 62—97 и стр. 112—157, — даетъ особенно обстоятельное изложеніе психической стороны ученія объ аффектахъ и страстяхъ; Köstlin, System, стр. 142; Hälschner, System, стр. 116; Rossi, Traité, II, стр. 62; F. Hélie, Théorie, I, № 259—260.

²⁷⁷) Большая разница, напр., будетъ во взглядахъ защитниковъ самоцѣльности наказанія и сторонниковъ теоріи предупрежденія, исправленія. Ср. разборъ этой стороны вопроса у Эллингера, в. с., стр. 51—52. Что касается до различія между самымъ понятіемъ аффекта, какъ моментальнаго душевнаго движенія, и страсти, какъ настроенія лица, то оно не представляется существеннымъ съ точки зрѣнія уголовного права. Contra—Berner, Imputationslehre, стр. 116; Waechter, das sächsische Strafrecht, стр. 353.

организма, эти прорывы страсти сопровождаются цѣлым рядом соматическихъ и психическихъ измѣненій. То кровь приливаетъ къ сердцу, лицо блѣднѣетъ, волосы поднимаются дыбомъ, то, наоборотъ, кровь отливаетъ отъ полости сердца и переполняетъ артеріальную систему, щеки горятъ, глаза сверкаютъ и искрятся. Подобно тому измѣняется и психическая жизнь лица: то оно охватывается всецѣло одною идеею, желаніемъ, такъ что теряется всякая возможность ея оцѣнки, борьбы и выбора; иногда даже самое воспринятіе впечатлѣній получаетъ фантастическій характеръ, настроеніе пріобрѣтаетъ всѣ свойства бѣшенства; то, наоборотъ, жизнь психическая притупляется: настроеніе принимаетъ характеръ меланхоліи, въ умственной сферѣ наступаетъ безсознательность. Очевидно, что наказывать человѣка, дѣйствующаго при подобныхъ условіяхъ, невозможно, а потому и нужно принять такое начало, что хотя вообще аффектъ и страсти не уничтожаютъ преступности дѣйствія, но это не распространяется на тѣ случаи, гдѣ они вызвали умоизступленіе или безсознательность. Кромѣ того, несомнѣнно, что во всѣхъ случаяхъ аффектированной дѣятельности нельзя не обратить вниманія на эту ненормальность психическаго состоянія дѣйствующаго, а потому и нельзя не принять ее въ расчетъ при опредѣленіи мѣры наказанія ²⁷⁸⁾.

Степень вліянія аффектовъ на наказуемость можетъ зависетьъ отъ весьма разнообразныхъ причинъ, помимо ихъ силы и энергіи. Сюда относятся: 1) самое свойство аффектовъ. Въ этомъ отношеніи различаютъ, по характеру патологическихъ признаковъ: аффекты возбуждающіе — радость, удовольствіе; притупляющіе — горе, тоска; смѣшанные — гнѣвъ, месть, злоба, зависть, ревность, страхъ, ужасъ, въ особенности панической и т. п. ²⁷⁹⁾; по направленію аффектовъ: вызванные стремленіемъ доставить себѣ какія-либо удовольствія и обусловливающіеся желаніемъ отворотить какое-либо зло; 2) причины возникновенія аффектовъ. Съ этой стороны рѣзко различаются аффекты безирричные и вызванные, напр., тѣмъ,

²⁷⁸⁾ Само собою разумѣется, что мы здѣсь не имѣемъ въ виду патологическіе аффекты, замѣчаемые въ особенности у душевно-больныхъ. Подобный же взглядъ на значеніе аффекта защищаютъ Фейербахъ, Lehrbuch, § 90 и Миттермайеръ въ примѣч. къ нему; Вехтеръ, Lehrbuch, § 72; Heffter, Lehrbuch, § 52; Marezzoli, стр. 102, пр. 2; Berner, Imputationslehre, стр. 117 и сл.; Кестляниъ, System, стр. 142; Спасовичъ, учебникъ, стр. 125; Будзинскій, начала, № 101. Напротивъ того, старые криминалисты рассматривали аффектъ только какъ основаніе снисхожденія. Изъ новыхъ это мнѣніе подробно мотивируетъ Гельшнеръ, стр. 116, допускающій невѣроятность только при патологическихъ аффектахъ; Гельшнеръ въ господствующемъ взглядѣ видитъ прямое вліяніе материализма. Также F. Hélie, I, № 259, не признаетъ аффекта основаніемъ невѣроятности, но нельзя не прибавить, что всѣ его соображенія относятся къ страсти, а не къ аффекту. Весьма любопытно ученіе объ аффектѣ у Клейншрода, systematische Entwicklung, изд. 1799 § 123, который признаетъ: 1) уничтоженіе вѣнченія, когда а) аффектъ былъ вызванъ недозволенными дѣйствіями другихъ; б) скоро достигъ высшаго развитія и в) направленъ былъ на устраненіе зла; 2) вѣнченіе менше чѣмъ въ $\frac{1}{2}$, когда а) если при предыдущихъ условіяхъ аффектъ былъ направленъ на доставленіе удовольствія, и б) когда возникшій въ насъ аффектъ былъ раздуть другими; 3) вѣнченіе въ $\frac{1}{2}$, когда развитіе аффекта зависѣло отъ насъ; 4) вѣнченіе болѣе чѣмъ въ $\frac{1}{2}$, когда а) возникновеніе и развитіе аффекта зависѣло отъ насъ; б) когда кто либо искусственно разогрѣлъ себя, чтобы запастись храбростію на совершеніе преступленія, и в) когда вліяніе страсти было не полное, хотя и произвѣствовало односторонность сужденія. Въ остальныхъ случаяхъ онъ признаетъ полное вѣнченіе.

²⁷⁹⁾ Cp. Ellinger, в. с., стр. 53 и сл.; Buchner, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin. 1867, № 83—86. Многие изъ старыхъ криминалистовъ, напр. Карцовъ, Крессъ, выдѣляли особо изъ аффектовъ гнѣвъ, для котораго не считали возможнымъ допустить снисхожденіе; Waechter, Lehrbuch, § 72. Впослѣдствіи, наоборотъ, сильная воспалительность, способность къ необузданнымъ проявленіямъ гнѣва, имѣющая какъ бы болѣзненный характеръ, рассматривалась какъ особая форма психическаго разстройства — excaescentia furibunda, или iracundia morbosa. Cp. Friedreich, System, стр. 380.

на комъ они и разразились, особенно если дѣйствіе, ихъ вызвавшее, было противозаконно, таковы, напр., аффекты страха при опасности, грозящей жизни, въ минуту пожара; аффектъ гнѣва — у страстной, легко воспламеняющейся натуры, вызванный незаслуженнымъ сильнымъ оскорбленіемъ и т. п.²⁸⁰); 3) ходъ ихъ развитія, отличая аффекты, развивающіеся внезапно и быстро достигающіе своего апогея и аффекты, медленно охватывающіе человѣка; 4) различныя индивидуальныя условія: полъ, возрастъ, темпераментъ, состояніе организма.

86. Что касается до нашего права, то уложеніе, подобно большинству западныхъ кодексовъ²⁸¹), вовсе не упоминаетъ объ аффектѣ въ числѣ причинъ, уничтожающихъ вѣняемость, а указываетъ на него только какъ на причину, вызывающую снисхожденіе.

Хотя уложеніе и мировой уставъ и не указываютъ на аффектъ въ числѣ причинъ невѣняемости, но это не устраняетъ, по основному принципу процесса, возможности отрицанія судомъ виновности подсудимаго, именно въ виду его безсознательнаго состоянія, вызваннаго аффектомъ. Что касается до смятенія наказанія, то объ этомъ говоритъ 134 ст. п. 5, имѣя въ виду только одинъ родъ аффектовъ — гнѣвъ, или раздраженіе, и притомъ вызванное тѣмъ, противъ кого этотъ аффектъ разразился²⁸²).

Нѣсколько болѣе значенія придаетъ аффектамъ особая часть: 1) въ большинствѣ личныхъ преступленій, въ особенности противъ жизни и здоровья, законъ принимаетъ различіе между хладнокровнымъ и аффектнымъ образованіемъ умысла за главный принципъ, опредѣляющій мѣру и степень отвѣтственности; 2) иногда аффектъ, вызванный пострадавшимъ, измѣняетъ отвѣтственность не только въ видѣ, но и въ родѣ, напр., при убійствѣ (по новой редакціи ст. 1455 по зак. 1871 г.), когда, вмѣсто каторги до 15 лѣтъ, можетъ быть назначена ссылка на поселеніе; или при оставленіи безъ помощи (ст. 1517, 1518); 3) по особенное значеніе полу-

²⁸⁰) Съ этой же точки зрѣнія оцѣнивается, напр., убійство супругомъ прелюбодѣйной супруги, захваченной на мѣстѣ преступленія, признаваемое какъ excuse légale по французскому и бельгійскому кодексамъ. Главное различіе, на которое обращать вниманіе криминалисты, это — справедливый и несправедливый аффектъ. Ср. Вехтеръ, Lehrbuch, § 72.

²⁸¹) Такъ нѣмецкіе кодексы нынѣшняго столѣтія вовсе не упоминаютъ объ аффектѣ, но, по справедливому замѣчанію криминалистовъ, невѣняемость аффекта въ высшемъ его развитіи основывается на томъ общемъ положеніи, что всякое состояніе, уничтожающее свободное самоопредѣленіе, устраняетъ отвѣтственность. Ср. Berner, Imputationslehre, стр. 116; Marezoll, Lehrbuch, стр. 102, пр. 2; Кесглингъ, System, стр. 143, пр. 3. Для германскаго уложенія Orrenhof, в. с., § 51, пр. 5. Также умалчиваетъ о немъ французскій кодексъ; но, въ силу принятой въ немъ системы перечисленія причинъ невѣняемости, нѣкоторые комментаторы видятъ въ аффектѣ только причину снисхожденія. Ср. Dalloz, т. XXXV, art. Peine, № 389, 390; F. Hélie, theorie, I, № 259.

²⁸²) Законъ говоритъ: „наказаніе уменьшается, если преступленіе учинено въслѣдствіе сильнаго раздраженія, произведеннаго обидами, оскорбленіями или иными поступками лица, коему онъ сдѣлалъ или покусился сдѣлать зло. То же мир. уст. ст. 13, Кассационный департаментъ по дѣлу Сейснагъ⁷²/81 безусловно призналъ, что крайнее раздраженіе не относится къ числу причинъ, уничтожающихъ вѣняемость, а можетъ только вліять на снисхожденіе; что касается до аффекта патологическаго, умоизступленія, то о немъ говоритъ ст. 96. Въ сборникѣ г. Любавскаго, т. III, № 16, помѣщенъ весьма любопытный случай покушенія на убійство Василиемъ Покровскимъ дѣвцы Долгополовой, совершеннаго отъ любви. Медицинскій совѣтъ, какъ и врачебная управа находили возможнымъ допустить невѣняемость въ виду помраченія разсудка, происходящаго отъ страсти, но уголовная палата присудила виновнаго къ каторжнымъ работамъ, опредѣливъ однако ходатайствовать о замѣнѣ оныхъ церковнымъ покаяніемъ.

часть раздраженіе, вызванное несправедливыми поступками пострадавшего, напр., при превышеніи предѣлов обороны (ст. 1467, 1493); 4) существуютъ даже случаи, когда аффектное раздраженіе вовсе уничтожаетъ наказуемость, напр., при вызовѣ на дуэль (ст. 1499); 5) во всѣхъ этихъ статьяхъ законъ имѣетъ въ виду гнѣвъ, раздраженіе, но иногда онъ упоминаетъ и о другихъ аффектахъ, напр., стыдѣ и страхѣ при дѣтубійствѣ (ст. 1451), оставленіи безъ помощи младенца (ст. 1460).

г) Сонныя состоянія ²⁸³⁾.

87. Не только дѣйствія, совершаемыя подъ вліяніемъ фантастическихъ картинъ, разыгрывающихся въ нашемъ воображеніи во время сна, не могутъ быть вмѣняемы совершившему, но то же нужно сказать и о поступкахъ, выполненныхъ въ просонкахъ, когда фантазія борется съ дѣйствительностью, или въ тѣхъ болѣзненныхъ проявленіяхъ нервного расстройства, которыя называются лунатизмомъ.

Психическая жизнь не прекращается во время сна, а только получаетъ особую форму, иногда ярко отражающуюся въ разныхъ фантастическихъ картинахъ—сновидѣніяхъ. Впечатлѣнія образуются частью подъ вліяніемъ внѣшнихъ явленій, дѣйствующихъ, напр., на органы слуха, обонянія, частью подъ вліяніемъ внутреннихъ состояній организма, въ особенности пищеваренія. Эти впечатлѣнія вызываютъ рядъ представлений, образовъ—являются стимуломъ мыслительной дѣятельности, но лишены контроля разсудка, возможности проверки ихъ дѣйствительности, представления получаютъ несообразную окраску, являются фантастическими образами, картинами; возникаетъ отсутствіе соотношенія между мышленіемъ и дѣйствительностью. Съ другой стороны, состояніе сна не уничтожаетъ вліянія нашего сознанія на мышцы движенія; напротивъ, сохраняетъ его иногда въ полномъ объемѣ. Подъ вліяніемъ сильныхъ ощущеній, испытанныхъ въ теченіи дня, подъ вліяніемъ лихорадочнаго состоянія, температуры комнаты, раздраженія нервной системы и т. п. начинаются приливы крови къ головѣ, вызывающіе тѣ тяжелыя, давящія сновидѣнія, сопровождающіяся стонами, криками, вскакиваніемъ, бросаніемъ предметовъ, хожденіемъ по комнатамъ и т. д. и приводящія иногда соннаго къ страшнымъ, кровавымъ злодѣяніямъ, которыя, конечно, не могутъ быть вмѣнены виновному ²⁸⁴⁾.

Но то же самое нужно сказать и о томъ переходномъ состояніи отъ сна къ бодрствованію, которое мы называемъ просонками ²⁸⁵⁾. Психическая дѣятель-

²⁸³⁾ Андреевъ, сонное ослѣпленіе, какъ причина невмѣяемости. „Ж. М. Ю.“ 1863, № 9; Крафтъ-Эбингъ, психологія, стр. 95—99; Касперъ, въ обработкѣ Штейнберга, стр. 439—444; Будзинскій, начала, стр. 100; Friedreich, System, стр. 245—255; Ellinger, Zurechnungsfähigkeit, стр. 80—82; Buchner, Lehrbuch, § 143—144; у него указанія на нѣкоторыя монографіи по этому вопросу; Berner, Imputationslehre, стр. 144—152; Köstlin, System, стр. 146; Geib, Lehrbuch, стр. 217—218; F. Hélie, théorie, I, № 261; Haus, principes, № 529.

²⁸⁴⁾ Хотя случаи этого рода и не часто встрѣчаются въ дѣйствительности, но уголовныя лѣтописи представляютъ любопытные примѣры этого рода. См. напр., случай убійства матерью своего новорожденнаго ребенка во время сна, у Демме, въ его Annalen; убійство Эрдманомъ своего отца у Berner'a, Imputationslehre, стр. 146—148; May, Zurechnung, стр. 43, рассказываетъ любопытный случай этого рода изъ собственной жизни.

²⁸⁵⁾ Употребляемый иногда въ нашей литературѣ терминъ „сонное ослѣпленіе“, какъ переводъ нѣмецкаго Schlaftrunkenheit, представляется мнѣ неудачнымъ.

ность и въ этомъ состояніи опредѣляется по преимуществу фантастическими сновидѣніями; но къ нимъ начинаютъ присоединяться впечатлѣнія отъ окружающихъ явленій и образуется та нестрая смѣсь объективнаго и субъективнаго, которая, являясь мотивами дѣйствія, такъ часто приводитъ къ нарушеніямъ закона. Существованіе и самая сила такихъ явленій зависятъ главнымъ образомъ отъ темперамента, нервозности лица, его возраста, состоянія, отъ качества сна, отъ времени, въ которое разбудили данное лицо—въ началѣ сна или подь утро и т. д. Самый вопросъ о вліяніи просонковъ на вмѣняемость разрѣшается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, причемъ, разумѣется, чѣмъ глубже былъ сонъ, чѣмъ внезапнѣ пробужденіе, чѣмъ ужаснѣ были сновидѣнія, тѣмъ скорѣе устраняется способность ко вмѣненію ²⁸⁶).

Наконецъ, къ этой же категоріи относятся дѣйствія, совершаемыя въ состояніи сомнамбулизма (лунатизмъ, сонноходство) соединяющагося съ истеріею и составляющаго несомнѣнно особый видъ периодически повторяющихся психическихъ страданій. Больной совершаетъ разнообразныя движенія, ходитъ, проявляетъ иногда значительную степень находчивости, ловкости, силы, но совершаетъ все это, не выходя изъ соннаго состоянія, дѣйствуя исключительно подь вліяніемъ субъективныхъ представлений. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что дѣйствія, совершенныя въ подобномъ состояніи, не могутъ вызвать уголовной отвѣтственности ²⁸⁷).

88. Наше уложеніе хотя и говоритъ только въ ст. 97 о невмѣнности проступковъ лунатикамъ, но тѣмъ, конечно, не даетъ права считать наказуемыми дѣянія, совершенныя въ состояніи сна или просонковъ. Эти случаи разрѣшаются общимъ началомъ, опредѣляющимъ понятіе виновности.

Умолчаніе о снѣ и просонкахъ встрѣчается не только въ уложеніи, но и во всѣхъ западныхъ кодексахъ и разрѣшается, конечно, вездѣ въ смыслѣ ненаказуемости случаевъ этого рода. Въ самомъ дѣлѣ, здѣсь не существуетъ ни разумѣнія, ни воли, а потому не можетъ быть и рѣчи объ отвѣтственности ²⁸⁸). Что касается до лунатиковъ, то они еще по указу 18 февр. 1835 г. были приравнены къ умалшеннымъ, и это положеніе перешло въ сводъ законовъ 1842 г., а оттуда въ уложеніе въ ст. 97, которая говоритъ, что постановленія о невмѣняемости распространяются и на лунатиковъ (сонноходцевъ), которые въ принад-

18/18

²⁸⁶) Ср. Friedreich, System, стр. 248. Старые психологи разсматривали такое состояние просонковъ, какъ особый видъ переходящаго помѣшательства. Также и средне-вѣковые юристы, какъ Фаринаціусъ, Тираквелль, говорили: dormiens furioso acquiratur. Надо замѣтить, что даже воспоминаніе о совершенномъ не исключаетъ существованія просонковъ, такъ какъ мы нерѣдко помнимъ съ мельчайшими подробностями все видѣнное во снѣ.

²⁸⁷) Случаи преступленій, совершенныхъ въ припадкѣ сомнамбулизма, нерѣдки; извѣстенъ, напр., рассказъ Brillat-Savarin о монахѣ, покушавшемся убить своего настоятеля. Ср. Friedreich, System, стр. 250; Касперъ, въ обработкѣ Штейнберга, стр. 441. Къ состоянію же сомнамбулизма должна быть отнесена и большая пляска св. Витта.

²⁸⁸) Ср., для нѣмецкаго права: Köstlin, System, стр. 146, пр. 4; Oppenhof, в. с., § 51 пр. 3; для французскаго—Hélie, théorie, I, № 261; Trébutien, cours, стр. 124. По нашему уставу уг. с. здѣсь также долженъ быть раздѣленъ главный вопросъ о виновности на его составныя части, но постановки особаго вопроса по ст. 763 не допускается. Для старой практики сравни рѣшеніе госуд. сов. по дѣлу Бурденкова, сборникъ, стр. 69.

какъ своего нервнаго разстройства дѣйствуютъ безъ надлежащаго разумѣнія ²⁸⁹). При этомъ они отдаются на попеченіе ближайшимъ родственникамъ, или, съ ихъ согласія, и постороннимъ, или же помѣщаются въ одно изъ заведеній приказа общественаго призрѣнія (тамъ, гдѣ введены земскія учрежденія, эти заведенія, по закону 1864 г., перешли въ вѣденіе земства), для бдительнаго за ними надзора. Причемъ, по крайне неудачному тексту закона, подобныя мѣры могутъ быть приняты не только въ случаяхъ совершенія лунатиками тяжкихъ, но вообще какихъ бы то ни было преступленій, а самое нахожденіе ихъ въ заведеніи, сообразно съ характеромъ ихъ болѣзни, является по закону безсрочнымъ.

89. Эти общія правила о вліяніи на вмѣняемость соннаго состоянія допускаютъ, конечно, изъятія при нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступленіяхъ. Изъятія эти вполнѣ аналогичны съ указанными выше относительно опьянѣнія.

Отвѣтственность за дѣянія, совершенныя въ состояніи сна, представляется возможною въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Когда лицо совершило въ сонномъ состояніи такое преступленіе, возможность совершенія котораго оно до того предвидѣло или могло предвидѣть, но тѣмъ не менѣе не приняло никакихъ мѣръ предосторожности; напр., лунатикъ, предвидя наступленіе припадка, не принялъ мѣръ предосторожности и совершилъ какое-либо преступленіе. Но отвѣтственность существуетъ здѣсь именно за его небрежность или безразличіе, какъ за самостоятельный проступокъ; отвѣтственность эта можетъ усиливаться тогда, когда виновный не только не принялъ мѣръ предосторожности, но, наоборотъ, совершилъ что-либо, усиливавшее возможность правонарушенія, напр., положилъ недалеко отъ себя оружіе. Въ этихъ случаяхъ, также какъ и при опьянѣніи, нельзя вмѣнить подсудимому самый результатъ ни въ умышленную, ни въ неосторожную вину, такъ какъ въ моментъ дѣйствія виновный находился въ состояніи безсознательномъ, но его можно наказать за не-принятіе мѣръ предосторожности. Наше право ничего, впрочемъ, не говоритъ о наказуемости случаевъ этого рода.

2) Когда виновный нарушилъ свои спеціальныя обязанности, напр., заснулъ часовой или сторожъ на желѣзной дорогѣ и т. п.; отвѣтственность должна существовать, конечно, и въ томъ случаѣ, когда отъ этого не произошло никакого вреда ²⁹⁰).

3) Когда проступокъ состоялъ въ бездѣйствіи лица, причемъ, смотря по обстоятельствамъ дѣла, отвѣтственность будетъ или за умыселъ, или за неосторожность. Но, конечно, тамъ, гдѣ сонное состояніе было результатомъ болѣзни, или насилъственнаго отравленія чѣмъ-либо, безнаказанность должна быть признана и въ случаяхъ, указанныхъ въ п. 2 и 3.

д) одряхлѣніе ²⁹¹).

90. Какъ скоро подсудимый достигъ такого періода жизни,

²⁸⁹) Постановленія уложенія сохраняютъ силу и при пригнѣніи мирового устава и военныхъ законовъ, такъ какъ они не содержатъ никакихъ спеціальныхъ постановленій.

²⁹⁰) По нашимъ военнымъ законамъ случаи этого рода будутъ наказаны или въ дисциплинарномъ порядкѣ, или по ст. 159 в. у., какъ нарушеніе общихъ обязанностей караульной службы. Ср. также Haus, principes, № 529; Kleinschrod, systematische Entwicklung, § 98.

²⁹¹) Ср. Friedreich, System, стр. 200 и сл.; Köstlin, System, стр. 139; F. Hélie, I, № 247—249; A. Blanche, études, II, № 363—372; Dalloz, répertoire, т. XXXV, art. Peine, № 457 и сл.

когда его умственная дѣятельность или ослабѣла или и вовсе прекратилась, то съ этого момента прекращается, конечно, его наказуемость. Но такъ какъ не старость сама по себѣ, а происходящее отъ нея умственное безсиліе устраняетъ отвѣтственность, то опредѣленіе этого момента можетъ быть дѣлаемо только въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Это признаетъ и наше уложеніе въ ст. 97.

Старый—что малый, говоритъ пословица, указывая этимъ на общеизвѣстный фактъ, что за періодомъ возрастанія, прогресса слѣдуетъ, даже помимо всякихъ болѣзненныхъ условий, періодъ упадка, паденія силъ. Мыслительная дѣятельность измѣняется, по преимуществу вслѣдствіе ослабленія памяти и притомъ особенно относительно вновь воспринимаемыхъ впечатлѣній; съ этимъ соединяется, конечно, ослабленіе возможности всесторонняго изслѣдованія сущности событий, сравненія ихъ съ другими и правильной ихъ оцѣнки. Еще болѣе измѣненій является въ характерѣ и наклонностяхъ лица. Приглушенная впечатлительность, ослабленіе нервной дѣятельности, влечетъ за собою прекращеніе участія въ горѣ и радостяхъ современной жизни, а въ силу того все заманчивѣе и радужнѣе рисуются картины жизни прошлой, и чѣмъ полнѣе и разнообразнѣе было прошедшее, тѣмъ сильнѣе становится контрастъ, тѣмъ чаще встрѣчается эта нетерпимость, заносчивость, раздраженіе. Вмѣстѣ съ этимъ безсердечіемъ, жестокостью выступаютъ иногда и другія стороны нравственной распушенности — похотливость, ачужность, и переходятъ, вмѣстѣ съ прогрессирующимъ упадкомъ умственныхъ силъ, въ старческое слабоуміе—*insania senilis*.

Но можно ли точными цифрами опредѣлить періодъ, съ котораго начинается подобный упадокъ и прекращеніе умственной жизни? И опытъ и наука отказываются отъ такого опредѣленія, такъ какъ наступленіе этого періода зависитъ не только отъ организма лица, но еще болѣе отъ индивидуальныхъ условий его жизни, даже отъ общественной среды, въ которой онъ вращается. Въ самомъ дѣлѣ, мы нѣрѣдко видимъ лицъ, достигшихъ самой глубокой старости, перешедшихъ за 80 или болѣе лѣтъ, и сохранившихъ полную ясность ума, отчетливую память, не исключаящую даже возможности труднаго управленія дѣлами государства. Мы встрѣчаемъ, хотя и въ видѣ исключеній, лицъ престарѣлыхъ, не утратившихъ еще способности сочувствовать молодому поколѣнію, страдать его горемъ и радостями, жить, хотя отчасти, съ нимъ одною жизнью. Съ другой стороны, еще чаще встрѣчаются иные прискорбные факты, что съ 30—40 лѣтъ начинается уже періодъ одряхлѣнія, что къ 40, 50 годамъ, благодаря преимущественно безумно истраченнымъ молодымъ силамъ, эксцессамъ всякаго рода, оказывается и умственная и нравственная развалина.

Такъ смотритъ на это и наше уложеніе въ ст. 97, не только не опредѣляя срока, съ котораго начинается невмѣняемость, но наравнѣ съ старостью ставя еще дряхлость, какъ преждевременный упадокъ умственной дѣятельности²⁹²).

91. Кромѣ того, престарѣлость хотя и не можетъ служить основаніемъ для снисхожденія въ строгомъ смыслѣ этого слова, но можетъ быть причиною измѣненія наказанія, такъ какъ многія ка-

²⁹²) При этомъ противъ лицъ этой категоріи могутъ быть приняты тѣ же предупредительныя мѣры, какъ и противъ лунатиковъ.

рательныя мѣры, употребляемыя въ государствѣ, оказываются не соотвѣтственными съ физическими силами наказываемыхъ. Срокомъ такой престарѣлости полагаетъ, напр., наше право достиженіе 70, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ 60 лѣтъ.

Преступникъ, ублненный сѣднями, не можетъ уже ссылаться ни на пылъ страстей, ни на заблужденія неопытности: порывы страстей, выбивающихся по временамъ наружу даже въ самыхъ холодныхъ натурахъ, замолкаютъ тамъ, гдѣ теденящая сила времени измѣняетъ даже свойства физиологическихъ процессовъ; длинная вереница прожитыхъ годовъ не позволяетъ болѣе ссылаться на незнаніе жизни и ея условій²⁹³). Но если такимъ образомъ въ преступленіи мы не найдемъ оснований для снисхожденія, то нельзя не найти такихъ въ характерѣ большинства карательныхъ мѣръ. То, что легко перенесетъ преступникъ, обладающій всеми своими силами, дѣлается страшно суровымъ, иногда даже невыносимымъ для старика; снисходительность, интересы правосудія требуютъ въ подобныхъ случаяхъ снисхожденія, измѣненій въ порядкѣ отбытія наказанія или даже замѣны его.

Изъ нѣмецкихъ кодексовъ ни одинъ не содержитъ специальныхъ правилъ о замѣнѣ наказаній для престарѣлыхъ, дѣлая указанія объ этомъ только въ тюремныхъ регламентахъ, но code pénal, ст. 70—72, по редакціи 1854 года, прямо говоритъ, что для лицъ старѣе 60 лѣтъ каторжныя работы и transportation замѣняются—réclusion на тѣ же сроки, а вмѣсто déportation назначается пожизненное détention. Прочія же наказанія остаются безъ измѣненія²⁹⁴).

Что касается до нашего права, то его весьма разнообразныя постановленія о наказаніи престарѣлыхъ разбросаны частію въ уложеніи, частію въ т. XIV²⁹⁵), и заключаются въ слѣдующемъ:

1) По отношенію къ лишенію свободы для престарѣлыхъ существуютъ слѣдующія льготы: а) каторжная работа всехъ степеней, по ст. 74 уз., для лицъ старѣе 70 лѣтъ замѣняется ссылкой на поселеніе въ отдаленныя мѣста Сибири; б) дряхлыя поселенцы помѣщаются, на основаніи ст. 251, 717, 723 устава о ссыльныхъ (по прод. 1863) въ особые благотворительныхъ заведеніяхъ или отпускаются по волостямъ на вольное пропитаніе²⁹⁶); в) всѣ лица, которыя по

²⁹³) Ср. въ особенности, Hélie, théorie, I, № 248. Нѣмецкіе кодексы не содержатъ никакихъ особыхъ правилъ о невѣняемости преступленій престарѣлымъ, применяемая здѣсь общія правила о вліяніи душевнаго разстройства. Ср. Кестлинъ, System, стр. 139.

²⁹⁴) Уже code pénal 1791 постановлялъ, что лица старѣе 75 лѣтъ не могутъ быть присуждены болѣе чѣмъ на 5 лѣтъ заключенія, а всѣ, достигшіе 80 лѣтъ, должны быть освобождены изъ тюрьмы. Постановленіе нынѣшняго кодекса также крайне сурово и скорѣе похоже на проноію, такъ какъ по ст. 71 и 56 code pénal, шестидесятилѣтній старикъ можетъ быть осужденъ на 40 лѣтъ réclusion.

²⁹⁵) Гораздо проще было бы постановить, что подсудимые старѣе 70-ти лѣтъ не присуждаются ни къ какому наказанію, а достигшіе этого возраста во время отбытія наказанія освобождаются отъ него; въ видахъ же общественной безопасности такія лица могли бы быть помѣщены въ богадѣльню. Въ виду же перечня, который дѣлаетъ, напр., наше право, необходимо признать, что всѣ тѣ наказанія, о которыхъ не сдѣлано оговорки въ законѣ, примѣняются и къ престарѣлымъ безъ всякихъ измѣненій, а въ томъ числѣ и смертная казнь. По этому поводу замѣчаетъ F. Hélie, I, № 248: „казалось бы можно выказать пощадѣ къ сѣднямъ осужденнаго; есть нѣчто отталкивающее въ этомъ сокращеніи и безъ того отходящей жизни, въ этомъ захватѣ дней и безъ того уже отбѣренныхъ и на половину погасшихъ. А съ другой стороны, что такое смерть, какъ наказаніе, въ эту эпоху, когда природа уже раскрыла могилу предъ обвиненнымъ“.

²⁹⁶) Дряхлыми, на основаніи ст. 252 того же устава, считаются лица, имѣющія болѣе 60-ти лѣтъ, а изъ идущихъ на водвореніе—болѣе 57. Льготы для каторжныхъ старѣе 60-ти лѣтъ указаны въ ст. 593 и сл. устава, по прод. 1871 года.

старости или дряхлости неспособны къ работамъ въ арестантскихъ отдѣленіяхъ, присуждаются, по ст. 77 ул. къ отдачи въ рабочіе дома безъ увеличенія сроковъ ²⁹⁷); г) тѣ лица, которыя, находясь уже въ арестантскихъ отдѣленіяхъ, достигли старости, лишавшей силъ, необходимыхъ для производящихся тамъ работъ, переводятся или въ заведеніе приказа общественнаго призрѣнія, или помѣщаются въ тюрьмахъ до истеченія срока, а затѣмъ или возвращаются въ общество, или высылаются въ Сибирь на водвореніе (ст. 1090 и 1094 уст. о сод. подь стражею).

2) Еще съ эпохи императора Павла 1-го, по указу 1798 г. ноября 15-го, лица старѣе 70 лѣтъ не подлежатъ тѣлесному наказанію (приложеніе къ ст. 30, п. 5 ст. 39) ²⁹⁸).

3) Лица старѣе 70 лѣтъ освобождаются отъ обряда публичной казни (прим. къ ст. 963 у. у. с.).

92. Притомъ по вопросу о примѣненіи всѣхъ этихъ постановленій къ престарѣлымъ нужно сдѣлать нѣсколько общихъ замѣчаній.

1) Основанія замѣны наказанія престарѣлымъ заключаются не въ характерѣ преступленія, какъ, напр., у малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ, а только въ тяжести наказанія. Поэтому юность преступника тогда только проявляетъ свое юридическое вліяніе на отвѣтственность, когда она относится ко времени совершенія преступленія; а старость вліяетъ и во всякій моментъ процесса и примѣненія наказанія, т.-е. наказаніе замѣняется и тогда, когда обвиняемый былъ 70 или 60 лѣтъ въ моментъ преступленія, и тогда, когда онъ достигъ этого возраста въ моментъ постановки приговора или даже во время отбытія наказанія.

2) Такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ о замѣнѣ наказанія, то подлежитъ замѣнѣ то наказаніе, которое должно быть назначено престарѣлому въ данномъ случаѣ, т.-е., напр., арестантскія отдѣленія и тогда замѣняются для престарѣлыхъ рабочимъ домомъ, когда къ нимъ судъ перейдетъ отъ ссылки на поселеніе; а съ другой стороны, если по закону за данное преступленіе положены каторжныя работы, то вычисленіе наказанія, напр., въ виду покушенія, характера участія и т. п., должно быть дѣлаемо отъ этого наказанія, а не отъ замѣняющей его для престарѣлыхъ ссылки на поселеніе ²⁹⁹).

3) Самое доказательство возраста дѣлается тѣмъ же порядкомъ, какъ и относительно несовершеннолѣтнихъ преступниковъ, т.-е. на основаніи документовъ, а въ сомнительныхъ случаяхъ при помощи экспертизы ³⁰⁰).

²⁹⁷) Причемъ подь престарѣлыми нужно понимать, согласно съ 1005 ст. уст. о сод. держ. подь страж. (т. XIV), лицъ не старѣе 60-ти лѣтъ.

²⁹⁸) Но по ст. 830 уст. о ссыльныхъ, престарѣлые не освобождаются отъ тѣлеснаго наказанія въ случаѣ совершенія ими новыхъ преступленій.

²⁹⁹) Ср. особенно поучительное рѣшеніе французскаго кассационнаго суда 18 янв. 1856 г. *Blanche, études*, II, № 368.

³⁰⁰) Интересно, что французскіе комментаторы и кассационный судъ, признавая, что вопросъ о возрастѣ малолѣтнихъ въ сомнительныхъ случаяхъ разрѣшается присяжными, относительно престарѣлыхъ держатся другаго воззрѣнія, т.-е., что это констатированіе всегда принадлежитъ суду, на томъ основаніи, что здѣсь дѣло идетъ не объ одномъ изъ элементовъ виновности, а о порядкѣ исполненія наказанія, который безусловно регулируется судомъ. Ср. *Blanche, v. c.*, II, № 371.

Б) Болѣзненные состоянія организма, вліяющія на душевную дѣятельность ³⁰¹⁾.

93. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что разнообразныя болѣзненные состоянія организма могутъ уничтожить способность ко вмѣненію, какъ скоро они будутъ вліять на душевную дѣятельность, устраняя возможность сознавать совершаемое, оцѣнивать и руководствоваться сознаннымъ. Состоянія эти крайне разнообразны и ихъ перечень и классификація не имѣютъ никакого особеннаго значенія для юриста, такъ какъ для него важенъ только выводъ эксперта о вліяніи даннаго болѣзненнаго состоянія на вмѣняемость ³⁰²⁾. Это начало принято и нашимъ закономъ въ ст. 96, по которой не вмѣняются въ вину преступленія и проступки, учиненные болѣзненнымъ въ точно доказанномъ случаѣ умоизступленія или безпамятства ³⁰³⁾.

Такимъ образомъ, по нашему праву уничтожаетъ вмѣняемость всякое болѣзненное состояніе, отъ какихъ бы причинъ оно ни происходило и въ какой бы формѣ ни проявлялось ³⁰⁴⁾. Законъ только требуетъ, чтобы это состояніе пропало безпамятство или умоизступленіе и чтобы проступокъ былъ совершенъ именно въ этомъ состояніи.

Что касается до предохранительныхъ мѣръ противъ лицъ этой категоріи, то по слову законовъ они, послѣ ихъ выздоровленія, оставались на 6 мѣсяцевъ въ домѣ умалишенныхъ; теперь же уложеніе допускаетъ отдачу ихъ на попеченіе родителямъ, родственникамъ, а съ согласія ихъ и постороннимъ, но съ тѣмъ, чтобы

³⁰¹⁾ Отдѣляя болѣзненные состоянія организма отъ ненормальныхъ, я долженъ замѣтить, что такое отдѣленіе имѣетъ только практической интересъ для нашего права. Со стороны теоретической это различіе не существенно, такъ какъ всякая болѣзнь есть ненормальное состояніе организма, а съ другой—ненормальныя состоянія весьма нерѣдко незамѣтно переходятъ въ болѣзнь.

³⁰²⁾ Но всегда нужно имѣть въ виду, что не эти болѣзненные состоянія сами по себѣ, а вызванное ими умственное расстройство уничтожаетъ способность ко вмѣненію; мы должны помнить, напр., что такія историческія лица, какъ Юлій Цезарь, Наполеонъ были эпилептики, что галлюцинаціями страдали многие поэты, ученые.

³⁰³⁾ Для разъясненія ст. 96 весьма важны правила Высочайше утвержденныя 18-го февраля 1835 г. объ освидѣтельствованіи сумасшедшихъ, такъ какъ тамъ, въ пунктѣ 1-мъ, приведены примѣры болѣзней, производящихъ умоизступленіе и сходныхъ съ сумасшествіемъ, а въ пунктѣ 2-мъ указаны причины, производящія такія явленія. Такъ, въ числѣ другихъ тамъ прямо указаны болѣзненные расстройства отъ запоя, при родахъ, при половомъ созрѣваніи, паучей болѣзни и т. п. Ср. Касперъ-Штейнбергъ, стр. 345.

³⁰⁴⁾ Такого мнѣнія держится и сенатъ, признавая, что ст. 96 не указываетъ причину, отъ которыхъ можетъ произойти безпамятство, что всякое безсознательное состояніе уничтожаетъ вмѣняемость, такъ какъ вмѣненіе есть лишь раскрытіе причинной связи между сознательною волею обвиняемаго и его дѣяніемъ (^{69/368} Чернилкина). На этомъ основаніи сенатъ подвелъ подъ ст. 96 болѣзненное состояніе, происходящее отъ опьяненія (^{88/86} Виноградова); возникшее послѣ родовъ (^{72/334} Урбанской), но по дѣлу Никитина (^{88/602} сенатъ, неизвѣстно почему, категорически объявилъ, что къ причинамъ невмѣняемости не относится состояніе болѣзни солитеръ, хотя и имѣвшей послѣдствіемъ отсутствіе воли, потерю энергіи и т. п.

они имѣли тщательное непрестанное смотрѣніе за ними во время ихъ болѣзни и леченія, предотвращая всякое дурное или опасное для другихъ, или для нихъ самихъ послѣдствіе припадковъ ихъ умонеступленія. Если же они не благонадежны и отъ нихъ нельзя ожидать точнаго исполненія обязанностей, то страдающій отдается въ больницу для леченія и пристражнута за нимъ, гдѣ и остается до выздоровленія. При этомъ всѣ эти мѣры могутъ быть приняты только въ случаѣ совершенія ими смертоубійства или покушенія на него, покушенія на самоубійство и поджога или покушенія на него; во всѣхъ остальныхъ случаяхъ никакихъ стѣснительныхъ мѣръ законъ не допускаетъ.

94. Поэтому криминалисты при перечисленіи состояній, сюда относящихся, имѣютъ въ виду только указаніе случаевъ, наиболее часто встрѣчающихся на практикѣ.

Къ этой категоріи принадлежатъ:

1) Эпоха полового созрѣванія ³⁰⁵). Кромѣ общаго вліянія возраста на вмѣняемость, опытъ указываетъ на часто встрѣчающееся специально болѣзненное состояніе организма въ періодъ наступленія половой зрѣлости; въ особенности у женщинъ при появленіи первой менструаціи. Вмѣстѣ съ болѣзненными соматическими явленіями, съ измѣненіями въ жизненныхъ процессахъ, замѣчаются значительныя измѣненія въ настроеніи, ощущеніи, мышленіи, являются такіе поступки, которые ясно указываютъ на болѣзненное психическое состояніе лица: такова, напр., часто наблюдаемая въ эту эпоху наклонность къ поджогу.

2) Беременность, роды, послеродовое состояніе ³⁰⁶). Что касается до беременности, то нѣтъ никакого сомнѣнія, что измѣненія соматическія, вліяя на нервную систему беременной, отражаются и на ея психической жизни. Психіатры справедливо замѣчаютъ, что хотя такіе случаи встрѣчаются гораздо рѣже, чѣмъ обыкновенно думаютъ и притомъ большею частію вовсе не въ такой степени, чтобы вліять на юридическую и нравственную оцѣнку совершаемыхъ фактовъ, но тѣмъ не менѣе иногда, въ силу тѣсной связи половой системы съ дѣятельностью мозга, психическія измѣненія подъ вліяніемъ беременности приобрѣтаютъ несомнѣнный характеръ душевныхъ болѣзней, въ видѣ маній, бѣшенства, полнаго извращенія представленій; къ числу таковыхъ относится и такъ называемая похоти беременныхъ, неодолимыя стремленія къ обладанію какимъ-либо предметомъ, къ совершенію извѣстныхъ дѣйствій и т. д. Судебныя лѣтписи представляютъ довольно много случаевъ этого рода, хотя, конечно, было бы странно утверждать безнаказанность всякой попытки осуществленія подобной похоти. Подъ ними весьма часто можетъ скрываться выполненіе затаеннаго преступнаго намѣренія, продуктъ дурныхъ наклонностей, эгоистическаго расчета или простое подражаніе модѣ, симулированіе и т. п.

Еще важнѣе для уголовного права актъ родовъ и наступающее послѣ того болѣзненное состояніе родильницы, въ особенности при нѣкоторыхъ преступле-

³⁰⁵ См. Ellinger, Zurechnungsfähigkeit, стр. 31—33; Ideler, Lehrbuch, стр. 102—105, F. Brefeld, Maturität in Bezug auf Freiheit und Zurechnung, 1842.

³⁰⁶ Касперъ въ обработкѣ Штейнберга, стр. 455—469. См. въ особенности у Фридрейха, System, стр. 218—245; Hoffbauer, über die Gelüste, besonders der Schwangeren und ihren Einfluss auf die rechtliche Zurechnung, N. A. d. Cr. R. 1817; Jörg, die Zurechnungsfähigkeit der Schwangeren und Gebärenden, 1837. Buchner, Lehrbuch, № 135—137; Ellinger, v. c., стр. 25—31; Ideler, System, стр. 105—111.

Танке
нихъ, напр., при дѣтубійствѣ ³⁰⁷⁾. Измѣненія, вызываемыя родами, какъ указывалъ еще Генке, могутъ быть двояки. Во-1-хъ, они могутъ вызывать полное ослабленіе физическихъ и психическихъ силъ, въ особенности при родахъ трудныхъ, продолжительныхъ. Оно проявляется въ парализаціи способности ощущать и двигаться; память перестаетъ работать, появляются обмороки, неодолимое стремленіе ко сну, летаргія. Эти состоянія получаютъ особенное значеніе тамъ, гдѣ обвиненіе имѣть въ виду бездѣйствіе матери, неоказаніе ею необходимыхъ пособій поворожденному. Во-2-хъ, чаще встрѣчаемое состояніе первой экзальтаціи, страшная раздражительность. Родовыя схватки, повторяясь съ новыми болями, доходятъ до своего апогея въ самый моментъ родовъ, прохожденія младенца чрезъ устье матки; роженицею овладѣваютъ припадки бѣшенства, она рветъ на себѣ одежду, ломаетъ окружающую мебель; съ ненавистью относится она ко всѣмъ окружающимъ, къ лицамъ наиболѣе для нея дорогимъ; но въ особенности эта ненависть сосредоточивается на источникѣ страданія — рождающемся ребенкѣ; она дѣлаетъ конвульсивныя движенія, чтобы ускорить актъ родовъ, нанести вредъ малюткѣ и т. п. По преимуществу такіе случаи возможны тамъ, гдѣ роды происходятъ въ первый разъ, идутъ быстро, совершаются тайно, такъ что рожаящая не пользуется никакою помощью.

По большей части это ненормальное состояніе, безпамятство или умоиступленіе, оканчивается съ моментомъ послѣдняго акта родовъ, или послѣ короткаго промежутка времени, но иногда оно переходитъ въ дѣйствующее, послѣродовое душевное разстройство, въ особенности тамъ, гдѣ оно обусловливается специальными болѣзнями родильницъ, каковы, напр., молочная и родильная лихорадка. Конечно, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ подобное разстройство будетъ точно доказано, ответственность существовать не можетъ.

3) Горячечныя состоянія ³⁰⁸⁾. Лихорадочныя болѣзненные состоянія, въ особенности у людей нервныхъ, весьма часто сопровождаются галлюцинаціями, фантастическимъ бредомъ, иногда полнымъ умоиступленіемъ. Такія состоянія являются или въ періодъ высшаго развитія болѣзни подъ вліяніемъ наступившаго жара и химическихъ измѣненій свойствъ крови, или же въ періодъ выздоровленія, очевидно подъ вліяніемъ недостаточнаго питанія мозга, утомленія и притупленія мозговой дѣятельности.

4) Нервная болѣзнь ³⁰⁹⁾. Большинство нервныхъ болѣзней можетъ, конечно, болѣе или менѣе сильно отражаться на душевной дѣятельности, но особенное значеніе имѣть въ судебно-психологической практикѣ — эпилепсія и истерія ³¹⁰⁾. Эпилепсія такъ часто сопровождается или переходитъ въ душевную болѣзнь, что между ними трудно провести какую-либо точную границу. У эпилептиковъ эти страданія замѣчаются или во время самыхъ припадковъ, или въ промежуткѣ

³⁰⁷⁾ См. доводы противъ вліянія родовъ у Tardieu, étude sur la folie и разборъ его мнѣнія у Штейнберга, стр. 457 и сл.

³⁰⁸⁾ Крафтъ-Эбингъ, психологія, стр. 108—109; G. Scharlau, über die körperlichen Verhältnisse, welche bei sonst scheinbar vernünftigen die Zurechnungsfähigkeit für begangene Verbrechen ausschliessen. 1854.

³⁰⁹⁾ Касперъ въ обработкѣ Штейнберга, стр. 415—455; А. Фрезе, о судебно-психологическомъ значеніи эпилепсіи, Суд. Мед. Сборн. 1874 № 2; Крафтъ-Эбингъ, психологія, стр. 109—118; Ellinger, в. с., стр. 77—80, стр. 143—145; Ideler, Lehrbuch, стр. 194—199; Buchner, Lehrbuch, № 140—141. Въ судебно-медицинскомъ отношеніи необходимо также имѣть въ виду, что случаи симулированной эпилепсіи всею чаще встрѣчаются на практикѣ.

³¹⁰⁾ Изъ другихъ видовъ нервныхъ болѣзней, рѣже встрѣчающихся въ жизни, особенно выдается инволюція, такъ часто переходящая въ меланхолію. Ср. Касперъ-Штейнбергъ, стр. 469—474.

между ними, какъ преходящая *mania epileptica*; иногда же, послѣ неоднократно повторяющихся припадковъ, проявляется прогрессирующее слабо-и тупоуміе. Основными чертами эпилептического расстройства является прежде всего ненормальное настроеніе духа, склонность къ раздраженію; весьма нерѣдко также проявляется особенная наклонность къ похищенію самыхъ разнообразныхъ, часто совершенно малоцѣнныхъ вещей, похищеніе, совершаемое по большей части безъ всякой нужды, безъ всякаго плана, такъ называемая клептоманія. Въ болѣе рѣдкихъ случаяхъ у эпилептиковъ проявляется глубокое душевное угнетеніе, страшныя галлюцинаціи, высокая степень раздражительности и т. п.

Такую же роль играетъ и истерія—одна изъ наиболѣе разнообразныхъ нервныхъ болѣзней, встречающаяся по преимуществу у женщинъ. Вызываемая или обусловленная страданіями половой системы, она весьма часто сопровождается расстройствомъ психическихъ функций, а иногда переходитъ въ душевныя болѣзни, острые или хроническія, какъ нимфоманія у женщинъ.

5) *Галлюцинаціи и иллюзіи*³¹¹⁾. При галлюцинаціяхъ субъективные чувственные образы, возникающіе у насъ помимо всякихъ соответствующихъ имъ явленій реального міра, получаютъ какъ бы объективное бытіе, дѣйствительность; при иллюзіяхъ же больной дѣлаетъ ложное объясненіе дѣйствительно существующихъ явленій, такъ что его представленія не соответствуютъ дѣйствительности по объему, формѣ или самому содержанію. Конечно, по большей части подобныя явленія представляются спутниками уже развившихся душевныхъ болѣзней, но иногда они возникаютъ совершенно самостоятельно, влѣдствіе специальныхъ страданій органовъ воспріятія или другихъ ненормальныхъ состояній организма, напр. чрезмѣрнаго физическаго истощенія, умственной усталости, въ особенности при суевѣрныхъ галлюцинаціяхъ.

Для опредѣленія юридическаго значенія подобныхъ состояній необходимо обращать вниманіе, во-1-хъ, на ихъ силу, такъ какъ очевидно, что есть большое различіе между галлюцинаціями зрѣнія, состоящими только въ появленіи свѣтлыхъ точекъ, круговъ, и возникновеніемъ цѣлыхъ образовъ, картинъ, сценъ; между слуховыми обманами въ видѣ неясныхъ звуковъ, тоновъ и выслушиваніемъ словъ, фразъ, цѣлыхъ рѣчей, неуставно преслѣдующихъ больного. Въ особенности важное значеніе получаютъ тѣ случаи, когда является одновременное расстройство нѣсколькихъ органовъ чувствъ. Во-2-хъ, необходимо обращать вниманіе на отношеніе нашего сознанія къ этимъ ложнымъ представленіямъ, на то, сознаются ли они больнымъ, какъ ненормальныя явленія, и онъ самъ смотритъ на нихъ, какъ посторонній зритель, или же онъ утрачиваетъ самый критерій для ихъ оцѣнки, такъ что думаетъ, что дѣйствительно видитъ и слышитъ все это, вѣритъ этому и подчиняется ихъ вліянію,—физиологическія и патологическія галлюцинаціи. Очевидно, что не можетъ быть отвѣтственности за дѣйствія, бывшія продуктомъ подобныхъ болѣзненныхъ представленій, но нельзя не согласиться съ Фридрейхомъ, что даже и при галлюцинаціяхъ перваго рода могутъ быть случаи, устраняющіе вмѣняемость, когда человѣкъ, подъ вліяніемъ этихъ непрерывныхъ лож-

³¹¹⁾ Касперъ въ обработкѣ Штейнберга, стр. 481—488; Гринингеръ, душевныя болѣзни, стр. 98—122; Ellinger, Zurechnungsfähigkeit, стр. 145; Hagen, die Sinnestäuschungen in Bezug auf Psychologie, Heilkunde und Rechtspflege 1837. Много любопытныхъ примѣровъ у Шиллинга, psychiatrische Briefe, стр. 18—36. Любопытный случай изъ нашей практики—убійство Львовымъ знахарки Филипповой, принятой имъ за змѣю, Сборникъ Любавскаго, т. III, № 1. Опредѣленіе существованія галлюцинацій и ихъ вліянія на дѣйствія представляетъ наиболѣе затрудненій, такъ какъ въ большой части случаевъ единственнымъ доказательствомъ являются собственные показанія обвиняемаго.

ныхъ представлений, впадаетъ въ состояніе полнаго отчаянія, угнетенія, заставляющаго выполнить то, что онъ и самъ признаетъ плодомъ разстроеннаго воображенія.

В) Душевные болѣзни ³¹²⁾.

95. Еще болѣе разнообразія представляетъ послѣдняя группа причинъ, уничтожающихъ способность ко вмѣненію, это — спеціальныя болѣзни мозга, болѣзненные разстройства мозговыхъ функций, которыя мы называемъ общимъ именемъ сумасшествія. Самая классификація и разсмотрѣніе отдѣльныхъ видовъ этихъ болѣзней не только представляются затруднительными въ виду недостаточной разработки симптоматики этихъ страданій, но и бесполезными для юриста; для него важно только, чтобы экспертиза доказала, что обвиняемый находился въ моментъ совершенія дѣянія въ состояніи психическаго разстройства, такъ что дѣяніе не могло ему быть вмѣнено въ преступленіе.

Прежде всего самое опредѣленіе сумасшествія представляетъ уже значительныя затрудненія, такъ какъ, по справедливому замѣчанію Гринингера, границы, отдѣляющія больного отъ здороваго, имѣютъ часто количественный, а не качественный характеръ, т.-е. тѣ же явленія, которыя замѣчаются въ здоровой психической жизни, встрѣчаются и у больныхъ, только въ усиленномъ и осложненномъ видѣ. Существенный процессъ сумасшествія, говоритъ Гринингеръ, (стр. 70—71) заключается, во-1-хъ, въ томъ, что извѣстныя состоянія мозга, извѣстныя настроенія, чувства, волненія, сужденія—возникаютъ изнутри, вслѣдствіе рѣшенія вызываются только достаточными внѣшними побужденіями; во-2-хъ, въ томъ, что самая сила и продолжительность ощущеній и представлений, даже воз-

³¹²⁾ Пущгаревъ, душевные болѣзни. 1848. Шюрмайеръ, руководство къ изученію судебной медицины, пер. Ловцова. 1861, стр. 243—306; Гринингеръ, душевные болѣзни для врачей и учащихся, пер. Овсянникова. 1867; Сенкей, лекціи о душевныхъ болѣзняхъ, пер. Исаина. 1868; Маудсли, физиологія и патологія души, пер. Исаина. 1870—71; А. Фрезе, очеркъ судебной психологіи. 1871; Лиманъ, сомнительныя болѣзненные состоянія передъ судомъ, пер. съ нѣмецкаго. 1871 г.; Д. Скржечка, душевные болѣзни по отношенію къ ученію о вмѣненіи, пер. Лицкаго. 1873 г.; Крафтъ-Эбингъ, уголовная психологія, пер. Лицкаго. 1874; Касперъ, практическое руководство къ судебной медицинѣ, отдѣлъ 2-й, душевные болѣзни и способность ко вмѣненію, обработанное С. Штейнбергомъ. 1873—1874; Piper, über Seelenstörungen und Zurechnungsfähigkeit. 1842; Hoffbauer, die psychische Krankheiten und die damit verwandten Zuständen in Bezug auf die Rechtspflege. 1844; Friedreich, System der gerichtlichen Psychologie. 1852; Ideler, Lehrbuch der gerichtlichen Psychologie. 1857; Neumann, Lehrbuch der Psychiatrie. 1859; Ellinger, Zurechnungsfähigkeit, часть 2-я. 1861; E. Knocke, die Geisteskranken vor dem Schwurgericht. 1863; I. Schilling, psychiatrische Briefe oder die Irren, das Irresein und das Irrenhaus. 1863; E. Ricker, die Seelenstörungen in ihrem Wesen und ihrer Behandlung. 1864; E. Buchner, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin. 1867, стр. 73—160; Georget, des maladies mentales considerées dans leurs rapport avec la législation. 1827; Esquirol, des maladies mentales. 1838; Orfila, leçons de médecine légale. 1847; Morel, traité de la médecine légale des aliénés. 1866; Despine, psychologie naturelle. 1868; Tardieu, étude médico-légale sur la folie. 1872. См. также литературныя указанія у F. Hélie, въ изданіи Нипельса, I, стр. 280, пр. 1.

никших нормальным образом, поддерживаются и развиваются только изнутри. Безпричинность душевных состояний, немотивированная смѣна веселаго и мрачнаго настроенія встрѣчается часто, но у больных оно дѣлается исключительно господствующимъ явленіемъ; безумныя мысли появляются у всякаго, но и уходятъ безслѣдно, и только у больных, встрѣчая подготовленную почву, онѣ повторяются постоянно. приобрѣтаютъ господство ³¹³⁾.

Еще труднѣ провести границу между сумасшествіемъ и другими патологическими состояніями организма и подраздѣлять на группы самыя душевныя болѣзни. Во-1-хъ, какъ мы уже видѣли, большинство патологическихъ состояній, а въ особенности нервныя болѣзни легко переходятъ въ болѣзни душевныя, а съ другой—самыя симптомы ихъ трудно отдѣлимы другъ отъ друга; такъ, напр., болѣзненныя проявленія въ органахъ чувствъ—галлюцинаціи и иллюзіи, тѣсно соприкасаются съ такими же явленіями у душевно-больныхъ; раздраженіе и чрезмѣру возбужденная впечатлительность, или, наоборотъ, притупленіе, анемія чувствительной дѣятельности, замѣчаемая въ состояніи аффекта, встрѣчается опять-таки и при болѣзненныхъ разстройствахъ ³¹⁴⁾.

Притомъ, самыя эти подраздѣленія и отличія не существенны для юриста. Преступленіе совершилось—общество должно бороться съ его послѣдствіями, вредными для общегіи; но оказывается, что виновникъ былъ душевно-больной—общество примиряется съ этимъ печальнымъ фактомъ и, если возможно, заботится объ устраненіи самой причины—душевной болѣзни; если можно опасаться повторенія подобнаго проступка—оно принимаетъ противъ опаснаго больного мѣры предохранительныя, присмотръ; если же дѣяніе было совершено лицомъ въ нормальномъ состояніи—оно, въ борьбѣ съ нимъ, прибѣгаетъ къ другимъ принудительнымъ мѣрамъ—къ наказанію. Важная задача эксперта-психіатра показать, что въ данномъ случаѣ дѣйствительно существуетъ психическое разстройство и устранить, такимъ образомъ, возможность примѣненія наказанія тамъ, гдѣ должно имѣть мѣсто леченіе ³¹⁵⁾.

³¹³⁾ Группировку различныхъ возрѣній на существо душевныхъ болѣзней см. у Ellinger'a, в. с., стр. 87—88; Dalloz, répertoire, XXXV, art. Peine, № 389; Rossi, traité, II, стр. 38.

³¹⁴⁾ Гризингеръ, душевныя болѣзни, предлагаетъ слѣдующую классификацію: 1) состояніе душевной подавленности; 2) состояніе душевной эзальтациі въ двухъ видахъ—бѣшенства и помѣшательства; 3) состояніе психическаго расслабленія; 4) смѣшанная форма. Ср. также Ellinger, в. с., стр. 131—141. Весьма интересна для юристовъ приведенная у него классификація Флеминга; оригинальную классификацію предлагаетъ Маудсли.

³¹⁵⁾ Нѣтъ никакого сомнѣнія, что въ судебной практикѣ, старой и новой, встрѣчается весьма много случаевъ осужденія лицъ, бывшихъ несомнѣнно душевно-больными, что въ тюрьмахъ и на каторгѣ много такихъ субъектовъ, которыхъ мѣсто въ больницахъ и домахъ для умалишенныхъ. Прежде главною причиною такого явленія было по преимуществу плачевное состояніе психіатріи, какъ науки, отсутствіе лицъ, могшихъ дѣйствительно отличить душевно-больнаго отъ здороваго. Теперь психіатрія сдѣлала большіе шаги впередъ; хотя ея истинно научная основа, физиологическая психологія, только еще зарождалась, но уже и теперь масса наблюдений, опытовъ, теоретическихъ изысканій, придаютъ дѣйствительную вѣскость мнѣнію опытнаго и знающаго психіатра. Но за то нерѣдко встрѣчается нынѣ другое условіе, грозящее сдѣлаться новымъ источникомъ судебныхъ ошибокъ—это стремленіе многихъ психіатровъ выйти за предѣлы своей компетентности, замѣнить истинно медицинскую точку зрѣнія отвѣденной, тенденціозной—стремленіе, по естественнымъ причинамъ вызывающее нерѣдко недобѣре и ко вѣсьмъ выгодамъ эксперта-психіатра. Психіатры забываютъ, что ихъ обязанность состоитъ не въ рѣшеніи вопроса о томъ: заслуживаетъ ли данное лицо общественной кары, а что они констатируютъ только то, что находился ли обвиняемый въ моментъ совершенія дѣянія въ болѣзненномъ состояніи или нѣтъ. Обсужденіе же этого вопроса должно быть сдѣлано врачомъ независимо отъ самой юридической или моральной характеристики поступка, т. е.

96. Поэтому мы и не будем останавливаться на классификации и описании отдельных психических болезней, а укажем только на некоторые вопросы, возбуждающие судебно-медицинский интерес.

1) Признаками душевной болезни никаким образом нельзя считать безумный бред и сумасбродные поступки. Давно уже психиатры стараются доказать, что общераспространенное отождествление сумасшествия с безумием лишено всякого основания; не только большинство душевных болезней начинается с болезненного изменения характера, аномалий в ощущениях и настроениях и зависящих от этого душевных волнений, но иногда эти черты преобладают во весь первый период болезни или даже являются наиболее выдающимся элементом во все время ее течения. Состояние это может проявляться или в виде душевной подавленности — тоски, меланхолии, когда преобладающими эффектами являются тяжелые, подавляющие психическую деятельность и доводящие ее иногда до состояния полной притупленности; или же в форме экзальтации — безпричинного возбуждения, усиленного и скорого течения представлений, мало-помалу переходящего в состояние мании. Несомненно, что и в этом состоянии не может быть и речи о вмешении ³¹⁶). Если восприятие впечатлительной, логическая конструкция идей и представлений совершается пока и по видимому по тем же законам, как и у здоровых, то совершенно изменяется оперирование этими представлениями, как мотивами действия, уничтожается способность верной их характеристики и оценки; выводы, по видимому, логически правильные, но должны послужить, на которых они основаны. Большой разматривает все под известным определенным углом зрения; во всем старается отыскать иное, скрытое для других, но ясное для него значение. Каждое слово, движение становится для него не только намеком, но ясным указанием, определением; недоверие и подозрительность поддерживаются тем, что способность психического сопротивления — все более и более парализуется, и наконец вся психическая личность больного изменяется: вблизи любимые лица становятся предметом ужаса и отвращения, прежние интересы, стремления замѣняются противоположными, по преимуществу крайне эгоистичными ³¹⁷).

врач должен решить: был ли данный человек душевно-больным, независимо от того, совершил ли он поступок добродетельный, порочный или безразличный; он должен только сказать, требовало ли данное лицо медицинской помощи или нет. Идея о том, что карательная деятельность государства, безотносительно к ее содержанию, есть зло и притом не только при будущем идеальном, но даже и при настоящем строе общественном, нередко проглядывающая в сочинениях по психиатрии, приводит даже к защите дѣтски-наивного парадокса, что всякое преступление есть проявление сумасшествия. В виде примѣра неправильной постановки вопроса, укажу на статью Зольбрига, преступление и сумасшествие, сь его стремлением создать среднее понятие между преступлением и сумасшествием — преступное сумасшествие; или на рассуждение в Штейнберга, стр. 496—502, в его, во многих отношениях весьма полезной, обработке отъѣла о душевных болезнях в учебник Каспера; сам автор замѣчает, что его выводы приведут в отчаяние многих юристов, но, конечно, правильнее было бы сказать — логически думающих людей, так как все эти страницы лишены всякого содержания. Ничего подобного не найдем мы, напр., в классическом руководстве Гринингера, которое, вѣроятно, долгое время будет служить главным основанием судебно-медицинской практики. Совершенно верно ставить этот вопрос Wahlberg, Individualisirung, стр. 83. См. также Ruf, Criminaljustiz, стр. 22 и сл.

³¹⁶) См. в особенности Крафт-Эбингъ, психология, стр. 51 и сл.; Касперъ, в обработке Штейнберга, стр. 546 и сл. За ответственность в случаях простой меланхолии — Berner, Imputationslehre, стр. 160.

³¹⁷) См. в особенности Крафт-Эбингъ, болезненные настроения души, пер. Чакина. 1868, стр. 13 и сл.; Скретча, душевные болезни, стр. 21; Wahlberg, Individualisirung, стр. 80 и сл. Эти резонирующие помѣшанные даже считаются наиболее неизлечимыми.

2) Существованіе однопредметнаго помѣшательства, кака-либо *idée fixe*, такъ же уничтожаетъ отвѣтственность, какъ и полное извращеніе мыслительной дѣятельности ³¹⁸). Извращеніе психической дѣятельности составляетъ наиболее рѣзко выдающійся признакъ сумасшествія, это извращеніе относится или къ самой формѣ—процессу мышленія, или къ его содержанію. Въ первомъ случаѣ мы встрѣчаемъ или замедленіе мышленія, соединенное съ потерей памяти; больной затрудняется въ приисканіи словъ, что ясно указываетъ на бѣдность представленій, повторяетъ одно и то же слово въ теченіи долгаго времени и т. п.; или же наоборотъ, у больного появляется усиленная мозговая дѣятельность, начинается настоящая гоньба идей, представленій, которая весьма скоро утрачиваетъ всякую связь и систему. При измѣненіи же самаго содержанія мышленія къ понятіямъ и идеямъ, производнымъ отъ міра объективнаго, начинаютъ примѣшиваться исключительно субъективныя, ни съ чѣмъ несообразныя представленія, и мало-по-малу объективное вполне замѣняется субъективнымъ. Эти ложныя идеи прививаются не сразу, человекъ часто долгое время видитъ ихъ ненормальность, пугается ихъ, борется съ ними и только мало-по-малу подчиняется ихъ господству; иногда они обхватываютъ все міросозерцаніе человека, иногда относятся къ небольшому ограниченному кругу идей, такъ что процессы во всей остальной сферѣ мышленія совершаются, повидимому, вполне правильно. Но было бы ошибочно, какъ справедливо говоритъ Гризингеръ, вѣрить въ существованіе такого состоянія сумасшествія, въ которомъ бы больной имѣлъ только одну постоянную мысль и былъ бы совершенно здоровъ въ другихъ отношеніяхъ, такъ какъ даже и при частномъ помѣшательствѣ вся психологическая индивидуальность потрясена. Нѣтъ никакой возможности, замѣчаетъ Иделеръ, (стр. 258) отдѣлить болную часть души отъ здоровой, одну подвергнуть судебному преслѣдованію, а другую освободить отъ всякой отвѣтственности.

3) Что касается до состоянія непреодолимаго стремленія къ преступленію, какъ особой, самостоятельной формы душевнаго разстройства, то этотъ вопросъ, еще недавно бывшій однимъ изъ любимыхъ спорныхъ пунктовъ въ психіатріи, нынѣ разрѣшенъ окончательно и притомъ отрицательно ³¹⁹). Всѣ эти отдѣльныя формы мономаній, какъ ругomania или неодолимая наклонность къ поджогу, kleptomania или страсть къ воровству, phonomania, или наклонность къ убійству, или подведены подъ другія дѣйствительныя формы психическаго разстройства, или вовсе отброшены, какъ фантомы, имѣвшія, по вѣрному замѣчанію Иделера, одну цѣль—облегчить мало свѣдущимъ экспертамъ разрѣшеніе наиболее труд-

³¹⁸) Ideler, Lehrbuch, стр. 254—266; Бернеръ, учебникъ, стр. 390; къ ученію о невмѣняемости, Суд. Вѣстн. 1871 г., № 76. Ср. по этому вопросу французскихъ юристовъ: F. Hélie, I, № 258; Boitard, v. c., № 173; Rossi, traité, II, стр. 44; Bertauld, cours, стр. 318, защищаетъ отвѣтственность однопредметно-помѣшанныхъ за всѣ дѣянія, выходящія за предѣлы ихъ *idée fixe*; тоже Geib, Lehrbuch, стр. 79, но онъ прибавляетъ, что во всякомъ случаѣ наказаніе отлагается до полного выздоровленія. Кестлинъ, System, стр. 153, предлагаетъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ прямой связи дѣянія съ ложною идею—дисциплинарное наказаніе.

³¹⁹) Ср. Ellinger, Zurechnungsfähigkeit, стр. 156 и сл.; Ideler, System, стр. 294 и сл.; см. въ особенности у него возраженія противъ пироманіи и клептоманіи; Friedreich, Lehrbuch, стр. 469—511, защищаетъ это ученіе; Крафтъ-Эбингъ, психологія, стр. 70; Berner, Imputationslehre, стр. 75, и сл.; Н. Неклюдовъ, мономанія, какъ состояніе непреодолимаго влеченія къ преступленію. Специально о пироманіи: Iessen, die Brandstiftungen in Affecten und Geistesstörung. 1860; Mittermaier, die sogenannte Brandstiftungstrieb mit Rücksicht auf den neuesten Stand der Forschungen und erläutert durch Rechtsfälle in Friedreichs Blätter. 1864. Н. 3. Подробныя указанія на литературу у Крафта-Эбинга, болѣзненные настроенія души.

ных психиатрических вопросов³²⁰⁾. Психиатрия несомненно указывает, что часто совершается ряд однородных преступных действий, под влиянием постоянно повторяющихся однообразных ложных представлений, обманов чувств; она свидетельствует даже, что в других случаях, напр., при меланхолии, подобные явления бывают продуктом гнетущего настроения, тоски, страха, так что больной, сознавая даже преступность совершаемого факта, рѣшается на него, какъ на единственный исходъ изъ его невыносимыхъ страданій (*raptus melancholicus*); но во всѣхъ этихъ случаяхъ, очевидно, рѣчь идетъ объ обыкновенныхъ формахъ психического разстройства. Но за тѣмъ психиатрія не признаетъ возможности заболѣванія одной абстрактной способности воли, подобно тому, какъ психологія не знаетъ безпричинныхъ, примитивныхъ хотѣній, которыя не пронскакали бы изъ ощущений и представлений³²¹⁾.—Если же подобные факты были только результатомъ сильныхъ желаній, испорченности характера, отсутствія развитія и т. п., то, конечно, они не могутъ разсматриваться какъ основанія невѣняемости³²²⁾.

4) Такъ какъ современная психиатрія признаетъ существованіе такъ называемаго внезапнаго, скоропреходящаго помѣшательства, *furor transitorius*, *mania transitoria*, то нѣтъ никакого сомнѣнія, что и юристы должны признать подобное состояніе причиною, уничтожающею вѣняемость³²³⁾. Въ подобныхъ слу-

³²⁰⁾ Прототивомъ всѣхъ этихъ мономаній является ученіе о *mania sine delirio*, впервые высказанное Пинелемъ, если только понимать подъ этимъ состояніемъ не манію безъ бреда, а специальную болѣзнь воли, т.-е. такое состояніе, когда при совершенно нормальномъ состояніи психической дѣятельности, при вполнѣ правильномъ пониманіи существа и свойствъ совершаемаго факта, даже при отвращеніи къ нему, человѣкъ не можетъ удержаться отъ его совершенія. Защищаютъ эту форму изъ психиатровъ: Heinroth, Hoffbauer и др. См. Фридрихъ, в. с., стр. 424—469; изъ криминалистовъ особенно Миттермайеръ. Contra: Esquirol, Schnitzer, Casper, а въ особенности изъ юристовъ: Бернеръ, Кестльнъ, System, стр. 148 и сл. Специально этому вопросу посвящена монографія Грооса: *die Lehre von der mania sine delirio psychologisch untersucht, und in ihrem Beziehung zur strafrechtlichen Theorie der Zurechnung betrachtet*. 1830. С. Баршевъ, о вѣнненіи въ правѣ, стр. 40 и сл., говоритъ еще объ одной любопытной, хотя и не совсѣмъ понятной формѣ умственныхъ недуговъ, подходящихъ, повидимому, къ разсматриваемой категоріи, но не встрѣчающейся у новыхъ психиатровъ. Къ этой группѣ онъ именно относитъ: а) бѣглыя злыя мысли; б) внезапныя мысли; в) темныя мысли и г) фантастическія мысли.

³²¹⁾ Къ этимъ же случаямъ нужно отнести также замѣчаемую у меланхоликовъ парализацію воли, когда больной не въ состояніи рѣшиться на что либо, когда ему недостаетъ энергіи, чтобы проявить свои предшенія. Защищаютъ эту форму изъ психиатровъ: Специально случаи такъ называемой kleptomani, часто соединяются съ обыкновенною маніею, а пироманія встрѣчается при болѣзненныхъ явленіяхъ, сопровождающихъ иногда эпоху развитія зрѣлости. Ср. въ особенностяхъ Крафтъ-Эбингъ, болѣзненные настроенія, стр. 17. Объ особой болѣзни воли съ различными ея подраздѣленіями трактуетъ С. Баршевъ, рѣчь, стр. 42 и сл.; онъ даже признаетъ помѣшательство воли.

³²²⁾ Особенное вниманіе изъ всѣхъ этихъ состояній возбуждала пироманія и именно у несовершеннѣйшихъ. Въ Пруссіи въ 1824 даже было постановлено, что всѣ поджигатели отъ 12—20 лѣтъ должны быть подвергаемы психиатрическому разсмотрѣнію; но потомъ, благодаря особенно возраженіямъ Каспера противъ пироманіи, въ 1851 г. это постановленіе было отмінено. Точно также и у насъ, вопросъ о пироманіи былъ спеціально возбужденъ министерствомъ юстиціи, а медицинскій совѣтъ въ 1864 г. отвергнулъ существованіе такой спеціальной формы душевнаго разстройства. См. „Ж. М. Ю.“ 1865 № 11, смѣсь, стр. 544; при этомъ медицинскій совѣтъ изложилъ и полную исторію ученія о пироманіи. Особенно подробно разобрано ученіе о пироманіи у Iessen'a, въ сочиненіи о поджигательствѣ.

³²³⁾ Крафтъ-Эбингъ, ученіе объ остромъ или скоропреходящемъ помѣшательствѣ, пер. Гольденбаха, 1867; Гризингеръ, душевныя болѣзни, стр. 307; Ellinger, *Zurechnungsfähigkeit*, стр. 152—156; Friedreich, *System*, стр. 515—520. Иногда случаи этого рода находятся въ прямомъ соотношеніи съ такъ называемымъ скрытымъ помѣшательствомъ—*insania occulta*.

чаяхъ болѣзненный приступъ бѣшенства появляется внезапно, развивается весьма быстро, продолжается нѣсколько часовъ и затѣмъ исчезаетъ безслѣдно, или иногда и возобновляется, но черезъ извѣстный, очень часто весьма продолжительный промежутокъ времени. Въ большинствѣ случаевъ этотъ припадочный бредъ вызывается сильными приливами крови къ голоу и характеризуется довольно рѣзкими соматическими и психологическими признаками. Если подобный приступъ происходитъ при свидѣтеляхъ, то, по справедливому замѣчанію Крафта-Эбинга, онъ настолько характеристиченъ, что доказать его не трудно; но если свидѣтелей не было, нужно дѣйствовать съ большою осторожностью, такъ какъ приходится основываться только на поведеніи преступника во время дѣйствія, и на ближайшихъ обстоятельствахъ совершенія ³²⁴).

5. Далѣе, для вѣняемости безразлично, была ли душевная болѣзнь непрерывно продолжающаяся или периодическая. Но въ послѣднемъ случаѣ весьма часто возникаетъ вопросъ о значеніи дѣйствій, совершенныхъ въ такъ-называемые свѣтлые промежутки, *lucida intervalla*. Съ логической точки зрѣнія, конечно, можно сказать, что если болѣзнь вполне прекратилась, хотя бы и на время, то всѣ дѣйствія, совершенныя въ этомъ здоровомъ состояніи, должны быть вѣняемы совершившему. Но противъ такого толкованія давно уже вооружились и практика и наука психіатріи. Никакой врачъ, а тѣмъ болѣе судья, не въ состояніи, при подобныхъ условіяхъ, констатировать полное выздоровленіе больного. Психіатрія указываетъ намъ даже на существованіе особой формы скрытаго умственного разстройтва, *amentia seu insania occulta* ³²⁵), и въ разсматриваемыхъ случаяхъ, когда болѣзнь снова внослѣдствіи возвратилась, мы имѣемъ полное основаніе думать, что и въ теченіе всего свѣтлаго промежутка она была только ослаблена, скрыта. Поэтому казалось бы правильнѣе признать, что не только должна быть допущена презумпція психическаго разстройтва и въ теченіе свѣтлыхъ промежутковъ, но и полная невѣняемость дѣяній, совершенныхъ въ это время ³²⁶).

97. Въ нашемъ правѣ первыя постановленія о безотвѣтственности душевнобольныхъ встрѣчаются въ постановленіяхъ ново-указныхъ статей 1669 года, взятыхъ въ свою очередь изъ законовъ градскихъ: еще бѣсннй убійствъ, не повиненъ

³²⁴) Нельзя не прибавить, что, конечно, одно только видимое отсутствіе мотивовъ преступнаго дѣйствія само по себѣ не служитъ еще достаточнымъ доказательствомъ существованія психическаго разстройтва; оно можетъ вызвать только сомнѣнія относительно положенія больного, можетъ потребовать строгаго психіатрическаго разслѣдованія, но не болѣе. Ср. Ideler, *Lehrbuch*, стр. 319 и сл.; Росси, в. с., стр. 46. Примѣръ скоропреходящаго помѣшательства изъ нашей практики, это—убійство, совершенное Яковомъ Капризовымъ, въ сборникѣ Любавскаго, т. III, № 6.

³²⁵) Berner, *Imputationslehre*, стр. 90; Ellinger, *Zurechnungsfähigkeit*, стр. 168—176; Friedreich, *System*, стр. 511—515.

³²⁶) Крафтъ-Эбингъ, психологія, стр. 76; въ особенности Friedreich, *System*, стр. 411—423; его же, въ N. A. d. Cr. R. V. XII, über die Zurechnung im lucido intervallo der Wahnsinnigen; такое же толкованіе для французскаго права даютъ: F. Hélie, *théorie*, I, № 256; Haus, *principes*, № 526; contra: Carnot, *commentaire*, I, p. 202; онъ основывается на томъ, что по кодексу исключаетъ отвѣтственность только *démence au temps d'action*; Ortolan, I, № 330, допускаетъ только презумпцію невѣняемости. Изъ нѣмецкихъ писателей защищаетъ вѣняемость въ этихъ случаяхъ: Грольманъ, Вехтеръ, Гефтеръ, Ярке, Скржечка, Гейбъ; contra: Friedreich, *Schnittzer*, Ellinger, Крафтъ-Эбингъ, Касперъ-Штейнбергъ; но большинство или держится того же взгляда, какъ Ортоланъ, или какъ Кестлинъ, *System*, стр. 154, допускаетъ дисциплинарныя наказанія. У Кестлина же, стр. 155, пр. 4 см. постановленія различныхъ кодексовъ.

1776
301
есть смерти ³²⁷); затѣмъ воинскій артикулъ упоминаетъ только объ учиненіи воровства въ лишеніи ума (арт. 195), объ учиненіи самоубійства въ безпамятствѣ, болѣзни и меланхоліи (арт. 164) и объ оставленіи караула по болѣзни (арт. 41) ³²⁸). Но всѣ эти постановленія были весьма недостаточны. Поэтому въ 1776 г. сенатъ, по дѣлу капитана Ефимовича, зарѣзавшаго въ безуміи свою жену (П. С. З., т. XX, № 14539), полагалъ, согласно съ губернской смоленскою канцелярією, что такъ какъ за дѣйствія таковыя на сѣн случаи точныхъ законовъ нѣтъ, то отдать его въ монастырь, а затѣмъ если въ прежнее состояніе придетъ и тогда какому за то преступленіе подлежать будетъ церковному покаянію и на сколько времени предоставитъ разрѣшенію св. синода. Но рѣшеніе это не было утверждено императрицею, положившею резолюцію: передать дѣло въ совѣстный судъ, такъ какъ послѣднему, на основаніи 399 ст. учрежденія о губерніяхъ 1775 г., повелѣно было вѣдать дѣла о сумасшедшихъ. Затѣмъ, въ 1801 г. (П. С. З., т. XXVI, № 19846), было объяснено губернатору Лопухину, по поводу отдачи имъ подъ судъ умоповрежденнаго крестьянина за убійство дяди, что таковыхъ слѣдуетъ отсылать во врачебную управу для освидѣтельствованія, а оттуда въ домъ умалишенныхъ, а суду предавать нѣтъ основанія, ибо на таковыхъ нѣтъ ни суда, ни расправы, и чтобы сообразно съ этимъ и впредь такъ поступать ³²⁹).

95
Эти узаконенія, вмѣстѣ съ ст. 18 проекта 1813 года, легли въ основаніе постановленій свода законовъ 1842 г., ст. 148, и перешли въ дѣйствующее уложеніе, которое въ ст. 95 говоритъ, что преступленіе или проступокъ, учиненные сумасшедшимъ, не вменяются въ вину, когда нѣтъ сомнѣнія, что сумасшедшій по состоянію своему въ то время не могъ имѣть понятія о противозаконности и о самомъ свойствѣ своего дѣянія.

По поводу этихъ постановленій можно замѣтить слѣдующее:

1) Слово „сумасшествіе“ не имѣетъ техническаго значенія и настолько обширно, что можетъ быть прилагаемо ко всѣмъ видамъ душевныхъ страданій, частнымъ и общимъ, преходящимъ и продолжающимся, уничтожающимъ правильность сужденія или разстроивающимъ душевное настроеніе ³³⁰).

³²⁷) Но уже въ выписяхъ изъ соборнаго дѣянія 1667 года 17 іюня въ пунктѣ 11-мъ (П. С. З. I, № 412) было сказано: „а кто юродивый отъ рожденія есть, за малоуміе его ниже хвалити, ниже хулити достоинъ, токмо помиловати подобаетъ, человѣколюбія ради, зане есмы всѣ едина тварь Божія и плоть всяцѣй нуждъ подлежащая“. См. также Н. Неклюдовъ, приложения; стр. 393 и сл.

³²⁸) Но на практикѣ наказанія завѣдомо умалишенныхъ встрѣчались весьма нерѣдко; таковы, напр., случаи наказанія многихъ колдуновъ, еретиковъ, и т. п. Мулловъ указываетъ на одно любопытное дѣло 1790, гдѣ виновникъ драки былъ нѣмымъ, глухъ, дураковъ, и тѣмъ не менѣе питанъ и подвергнутъ наказанію. Также, напр., самозванецъ Ивашко Клеопинъ, завѣдомо умоповрежденный, былъ казненъ. Впрочемъ, Горегладзе, въ своемъ начертаніи россійскаго уголовного права 1815 года, ст. 127, прямо выводитъ изъ отдѣльныхъ узаконеній, что по нашему праву лишенный ума не подлежитъ наказанію.

³²⁹) Въ 1827 г., дек. 7 (т. II, № 1597) по поводу лицъ, совершившихъ убійство въ сумасшествіи, было указано содержать ихъ въ домѣ для сумасшедшихъ; въ случаѣ облегченія переводить въ особое отдѣленіе, а освобождать не иначе, какъ съ разрѣшенія Мин. Вн. Дѣлъ и притомъ 5 лѣтъ спустя послѣ выздоровленія; эти правила были еще подробнѣ развиты въ указѣ 1835 г. 19 февраля, вошли въ сводъ законовъ 1842 г., ст. 149. Ср. также указы 1722 г., апр. 6, 1723 6 дек. (П. С. З. т. VI, № 3949; т. VII, № 4385) объ освидѣтельствованіи дураковъ въ сенатѣ и 1766, 9 октября (т. XVII, № 12754) объ отвѣтственности лицъ, имѣвшихъ надзоръ за умалишенными; 8 іюня 1815 (П. С. З., т. XXXIII, № 25876) объ освидѣтельствованіи сумасшедшихъ въ губерніяхъ.

³³⁰) Т. X, ч. I, ст. 366 говоритъ: „сумасшедшими почитаются тѣ, коихъ безуміе происходитъ отъ случайныхъ причинъ, и составляя болѣзнь, доводящую иногда до бѣшенства, можетъ наносить обоюдный вредъ обществу и имъ самимъ, и потому требуетъ особаго надзора“. Но и это опредѣленіе настолько же общее, какъ и постановленія

2) Но за то самый признакъ, которымъ законъ характеризуетъ сумасшествіе, т.-е. неимѣніе понятія о противозаконности и свойствѣ своихъ поступковъ, въ высшей степени неудаченъ, такъ какъ если бы строго держаться буквального текста закона, то пришлось бы наказывать такихъ лицъ, которыхъ психіатрія относитъ не только къ несомнѣнно, но даже неизлечимо помѣшаннымъ. Но, разумѣется, законъ употребилъ это выраженіе только какъ одну изъ характеристикъ помѣшательства; дѣло психіатра-эксперта разрѣшитъ болѣе широкій вопросъ о томъ, не находился ли подсудимый въ болѣзненномъ психическомъ состояніи, исключавшемъ возможность сознательнаго самоопредѣленія ³³¹⁾.

3) Ненормальное психическое состояніе должно относиться ко времени совершения преступленія; поэтому, по тексту закона, преступленіе, совершенное во время свѣтлаго промежутка, должно быть вмѣняемо; но несомнѣнно только, что такое состояніе должно быть точно доказано, а въ возможности такого доказательства въ большинствѣ случаевъ весьма сомнѣвается современная психіатрія ³³²⁾.

4) Уложеніе допускаетъ презумпцію вмѣняемости, но, какъ мы уже видѣли, эта презумпція находится въ полномъ противорѣчій съ постановленіями устава уголовного судопроизводства.

5) Самое освидѣтельствованіе лицъ, оказавшихся при слѣдствіи безумными или страдающими умственнымъ разстройствомъ, производится на основаніи уст. угол. суд., ст. 353—356.

6) Если окажется, что призванный сумасшедшимъ совершилъ убійство или поджогъ, или покушеніе на нихъ или покушеніе на самоубійство, то онъ, согласно ст. 95 улож. и приложенію IV къ этой статьѣ, заключаются въ домъ умалишенныхъ, хотя бы даже родственники пожелали взять его къ себѣ и смотрѣть за нимъ, и притомъ съ тѣмъ, что изъ этого дома онъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть освобождаемъ или исключаемъ безъ разрѣшенія высшаго начальства. Если время покажетъ, что сумасшествіе прошло и въ теченіе двухъ лѣтъ не было припадковъ, то больные по точному удостовѣренію въ ихъ здоровьѣ могутъ быть освобождаемы; этотъ двухлѣтній срокъ можетъ быть даже сокращенъ въ случаѣ

уложенія; конечно, если опять-таки не придавать имъ строго буквального толкованія. См. Касперъ-Штейнбергъ, стр. 340. Мировой уставъ въ ст. 10 п. 3 только называетъ въ числѣ причинъ невмѣяемости сумасшествіе, не давая ему никакого опредѣленія; то же дѣлаетъ сельско-судебный уставъ, ст. 459; а воинскій уставъ о наказаніяхъ въ этихъ случаяхъ прямо отсылаетъ къ уложенію.

³³¹⁾ Чрезвычайно любопытно въ этомъ отношеніи мнѣніе медицинскаго совѣта по дѣлу о психическомъ состояніи самоубійцы К. См. Касперъ-Штейнбергъ, стр. 342. Совѣтъ высказалъ: „психически больной можетъ сознавать свое мучительное состояніе и даже правильно рассуждать о немъ, знать, что онъ боленъ, но это сознание у него болѣзненное; воля при этомъ можетъ быть такъ слаба, другими словами, способность останавливать исполненіе своихъ ненормальныхъ желаній и прерывать нежеланное теченіе мыслей, порождаемыхъ болѣзненнымъ состояніемъ мозга, такъ ничтожна, что больной, противъ своей воли, становится слѣпымъ и точнымъ исполнителемъ своихъ ненормальныхъ мыслей и болѣзненныхъ приказаній, побужденій. Ср. подробный разборъ этого условія, ст. 95, у Штейнберга, стр. 350—352.

³³²⁾ Чрезвычайно любопытнымъ представляется рѣшеніе сената по дѣлу Кичеева (72/560). Кичеевъ содержался въ домѣ умалишенныхъ и былъ признанъ выздоровѣвшимъ окончательно только по указу сената отъ 3 ноября 1869, а между тѣмъ 18 октября 1868 г. совершилъ проступокъ, за который былъ преданъ суду и осужденъ. Разсматривая это дѣло по жалобѣ защитника, сенатъ высказалъ, что при каждомъ новомъ преступленіи, совершенномъ лицомъ, хотя и признаннымъ однажды сумасшедшимъ, вопросъ о невмѣяемости преступленія долженъ быть возбуждаемъ вновь и долженъ разсматриваться на общемъ основаніи, несмотря на прежнее освидѣтельствованіе обвиняемаго.

особыхъ къ тому оснований, и выздоровѣвшій можетъ быть отданъ родственникамъ на поручительство съ обязанностью тщательнаго за нимъ наблюденія ³³³).

98. Но болѣзненное разстройство психической дѣятельности подсудимаго обнаруживаетъ свое вліяніе и въ томъ случаѣ, когда оно произошло послѣ совершенія преступленія, прекращая на время или навсегда производство по дѣлу или исполненіе уже состоящаго приговора.

Что касается до перваго случая, то сумасшествіе останавливаетъ безусловно производство, въ какой бы моментъ процесса оно ни случилось; поэтому, напр., если сумасшествіе обнаружилось послѣ постановки приговора, то оно должно быть принято въ расчетъ при исчисленіи апелляціонныхъ и кассационныхъ сроковъ. Что же касается до исполненія приговора, то по 1 п. 959 ст. исполненіе всякаго личнаго наказанія отлагается по случаю болѣзни подсудимаго, препятствующей его исполненію, но денежныя штрафы подлежатъ, конечно, удовлетворенію ³³⁴).

§ 3. Вліяніе на отвѣтственность физическихъ качествъ субъекта.

99. Итакъ, субъектомъ преступленія можетъ быть только лицо, обладающее способностью ко вмѣненію; другія физическія свойства преступника могутъ имѣть вліяніе только на мѣру отвѣтственности или на порядокъ примѣненія наказанія, но не измѣняютъ существа преступленія.

Нѣкоторыя изъ этихъ условій мы уже разбирали выше въ ученіи о вмѣнятности; такъ, сюда относятся: 1) возрастъ лица, какъ юношескій, когда законъ, признавая вмѣнятность виновному, совершеннаго дѣянія, допускаетъ или полную замѣну или смягченіе наказанія, такъ и престарѣлый—эпоха упадка силъ; 2) болѣзненное состояніе преступника, и притомъ не только во время совершенія преступленія, но и послѣ него, напр., во время суда или отбытія наказанія. Такимъ образомъ по нашему праву болѣзнъ, лишаящая возможности отлучиться изъ дому (уст. уг. суд., ст. 388), является причиной, устраняющею, напр., отвѣтственность за неявку къ суду—свидѣтелей, экспертовъ, присяжныхъ и т. п., причемъ, разумѣется, это правило имѣетъ значеніе для всѣхъ вообще случаевъ неисполненія требованій закона по невозможности, отъ болѣзни происходящей ³³⁵). Далѣе,

³³³) По справедливому замѣчанію редакторовъ, постановленія о мѣрахъ предосторожности противъ умалишенныхъ не должны бы имѣть мѣста въ уложеніи, но помѣщены здѣсь только по примѣру свода.

³³⁴) Ср. по этимъ вопросамъ французскихъ комментаторовъ: Ф. Эли, I, № 269; Blanche, II, № 198—200. Что касается до вліянія сумасшествия на теченіе давности, то вопросъ этотъ будетъ рассмотрѣнъ при изложеніи ученія о давности.

³³⁵) Но есть и обратные случаи, гдѣ болѣзнъ является условіемъ, опредѣляющимъ отвѣтственность обвиняемаго, напр. при скрѣпѣ заразной болѣзни, улож. ст. 854, 855, мир. уст., ст. 44.

исполнение наказания отлагается (уст. уг. суд., ст. 959) для больных до их выздоровления; точно также оно не может быть исполняемо над женщинами беременными или родившими, до истечения 40 дней послѣ родовъ; женщины, кормящія младенцевъ грудью, не подлежатъ ссылкѣ до истечения 1½ лѣтъ со дня рожденія младенца, если только сами не погребуютъ этого. Беременные и только-что родившія, кромѣ того, въ ссылкѣ и въ мѣстахъ заключенія освобождаются отъ работы, а во время кормленія младенцевъ (1½ г.) работы эти для нихъ облегчаются (уст. уг. суд., ст. 970). Далѣе, по уложенію болѣзненное состояніе подсудимаго можетъ служить основаніемъ для замѣны арестантскихъ отдѣленій рабочимъ домомъ (ст. 77) и для освобожденія отъ тѣлеснаго наказанія тамъ, гдѣ оно еще допускается (ст. 88) и т. п. Наконецъ, глухіе, нѣмые и слѣпые бродяги и вообще неспособные стѣдовать въ Сибирь не наказываются, а отдаются въ благотворительныя заведенія или роднымъ (ст. 953)³³⁶; 3) что касается до пола преступника, то прежде существовавшее общее правило объ уменьшеніи наказанія женщинамъ, *propter infirmitatem tum corporis, tum animi, tum consilii*, болѣе не признается въ дѣйствующихъ кодексахъ³³⁷. Если статистика уголовная и указываетъ намъ, какъ на общее явленіе, на значительно меньшую преступность женщинъ, то, конечно, это обстоятельство не можетъ измѣнять мѣру наказуемости отдѣльныхъ правонарушеній. Въ нашемъ правѣ подлѣ виновнаго вліяетъ иногда на выдѣленіе дѣянія въ особый родъ преступленія, такъ, напр., при дѣтубійствѣ, скрытіи трупа младенца, субъектомъ можетъ быть только женщина; или же на замѣну наказанія—такъ для женщинъ каторжныя работы въ рудникахъ и крѣпостяхъ замѣняются работою на заводахъ (ст. 72), отдача въ арестантскія отдѣленія—замѣняется рабочимъ домомъ (ст. 77); наконецъ, по указу 17 апрѣля 1863 г., всѣ женщины изъяты отъ тѣлесныхъ наказаній.

§ 4. Общественное и государственное положеніе виновника, какъ условіе отвѣтственности.

100. Мы рассмотрѣли тѣ биологическія условія, при которыхъ лицо можетъ быть субъектомъ преступленія; теперь намъ нужно сдѣлать обзоръ другой категоріи условій, имѣющихъ подобное же значеніе—условія общественныхъ. Хотя по основному началу уголовного

³³⁶ См. также рядъ случаевъ смягченія или измѣненія наказаній для больныхъ и разслабленныхъ въ уставѣ о содержащихся подъ стражею (т. XIV) ст. 1090; въ уставѣ о ссыльныхъ (т. XIV), ст. 108—112, ст. 259, 600, 717—723 (по прод. 1863 г.); а о беременныхъ женщинахъ въ уст. о ссыльныхъ, ст. 564, по прод. 1871 г. и сельско-судебный уставъ (т. XII), ст. 460.

³³⁷ Мудловъ, женщина какъ подсудима и преступница по русскому праву, „Ж. М. Ю.“ 1862; Besserer, Versuch einer systematischen Entwurf d. Rechtsverhältnisse beider Geschlechter. 1800; Spangenberg, über das rechtliche Verhältniss der weiblichen Geschlechter. N. A. d. Cr. R. № 6; Wahlberg, die Stellung der Frauen in der Strafrechte, österr. Wochenschrift. 1863, № 14. Его же, criminalistische Gesichtspunkte. 1872 г., стр. 25—27; Bonneville de Marsangy, étude sur la moralité comparée de la femme et de l'homme. 1862; у него сдѣланъ подробный обзоръ законодательства по этому вопросу и попытка доказать необходимость сравнительно меньшаго наказанія женщинъ-преступницъ. По англійскому праву жена не отвѣчаетъ за felony, совершенное въ присутствіи мужа, пока не будетъ прямо доказано, что она была главною виновницею и дѣйствовала совершенно независимо, кромѣ нѣкоторыхъ, въ законѣ опредѣленныхъ, преступленій см. Stephen, въ пер. Mühry, стр. 11.

права всякое преступление, совершенное на территории известного государства, вѣдается и наказывается по его законамъ, кѣмъ бы оно не было совершено, но однако изъ этого общаго положенія мы встрѣчаемъ рядъ изъятій, объясняемыхъ соображеніями государственными и международными.

По началамъ государственнаго права прежде всего въ монархіяхъ не подлежатъ дѣйствию законовъ уголовныхъ представители верховной власти. Но это изъятіе ограничивается только особою монарха и не распространяется на членовъ царствующаго дома.

Начало безотвѣтственности монарховъ выработалось въ римскомъ правѣ, въ эпоху имперіи, путемъ постоянной, сенатской практики. Но уже ко времени Диоклетіана эти изъятія вылились въ извѣстное общее положеніе—princeps legibus solutus est, L. 31 Dig. de leg. (1, 3), а окончательно были сформулированы Юстиніаномъ: nemo nisi solus Deus iudex principis esse potest. Въ древнѣйшей исторіи новыхъ народовъ мы встрѣчаемъ, наоборотъ, совершенно противоположное явленіе. Такъ, старо-нѣмецкое право признавало полную отвѣтственность представителей верховной власти за преступления противъ подданныхъ: «der Keiser sal sterben ob er ieman todet, er hab ez dan virwirket gen dem riche» (Kaiserr, I, 40), а по Sachsenspiegel императоръ даже могъ быть позванъ къ суду предъ пфальцграфа Рейнскаго ³³⁸⁾. Что касается до современныхъ государствъ,—то въ республикахъ, конечно, по общимъ законамъ отвѣчаютъ и всѣ органы исполнительной власти, начиная отъ низшихъ и кончая президентомъ, но въ монархіяхъ, какъ неограниченныхъ, такъ и ограниченныхъ, пожизненныхъ и наследственныхъ, безусловно признанъ принципъ безотвѣтственности ³³⁹⁾. Вполнѣ достаточныя основанія такого принципа заключаются въ невозможности суда и наказанія надъ источникомъ законодательной и судебной власти ³⁴⁰⁾. Въ дѣлахъ гражданскихъ, гдѣ существуетъ возможность отвѣтственности не личной, а чрезъ представителя фиска, такихъ затрудненій не существуетъ, но въ дѣлахъ уголовныхъ, гдѣ необходима отвѣтственность личная, такой процессъ былъ бы разрушеніемъ юридическаго порядка и спокойствія цѣлаго государства ³⁴¹⁾. Въ государствахъ конституціонныхъ это начало безотвѣтственности верховной власти обыкновенно пополняется принципомъ отвѣтственности министровъ, хотя нельзя не прибавить, что эта отвѣтственность можетъ служить гарантіею только при нарушеніяхъ политическаго свойства, но не имѣетъ никакого отношенія къ преступленіямъ съ личнымъ характеромъ.

³³⁸⁾ См. Geib, Lehrbuch, II, стр. 50. Всего позднѣе встрѣчаются случаи подобной отвѣтственности въ норвежской исторіи.

³³⁹⁾ Единственное исключеніе представляла французская конституція 14 января 1852, признававшая отвѣтственность главы государства. Но, замѣчаетъ Батби, traité de droit public et administratif. 1862, т. III, № 369, трудно сказать, въ чемъ могла состоять эта отвѣтственность, такъ какъ конституція не опредѣляла ни суда, компетентнаго для разбора дѣлъ этого рода, ни наказанія, которое могло быть назначено президенту; Trébutien, cours, II, стр. 106; Ortolan, éléments, № 503.

³⁴⁰⁾ Ortolan, éléments, I, № 497—503; Bluntschli, allgemeine Staatsrecht, изд. 1863, т. II, стр. 72—86; Спасовичъ, учебникъ, стр. 73; Романовичъ-Славянскій, пособіе для изученія русскаго государственнаго права, I, стр. 106.

³⁴¹⁾ М. Сперанскій, руководство къ познанію законовъ, стр. 57, говоритъ: „ни въ какомъ случаѣ самодержецъ не подлежитъ суду человѣческому; но во всякомъ случаѣ онъ подлежитъ суду совѣсти и суду Божию“.

Что касается до членовъ царствующаго дома, то во всѣхъ западныхъ государствахъ они признаются ответственными по общимъ законамъ, съ измѣненіемъ только въ нѣкоторыхъ случаяхъ порядка подсудности ³⁴²⁾. Въ нашемъ правѣ относительно этого пункта существуютъ, весьма неопредѣленные постановленія въ 1-й части 1-го тома, ст. 200—202, на основаніи которыхъ порядокъ ответственности опредѣляется въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ непосредственнымъ усмотрѣніемъ императора ³⁴³⁾.

101. Другое изъятіе по началамъ государственнаго права существуетъ только въ государствахъ конституціонныхъ, это — именно безответственность членовъ законодательныхъ собраній за рѣчи, мнѣнія, высказанныя во время отправленія ихъ обязанностей. Всякое другое общественное и государственное положеніе обвиняемаго можетъ иногда влиять на мѣру ответственности, но ни въ какомъ случаѣ не создаетъ безнаказанности.

Безответственность членовъ палатъ за мнѣнія и рѣчи составляетъ существенное условіе всякаго конституціоннаго устройства. Въ Англійскомъ происхожденіи этой прерогативы восходитъ почти къ самому началу парламентскаго правленія, а окончательно было сформулировано въ биллѣ о правахъ 1688 г., но по англійской конституціи эта безнаказанность не распространяется, впрочемъ, на рѣчи, опубликованныя съ согласія или по распоряженію члена палаты ³⁴⁴⁾. Подобное же начало признано и французскою конституціею 1852 г., ст. 9, и вообще повторяется съ небольшими измѣненіями во всѣхъ новѣйшихъ конституціяхъ ³⁴⁵⁾. Но, разумѣется,

³⁴²⁾ Zoepfl, Grundsätze des Staatsrechts, изд. 1856, II, § 267, пр. 4, приводитъ спеціальныя постановленія нѣкоторыхъ нѣмецкихъ государствъ. Такъ по вюртембергскому праву, Hausgesetz 1828, § 67, постановляется: „если встрѣтится такой случай, что членъ королевскаго дома совершитъ преступленіе или проступокъ, то король созываетъ семейный совѣтъ съ участіемъ председателей высшаго суда“; по саксонскому, 1837 г., § 77, въ подобныхъ случаяхъ слѣдствіе ведется апелляціоннымъ дрезденскимъ судомъ, а самос дѣло разсматривается въ Oberappellationsgericht и рѣшеніе утверждается королемъ. По бывшей французской конституціи дѣла о членахъ царствующаго дома разсматривались въ haute cour de justice. Ср. также Berner, Wirkungskreis, стр. 204.

³⁴³⁾ Буквальный текстъ основныхъ законовъ, взятый изъ учрежденія объ императорской фамиліи 1797 г., таковъ: ст. 200 — „каждый членъ императорскаго дома обязуется лицу царствующему, яко къ главѣ дома и самодержцу, совершеннымъ почтеніемъ, повиновеніемъ, послушаніемъ и подданствомъ“; ст. 201 — „ненарушимымъ сего залогомъ всѣхъ данныхъ каждому члену императорскаго дома преимуществъ поставляется миролюбивое обращеніе и храненіе семейной тишины и согласія“; ст. 202 — царствующій императоръ, яко неограниченный самодержецъ, во всякомъ противномъ случаѣ имѣетъ власть отрѣшать неповинующагося отъ назначенныхъ въ семъ законѣ правъ, и поступать съ нимъ яко преслушнымъ воли монаршей“. Единственный случай этого рода, встрѣтившійся въ нашей новой исторіи — это дѣло царевича Алексѣя Петровича, 1719 г. Судъ надъ нимъ былъ составленъ изъ знатнаго духовенства, министровъ, сенаторовъ и генералитета; а приговоръ, присуждавшій его къ смертной казни, былъ подписанъ 26 лицами.

³⁴⁴⁾ Ср. Th. May, das englische Parlament und sein Verfahren, üb. v. Oppenheim. 1860, глава 4-я.

³⁴⁵⁾ Vatbie, traité, III, № 325; Haus, principes, № 180, говорить: „мнѣнія депутатовъ и членовъ сената не могутъ служить основаніемъ ни публичнаго, ни частнаго иска, хотя бы въ нихъ заключалось оскорбленіе какого-либо частнаго лица, и при-

эта безнаказанность не распространяется ни на какие другие преступления, политические или общія, совершенныя депутатами; въ этихъ послѣднихъ случаяхъ существуютъ обыкновенно только нѣкоторыя особенности процессуальныя, напр., измѣненіе общихъ правилъ объ отдачѣ подъ судъ, предварительномъ арестѣ и т. п.

Эти изъятія не имѣютъ, впрочемъ, значенія для нашего права, на основаніи котораго всякое лицо, кромѣ монарха, подлежитъ безусловно дѣйствию уголовныхъ законовъ. Но однако, по уложенію, общественное или государственное положеніе лица имѣетъ несомнѣнное вліяніе на характеръ ответственности, и притомъ въ тройкомъ отношеніи: во-1-хъ, увеличивая или уменьшая наказуемость; во-2-хъ, измѣняя подсудность и; въ-3-хъ, опредѣляя примѣненіе специальныхъ уголовныхъ законовъ. Конечно, значеніе этихъ условій выдвигается особенно при анализѣ отдѣльныхъ преступленій, но для полноты очерка я укажу на важнѣйшія изъ нихъ.³⁴⁶⁾

1) Семейныя отношенія. Таково, во-1-хъ, нахожденіе подсудимаго въ бракѣ, опредѣляющее самое бытіе преступленія, напр., при жестокомъ обращеніи, или вліяющее на степень ответственности—при сводничествѣ, прелюбодѣяннн, двоебрачнн и т. л.; иногда же, наоборотъ, такое значеніе имѣетъ существованіе внѣбрачной связи, при дѣтубійствѣ, конкубинатѣ. Далѣе, отношенія родства или свойства въ большей части случаевъ являются обстоятельствами, увеличивающими наказаніе, но иногда онѣ, напр., при семейной кражѣ (прим. къ ст. 1664 ул.), измѣняютъ порядокъ преслѣдованія, а въ другихъ случаяхъ ослабляютъ или и вовсе уничтожаютъ наказуемость, какъ при недонесеніи о преступленіи (ст. 128). При этомъ законъ большею частью точно опредѣляетъ самую степень родства или свойства, различая въ особенности родство по прямой линіи и боковое, а изъ первой группы выдвигая отношенія родителей къ дѣтямъ. Иногда, какъ, напр., при кровосмѣшеніи (ст. 1593 и сл.), вліяніе родства зависитъ, кромѣ его близости, и отъ вѣроисповѣданія виновнаго. Отношенія свойства играютъ по закону гораздо менѣе значительную роль, выдвигаясь только при небольшомъ числѣ преступленій, какъ, напр., при противозаконномъ задержаніи и кровосмѣшеніи. Къ отношеніямъ родства и свойства законъ приравниваетъ отношенія, возникающія изъ опеки и попечительства, въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже отношенія воспитанника къ воспитателю, обоготѣтельствовавнаго къ благодѣтелю, какъ, напр., при убійствѣ, недонесеніи о преступленіи и т. д. Во многихъ западныхъ кодексахъ существованіе семейства является иногда основаніемъ выбора или замѣны наказанія. Наше уложеніе хотя и умалчиваетъ объ этомъ, но въ нашей практикѣ встрѣчались случаи измѣненія порядка примѣненія наказанія и даже его замѣны въ виду бѣдственнаго положенія семьи подсудимаго. (67/88 Намѣстовскихъ).

2) Религія виновнаго имѣетъ значеніе только какъ составной элементъ нѣкоторыхъ специальныхъ преступленій. Такова, принадлежность къ вѣроисповѣ-

томъ оскорбленіе, не имѣющее никакого прямого отношенія къ тому вопросу, по поводу котораго высказался членъ палаты. Эти увлеченія могутъ быть караемы только мѣрами дисциплинарными". Ortolan, éléments, I, № 504—507. Для прусскаго права сравни L. Roenne, das Staatsrecht der preussischen Monarchie, 3-е изд. 1869—1870, § 129, который подробно разбираетъ извѣстный споръ, возникшій въ прусской практикѣ относительно примѣненія 84 ст. конституціи; у него же, стр. 428, прим. 1-е, указанія на литературу. См. также Herrmann, die Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder der Ständeversammlung, A. des Cr. R. 1853, стр. 341 и сл.; Wahlberg, Individualisirung, стр. 42; Bar, die Redefreiheit der Mitglieder gesetzgebender Versammlungen. 1868.

³⁴⁶⁾ Ср. Wahlberg, Individualisirung, стр. 11—53; его же, criminalistische und nationalökonomische Gesichtspunkte. 1872, стр. 38—58, Обзоръ у г. Лохвицкаго, курсъ, стр. 214, слишкомъ не полно.

данію, преслѣдуемому закономъ, какъ, напр., при ересяхъ и расколахъ. (ст. 196 и др.); принадлежность не къ господствующей православной церкви, при нѣкоторыхъ случаяхъ наказуемой пропаганды (ст. 187, 191 и др.) или, наоборотъ, бытіе въ православіи — при неисполненіи постановленій церкви (ст. 207 и сл.).

3) Еще менѣ значенія играетъ национальность виновнаго. Такъ, напр., принадлежность къ еврейской национальности требуется только для состава нѣкоторыхъ нарушеній уставовъ рекрутскаго, благоустройства и т. п.; кромѣ того, вообще въ уложеніи содержатся особые правила о замѣнѣ для инородцевъ дѣйствія уложенія ихъ мѣстными обычаями.

4) Сословное положеніе лица, званіе его и родъ занятій отражается какъ на наказуемости, такъ и на опредѣленіи состава преступленій. Прежде всего, вся наша система наказаній построена на различіи лицъ — изъятыхъ отъ тѣлеснаго наказанія и не изъятыхъ; рядомъ съ нимъ стоитъ другое, различающее преступниковъ привилегированныхъ, т.-е. изъятыхъ отъ тѣлеснаго наказанія по правамъ состоянія, и не привилегированныхъ. Различіе это имѣетъ главное значеніе при примѣненіи исправительныхъ наказаній, ссылки на житье съ одной стороны и заключенія въ арестантскія отдѣленія и рабочій домъ съ другой. Далѣе, говоря о тюремномъ заключеніи, законъ (прим. къ ст. 30) выдѣляетъ дворянъ, монашескую и священно-служителей и почетныхъ гражданъ, для которыхъ это заключеніе соединяется при преступленіяхъ противъ собственности съ лишеніемъ всѣхъ особыхъ правъ и преимуществъ, кромѣ помѣненія самаго порядка подсудности. При самомъ отбытіи тюремное заключеніе для мѣщанъ и крестьянъ соединяется всегда съ обязательными работами (ст. 55 ул.). Относительно примѣненія ареста законъ отдѣляетъ, съ одной стороны, неизъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній, которые всегда отбываютъ арестъ при полиціи, а съ другой, дворянъ и чиновниковъ, которымъ можетъ быть назначенъ арестъ домашній, на военной гауптвахтѣ и т. д. При замѣнѣ, для несостоятельныхъ къ уплатѣ, денежныхъ взысканій лишеніемъ свободы, законъ также отличаетъ крестьянъ и мѣщанъ отъ другихъ сословій (ст. 85 ул., ст. 8 мир. уст.). Наконецъ, для неизъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній исключеніе изъ службы замѣняется помѣщеніемъ въ смиренный домъ (ст. 87). По уставу о содержащ. подъ стражею (ст. 99), дворяне, чиновники, а также люди изъ разночинцевъ, состояніемъ своимъ отличные (именитые), и иностранцы должны помѣщаться особо отъ прочихъ. Кромѣ того, различіе между ними существуетъ и въ размѣрѣ кормовыхъ денегъ, и въ самомъ порядкѣ пересылки. Что касается до состава преступленій, то принадлежность къ извѣстному состоянію составляетъ необходимое условіе нѣкоторыхъ специальныхъ нарушеній, напр., законовъ о состояніяхъ. Принадлежность къ сельскимъ обывателямъ измѣняетъ подсудность и самое наказаніе назначается по сельско-судебному уставу, хотя, впрочемъ, это измѣненіе зависитъ также отъ мѣста совершенія, важности преступленія и принадлежности лица пострадавшаго къ крестьянскому состоянію. Особенно разнообразное вліяніе оказываетъ принадлежность виновнаго къ состоянію военнослужащихъ. Во-1-хъ, военно-служащіе отвѣчаютъ за нѣкоторые преступленія по специальнымъ военнымъ законамъ; во-2-хъ, самая подсудность ихъ при извѣстныхъ условіяхъ измѣняется; въ-3-хъ, наказанія за многія изъ общихъ преступленій возвышаются, какъ скоро они учинены военно-служащимъ; въ-4-хъ, иногда, если, напр., судится военно-служащій за преступленіе, совершенное до поступленія въ военную службу, то наказаніе, назначаемое по уложенію, замѣняется по специальнымъ правиламъ. Такое же вліяніе имѣетъ духовное званіе подсудимаго, такъ какъ и духовные за нѣкоторыя уголовныя преступленія наказываются по церковнымъ законамъ и вѣдаются церковными судами. Точно также и на основаніи

86
уложенія, принадлежность лица къ духовному сословію является необходимымъ условіемъ нѣкоторыхъ преступленій, напр., нарушенія правилъ о порядкѣ веденія метрическихъ книгъ и другихъ подобныхъ документовъ, нарушенія правилъ о заключеніи браковъ и т. п. Кромѣ того, на основаніи ст. 86, священнослужители и монашествующіе, приговариваемые къ временному заключенію, безъ лишенія сана, отсылаются не въ мѣста заключенія, а къ епархіальному начальству для исполненія наказанія; то же правило соблюдается и относительно выговоръ. Качество служащихъ обуславливаетъ не только составъ нѣкоторыхъ специальныхъ преступленій по должности, но и усиливаетъ ответственность за общія преступленія, какъ, напр., за противузаконное задержаніе, обиду. При этомъ уложеніе особенно выдвигаетъ тѣ случаи, когда преступленіе было совершено служащимъ при отравленіи обязанностей службы; также законъ особо указываетъ на преступленія, совершенныя служащимъ по отношенію къ его подчиненнымъ. При этомъ наше уложеніе, не довольствуясь общими правилами о преступленіяхъ по службѣ, содержитъ особыя постановленія о нарушеніяхъ по различнѣмъ специальнымъ видамъ службы. Еще разнообразіе являются виды дѣятельности и занятій виновнаго, имѣющіе вліяніе на наказуемость. По большей части эти качества обуславливаютъ бытіе извѣстныхъ специальныхъ нарушеній, таковы, напр., качество издателя, редактора, аптекаря, торговца съѣстными припасами, водочнаго заводчика, содержателя питейнаго заведенія, табачнаго фабриканта, служащаго на желѣзной дорогѣ и т. п., а иногда это качество является обстоятельствомъ, усиливающимъ отвѣтственность при общихъ преступленіяхъ, напр., званіе врача, акушера, повивальной бабки при истребленіи плода, слесари при кражѣ со взломомъ и т. п. Между этими занятіями особенно выдвигаетъ законъ тѣ, которыя ставятъ исполняющаго ихъ въ подчиненное положеніе, таково званіе рабочаго, прикащика, слуги, напр., при убійствѣ, изнасилованіи, сводничествѣ и т. д.; иногда это условіе соединяется съ совмѣстнымъ проживательствомъ, напр., при кражѣ.

1
2
3
5) Пренная судимость лица; такъ—качество рецедивиста, т.-е. лица, уже бывшего наказаніе или по крайней мѣрѣ осужденнаго, является всегда причиною усиленія отвѣтственности, а иногда и основаніемъ измѣненія подсудности. Далѣе, нахожденіе въ заключеніи является условіемъ состава нѣкоторыхъ специальныхъ нарушеній, напр. побѣга; иногда же измѣняетъ самый порядокъ призмѣненія наказанія и его размѣры; въ особенности это имѣетъ значеніе по отношенію къ сильнымъ, которые за проступки, ими совершенныя, всегда отвѣчаютъ по особому закону о ссыльныхъ.

102. Болѣе практическаго значенія имѣютъ изыятія, опирающіяся на начала международнаго права. Хотя и по нашему праву (ст. 170) всѣ иностранцы, въ Россіи жительствующие или временно въ оной пребывающіе, подлежатъ дѣйствію уголовныхъ законовъ на томъ же основаніи, какъ и россійскіе подданные, но изъ этого существуютъ двоякаго рода изыятія. Во-1-хъ, на основаніи трактатовъ. Такого рода договоры существуютъ у насъ, напр., съ Китаемъ.

Еще въ трактатахъ, заключенныхъ нами съ Китаемъ въ XVIII ст., а именно 1728 г. іюня 14 и 1792 г. февраля 5, было постановлено, что срединаго государства преступниковъ рѣшать по правамъ внутреннимъ, а россійскимъ офицерамъ

не показывать. На этомъ положеніи была основана статья 191 свода законовъ, изд. 1842 г., вошедшая въ примѣч. къ 172 ст. улож., по которой китайцы, совершившіе преступленіе на русской сторонѣ границы, выдаются ихъ правительству. Такимъ образомъ по буквальному тексту закона неподсудность относится только къ лицамъ, совершившимъ преступленіе на границѣ, но не распространяется на преступниковъ-китайцевъ внутри Россіи. Тянь-цзинскій трактатъ 2-го іюля 1859 г. расширилъ права русскихъ подданныхъ, изъявъ ихъ безусловно изъ вѣденія китайскихъ судовъ, но оставилъ безъ всякаго измѣненія постановленія о китайскихъ подданныхъ ³⁴⁷⁾.

103. Во-2-хъ, на основаніи начала внѣземельности или экстерриториальности, опирающагося, въ свою очередь, на принципъ взаимной независимости отдѣльныхъ государствъ. Въ силу внѣземельности неподсудны нашимъ уголовнымъ законамъ представители верховой власти иностранныхъ государствъ, хотя и совершившіе какія-либо правонарушенія на нашей территоріи.

Начало неподчиненности одного государства юрисдикціи другого повело за собою и неподсудность ихъ представителей, выразившуюся наглядно въ той фикціи, что эти лица никогда не оставляютъ территоріи своего отечества. Къ числу такихъ представителей государства, конечно, прежде всего относятся тѣ, кому народъ ввѣрилъ верховную власть управленія обществомъ, его внутреннимъ порядкомъ и внѣшними отношеніями. Внѣземельность представителей верховной власти, временно-пребывающихъ въ чужой странѣ, признана нынѣ всѣми цивилизованными государствами ³⁴⁸⁾, хотя, конечно, примѣненіе этого правила предполагаетъ извѣстныя условія.

Къ числу этихъ условій Влюнчли ³⁴⁹⁾ относятъ слѣдующія:

- 1) Чтобы это лицо было признаваемо въ качествѣ представителя верховной власти другой страны и дѣйствительно обладало этою властью ³⁵⁰⁾.
- 2) Чтобы ему не былъ воспрещенъ въѣздъ или не было предложено о выѣздѣ. Хотя, конечно, подобное распоряженіе уже и само по себѣ можетъ рассматриваться, какъ оскорбленіе народной суверенности.
- 3) Чтобы государства находились въ мирѣ; такъ какъ во время войны и представители верховной власти рассматриваются какъ непріятели.

Это правило о внѣземельности примѣняется къ монархамъ безусловно, но оно, очевидно, прилагается и къ президентамъ республики, какъ скоро они являются на чужой территоріи, какъ представители своей націи ³⁵¹⁾.

³⁴⁷⁾ Такія же изыятія существовали у насъ прежде относительно шведовъ и норвежцевъ. Ср. указъ 19-го іюня 1835 г. 2-е, П. С. З. № 8253.

³⁴⁸⁾ См. у Bynkershoek, в. с., т. III, § 3, теорію Кокцея и др., доказывавшихъ, что и суверенъ, вступившій на почву государства, подчиняется мѣстнымъ законамъ. Примѣры же дѣйствительнаго суда надъ чужестранными монархами см. у него же, т. III, § 16, прим. См. примѣры о положеніи иностранныхъ владѣтельныхъ особъ въ нашемъ древнемъ правѣ у И. Андреевскаго, о правахъ иностранцевъ въ Россіи. 1854, стр. 42 и сл.

³⁴⁹⁾ Bluntschli, Völkerrecht, § 130; Calvo, в. с., I, № 504—513.

³⁵⁰⁾ Любопытный случай этого рода представляетъ дѣло шведской экс-королевы Христины, въ 1657 г., приказавшей въ Парижѣ лишить жизни члена своего двора, маркиза Мональдески. Французскіе судьи признали дѣло вполне себѣ подсуднымъ, но довольствовались только высылкою экс-королевы изъ Франціи.

³⁵¹⁾ Calvo, le droit international, № 504.

Но как скоро монарх или президент является инкогнито, то онъ разсматривается какъ частное лицо, хотя, конечно, отъ него зависитъ раскрыть свое инкогнито и явиться въ качествѣ суверена или президента.

Наиболѣе затрудненій представляютъ тѣ случаи, когда владѣтельное лицо находится на службѣ другого государства, и соединяетъ такимъ образомъ въ своемъ лицѣ двойное качество — суверена и служащаго, какъ это нерѣдко случалось въ Германіи. По общепринятымъ началамъ права международного, они, принимая на себя подобное званіе, принимаютъ и все соединенныя съ нимъ обязанности, и подчиняются мѣстнымъ законамъ въ случаѣ ихъ нарушенія ³⁵²).

Но во всякомъ случаѣ эта вѣземельность относится только къ самому представителю верховной власти и не распространяется на членовъ ихъ семействъ ³⁵³).

Такъ какъ притомъ все указанная выше начала покоятся на принципахъ международного права, а не на положительномъ правѣ отдѣльныхъ государствъ, то они безусловно примѣняются и у насъ, хотя наши законы не содержатъ никакихъ постановленій о случаяхъ этого рода.

104. На основаніи того же принципа вѣземельности не отвѣчаютъ по уголовнымъ законамъ данной страны дипломатическіе представители другихъ государствъ, безотносительно къ ихъ рангу и наименованію ³⁵⁴). Это изъятіе распространяется также на членовъ посольства, но оно не относится къ консульскимъ агентамъ. Что касается до прислуги посольства, то за исключеніемъ курьеровъ,

³⁵²) Calvo, в. с., № 513; Блюнчли, das moderne Völkerrecht, № 131, замѣчаетъ, что конфликтъ между частнымъ и государственнымъ положеніемъ лица разрѣшается тѣмъ, что такое лицо во всякое время можетъ сложить съ себя служебныя обязанности и явиться въ качествѣ суверена. Но, очевидно, что это положеніе не разрѣшаетъ а существа вопроса. Если такое лицо, находясь на службѣ, совершитъ преступленіе, а затѣмъ, во время суда сложить съ себя служебныя обязанности, то дѣлается ли оно чрезъ это неподсуднымъ законамъ государства? Если мы, вмѣстѣ съ Блюнчли, отвѣтимъ на это утвердительно, то тѣмъ самымъ признаемъ, что эти лица отвѣчаютъ за проступки по законамъ даннаго государства только по собственному желанію.

³⁵³) Calvo, в. с., № 503, прим., говорить: „по общепринятымъ обычаямъ члены царствующихъ фамилій не пользуются тѣми же правами, какъ и суверены. Наслѣдники престола пользуются, конечно, наибольшимъ почетомъ; имъ весьма часто предоставляютъ и привилегію неподсудности. Тоже Foelix, Traité, I, стр. 415, пр. 2; Bluntschli, в. с., § 154; Bar, internationale Strafrecht, стр. 574, пр. 8.

³⁵⁴) Bynkershoek, traité du juge compétent des ambassadeurs tant pour le civil, que pour le criminel, Trad. par Barbeyrac, изд. 1723, въ особенн. главѣ XVII—XXI; Merlin, repertoire, XI, стр. 119—180, art „ministre public“; F. Hélie, traité de l'instruction criminelle, II, стр. 526—562; Dalloz, jurisprudence générale, III, стр. 383—410, „agent diplomatique“; Trébutien, cours, II, стр. 102 и сл.; Ortolan, éléments, I, № 508—535; Haus, principes, № 175—191; Foelix, traité du droit inter-nationaux, I, № 508—535; Haus, principes, № 175—191; Foelix, traité du droit international privé, 4-е изд. 1866, т. I, titre II, sect. IV, т. II, titre IX и сл.; Calvo, le droit international théorique et pratique, 2-е изд. 1870, I, книга XI; у него, стр. 632 прим. и 642 прим., подробныя указанія на литературу; H. Wheaton, Commentaire sur les éléments du droit international. 1873, т. III, отд. IX; Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes. 1853, стр. 206—216; Bar, das internationale Privat und Strafrecht. 1862, стр. 572 и сл.; Alt, Handbuch des europäischen Gesandtschaftsrechts. 1866; Mirus, das europäische Gesandtschaftsrecht, изд. 1874; Bluntschli, das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt. 1868, книга III, IV; Heffter, das europäische Völkerrecht der Gegenwart 1873, §§ 42, 214 и сл.; Неклюдовъ, руководство, I, стр. 196—198; А. Лохвицкій, курсъ, стр. 15.

отправителей депешъ и тому подобныхъ лицъ во время исполненія ими ихъ обязанностей, признаніе ея выѣзельности представляется спорнымъ въ наукѣ международного права, а потому многія изъ новыхъ законодательствъ, а въ томъ числѣ и наше, содержатъ объ этомъ спеціальныя правила ³⁵⁵).

Принципъ неприкосновенности особы посла относится къ наиболѣе древнимъ институтамъ международного права, такъ какъ только съ его признанія и сдѣлались возможными правильныя международныя отношенія. Въ современномъ международномъ правѣ это изытаніе представляетъ особое, самостоятельное и обширное ученіе ³⁵⁶). Для практическаго признанія этого права посла необходимо аккредитованіе даннаго лица, т.-е. не только полученіе и предъявленіе вѣрительныхъ грамотъ, но и принятіе ихъ тѣмъ государствомъ, при которомъ онъ аккредитованъ; хотя, впрочемъ, нынѣ большинство государствъ идетъ въ этомъ отношеніи далѣе и признаетъ неподсудность агента съ момента вступленія его на территорию и до момента ея оставленія ³⁵⁷). По отношенію же къ другимъ лицамъ посольства, необходимо отличать разнообразныхъ чиновниковъ посольства отъ его свиты, *personnel officiel et non officiel*; только первые безусловно пользуются правомъ выѣзельности, хотя и это ихъ право является не самостоятельнымъ, а только дополняющимъ право посла ³⁵⁸). Что касается до семействъ дипломатическихъ агентовъ, то только тѣ ихъ члены признаются иногда изытаными изъ дѣйствія мѣстныхъ законовъ, которые живутъ совместно съ самими агентами и не занимаютъ никакого самостоятельнаго положенія въ странѣ и то не по началамъ права, а по соображеніямъ дипломатической *courtoisie*.

Но эта неподсудность дипломатическихъ агентовъ суду мѣстному не избавляетъ ихъ отъ обязанности строго соблюдать всѣ законы и установленія страны, въ которой они находятся; напротивъ того, ихъ высокое положеніе, до-

³⁵⁵) Что касается до прислуги посланника и членовъ посольства, то одни признаютъ ея безусловную выѣзельность, безотносительно даже къ ея національности, какъ, напр., Bynkershoek, Vattel, Влюнчли, а другіе допускаютъ такую привилегію только тогда, когда прислуга принадлежитъ къ національности посланника и проступокъ совершенъ въ домѣ посольства, такъ, напр., Calvo, Foelix; за полную ихъ подсудность Bar, Berner, Ortolan. Тѣ же правила должны быть примѣняемы и къ другимъ лицамъ, имѣющимъ частныя занятія у посланника, каковы, напр., домашніе секретари, гувернеры; ср. Heffter, в. с., § 42, 214.

³⁵⁶) Болѣе подробное изложеніе существа и историческаго развитія права экстерриториальности, равно какъ и его казуистики относится къ международному праву и не входятъ въ настоящій курсъ. Замѣчу, что относительно главнаго вопроса о выѣзельности пословъ существуютъ три мнѣнія: первое, наиболѣе старое, имѣющее весьма мало защитниковъ—Peréze, Antonio-di-Vero, Cocceus—признаетъ полную ихъ отвѣтственность; по второму—Barbeyrac, F. Hélie, Merlin, Trébutien—допускается отвѣтственность только въ случаяхъ совершенія государственнаго преступленія или нарушенія общественнаго спокойствія и, наконецъ, третье, господствующее—Hugo-de-Groot, Bynkershoek, Vattel, Wheaton, Foelix, Philimor, Kluber, Ortolan, Bertauld, Calvo, Heffter, Bar, и др.—признаетъ полную ихъ неподсудность. Ср. Merlin, répertoire, т. II, стр. 146, 160 и сл.; F. Hélie, traité, стр. 528 и сл.; Bar, в. с., стр. 573; Calvo, в. с., § 520; Ortolan, éléments, № 512 и сл.

³⁵⁷) Очень часто принципъ экстерриториальности примѣняется и къ посланникамъ какого-либо государства, только проезжающимъ данную страну, чтобы достигъ мѣста своего назначенія. Haus, principes, № 184.

³⁵⁸) Bluntschli, § 145, 149; Dalloz, jurisprudence, III, agent dipl., № 20; Calvo, в. с., стр. 669. Также не признается теперь право суда посланника надъ членами его свиты. Ср. Dalloz, в. с., № 166.

стойство государства, ими представляемого, такъ сказать усугубляетъ эту обязанность. Съ другой стороны, неприкосновенность агента, устраняя возможность всякихъ насильственныхъ дѣйствій противъ его особы, не лишаетъ полицію права принимать различныя мѣры, могущія устранить опасность для общества. Поэтому, замѣчаетъ Блюнчли, полиція можетъ вмѣшаться, если, напр., посланнику вздумается развести огонь въ опасномъ мѣстѣ, или упражняться въ стрѣльбѣ на многолюдной площади и т. п.; вообще, конечно, несомнѣнно, что всѣ постановленія устава строительнаго, пожарнаго и т. п. равно обязательны и для членовъ дипломатическихъ миссій. Наконецъ, и въ случаѣ совершенія ими дѣйствительныхъ преступленій, государство, не имѣя права суда, можетъ обратиться съ жалобой къ тому государству, отъ котораго они аккредитованы; можетъ въ болѣе важныхъ случаяхъ потребовать удаленія данного лица изъ страны; можетъ тамъ, гдѣ они принимали непосредственное участіе въ возстаніи, въ попыткѣ ниспроверженія существующаго правленія, можетъ, въ ожиданіи результатовъ дипломатическихъ переговоровъ, подвергнуть агента даже строгому надзору и аресту ³⁵⁹⁾. Конечно, если эти переговоры останутся безплодными, то придется поступать съ посланникомъ какъ съ врагомъ, не взирая на тѣ послѣдствія, которыя могутъ изъ этого возникнуть по отношенію къ державѣ, имъ представляемой ³⁶⁰⁾.

Но во всякомъ случаѣ всѣ изыятія относятся къ личности членовъ дипломатической миссії, но не распространяются на самое жилище посланника. Въ этомъ отношеніи современные международные обычаи значительно отличаются отъ прежнихъ. Прежде домъ посланника разсматривался какъ стоящій на чужой территоріи, такъ что всѣ преступленія, совершенныя тамъ, были подсудны законамъ того государства, которое представлялъ посланникъ; онъ былъ недоступенъ ни для мѣстной судебной власти, ни для мѣстныхъ законовъ. Но современное право не признаетъ такого положенія ³⁶¹⁾. Точно также не признается болѣе, еще со временъ *Hugo de Groot'a* и *Bynkershoek'a*, за жилищемъ посланника право убѣжища, въ силу котораго всякій преступникъ, усмѣвшій скрыться въ домѣ посланника, разсматривался какъ перебѣжавшій на чужую территорію; очевидно, что подобное право, особенно понимаемое въ широкомъ смыслѣ, не соответствуетъ правильнымъ условіямъ ни государственной, ни международной организации ³⁶²⁾. Такимъ образомъ, единственныя привилегіи, которыя и нынѣ сохра-

³⁵⁹⁾ Кальво, в. с., стр. 656, говоритъ: „въ случаяхъ крайней важности государство, котораго самое существованіе поставлено на карту, можетъ прибѣгнуть къ изгнанію, даже къ заарестованію агента, дозволить осмотръ его бумагъ“, но не можетъ его судить, *Haus, principes*, № 183; *Ortolan, éléments*, № 517. Подробныя доказательства противнаго мнѣнія, т.-е. признанія права суда надъ посланниками въ подобныхъ случаяхъ, см. у *F. Hélie, traité*, стр. 345 и сл.

³⁶⁰⁾ Ср. *Bluntschli*, в. с., § 210; *Calvo*, в. с., § 517 и сл. См. у *Calvo* указаніе случаевъ этого рода, въ родѣ, напр., заарестованія испанскаго посланника, принца *Cellamare* во Франціи, высылки французскаго посланника маркиза *Шетарди* изъ Россіи въ 1743 г., высылки изъ Испаніи въ 1848 г. англійскаго уполномоченнаго и т. п.; см. также *Merlin, répertoire*, стр. 164 и сл.

³⁶¹⁾ Послѣдній разъ возникъ такого рода вопросъ въ 1867 году по поводу покушенія на убійство, совершеннаго русскимъ подданнымъ *Никитченковымъ*, въ домѣ нашего посольства въ Парижѣ, противъ одного изъ состоящихъ при посольствѣ г. *Вальша*. *Никитченковъ* былъ арестованъ и привлеченъ къ суду французскими властями, а наше посольство потребовало его выдачи на основаніи принципа *вѣзземельности*. Но французское правительство не нашло возможнымъ допустить такое широкое пониманіе этого принципа, и съ этимъ затѣмъ согласилось и русское правительство.

³⁶²⁾ Примѣры заарестованія лицъ, скрывавшихся у посла, см. у *Кальво*, в. с., стр. 662. Онъ самъ, впрочемъ, отрицалъ подобное право, замѣчаетъ, что желательно, чтобы

ились за жилищем посла, имѣютъ процессуальный характеръ, и заключаются въ существованіи особыхъ правилъ о производствѣ обысковъ, вымоковъ и т. п. въ этихъ домахъ. При этомъ наравнѣ съ жилищемъ разсматривается и всякое другое, хотя бы и временное помѣщеніе посла, какъ, напр., парохоль, находящійся въ его исключительномъ пользованіи, каюты, экипажъ и т. д.

105. Все вышеуказанныя положенія вполнѣ примѣнны и къ нашему дѣйствующему праву. Положеніе экстерриториальныхъ лицъ опредѣляется двумя статьями: во-1-хъ, ст. 171 уложенія, которая говоритъ, «что въ случаѣ преступленій, содѣянныхъ въ Россіи принадлежащими къ обыкновеннымъ или чрезвычайнымъ посольствамъ и миссіямъ державъ иностранныхъ, о семъ производится, установленнымъ для сего порядкомъ, дипломатическое сношеніе съ ихъ правительствомъ», и во-2-хъ, ст. 229 уст. уг. суд., въ которой указано, «что дѣла о преступленіяхъ или проступкахъ лицъ, принадлежащихъ къ посольствамъ или миссіямъ иностранныхъ державъ, возбуждаются не иначе, какъ по надлежащемъ дипломатическомъ сношеніи съ непосредственнымъ начальствомъ обвиняемыхъ».

Что касается до первой изъ этихъ статей, то хотя она и относится ко всему дипломатическому корпусу, не исключая и самихъ уполномоченныхъ разнаго рода, но, очевидно, имѣетъ въ виду только право нашего государства возбудить дипломатическія сношенія по поводу подобныхъ преступленій, что, какъ мы видѣли, безусловно признается и международнымъ правомъ, а ни въ какомъ случаѣ не можетъ служить основаніемъ ихъ отвѣтственности по нашимъ законамъ³⁶³. Это толкованіе подтверждается и историческимъ происхожденіемъ статьи 171, основанной на 186 ст. свода законовъ, изд. 1842 г., въ которой прямо было сказано: «изъ сего (т.-е. правила объ отвѣтственности иностранцевъ по уложенію) изъются иностранные послы, министры и дипломатическія уполномоченные. Въ случаѣ учиненія ими преступленій производится надлежащее дипломатическое сношеніе съ правительствомъ ихъ, установленнымъ для сего порядкомъ»³⁶⁴.

Что же касается до ст. 229 уст. уг. суд., то она, какъ ясно видно изъ ея текста, не относится къ самимъ представителямъ иностранной державы, а только къ членамъ ихъ свиты или служащимъ при посольствѣ. Она выставляетъ, следовательно, такого рода принципъ, защищаемый и нѣкоторыми писателями по международному праву, что члены посольства и его свита также пользуются правомъ неподсудности и неприкосновенности, но о каждомъ ихъ поступкѣ мѣстная судебная

предѣлы права убѣжища были точно опредѣлены, и что теперь нужно руководствоваться справедливостью и гуманностью. Такимъ образомъ онъ признаетъ, что во время гражданскихъ междоусобицъ домъ посла можетъ и долженъ являться вѣрнымъ убѣжищемъ для политическихъ дѣятелей, принужденныхъ скрываться въ виду опасности для ихъ жизни. Ср. также Dalloz, jurisprudence, III, agent dipl., № 149.

³⁶³ Самое существованіе статьи 171 представляется излишнимъ, такъ какъ вопросъ этого рода разрѣшается по началамъ международного права. Такимъ образомъ, напр., проектъ французскаго гражданскаго кодекса содержалъ въ § 3-мъ специальное постановленіе о неподсудности членовъ посольства французскимъ судамъ, но затѣмъ статья эта была вычеркнута и Portalis мотивировалъ это тѣмъ, что такія постановленія относятся къ международному, а не гражданскому праву. Ср. F. Hélie, traité, II, стр. 540.

³⁶⁴ Эта неподсудность была уже ясно сформулирована въ указѣ 1718 года іюня 17 (П. С. З. № 3209) объ объявленіи писемъ, присылаемыхъ кому-либо для передачи военнопленнымъ шведамъ и другимъ арестантамъ. Въ указѣ прямо объявлено, что если такая утайка будетъ совершена иностранными министрами, то на нихъ будетъ жалоба членамъ ихъ правительству и satisfactia требуема. Русскимъ же подданнымъ и иностранцамъ здѣсь пребывающимъ, торговымъ и другимъ, кромѣ публичнаго характера людей, не допускается потеря живота и отнятіе всего движимаго имущества.

власть, черезъ министерство иностранныхъ дѣлъ, доводитъ до свѣдѣнія ихъ непосредственнаго начальства, т.-е. самого уполномоченнаго, а отъ него уже зависитъ, сообразно съ объемомъ принадлежащихъ ему правъ, или отправить обвиняемаго для суда на мѣсто родины или же передать его суду туземному ³⁶⁵).

Но всѣ эти изыятія относятся, конечно, только къ членамъ дипломатической миссии, но ни въ какомъ случаѣ не распространяются на консулатъ, какъ это, между прочимъ, было специально разъяснено въ циркулярахъ министра юстиціи 1867 года.

Кромѣ того, текстъ закона говоритъ только о членахъ посольства и вовсе умалчиваетъ объ ихъ семьяхъ. Но нѣтъ никакого сомнѣнія, что насколько это изыятіе, признается международными обычаями всѣхъ странъ, оно будетъ примѣнено и у насъ, тѣмъ болѣе, что всѣ вопросы, относящіяся къ примѣненію принципа вѣземельности, регулируются принципами международного права, а мѣстные законы имѣютъ значеніе только отрицательное, т.-е. примѣняются въ томъ случаѣ, когда прямо указываютъ, что какое-либо начало международного права не распространяется на данную страну.

Такия постановленія въ нашемъ правѣ существуютъ, напр., относительно прислуги посольства. Статья 230 у. уг. с. говоритъ: «что дѣла о преступленіяхъ лицъ, находящихся въ услуженіи у пословъ, посланниковъ и другихъ дипломатическихъ агентовъ, подлежатъ уголовному суду на общемъ основаніи, если только въ отношеніи къ нимъ не сдѣлано никакихъ изытій въ трактатахъ съ иностранными державами; а такихъ специальныхъ трактатовъ у насъ не существуетъ».

Наконецъ, домъ посланника пользуется нѣкоторыми процессуальными привилегіями, напр., относительно порядка производства въ немъ обысковъ, вымокъ (ст. 360 у. уг. с.) и т. п., которые производятся только по сношеніи съ министерствомъ иностранныхъ дѣлъ.

106. Далѣе, на основаніи принципа вѣземельности считаются изытыми изъ дѣйствія мѣстныхъ законовъ иностранныя вспомогательныя войска, какъ это указано, между прочимъ, и въ примѣчаніи 1-мъ къ ст. 175 ³⁶⁶).

Что касается до экипажа иностранныхъ кораблей, то здѣсь прежде всего необходимо различать мѣсто совершенія преступленія. Если оно совершено на борту корабля въ открытомъ морѣ, то виновный судится по законамъ того государства, кому принадлежитъ корабль. Но если оно совершено въ чьихъ-либо владѣніяхъ, то нужно различать характеръ судна: военные корабли, въ чужой территоріи, рассматриваются какъ часть той державы, чей флагъ они носятъ, а потому и пользуются правомъ неподсудности и неприкосновенности, такъ что всѣ преступленія, совершенныя на его

³⁶⁵) Совершенно невѣрно опредѣленіе объема экстерриториальности по нашему праву у Н. Неклюдова, руководство, I, стр. 196 — 198. Ср. также А. Лохвицкій, курсъ, стр. 15.

³⁶⁶) Въ нашей исторіи мы не встрѣчаемъ ни одного такого случая; примѣры же изъ западной практики см. у Wheaton, III, стр. 433; Var, в. с., стр. 574.

бортъ, неподсудны мѣстнымъ судамъ; купеческіе корабли, наобо-
ротъ, по общему правилу подчинены мѣстнымъ законамъ, а слу-
чай, въ которыхъ члены экипажа отвѣчаютъ по своимъ законамъ,
составляютъ исключенія ^{367).}

Относительно преступленій, совершенныхъ въ открытомъ морѣ, не можетъ быть и спора. Кто бы изъ находящихся на бортѣ и противъ кого бы ни совершилъ преступленіе, онъ судится по законамъ той страны, которой принадлежитъ корабль. Мало того, еслибы такой корабль затѣмъ вошелъ въ портъ даже той державы, къ которой по національности принадлежитъ преступникъ, то и тогда вопросъ о неподсудности не измѣняется; а если же преступникъ успѣлъ бѣжать съ корабля на берегъ, то примѣняются общія правила о выдачѣ преступниковъ.

Далѣе, преступленія, совершенныя на военномъ кораблѣ, разсматриваются въ международномъ правѣ по тѣмъ же основаніямъ, какъ и дѣянія посланниковъ, агентовъ и т. п., и притомъ опять-таки безразлично, кѣмъ и противъ кого совершилось преступленіе. Поэтому командиръ корабля долженъ препроводить ихъ въ свое отечество, но однако, по обычаю, принято, что если и виновный и жертва не принадлежатъ къ экипажу корабля, то командиръ, по своему усмотрѣнію, препровождаетъ ихъ къ мѣстному суду. То же государство, въ чьихъ водахъ совершилось преступленіе, грозящее притомъ его спокойствію, можетъ принять мѣры предосторожности, можетъ не допустить корабль въ гавань, потребовать его ухода, руководствуясь общими принципами международныхъ отношеній ^{368).} Но если члены экипажа такого корабля совершили преступленіе на берегу, то они безусловно подсудны мѣстнымъ законамъ и отъ усмотрѣнія уже мѣстнаго правительства зависитъ ихъ передача на судъ капитана, согласно правиламъ дипломатической вѣжливости; если же виновные успѣли до заарестованія убѣжать на корабль, то и къ нимъ могутъ примѣняться только правила о выдачѣ ^{369).} Болѣе сомнѣній представляетъ тотъ случай, когда на военный корабль бѣжалъ преступникъ, не принадлежавшій къ экипажу корабля. Имѣетъ ли, такимъ образомъ, военный корабль право убѣжища? Отвѣтъ на это, конечно, будетъ отрицательный, такъ какъ такое право было бы несогласно съ условіями правильной государственной организаціи; тѣмъ болѣе, что уже уничтожена и подобная же привилегія домовъ посольства ^{370).}

Наконецъ, купеческіе корабли, по принципу, подчинены мѣстной судебной власти, какъ относительно примѣненія уголовныхъ законовъ, такъ и выполненія процессуальныхъ дѣйствій ^{371).} Но однако на практикѣ большинство государствъ держится такъ-называемой французской системы, допускающей нѣкоторыя отступленія. По этой системѣ при совершеніи преступленія на бортѣ купеческаго

³⁶⁷⁾ Весьма подробно изложены положенія о подсудности кораблей у Т. Ортолана, морское международное право, пер. А. Лохвицкаго. 1865; Calvo, в. с., стр. 675—680.

³⁶⁸⁾ На этомъ же основаніи мѣстныя власти не имѣютъ права самовольнаго входа на иностранный военный корабль, производства на немъ обыска, выемокъ, ареста и т. п. Въ этомъ отношеніи корабли должны быть уподоблены домамъ посольства, Ортоланъ, в. с., стр. 57.

³⁶⁹⁾ Тѣ же правила относятся и къ шлюпкамъ или лодкамъ, отправленнымъ съ военнаго корабля для перевоза кого-либо. Ортоланъ, в. с., стр. 58.

³⁷⁰⁾ Ортоланъ, в. с., стр. 65 и сл. Но онъ однако же замѣчаетъ, что на основаніи чувства гуманности командиръ военнаго корабля можетъ укрыть иногда политическихъ преступниковъ, жертву смуты и волненій.

³⁷¹⁾ Нельзя не замѣтить, что точное опредѣленіе отличія военнаго корабля отъ купеческаго представляетъ значительныя затрудненія. Ср. Ортоланъ, в. с., глава 5-я.

корабли различаютъ два ихъ вида. Къ первому относятся нарушенія дисциплины и проступки членовъ экипажа другъ противъ друга, а ко второму — проступки, совершенные противъ другихъ лицъ. Послѣдніе безусловно подчинены мѣстному суду, а первые только въ томъ случаѣ, когда мѣстныя власти были потребованы на корабль, или когда преступленіе нарушаетъ тишину и спокойствіе гавани ³⁷²⁾.

Эти же начала относительно подсудности купеческихъ кораблей признаются и нашею практикою. Такъ, нашъ кассационный уголовный департаментъ въ рѣшеніи 1872 года, № 1329, по дѣлу о греческомъ подданномъ Свазлосѣ, обвиняемомъ въ убійствѣ греческаго же подданнаго Макриса на борту греческаго купеческаго корабля „Алкивиадъ“, стоящаго въ гавани города Керчи, нашелъ, что это дѣло вполне подсудно нашимъ судамъ, такъ какъ это преступленіе нарушало спокойствіе и безопасность порта и самое дѣло возбуждено по заявленію шкипера судна.

107. Всѣ другіе иностранцы, не пользующіеся правомъ вѣзельности, безусловно подчинены мѣстнымъ законамъ. Но иногда это качество виновныхъ оказываетъ извѣстное вліяніе на мѣру и характеръ наказанія, а иногда даже входитъ, какъ элементъ, въ составъ преступленія ³⁷³⁾.

Во-1-хъ, иностранцы не могутъ быть субъектами нѣкоторыхъ преступленій, въ которыхъ элементъ дѣйствительнаго подданства является необходимымъ условіемъ. Таковы многіе случаи государственной измѣны (ст. 253, п. 2 и 3), какъ, напр., возбужденіе войны съ Россіею; помощь неприятелю и т. д.; далье, тайная переписка съ подданными непріязненныхъ государствъ, могущая вредить успѣхамъ Россіи (ст. 258), нападеніе въ мирное время на сосѣднюю страну, могущее произвести международный разрывъ (ст. 259); продажа судна безъ разрѣшенія консула (ст. 1216); мнимая покупка судна (ст. 1218), и т. д. Въ другихъ случаяхъ, наоборотъ, качество иностранца составляетъ необходимое условіе бытія преступленія; таково, напр., возвращеніе изъ-за границы высланнаго иностранца (ст. 314); спеціальныя виды бродяжничества (ст. 954 и 955) и другіе.

Во-2-хъ, для иностранцевъ существуютъ нѣкоторыя особенности въ наказаніяхъ. Такъ, по ст. 75 улож., вмѣсто ссылки на житье въ отдаленныя губерніи, кромѣ сибирскихъ, иностранцы подлежатъ высылкѣ за границу, съ воспрещеніемъ возвращаться; а присужденные къ рабочему дому подвергаются такой высылкѣ послѣ отбытія наказанія, вмѣсто полицейскаго надзора. При этомъ, какъ и для русскихъ подданныхъ, различіе въ примѣненіи рабочаго дома и ссылки основано на изыятіи отъ тѣлесныхъ наказаній; къ изыятіямъ по 1-му прил. къ ст. 30 уд. отнесены всѣ иностранныя дворяне и иностранцы, занимающіе должности дѣдекъ, бібліотечарей и т. п., не приписанные ни къ какому ремесленному цеху (п. 11, статья 3 прил. къ ст. 30).

³⁷²⁾ Ср. Ортоланъ, в. с., стр. 58 и сл.; Haus, principes, № 191. Примѣры изъ нѣмецкой практики, см. у Orrenhoff, § 3, пр. 12.

³⁷³⁾ Ср. Лохвицкій, курсъ, стр. 16.

ОТДѢЛЪ П-й.

ОБЪЕКТЪ ПРЕСТУПЛЕНІЯ.

§ 1. Преступленіе, какъ нарушеніе юридическихъ нормъ.

108. Преступленіе, какъ спеціальнй видъ правонарушенія, является посягательствомъ на юридическія нормы, признанныя и охраняемыя государствомъ, и притомъ или въ ихъ отдѣльномъ, единичномъ бытіи, или въ ихъ сочлененіи, въ формѣ юридическихъ институтовъ. Поэтому, говоря объ объектѣ, на который направляется преступленіе, мы подразумѣваемъ подъ нимъ именно эти нормы или институты права, или, обобщая еще болѣе, юридическій порядокъ, существующій въ данномъ обществѣ¹⁾.

Но при этомъ, конечно, преступленіе можетъ нарушить эти нормы не въ ихъ понятіи, а въ ихъ реальномъ существованіи, т.-е. въ формѣ дѣйствительныхъ правъ или благъ, покоящихся на этихъ нормахъ. Убийца не только ниспровергаетъ господство юридическаго порядка вообще, не только нарушаетъ опредѣленную юридическую норму — «не убей», но уничтожаетъ реальное бытіе этой нормы — «не убей данное лицо», и, слѣдовательно, тѣмъ самымъ разрушаетъ право на неприкосновенность жизни даннаго отдѣльнаго индивидуума. Такимъ образомъ, объектомъ преступленія всегда является юридическая норма въ ея реальномъ бытіи.

Въ послѣднемъ условіи заключается объясненіе неправильнаго воззрѣнія на юридическую природу преступленія Фейербаха и въ особенности его школы, разсматривавшихъ преступленіе, какъ посягательство на что-либо субъективное право. Въ самомъ дѣлѣ, повидимому, если преступленіе состоитъ въ посягательствѣ на какое-либо конкретное право или благо, то оно непременно заключаетъ

¹⁾ Для избѣжанія недоразумѣній нужно замѣтить, что выраженіе „объектъ преступленія“ нельзя смѣшивать съ понятіемъ объекта правъ въ смыслѣ гражданского права. Объектомъ правъ гражданскихъ является все то, по поводу чего могутъ возникнуть частныя юридическія отношенія; поэтому объектами правъ могутъ быть: собственныя блага личности, предметы вѣшняго міра, другія лица и ихъ дѣйствія. Ср. Вагон, Pandekten, стр. 37—39.

въ себѣ причиненіе вреда или посягательство на извѣстный субъектъ права, такъ какъ всякое конкретно существующее право предполагаетъ бытіе извѣстнаго субъекта, въ пользу или въ интересахъ котораго существуетъ это право. Но неправильность данного возрѣнія состоитъ въ томъ, что, говоря такимъ образомъ, забываютъ, что это причиненіе вреда обладателю реального права составляетъ только средство, а не сущность преступленія, что оно играетъ въ правѣ уголовномъ роль второстепенную, такъ какъ сущность преступленія составляетъ выраженная этимъ путемъ рѣшимость воли нарушить требованія государства о неприкосновенности юридическаго порядка, а потому и страдаетъ отъ преступленія всегда государство, какъ охранитель господства права²⁾. Такимъ образомъ субъективное право является только видимымъ, но не истиннымъ объектомъ преступленія, и только въ тѣхъ случаяхъ, когда преступленіе разсматривается какъ реальное явленіе, можно говорить о субъективномъ правѣ, какъ о предметѣ, на который посягнулъ преступникъ³⁾.

Но если субъективное право нельзя разсматривать какъ объектъ преступленія, то еще менѣе можно считать таковымъ отдѣльные блага и интересы, въ которыхъ проявляется субъективное право и которые разрушаются преступленіемъ, хотя подобное смѣшеніе встрѣчается не только на практикѣ, но и въ теоріи. Мы часто говоримъ, напр., что объектомъ кражи является чужая движимая вещь, хотя въ дѣйствительности преступникъ нарушаетъ повелѣніе закона о неприкосновенности чужаго права на имущество, повелѣніе, получившее реальное бытіе въ видѣ требованія не нарушать имущественное право даннаго лица на данную вещь.

Между тѣмъ подобное смѣшеніе понятій можетъ имѣть вредныя послѣдствія, какъ скоро мы будемъ игнорировать указанную выше дедукцію, будемъ принимать образныя выраженія за истинныя. Такъ, признавая объектомъ преступленія реальные блага и интересы, мы не будемъ въ состояніи разъяснить юридическую природу тѣхъ дѣяній, при которыхъ уничтоженіе какого-либо блага не считается противозаконнымъ, а признавая объектомъ преступленія субъективное право, мы получимъ невѣрное представленіе какъ о роли, которую играетъ согласіе пострадавшаго въ матеріальномъ правѣ, такъ въ особенности объ участи частнаго лица и его правахъ въ процессѣ.

²⁾ См. Koestlin, System, стр. 98; Schütze, Lehrbuch, § 33; Ortolan, éléments, I, № 546. Совершенно вѣрно говоритъ Гельшнеръ въ своей „системѣ“, стр. 216: „если такимъ образомъ поврежденіе, причиняемое чѣму-либо чужому праву, или благу, имѣющему юридическое значеніе, является необходимымъ средствомъ для дѣйствительнаго выполненія уголовной несправды, то тѣмъ не менѣе этотъ вредъ, самъ по себѣ, не составляетъ преступленія, котораго существо заключается въ волѣ, возстающей противъ порядка и господства права и дѣйствительно его нарушающей. Право въ субъективной его формѣ, къ какой бы категоріи оно ни относилось, всегда имѣетъ только значеніе требованія, предъявляемаго къ волѣ другаго индивидуума, котораго осуществленіе воли не зависитъ отъ этой воли; право же въ формѣ пребывающаго порядка, въ формѣ силы, господствующей надъ индивидуальной волею, существуетъ только въ государствѣ, а потому только государство и является истиннымъ субъектомъ права, надъ которымъ совершаются преступленія, между тѣмъ какъ всякій другой субъектъ правъ, котораго право или благо нарушены преступленіемъ, является только средствомъ“.

³⁾ При этомъ нельзя не замѣтить, что самое понятіе о субъектахъ въ уголовномъ правѣ будетъ совершенно своеобразно: мы должны отнести туда не только частное лицо, но семью, корпораціи, общества, государственныя учрежденія, иностранныя государства, ихъ представителей и т. п. См. Ortolan, éléments, I, № 542—545.

§ 2. Наличие юридических норм, какъ необходимое условие преступления.

109. Изъ этого опредѣленія объекта преступления вытекаетъ, что для бытія преступления, во-1-хъ, необходима наличность юридическихъ отношений, которыя могутъ быть нормируемы закономъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ не существовали бы самый объектъ преступления. Поэтому не можетъ считаться преступленіемъ уничтоженіе или посягательство на собственныя блага ⁴⁾.

Право, какъ по своему происхожденію, такъ и по своимъ существеннымъ элементамъ, принадлежитъ къ социальной жизни людей и регулируетъ только отношенія одного субъекта правъ къ другому. Разсматривая чловѣка въ его отдѣльности, мы можемъ говорить о благахъ, ему присущихъ, или имъ приобретенныхъ, но только съ возникновеніемъ общезитія, только при опредѣленіи отношеній одного лица къ другому, понятіе блага, обобщаясь, возводится въ понятіе права. Поэтому лицо не можетъ находиться въ юридическихъ отношеніяхъ къ собственнымъ благамъ и уничтоженіе или разрушеніе ихъ, разсматриваемое само по себѣ, безотносительно къ правамъ другихъ, не составляетъ нарушенія юридическихъ нормъ, не составляетъ преступления, а будетъ или простымъ осуществленіемъ права на извѣстное благо, или дѣяніемъ юридически безразличнымъ, хотя, можетъ быть, и нарушающимъ правила религіи или нравственности ⁵⁾.

При этомъ, посягательство на собственныя блага не составляетъ преступленія только само по себѣ; какъ скоро въ такомъ дѣяніи проявляется дѣйствительное нарушеніе или даже опасность для права какого-либо другаго лица, то, конечно, дѣяніе можетъ быть не только правонарушеніемъ, но при извѣстныхъ условіяхъ и преступленіемъ.

Это начало ненаказуемости посягательства на собственныя права, бывшее нѣкогда спорнымъ, признается нынѣ безусловно всѣми кодексами, и только иногда, въ видѣ исключенія, въ нѣкоторыхъ изъ нихъ проглядываютъ остатки прежняго воззрѣнія.

⁴⁾ Waechter, Lehrbuch, § 58; Hälschner, System, § 63; Geib, Lehrbuch, II, стр. 204—211; Schaper, in Holtzendorfs Handbuch, см. у него литературу; Берверъ, учебникъ, стр. 404—406. Koestlin, в neue Revision, стр. 683—685, выходя изъ того, что не только жизнь, но и всѣ блага, составляющія существенныя условия личности, каковы, напр., свобода, честь, духовно-тѣлесная неприкосновенность, неотчуждаемы, признаетъ всякое дѣяніе, направленное противъ нихъ, преступленіемъ, хотя бы оно было совершенно самимъ обладателемъ блага. Но въ своей System, стр. 99, онъ замѣчаетъ, что такое дѣяніе, хотя и является безнравственностью, но не входитъ въ сферу социальныхъ явленій и не можетъ быть предметомъ реакціи со стороны государства. Schütze, Lehrbuch, стр. 94, признаетъ, что основанія ненаказуемости посягательства на собственныя неотчуждаемыя блага заключаются только въ уголовной политикѣ, а отнюдь не въ началахъ права, а потому они по существу своему составляютъ нарушеніе правоваго порядка. За наказуемость случаевъ этого рода С. Баршевъ, начала, стр. 26.

⁵⁾ Этому положенію вовсе не противорѣчитъ ученіе, получающее теперь все болѣе и болѣе признанія между цивилистами, а именно, что объектомъ права должны быть признаваемы и блага или проявленія личности (Rechte der Persönlichkeit), каковы, напр., здоровье, жизнь, свобода мысли, совѣсти и т. д.; юридическія отношенія по поводу этихъ благъ существуютъ только между лицами, но не между лицомъ и самимъ благомъ, отдѣльно взятымъ.

Такъ же смотритъ на этотъ вопросъ и наше право. Такъ, по отношенію къ имущественнымъ преступленіямъ, хотя уложеніе и говоритъ, что поджогъ или потопленіе собственнаго имущества наказуемы (ст. 1612, 1196), но только подтѣмъ условіемъ, чтобы имущество было застраховано, или чтобы отъ этихъ дѣйствій подвергалось опасности чужое имущество или чья-либо жизнь. Истребленіе же имущества инымъ способомъ, или внѣ указанныхъ выше условій составляетъ, разумѣется, дѣяніе ненаказуемое. Точно также интересами общественнаго порядка, спокойствія или благосостоянія объясняется существованіе разнообразныхъ полицейскихъ проступковъ, въ существѣ которыхъ заключается ограниченіе права собственности или владѣнія, какъ, напр., отвѣтственность за нарушеніе правилъ о зарытіи павшаго скота, о возведеніи построекъ и т. п. Тѣ же самыя начала видимъ мы и въ случаяхъ наказуемаго посягательства на собственныя личныя права: такъ, уложеніе наказываетъ за непользованіе извѣстными политическими правами, напр., за неявку безъ законныхъ причинъ на собраніе земское или дворянское, но на томъ основаніи, что это право является въ то же время обязанностью по отношенію къ государству, и виновный наказывается за невыполненіе этой обязанности. Далѣе, при посягательствахъ на собственную тѣлесную неприкосновенность законъ назначаетъ наказаніе въ двухъ случаяхъ: 1) когда оно сдѣлано состоящимъ на рекрутской очереди для избѣжанія таковой, слѣдовательно, опять-таки за нарушеніе извѣстной обязанности, и во-2-хъ, когда оно является въ видѣ спончества, т. е. когда наказывается не самозувѣченіе, какъ таковое, а принадлежность къ извѣстной преслѣдуемой по закону ереси.

Остается, такимъ образомъ, одинъ только случай посягательства на собственныя блага, который до сихъ поръ нашимъ законодательствомъ считается за преступленіе—это самоубійство. Но въ этомъ отношеніи уже и нынѣ дѣйствующая система взысканій указываетъ, что кодексъ вторгается здѣсь въ неподлежащую сферу и смотритъ на эти поступки болѣе съ религіозной, нежели съ юридической стороны, такъ что очевидно, что при первомъ же пересмотрѣ уложенія эти положенія исчезнутъ изъ него, какъ исчезли они изъ западныхъ кодексовъ ⁶⁾.

При этомъ, само собою разумѣется, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ посягательство на собственныя блага не считается преступленіемъ, и лица, участвовавшія въ подобномъ дѣяніи, могутъ отвѣчать за совершенное ими только какъ за отдѣльные самостоятельныя проступки или преступленія, а не по общимъ правиламъ о соучастіи. Въ частности эти положенія примѣняются и къ соучастію въ самоубійствѣ, самозувѣченіи и т. п.; поэтому, напр., если обвиняемый, какъ соучастникъ самоубійства, не ограничился второстепенною, болѣе пассивною ролью, а принялъ главное, активное участіе, когда онъ разжигалъ намѣреніе, едва зарождавшееся, подстрекалъ къ самоубійству изъ какихъ-либо личныхъ преступныхъ видовъ, довелъ до подобнаго факта своими дѣйствіями, преслѣдованіями и такъ далѣе, то законъ, конечно, можетъ разсматривать его поступокъ, какъ особый видъ посягательства на чужую жизнь.

110. На этомъ же основаніи не можетъ быть совершено преступленіе какъ вообще противъ предметовъ окружающей насъ

⁶⁾ Подробное разсмотрѣніе отдѣльныхъ случаевъ этого рода можетъ быть сдѣлано только при изложеніи соответствующихъ раздѣловъ особенной части. Такъ, ср. о самоубійствѣ — мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, т. II, глава шестая.

природы, такъ въ частности противъ животныхъ ⁷⁾. Встрѣчающіеся въ законѣ случаи наказуемости подобнаго рода фактовъ объясняются признаніемъ въ нихъ нарушенія или правъ частнаго лица, или полицейскихъ требованій государства ⁸⁾.

И это положеніе точно также подтверждается дѣйствующимъ правомъ. Наказуемое истребленіе или поврежденіе какихъ-либо предметовъ, въ частности животныхъ, предполагаетъ нарушеніе или чьихъ-либо имущественныхъ правъ, или заботъ государства о народномъ благосостояннн, какъ, напр., ловля дичи въ не дозволенное время или запрещенными способами; даже наказуемое по закону жестокое обращеніе съ животными имѣетъ своимъ объектомъ не животное, а заботы правительства о народной нравственности, что несомнѣнно доказывается по нашему праву (ст. 43 м. у. по продолженію 1872 года) отношеніемъ случаевъ этого рода къ проступкамъ противъ порядка и спокойствія. Точно также несомнѣнно, что и въ нѣкоторыхъ религіозныхъ преступленіяхъ, напр., въ надругательствѣ надъ священными или освященными предметами, и въ преступленіяхъ противъ общественнаго порядка, напр., въ поврежденіи публичныхъ памятниковъ, истребленіи указовъ, оскорбленіи изображеній императора или особъ царствующаго дома, не эти предметы сами по себѣ являются объектами преступленія.

111. Наконецъ, не можетъ быть преступленій противъ верховнаго существа и противъ вѣры, какъ и вообще противъ отвлеченныхъ идей или понятій, стоящихъ внѣ сферы права ⁹⁾.

Относительно невозможности преступленій противъ божества внѣ вѣры и спора, такъ какъ даже сторонники теологическаго направленія въ правѣ не могутъ не признать, что божество стоитъ внѣ сферы человѣческихъ отношеній, что оно недостижимо для преступныхъ нападеній и не нуждается въ защитѣ земнаго правосудія. Но по отношенію къ вѣрѣ мы и теперь находимъ, напр., въ нашемъ уложеніи раздѣлъ 2-й, озаглавленный «о преступленіяхъ противъ вѣры» и тѣмъ самымъ указывающій, что въ законѣ не установилось еще точное понятіе о границахъ права и религіи, церкви и государства. Нарушеніе правилъ вѣры въ тѣсномъ смыслѣ, уклоненіе отъ исполненія ея догматовъ и обрядовъ не можетъ быть предметомъ сужденія суда свѣтскаго, не компетентнаго въ оцѣнкѣ убѣжденій и требованій совѣсти; принужденіе къ исполненію требованій религіи тюрьмою и штрафами — унижаетъ прежде всего религію и неминуемо ведетъ не

⁷⁾ Точно также и это положеніе вполне можетъ быть согласовано съ ученіемъ гражданскаго права о такъ-называемой пассивной правоспособности вещей (Rechtsfähigkeit der Sachen); только нужно имѣть въ виду различіе между понятіями объектъ преступленія и объектъ права.

⁸⁾ См. Wahlberg, criminalistische und nationalökonomische Gesichtspunkte. 1872, стр. 3—8; Abegg, über Thierquälerei, A. d. Cr. R. 1851; Бернеръ, учебникъ, стр. 400—402; В. Спасовичъ, учебникъ, стр. 94 — 95; Кистяковскій, учебникъ, § 139. Конечно, въ исторіи уголовного права, у народовъ древняго міра и животное является объектомъ преступленія. Тиссо, le droit pénal, I, стр. 12, справедливо замѣчаетъ, что эти постановленія даже вовсе не представляются странными у тѣхъ народовъ, которые видѣли въ животныхъ предметъ поклоненія или символы ихъ. Аналогичныя явленія, т.-е. смѣшеніе символа съ изображаемою имъ идеею, мы можемъ даже и теперь найти въ нѣкоторыхъ кодексахъ, въ раздѣлѣ преступленій религіозныхъ.

⁹⁾ Ср. Ortolan, éléments, I, № 553; Tissot, le droit pénal, I, стр. 12; Спасовичъ, учебникъ, стр. 94 и сл.; Кистяковскій, § 141 и сл.

только къ лицемѣрю, но и невѣрю. Уголовныя постановленія могутъ только оградить церковь и ея существованіе. Законъ можетъ преслѣдовать за оказаніе публичнаго неуваженія къ догматамъ и обрядамъ церкви, наказывать публичное богохуленіе, кощунство, порицаніе вѣры, можетъ подвергать ответственности за нарушеніе правилъ о взаимныхъ отношеніяхъ церквей, существующихъ и допущенныхъ въ государствѣ, но во всѣхъ этихъ случаяхъ наказаніе будетъ относиться къ дѣйствіямъ, вполне входящимъ въ сферу правовыхъ опредѣленій: объектомъ преступленія будетъ не вѣра и не религія, а государственныя постановленія, ограждающія неприкосновенность церкви, какъ особой формы общенія гражданъ, признанной и охраняемой государствомъ.

§ 3. Вліяніе на преступленіе свойствъ нарушаемаго блага.

112. Во-2-хъ, для бытія преступленія необходимо, чтобы юридическая норма получила реальное бытіе; поэтому хотя само, разрушаемое преступленіемъ благо или интересъ составляетъ не объектъ преступленія, а скорѣе средство нарушенія, но характеристическія свойства этого средства, конечно, не могутъ не отражаться какъ на признаніи извѣстнаго факта преступленіемъ, такъ, въ особенности, на характерѣ и мѣрѣ его наказуемости. Такое вліяніе оказываютъ, напр., качества личности пострадавшаго, или свойства вещей, разрушаемыхъ или повреждаемыхъ преступнымъ дѣяніемъ. Обстоятельства эти, съ одной стороны, крайне разнообразны, а съ другой — имѣютъ дѣйствительное значеніе только при отдѣльныхъ преступленіяхъ; поэтому подробный ихъ анализъ долженъ быть сдѣланъ въ особенной части ¹⁰⁾.

Только для бльшаго уясненія даннаго вопроса я позволю себѣ указать, въ видѣ примѣра, нѣкоторыя категоріи этихъ обстоятельствъ. Такъ, изъ качествъ личныхъ по нашему праву сюда принадлежатъ: 1) возрастъ жертвы; признаніе дѣянія преступленіемъ иногда зависить отъ возраста жертвы, какъ, напр., подкидъ младенцевъ (ст. 144 м. у.), похищеніе и подмѣнъ младенцевъ (ст. 1407 у.), оставленіе безъ помощи новорожденнаго младенца (ст. 1460), оставленіе безъ помощи малолѣтняго до 3-хъ или 7-ми лѣтъ (ст. 1514), плотская связь съ дѣвучкою моложе 14 лѣтъ (ст. 1524) и т. п.; еще чаще возрастъ вліяетъ на усиленіе или уменьшеніе наказанія, какъ, напр., при мошенничествѣ (ст. 1671), при дѣтубійствѣ (ст. 1451) и т. д.; 2) полъ, такъ, напр., истребленіе плода, изнасилованіе, обольщеніе, растлѣніе могутъ быть совершены только надъ женщиною, мужеложство, наоборотъ, надъ мужчиною, по крайней мѣрѣ по буквальному тексту закона

¹⁰⁾ См. у Лохвицкаго, курсъ, стр. 199—214, хотя и его подробное перечисленіе нельзя назвать полнымъ. Любопытныя замѣчанія по этому предмету см. у Wahlberg'a, criminalistische Gesichtspunkte, стр. 25—58; см. также выше № 101.

(contra—рѣш. касс. деп. ^{69/642} по дѣлу Микиртумова); оскорбленіе, нанесенное женщи́нѣ, усиливаетъ отвѣтственность; при этомъ, говоря о женщи́нѣ, какъ объектѣ преступленія, законъ выдѣляетъ иногда заму́жнюю женщи́ну—при изнасилованіи, увозѣ; дѣвственницу—при изнасилованіи; беременную женщи́ну—при убійствѣ (ст. 1452) и т. д.; 3) физическіе недостатки и болѣзни; таково, напр., значеніе уродства—при убійствѣ (ст. 1469), болѣзненность, лишеніе силъ и умственное разстройство при оставленіи безъ помощи (ст. 1516), духотлота, слабоуміе при мошенничествѣ (ст. 1671), сумасшествіе и слабоуміе при изнасилованіи, вступленіи въ бракъ и т. п.; 4) отсутствие жизни въ объектѣ; такъ, нашъ законъ спеціально говоритъ о разрытіи могилъ для поруганія мертвыхъ или ихъ ограбленія (ст. 234), о кражѣ съ мертвого (ст. 1659); 5) отношенія супружескія, родства и свойства. Вліяніе этихъ отношеній чрезвычайно многообразно и встрѣчается при большинствѣ частныхъ преступленій, о которыхъ говоритъ наше уложеніе. Иногда отъ существованія этихъ особыхъ отношеній виновнаго къ жертвѣ зависитъ самое бытіе преступленія, какъ, напр., при кровосмѣшеніи (ст. 1593 и сл.), противозаконномъ вступленіи въ бракъ въ близкихъ степеняхъ родства (ст. 1559 и сл.), принужденіи дѣтей къ вступленію въ бракъ или въ монашество (ст. 1586), упорномъ неповиновеніи родительской власти (ст. 1592 ул.), отказѣ въ доставленіи содержанія родителямъ (ст. 143 м. у.) и т. п.; въ другихъ случаяхъ эти отношенія вліяютъ на усиленіе уголовной отвѣтственности, какъ, напр., при убійствѣ, при преступленіяхъ противъ здоровья, свободы, чести, при сводничествѣ и т. д.; наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ эти отношенія, наоборотъ, ослабляютъ или даже вовсе уничтожаютъ наказуемость, такъ, напр., ненаказуемы по закону обиды, нанесенныя родителями дѣтямъ, а по рѣшенію кассационнаго департамента и обиды между супругами; при семейной кражѣ измѣняется порядокъ преслѣдованія виновныхъ. Въ большинствѣ случаевъ, говоря о родствѣ, нашъ законъ, какъ кажется, имѣетъ въ виду родство, происходящее отъ законнаго брака, но иногда, напр. при дѣтоубійствѣ (ст. 1451), оставленіи безъ помощи (ст. 1460), конкубинатѣ (994), онъ прямо упоминаетъ объ отношеніяхъ, возникающихъ изъ вѣнчанной связи. При родственныхъ отношеніяхъ законъ обыкновенно различаетъ боковыхъ и прямыхъ родственниковъ, а изъ послѣднихъ по большей части, напр., при убійствѣ, увѣчьи, обидахъ, особо выдѣляетъ родителей; далѣе, говоря о боковыхъ родственникахъ, законъ обращаетъ вниманіе на степени родства, и только въ одномъ случаѣ (ст. 1594 послѣдній пунктъ) при кровосмѣнительномъ любодѣяннн говоритъ о родствѣ и свойствахъ, не ограничивая ихъ степенями. Отношенія родства разсматриваются какъ взаимныя или обоюдныя; только иногда, напр., при убійствѣ, законъ квалифицируетъ убійство дяди и тетки и умалчиваетъ объ убійствѣ племянниковъ, особо квалифицируетъ увѣчье, обиду родителей, но не дѣлаетъ того же по отношенію къ дѣтямъ; 6) общественное положеніе пострадавшаго имѣетъ также иногда вліяніе на степень уголовной отвѣтственности. Такъ, при обидахъ, законъ усиливаетъ наказаніе за оскорбленіе лицъ, имѣющихъ по особымъ отношеніямъ къ обидчику право на особое уваженіе; а по ст. 394 особо выдѣляетъ оскорбленіе крестьяниномъ помѣщика, на землѣ котораго онъ водворенъ, или членовъ его семейства; при убійствѣ законъ выдѣляетъ лишеніе жизни хозяина, мастера, господина и членовъ его семейства (ст. 1451 и 1455); о господинѣ законъ особо говоритъ также при угрозахъ (1547 ст.) и при лишеніи свободы (ст. 1544); наконецъ, эти же свойства пострадавшаго характеризуютъ домашнюю кражу (ст. 1649, 1659). Кромѣ того, при многихъ преступленіяхъ, какъ, напр., при убійствѣ, изувѣченнн, лишеніи свободы, угрозахъ—спеціально упоминается о благодѣтеляхъ, воспитателяхъ и т. д.; 7) государственное положеніе лица. Такъ, законъ особо выдѣляетъ при обидахъ и насиліяхъ должностное лицо,

как пострадавшее от преступления, если, притомъ, эти преступления совершены во время отправления ими обязанностей службы; далѣе, законъ отдѣльно говорить о преступленияхъ, совершенныхъ надъ священнослужителями при отравленіи ими службы божьей (ст. 211 и сл.), или съ цѣлью оскорбить церковь; особо говорить о проступкахъ, направленныхъ противъ должностнаго лица со стороны его подчиненныхъ, причемъ въ некоторыхъ случаяхъ это отношеніе опредѣляетъ самое существо преступления, напр., при проступкахъ по службѣ; въ другихъ оно служитъ обстоятельствомъ, усиливающимъ отвѣтственность, какъ, напр., при обидѣ начальника, угрозахъ, лишеніи свободы, вызовѣ на поединокъ и т. д. На государственныхъ же соображеніяхъ основывается возвышеніе отвѣтственности за преступления противъ личныхъ правъ государя императора и членовъ царствующаго дома; 8) международное положеніе лица. Въ этомъ отношеніи уложеніе говоритъ объ оскорбленіи дипломатическихъ агентовъ (ст. 261); о политическихъ преступленияхъ, направленныхъ противъ иностраннаго государства; но нельзя не прибавить, что качество представителя верховной власти другой державы вовсе не выдвигается нашимъ закономъ, такъ что, напр., посягательство на жизнь иностраннаго государя будетъ не квалифицированнымъ, а простымъ убійствомъ.

113. Что касается до тѣхъ преступленій, которыя направляются на юридическія нормы, охраняющія имущественныя права, то, хотя имущество или вещи сами по себѣ не представляютъ никакого значенія для уголовного права, а входить въ него только какъ составная часть права собственности, владѣнія или пользованія какого-либо лица; но тѣмъ не менѣе юридическія свойства этого имущества не остаются безъ вліянія какъ на самое существо преступления, такъ въ особенности на его наказуемость. Надо замѣтить, что эти качества вещей еще тѣснѣе связаны съ характеромъ отдѣльныхъ правонарушеній, чѣмъ качества лица, такъ что даже и подробный переченьъ этихъ свойствъ можетъ быть сдѣланъ только въ особенной части. Такъ, говоря о составѣ имущества, наше уложеніе, какъ и гражданскіе законы, различаетъ физическія вещи и права, или, иначе, имущества наличныя и долговныя; говоря, далѣе, о естественныхъ свойствахъ вещей, законъ также прежде всего различаетъ вещи движимыя и недвижимыя, хотя это различіе, въ особенности относительно принадлежностей вещей, отлично отъ права гражданскаго. Точно также не безразличны для уголовного права и другія свойства вещей, какъ, напр., различіе вещей дѣлимыхъ и недѣлимыхъ при посягательствѣ на имущество, находящееся на правѣ общей собственности; вещей главныхъ и придаточныхъ, замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ, потребляемыхъ и непотребляемыхъ, при утайкѣ и присвоеніи найденнаго. Иногда, впрочемъ, какъ, напр., при поджогѣ, потопленіи, кражѣ и т. п., уложеніе, не довольствуясь дѣленіемъ вещей на категоріи, входитъ даже въ подробное перечисленіе ихъ. Еще болѣе значенія имѣетъ дѣленіе вещей по тому отношенію, въ которомъ онѣ стоятъ въ ихъ обладателямъ; такъ, уголовное право знаетъ вещи безхозяйныя или брошенныя, вещи хотя и имѣющія собственника, но не оккупированныя, вещи забытыя, оставленныя, потеряныя; вещи, которыхъ хозяинъ извѣстенъ и неизвѣстенъ и т. д. Особенное значеніе имѣетъ нахожденіе вещи въ фактическомъ обладаніи виновнаго въ моментъ совершения преступленія, будетъ ли имѣть это обладаніе характеръ юридическій или естественный, такъ какъ этимъ признакомъ отличается, напр., присвоеніе вещей отъ завладѣнія ими. Далѣе, имѣетъ значеніе различіе субъектовъ, которымъ принадлежитъ данное имущество; такъ, уголовное право различаетъ имущества частныхъ лицъ

1/1111

и казны: особенное значеніе имѣть принадлежность имущества какой-либо христіанской церкви, такъ какъ, напр., похищеніе такого имущества составляетъ самостоятельное преступленіе—святотатство. Экономическая роль вещей, какъ мѣнливой цѣнности, имѣть двоякое значеніе: во-1-хъ, наличность этого свойства въ вещи, или предметѣ, обуславливаетъ собою самую сущность большинства имущественныхъ преступленій, напр., кражи, грабежа, поджога и т. п.; во-2-хъ, объемъ цѣнности влияетъ на наказуемость въ особенности, напр., при кражѣ, а иногда и на самую подсудность. Наконецъ, имѣть влияние и самое назначеніе вещей, или ихъ символическое значеніе, такъ, напр., при поджогѣ и потопленіи законъ различаетъ строенія обитаемыя и необитаемыя, при кражѣ—вещи, необходимыя для пропитанія того, у кого они украдены; при святотатствѣ—вещи священныя, освященныя и церковныя; вещи, какъ символы, имѣютъ значеніе при надругательствѣ надъ святынею, кощунствѣ, суевѣрныхъ обманахъ, заочномъ оскорбленіи величества, оскорбленіи власти и т. д. ¹¹⁾.

§ 4. Причины, уничтожающія противозаконность дѣянія.

114. Въ-3-хъ, для бытія преступленія необходимо, чтобы посягательство на извѣстныя права и блага, охраняемыя закономъ, являлось нарушеніемъ нормы не вообще, а именно въ данномъ случаѣ. Между тѣмъ ни въ историческомъ развитіи права, ни въ его современномъ состояніи мы не видимъ такихъ нормъ, которыя имѣли бы безусловный характеръ, не допускали бы исключеній; наоборотъ, мы можемъ сказать, что нѣтъ такого приказа или запрета, котораго бы нарушеніе всегда и при всѣхъ условіяхъ считалось преступнымъ. При этомъ, такія отношенія между правиломъ и исключеніемъ видоизмѣняются въ исторіи, и исключенія иногда достигаютъ такихъ размѣровъ, что съ трудомъ можно опредѣлить, гдѣ общее правило и гдѣ изытаніе изъ него.

Возьмемъ для примѣра одну изъ наиболѣе важныхъ нормъ, опредѣляющихъ частныя отношенія людей, а именно повелѣніе «не убивай», и посмотримъ, всякое ли нарушеніе этой нормы составляетъ преступное убійство. Стоитъ только, по справедливому замѣчанію Биндинга ¹²⁾, вспомнить число убитыхъ въ послѣднюю французско-нѣмецкую войну, число, которое, конечно, превзойдетъ сумму преступнаго убійства за нѣсколько десятковъ лѣтъ у всѣхъ цивилизованныхъ народовъ, и мы навѣрное затруднимся сказать, что положеніе «убивай неприятеля» есть исключеніе изъ нормы, а не общее правило. Далѣе, и въ мирное время мы встрѣчаемъ, напр., случаи убійства при необходимой оборонѣ, крайней необходимости и т. д., въ которыхъ вездѣ существуетъ нарушеніе нормы, но

¹¹⁾ См. любопытный очеркъ значенія юридическихъ свойствъ вещей въ уголовномъ правѣ у Вальберга, *criminalistische Gesichtspunkte*, стр. 58—95; очеркъ у А. Лохвицкаго, курсъ, стр. 215—216, весьма недостаточенъ.

¹²⁾ Binding, *die Normen und ihre Uebertretung*, 1872, стр. 51.

не считающееся преступлением, несмотря даже на то, что такое уничтожение чужой жизни совершается лицом, не только обладающим способностью ко вменяемости, но и действующим вполне сознательно. Если же, затѣмъ, обращаясь къ исторіи, мы припомним случаи узаконенной мести, дозволеннаго убійства извѣстных преступниковъ или даже лицъ извѣстной націи, случаевъ, встрѣчавшіеся въ законодательствѣ всѣхъ народовъ, то мы увидимъ ясное доказательство того, что самый объемъ дозволенныхъ отступленій отъ нормы измѣняется въ исторіи.

115. Условія, при которыхъ нарушение нормъ утрачиваетъ свой преступный характеръ, мы будемъ называть причинами, уничтожающими противозаконность дѣянія. Однѣ изъ этихъ причинъ встрѣчаются и имѣютъ значеніе только при отдѣльныхъ преступленіяхъ, какъ, напр. по нашему праву, открытіе соучастниковъ при подбѣлкѣ монеты (ст. 573), патриотическія побужденія при самоубійствѣ (ст. 1474); оскорбленіе близкихъ лицъ при вызовѣ на дуэль (ст. 1499) и т. д., и самый разборъ ихъ относится къ особенной части; другія же, напротивъ, встрѣчаются при всѣхъ преступленіяхъ, какъ, напр., совершеніе дѣянія подъ вліяніемъ принужденія, во исполненіе закона, и нѣкоторыя другія¹³⁾; а потому и подлежатъ изслѣдованію въ общей части¹⁴⁾.

Къ условіямъ этимъ относятся¹⁵⁾:

1. Исполненіе закона и обязательнаго приказа¹⁶⁾.

116. Разнообразны случаи, въ которыхъ отдѣльному гражда-

¹³⁾ О различіи этихъ причинъ отъ уничтожающихъ вменяемость, см. выше, № 42. Французскіе комментаторы, согласно съ *code pénal*, не только смѣшиваютъ подъ общимъ именемъ *faits justificatifs*—причины, уничтожающія вменяемость и противозаконность, но относятъ къ общимъ причинамъ, оправдывающимъ дѣяніе, только помѣшательство и принужденіе, другія же, какъ, напр., необходимую оборону, исполненіе закона или приказа рассматриваютъ при отдѣльныхъ преступленіяхъ. Ср. F. Hélie, I, № 250. Гораздо вѣрнѣе смотритъ Haus, principes, № 460, 461.

¹⁴⁾ При этомъ, разумѣется, эти условія имѣютъ одинаковое значеніе при всякаго рода правонарушеніяхъ, т. е. имѣютъ силу какъ при преступленіяхъ уголовныхъ, такъ и при полицейскихъ нарушеніяхъ.

¹⁵⁾ Случай эти можно разбить на три категоріи: къ 1-й, могутъ быть отнесены тѣ, въ которыхъ нарушеніе нормы требуется самимъ закономъ,—таково исполненіе закона и обязательнаго приказа; къ 2-й тѣ, въ которыхъ дѣяніе иногда требуется, а иногда только дозволяется закономъ, какъ, напр., осуществленіе собственнаго права действующаго, и наконецъ, къ 3-й тѣ, въ которыхъ нарушеніе только дозволяется закономъ, каковы, напр., принужденіе, согласіе пострадавшаго.

¹⁶⁾ Спасовичъ, учебникъ, стр. 102; Неклюдовъ, приложения, стр. 415—418; А. Лохвицкій, курсъ, стр. 128; Кистяковскій, курсъ, § 233—237; Brauer, der dienstliche Befehl, als Grund der Straflosigkeit. Gerichtssaal. 1856; Mittermaier zu Feuerbachs Lehrbuch, § 91, пр. 4; Koestlin, neue Revision, стр. 663—665; Geib, Lehrbuch, стр. 219—220; Бернеръ, учебникъ, стр. 414—416; Schaper, in Holtzendorfs Handbuch, стр. 122—125; Schütze, Lehrbuch, § 34; Trébutien, cours, I, стр. 132—137; Rossi, traité, т. II, гл. XIII; Ortolan, éléments, № 466—486; Haus, principes, № 464—470; F. Hélie, théorie, I, № 280 и сл., IV, № 1317—1321.

нину приходится, въ интересахъ общества или государства, отказываться отъ своихъ правъ, или по крайней мѣрѣ ограничивать объемъ пользованія ими. Иногда этотъ отказъ предполагаетъ добровольное дѣйствіе владѣльца права, а иногда подобная уступка считается настолько необходимою для общественнаго благосостоянія, что она осуществляется не только помимо, но и противъ воли обладателя права. Право субъективное неминуемо имѣетъ условный, ограниченный характеръ, и притомъ безотносительно къ его объему и значенію; возможность ограниченія или даже уничтоженія права ради высшихъ интересовъ другаго лица, или еще чаще—общества, одинаково существуетъ какъ по отношенію къ высшему праву на жизнь, такъ и по отношенію къ низшимъ, имущественнымъ правамъ.

Само собою разумѣется, что въ тѣхъ случаяхъ, когда ограниченіе или уничтоженіе чьего либо права оказывается необходимымъ, дѣйствительное осуществленіе этой необходимости не можетъ не только считаться преступнымъ, но будетъ выполненіемъ обязанности, осуществленіемъ требованій закона. По большей части выполненіе этой обязанности возлагается на опредѣленную группу лицъ служащихъ, но иногда подобная дѣятельность можетъ быть предоставлена и каждому частному лицу ¹⁷⁾.

Безнаказанность дѣяній, совершенныхъ по требованію закона, по большей части, въ существѣ своемъ до такой степени очевидна, что не возбуждаетъ сомнѣнія ни въ теоріи, ни на практикѣ. Врядъ ли нужно доказывать, что смотритель тюрьмы не отвѣчаетъ за лишеніе свободы арестанта, палачъ—за выполненіе наказанія, но примѣненіе этого положенія къ нѣкоторымъ отдѣльнымъ случаямъ, установленіе границъ этого права требуетъ законодательныхъ опредѣленій ¹⁸⁾.

При этомъ самъ уголовный кодексъ можетъ содержать только общее правило о томъ, что поступки, совершенные во исполненіе закона, не наказуемы; опредѣленіе же самыхъ случаевъ, въ которыхъ дозволяется нарушеніе чьихъ либо

¹⁷⁾ При этомъ безразлично самое значеніе и характеръ исполняемаго закона. Законъ можетъ оскорблять нравственность развитой части общества, можетъ быть положительно вреденъ общественнымъ интересамъ, такъ что борьба съ закономъ, неисполненіе его—могутъ быть актомъ гражданскаго мужества; но даже и въ такомъ случаѣ исполненіе этого закона, предполагая, конечно, что законъ постановленъ съ соблюденіемъ условий, придающихъ ему дѣйствительность, освобождаетъ исполнившаго отъ всякой отвѣтственности, такъ какъ законъ не можетъ противорѣчить самому себѣ. См. Ortolan, éléments, № 467.

¹⁸⁾ При этомъ изложеніе даннаго ученія несомнѣнно относится къ общей части, такъ какъ подобный вопросъ можетъ встрѣтиться и при всякомъ преступленіи. Впрочемъ, изъ западныхъ кодексовъ французскій code pénal говоритъ объ этомъ условіи специально при убійствѣ, art. 327, при такъ-называемомъ homicide légal; но бельгійское уложеніе 1867 г. правильно отнесло это постановленіе къ общей части, art. 70. Ср. Haus, principes, № 464; Ortolan, éléments, № 483.

правъ, можетъ быть сдѣлано только въ законоположеніяхъ, относящихся къ той дѣятельности, при которой встрѣтилась необходимость подобнаго нарушенія. Таки́мъ образомъ, напр., въ уставахъ карантинномъ, лѣсномъ, таможенномъ, военномъ и т. п. должны быть указаны тѣ случаи, при которыхъ лица даннаго вѣдомства могутъ совершать вторженіе въ сферу правъ частныхъ лицъ.

117. Но для того, чтобы исполненіе закона уничтожало преступность дѣянія, необходимы извѣстныя условія. Условія эти относятся къ тремъ одинаково существеннымъ пунктамъ: 1) чтобы лицо было компетентно для выполнения даннаго дѣйствія; 2) чтобы существовало фактическое основаніе для подобной дѣятельности, т. е., чтобы нарушеніе чьего либо права было дѣйствительно необходимо или, по крайней мѣрѣ, казалось ему таковымъ, и чтобы онъ не преступилъ предѣловъ этой необходимости; 3) чтобы, совершая данное дѣйствіе, онъ соблюлъ существенныя формы, если таковыя предписаны закономъ¹⁹⁾.

Разумѣется, при этомъ имѣются въ виду тѣ условія, безъ которыхъ самое дѣйствіе не могло быть совершено даннымъ лицомъ; несоблюденіе условій второстепенныхъ, хотя и можетъ повлечь за собою отвѣтственность за нарушеніе обязанностей службы, но не дѣлаетъ самаго дѣянія противозаконнымъ. Значеніе и сравнительная важность извѣстнаго условія, конечно, опредѣляются въ законѣ. Эти условія сохраняютъ свою силу и въ тѣхъ случаяхъ, когда исполнителемъ требованій закона является не должностное, а частное лицо, причѣмъ требованіе компетентности замѣняется прямымъ уполномочіемъ со стороны закона на совершеніе подобныхъ дѣйствій.

Только при этомъ условіи, т. е. при специальномъ указаніи закона на право частнаго или должностнаго лица совершить извѣстное дѣяніе, нарушающее чье-либо право, это нарушеніе не будетъ преступнымъ; во всякомъ же другомъ случаѣ самое дѣяніе должно подлежать общей отвѣтственности, какими бы соображеніями общественной или государственной пользы оно ни оправдывалось²⁰⁾. При этомъ, конечно, самый объемъ дозволенныхъ вторженій въ сферу правъ частныхъ лицъ, самый характеръ гарантій, которыми обставлена неприкосновенность этихъ правъ, стоитъ въ прямомъ соотношеніи съ государственнымъ строеніемъ, съ культурнымъ развитіемъ страны. Чѣмъ развитѣе общественная жизнь, тѣмъ точнѣе опредѣлены права и обязанности разнообразныхъ правительственныхъ органовъ, тѣмъ точнѣе опредѣлены условія, при которыхъ права отдѣль-

¹⁹⁾ Къ этой же категоріи могутъ быть отнесены и тѣ случаи, когда лицо причиняетъ какой-либо вредъ другому, хотя бы безъ его согласія, но выполняя при этомъ обязанности своего званія: хирургъ ампутируетъ руку больнаго, директоръ дома умалишенныхъ, принимая къ себѣ больнаго, лишаетъ его свободы и т. п. Условія безнаказанности тѣ же какъ и при выполненіи закона.

²⁰⁾ Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, напр., въ нашемъ уложеніи (ст. 340), существуетъ одно исключеніе для чрезвычайныхъ обстоятельствъ, когда дѣйствующій возьметъ принятіе такой чрезвычайной мѣры на свою отвѣтственность и потомъ докажетъ, что эта мѣра была дѣйствительно необходима въ видахъ государственной пользы или что онъ не могъ, безъ видимой опасности или вреда для службъ, отложить принятіе сей мѣры до высшаго на то разрѣшенія.

ныхъ гражданъ могутъ быть нарушаемы въ интересахъ общественныхъ. Постановленія, опредѣляющія понятія законности и незаконности дѣйствій органовъ правительства, служатъ всегда вѣрнымъ масштабомъ для оцѣнки того положенія, въ которомъ находится въ странѣ гражданская свобода ²¹⁾.

118. Что касается до нашего дѣйствующаго права ²²⁾, то постановленія уложенія по данному вопросу представляются крайне неудовлетворительными. Уложение не содержитъ никакого общаго правила о значеніи этого условія для уголовной ответственности, а говоритъ объ этомъ специально только въ главѣ объ убійствѣ (ст. 1471), и въ преступленіяхъ противъ здоровья (ст. 1495); хотя отсюда, конечно, не слѣдуетъ, чтобы эти же условія не оправдывали виновнаго и при другихъ преступленіяхъ; такъ, лишеніе свободы, по уложенію, считается наказуемымъ только тогда, когда оно не было дозволено или предписано закономъ (ст. 1540). Точно также въ тѣхъ случаяхъ, когда напр., карантинный служитель не отвѣчаетъ за совершенное имъ убійство, онъ не можетъ отвѣчать и за произведенное при этомъ поврежденіе имущества убитаго. Такимъ образомъ система, принятая въ уложеніи, съ одной стороны ведетъ къ ненужнымъ повтореніямъ, а съ другой—все-таки изобилуетъ пропусками.

Далѣе, въ тѣхъ статьяхъ, въ которыхъ уложение говоритъ о значеніи исполненія закона для ответственности, оно, вмѣсто общаго правила, считаетъ необходимымъ перечислить всѣ случаи этого рода. Такимъ образомъ, ст. 1471 говоритъ объ убійствѣ человѣка, пытающагося бѣжать изъ карантина, совершающаго нарушение таможеннаго или лѣснаго уставовъ, или нападающаго на стражу или вещи, ввѣренныя ихъ храненію, и объ убійствѣ лицъ, пытающихся бѣжать изъ тюрьмы ²³⁾. Не трудно видѣть, конечно, что это перечисленіе представляется далеко не полнымъ даже и по отношенію къ случаямъ лишенія жизни. Прежде всего, значительное дополненіе къ ст. 1471 даетъ воинскій уставъ о наказаніяхъ (ст. 284), указывая шесть другихъ случаевъ законнаго лишенія жизни (хотя, вопреки тексту закона, нѣкоторые изъ этихъ случаевъ составляютъ только повтореніе ст. 1471); но и затѣмъ оказывается, что законъ все-таки вовсе, напр., умалчиваетъ о лишеніи жизни палачомъ, объ убійствѣ на войнѣ и т. п.

Наконѣцъ, и по своему содержанию постановленія ст. 1471 оказываются также весьма недостаточными и непоследовательными. Такимъ образомъ, говоря о дозволенномъ лишеніи жизни таможенною и лѣсною стражею, уложение довольствуется общимъ опредѣленіемъ «при точномъ исполненіи возложенныхъ на оную обязанностей и безъ всякаго отступленія отъ правилъ, установленныхъ для употребленія ею огнестрѣльнаго оружія», а самыя условія употребленія оружія дѣй-

21) Предполагая, конечно, что права гражданъ имѣютъ дѣйствительную гарантію и что конституція не есть только листъ писаной бумаги.

22) Въ древнемъ нашемъ правѣ вовсе не встрѣчается указаній на безответственность за исполненіе закона. Единственный казусный примѣръ этого рода можно найти въ псковской судной грамотѣ, ст. 98: „а который человекъ съ приставомъ пріѣдетъ на дворъ тати иматъ, и татби искать, или должнеа иматъ, а жонка въ то время дѣтя вывержетъ, да пристава оучнетъ головшиной окладати, или исца, ино въ томъ годовшини нѣтъ“. Въ воинскомъ уставѣ хотя и есть нѣсколько подходящихъ постановленій (арт. 34, 44, 204, 205), но и тамъ этотъ вопросъ разсматривается съ точки зрѣнія обязанности всѣхъ подчиняться подобнымъ дѣйствіямъ органовъ власти. Отдѣльные случаи упоминаются въ уставахъ: таможенномъ — 20-го марта 1829; карантинномъ — 20-го окт. 1832; лѣсномъ — 28-го дек. 1832 г.

23) См. болѣе подробный разборъ этихъ постановленій въ моемъ изслѣдованіи о преступленіяхъ противъ жизни, т. I, № 125—128.

ствительно пересчитываетъ въ соотвѣствующихъ уставахъ (уст. лѣсной, ст. 194—199; уст. таможенный, ст. 374, 375, 378, 379), хотя далеко не съ достаточною полнотою. Но въ постановленіяхъ объ убійствѣ при нарушеніяхъ карантиннаго устава, уложеніе указываетъ и самые случаи этихъ нарушеній, за то вовсе умалчивая о нихъ въ новомъ карантинномъ уставѣ 1866 года. Уложеніе, даже, знаетъ случаи законнаго лишенія жизни не только со стороны должностныхъ, но и частныхъ лицъ (2 п. 1471), но крайне неопредѣленно говоритъ объ условіяхъ законности ихъ дѣйствій. Особый интересъ для характеристики этого вопроса представляютъ статьи 348 и 349, о незаконномъ взятіи подъ стражу или о такомъ же производствѣ обыска или выемки. Уложеніе считаетъ эти дѣйствія незаконными только въ двухъ случаяхъ: 1) когда данное лицо не имѣло на то права ни по закону, ни по особому разрѣшенію, т.-е. было не компетентно, и 2) когда эти дѣйствія были совершены безъ всякихъ достойныхъ уваженія причинъ. Что касается до соблюденія предписанныхъ закономъ формальностей, то уложеніе не придаетъ имъ особаго значенія, подвергая, правда, виновнаго въ случаѣ ихъ неисполненія отвѣтственности, но не считая самого дѣянія противозаконнымъ. Но съ этимъ его взглядомъ согласиться довольно трудно, по крайней мѣрѣ по отношенію къ условіямъ и формамъ существеннымъ. Требованіе о взятіи кого-либо подъ стражу, говоритъ, напр., ст. 9, уст. угол. судоп., подлежитъ исполненію только въ томъ случаѣ, когда оно послѣдовало въ порядкѣ, опредѣленномъ правилами сего устава; поэтому въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ такого выполненія требованій устава не существуетъ, и самое лишеніе свободы становится преступнымъ, а это особенно важно для разрѣшенія вопроса о законности обороны противъ подобныхъ дѣйствій.

Конечно, можно говорить, что при отсутствіи такихъ существенныхъ условій дѣятельности, лицо становится не компетентнымъ, но такое толкованіе будетъ заключать въ себѣ большую натяжку.

119. Къ числу условій, при которыхъ дѣяніе разсматривается какъ законное, а потому и не наказуемое, относится, хотя и не всегда, распоряженіе компетентной власти. Полицейскій служитель, отвѣдшій въ тюрьму лицо, хотя и осужденное въ законномъ порядкѣ, но безъ надлежащаго постановленія или приказа суда; смотритель тюрьмы, принявшій заключеннаго при подобныхъ условіяхъ; солдаты, начавшіе стрѣлять въ мятежную толпу безъ приказанія офицера, совершаютъ дѣяніе очевидно противозаконное, такъ какъ въ этихъ случаяхъ не существуетъ распоряженія компетентной власти. Законъ указываетъ, когда дозволяется употреблять силу, каковы бы ни были послѣдствія этого дозволенія, а приказъ компетентной власти, безотносительно къ ея іерархическому положенію, свидѣтельствуетъ, что въ данномъ случаѣ дѣйствительно есть наличность тѣхъ условій, при которыхъ законъ оправдываетъ насиліе.

Нѣкоторые кодексы, какъ, напр., французскій и бельгійскій²⁴⁾ ставятъ даже

²⁴⁾ Такъ бельгійскій кодексъ, ст. 70, говоритъ: „il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait etait ordonné par la loi et commandé par l'autorité“. См. у Haus'a, principes, № 466, цѣлый рядъ примѣровъ, относительно исключеній изъ этого правила. Объясненія этого условія у Ф. Эли, théorie, IV, № 1318.

необходимымъ условіемъ безнаказанности дѣянія наличность двухъ обстоятельствъ: приказа закона и распоряженія компетентной власти; но подобное начало неправильно, или, вѣрнѣе, слишкомъ обще. Законъ, напр. (воин. уст., ст. 284), дозволяетъ часовому въ опасномъ мѣстѣ, послѣ двоекратнаго оклика съ угрозою, стрѣлять въ неотвѣчающаго, дозволяетъ начальнику убить во время сраженія подчиненнаго, обратившагося въ бѣгство. О какихъ же распоряженіяхъ компетентной власти можно говорить въ подобныхъ случаяхъ? Ожиданіе распоряженія можетъ быть поставлено условіемъ законности дѣйствій въ нѣкоторыхъ, но далеко не во всѣхъ случаяхъ.

120. Такимъ образомъ, распоряженіе или приказъ компетентной власти является иногда необходимымъ элементомъ, придающимъ законный характеръ совершившемуся, такъ что лицо, хотя и нарушившее чье-либо право, но при этомъ выполнившее требованіе закона по распоряженію надлежащей власти, не наказуемо. Но какое значеніе имѣетъ приказъ отдѣльно взятый: отвѣчаетъ ли лицо, выполнившее незаконный приказъ законнаго своего начальника? Отвѣтъ долженъ быть данъ отрицательный, хотя и съ извѣстными ограниченіями. Приказъ освобождаетъ отъ отвѣтственности въ томъ случаѣ, когда онъ обязательенъ, а это можетъ быть только тогда, когда онъ данъ компетентнымъ лицомъ и не заключаетъ въ себѣ никакого нарушенія закона, такъ какъ основаніе безнаказанности во всякомъ случаѣ лежитъ не въ приказѣ, какъ таковомъ, а въ законѣ, на которомъ основывается этотъ приказъ ²⁵).

Теорія слѣпнаго и безотвѣтнаго подчиненія приказу начальника давно уже потеряла всякій кредитъ въ наукѣ, и собственно никогда не была послѣдовательно проводима на практикѣ ²⁶). Что лежитъ въ основѣ этого взгляда? Превращеніе подчиненнаго въ матеріальное орудіе начальника, орудіе, утратившее способность дѣйствовать своею волею, утратившее обладаніе нравственными принципами, сознаніе запрещеннаго и дозволеннаго. Въ случаяхъ исключительныхъ, такъ называемаго физическаго принужденія, такое положеніе возможно, но можетъ ли оно считаться нормальнымъ, согласнымъ съ рациональнымъ государственнымъ устройствомъ? Конечно, нѣтъ, — оно противорѣчитъ и существу человѣческой природы, и понятію цѣлесообразности, разумности государственнаго организма. Намъ понятно возникновеніе этого ученія въ виду института рабства, существованія абсолютныхъ деспотій разнаго рода; его можно поддерживать, хотя и въ смя-

²⁵) Въ особенности краснорѣчиво защищаетъ это мнѣніе Росси, стр. 10—12. См. также Кестлингъ, Ортоланъ, Haas, principes, № 468—469, говоритъ между прочимъ: „повиновеніе не можетъ быть слѣпо и пассивно, оно не уничтожаетъ въ подчиненномъ обязанности пользоваться своимъ разсудкомъ и подчиняться закону, а не приказу начальника, если этотъ приказъ, очевидно, незаконенъ“. Большинство нѣмецкихъ теоретиковъ говорить только о формальной законности приказа; ср. Рейбъ, Lehrbuch, стр. 219.

²⁶) Римское право даже для рабовъ считало невозможнымъ послѣдовательно провести принципъ безусловнаго подчиненія: *servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet; sicuti si dominus hominem occidere... servum jussisset. L. 20. D. de obl. et. act. (XLIV, 7).*

ченномъ видѣ, при существованіи, напр., крѣпостнаго права; но оно неминуемо должно исчезнуть даже при самыхъ примитивныхъ зачаткахъ гражданской свободы.

Такимъ образомъ, подчиненіе приказу начальника должно имѣть извѣстныя границы ²⁷⁾, вполне аналогичныя съ тѣми, при которыхъ дѣйствія органовъ власти вообще считаются законными. Такимъ образомъ, прежде всего необходимо, чтобы приказъ по содержанию своему относился къ кругу служебной дѣятельности лица, и чтобы лицо приказавшее имѣло власть распоряжаться подчиненными именно въ этой специальной сферѣ. Въ государствѣ, сколько-нибудь благоустроенномъ, мы не можемъ себѣ представить никакой исполнительной власти, кругъ дѣятельности которой былъ бы безграниченъ, не имѣлъ бы никакого специального характера; точно также мы не можемъ себѣ представить и такой власти, распоряженія которой должны бы были приводиться въ исполненіе всѣми безъ исключенія. Поэтому подчиненный, исполнившій приказъ изнасиловать кого-нибудь, безспорно подлежитъ ответственности, на какой-бы ступени чиновничьей іерархіи ни стояло приказавшее лицо; точно также несомнѣнно отвѣчаетъ полицейскій служитель, или судебный слѣдователь, если онъ заарестовалъ кого-нибудь по приказу некомпетентной власти, напр., министра народнаго просвѣщенія. Слѣдовательно, для того, чтобы признать безнаказанными дѣйствія лица, исполнившаго приказъ начальника, прежде всего нужно рѣшить вопросъ: имѣлъ ли право приказавшій дать такой приказъ данному лицу, по ихъ взаимнымъ служебнымъ отношеніямъ? Далѣе, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ требуетъ, чтобы самый приказъ былъ облеченъ въ извѣстную форму и считаетъ притомъ это существеннымъ для безответственности исполнившаго, конечно, необходима наличность и этого условія.

Но достаточно ли этихъ условій для признанія обязательности приказа и безответственности исполнившаго? Обязателенъ ли приказъ, хотя формально законный, но содержащій въ себѣ преступленіе, если притомъ эта преступность была очевидна и для самого исполнившаго—случаи такого противоположенія несомнѣнно возможны, и я думаю, нельзя признать это исполненіе безнаказаннымъ. Представимъ себѣ, что начальникъ приказываетъ своему подчиненному, по дѣлу, входящему въ кругъ его дѣятельности, изготовить подложный документъ, офицеръ приказываетъ своему взводу стрѣлать, ни съ того, ни съ сего, въ перваго встрѣчнаго и т. д., — конечно должны быть ответственны и приказавшій и исполнившіе ²⁸⁾.

При этомъ, разумѣется, для опредѣленія условій безнаказанности необходимо стать на точку зрѣнія лица, исполнившаго приказъ. Приказъ, данный компетентнымъ лицомъ, съ соблюденіемъ всѣхъ требуемыхъ условій, заключаетъ въ себѣ, такъ сказать, презумпцію законности; подчиненный обязанъ его исполнить, если онъ не убѣжденъ въ его матеріальной несправедливости; поэтому, для привлеченія къ ответственности исполнившаго, необходимо доказать, не только то, что приказъ былъ незаконенъ, но что исполнившій сознавалъ его преступность и, несмотря на то, осуществлять его. Если затѣмъ окажется, что исполнившій ошибался, что приказъ заключалъ въ себѣ преступленіе, то его дѣяніе должно быть оправдано, но уже на основаніи общаго ученія о значеніи ошибки и заблужденія ²⁹⁾.

²⁷⁾ При этомъ нельзя забывать, что въ данномъ случаѣ дѣло идетъ только объ условіяхъ, при которыхъ приказъ освобождаетъ отъ ответственности исполнившаго; эти границы должны нѣсколько измѣниться, если мы будемъ разсматривать вопросъ о противозаконномъ превышеніи или бездѣйствіи власти, или условія обязательности приказа вообще.

²⁸⁾ См. Ortolan, éléments, I, № 477.

²⁹⁾ См. въ особенности у Trébutien, cours, стр. 134—135.

121. Это начало признается и новыми кодексами, или, по крайней мѣрѣ, въ этомъ смыслѣ разъясняются ихъ постановленія комментаторами ³⁰⁾; также смотреть на это и наше законодательство.

Въ древнихъ памятникахъ нашего права не встрѣчается никакихъ постановлений о вліяніи на безнаказанность обязательнаго приказа. Уложеніе 1648 года, говоря довольно много объ осуществленіи права власти дисциплинарной, объ отвѣтственности несвободныхъ лицъ, исполнившихъ приказаніе господина, дѣлаетъ только одно указаніе на исполненіе служебнаго приказа въ X главѣ, въ статьяхъ 12 и 13, подвергая наказанію подъячаго, который, по приказанію дьяка, запишетъ судное дѣло фальшиво, вынесетъ спорныя дѣла изъ приказа и т. п. Напротивъ того, воинскій уставъ довольно подробно разсматриваетъ случаи этого рода. Его исходное начало выражено въ толкованіи на арт. 29, гдѣ говорится: «начальнику принадлежитъ повелѣвать, а подчиненнымъ послушно быть; онъ имѣетъ въ томъ, что онъ приказалъ, оправдаться, а сей отвѣтъ дать, какъ онъ повелѣнное исправитъ». Поэтому, по уставу не только не исполнившіе приказа подлежатъ суровой отвѣтственности (арт. 27 и 28), но наказываются и всякое непростойное разсужденіе объ указахъ, которые ему даны отъ начальника (арт. 29). Затѣмъ, въ проектѣ 1813 г., въ ст. 309, указывалось, что начальникъ, принуждающій или повелѣвающій подчиненному учинить противозаконныя дѣянія, подлежитъ отвѣтственности за оныя и за всѣ ихъ послѣдствія, какъ зачинщикъ; подчиненный же, безъ протеста или доноса исполнившій оное, наказывается какъ вспомогатель, по мѣрѣ вины своей. Это исполненіе приказа, по ст. 91, тогда только могло уменьшать отвѣтственность, когда оно было вынуждено приказавшимъ. Напротивъ того, сводъ законовъ, подъ прямимъ вліяніемъ воинскаго устава, сталъ на его точку зрѣнія, признавая обязательность всякаго приказа начальника и, слѣдовательно, безотвѣтственность исполнившаго. Ст. 200 (по изд. 1842 г.) только постановляла: «всѣ, въ службѣ состоящіе, обязаны повиноваться началству и властямъ, надъ ними поставленнымъ; всякое нарушеніе сего правила подвергаетъ виновныхъ взыскацію по всей строгости законовъ.» Гораздо правильнѣе постановленъ этотъ вопросъ въ дѣствующемъ правѣ, на основаніи котораго для освобожденія отъ отвѣтственности исполнившаго приказъ недостаточно одной формальной его законности, недостаточно, чтобы дѣяніе относилось къ кругу отношеній по службѣ приказавшаго и исполнившаго, а необходимо, чтобы приказъ и по содержанию своему не былъ преступенъ или, по крайней мѣрѣ, чтобы исполнившій не сознавалъ преступности приказа. На этомъ основаніи статья 393 уложенія, подвергая отвѣтственности за явно оказанное начальству по дѣламъ службы ослушаніе, прибавляетъ: «кромѣ лишь случая, еслибы начальникъ потребовалъ чего-либо противозаконнаго». Еще яснѣе выражается это начало въ ст. 403, въ которой законъ, опредѣляя отвѣтственность начальника, приказавшаго подчиненному совершить какое-либо противозаконное дѣяніе, прибавляетъ: «подчиненный, исполнившій такое приказаніе или желаніе начальника, зная, что сіе противно законамъ, хотя и подвергается тому-жъ наказанію, но въ меньшей мѣрѣ».

³⁰⁾ Такое разъясненіе для бельгійскаго кодекса даетъ Гаусъ, в. с., № 469 — 470. Изъ вѣмецкихъ кодексовъ баварское уложеніе 1861 г., арт. 71, говорило: если чиновникъ приказалъ своему подчиненному по службѣ совершить дѣйствіе, наказуемое по уголовнымъ законамъ и притомъ этотъ приказъ входилъ въ кругъ дѣятельности лица и былъ данъ въ надлежащей формѣ, то подчиненный все-таки тогда только ненаказуемъ за исполненіе такого приказа, когда самое дѣяніе только состоитъ въ злоупотребленіи или превышеніи власти, или составляетъ исполненіе служебныхъ обязанностей совершившаго.

122. Эти условия, при которых исполнение приказа дѣлаетъ исполнившаго безнаказаннымъ, имѣютъ одинаковое значеніе для всѣхъ родовъ государственной дѣятельности, а слѣдовательно, и для отвѣтственности лицъ военно-служащихъ.

Доктрина пассивнаго повиновенія всего чаще примѣняется къ отношеніямъ военнорусующихъ³¹⁾. Солдатъ, это—машина, одухотворяемая голосомъ командующаго, «солдатъ долженъ видѣть глазами начальника, думать его мыслями; приказъ, это—его мнѣніе, его нравственность, его религія...: назначеніе солдата—самоотрицаніе и подчиненіе», говорятъ защитники этого взгляда; но не трудно доказать, что подобная теорія одинаково несостоятельна, и практически и теоретически. Подобная теорія дисциплины слишкомъ тѣсно связана съ господствомъ самаго безотчетнаго произвола начальствующихъ, возможно полнаго приниженія личности, и притомъ не только среди арміи, но и въ самомъ обществѣ. Можно заставить «не разсуждать» только того, кто съ дѣтства выросъ подъ ферулою палки, кто съ дѣтства слышалъ вокругъ себя, что умъ до добра не доведетъ, что всякій начальникъ можетъ согнуть каждаго въ бараній рогъ, отправить туда, куда Макаръ и телѣтъ не гонялъ. Въ обществѣ, въ которомъ даже только начинаетъ просыпаться сознаніе личнаго достоинства, въ которомъ начинаютъ проникать въ массу зачатки цивилизациі, такая теорія неминуемо приведетъ къ деморализаціи арміи, сдѣлаетъ ее несостоятельною къ борьбѣ съ любой цивилизованною страной. Условия военной дисциплины требуютъ, конечно, начала строгаго послушанія, точнаго исполненія требованій начальствующаго и притомъ съ гораздо большею силою, чѣмъ въ отношеніяхъ лицъ гражданскаго вѣдомства, такъ какъ здѣсь нѣтъ права свободнаго выхода изъ службы, но предполагая все-таки право оцѣнки этихъ требованій, предполагая начало разумной подчиненности. Мало того, принципъ безпрекословнаго подчиненія несостоятеленъ и практически. «Солдатъ», говоритъ Росси, «не долженъ разсуждать; но по отношенію къ кому? Ко всякому начальнику, или только его унтеръ-офицеру, капитану, полковнику? Долженъ ли онъ отказываться отъ обладанія разсудкомъ только въ извѣстныхъ случаяхъ, или же всегда? Но признавая солдата машиною во всѣхъ случаяхъ и относительно всякаго начальника, мы дойдемъ до такого абсурда, что солдатъ, по распоряженію своего начальника, можетъ безнаказанно выстрѣлить въ своего монарха». Представимъ себѣ, что, напр., начальникъ крѣпости задумалъ сдать ее измѣннически непріятелю; будутъ ли подлежать отвѣтственности его подчиненные за то, что они не исполнили его приказа и черезъ то не могли быть спасены страну? Или представимъ себѣ, что офицеръ въ порывѣ злобы приказываетъ одному солдату застрѣлить другаго, что ротный командиръ въ припадкѣ самодурства приказываетъ своей ротѣ запалить деревню, въ которой они помѣщаются, или стрѣлять безъ всякой причины въ безоружныхъ гражданъ, будутъ ли безотвѣтственны исполнители? Я думаю, что даже и самые ярые поклонники доктрины милитаризма не рѣшатся отвѣчать утвердительно, не рѣшатся открыто исповѣдывать этотъ языческій культъ силы и кулака, съ которымъ неразрывно связано разрушеніе всего добытаго цивилизаціею, потомъ и кровью минувшихъ поколѣній.

Поэтому, и по отношенію къ военнорусующимъ исполненіе приказа не освобождаетъ исполнившаго отъ отвѣтственности, хотя бы приказъ и былъ данъ его начальникомъ, какъ скоро исполнитель сознавалъ, что приказъ ему данный противозаконенъ.

³¹⁾ См. въ особенности Эли, в. с., № 280; Росси, в. с., стр. 11. См. въ защиту теоріи подчиненности Trébutien, в. с., стр. 136.

Это начало принимают и новые военные кодексы. Таким образом, германское военное уложение 1872 года признает исполнителя приказом безнаказанным только при наличии следующих условий ³²⁾. Во-1-х, необходимо, чтобы приказ относился к делам службы и был дан непосредственным начальником, так что обязательен не всякий приказ старшего в чинѣ. Таким образом, напр., говорит Брауеръ, приказъ часовому стрѣлять въ подходящаго къ посту можетъ быть обязательенъ только въ томъ случаѣ, когда онъ дано начальникомъ поста, а не другимъ какимъ-либо офицеромъ; или напр., приказъ, данный и начальникомъ караула— часовому украсть что-либо, не можетъ быть обязательенъ, такъ какъ онъ не составляетъ приказа по службѣ. Во-2-х, и приказъ по службѣ не освобождаетъ отъ ответственности, какъ скоро подчиненному было известно, что этотъ приказъ заключаетъ въ себѣ преступленіе.

Нашъ старый воинскій уставъ въ ст. 271 повторилъ относительно воинской дисциплины взгляды устава Петра В. и говорилъ: «подчиненный обязанъ въ точности исполнять приказъ начальства, не смѣя дѣлать никакихъ непростительныхъ оужденій или разсужденій, потому что начальникъ отвѣтствуетъ за данное повелѣніе, а подчиненный только за исполненіе». При такомъ взглядѣ на значеніе приказа, конечно, не могло быть и рѣчи объ отвѣтственности исполнителя; но за то и самое подобное воззрѣніе на дисциплинарныя отношенія могло существовать только въ то время, когда отдача въ военную службу была упомянута въ уложеніи въ числѣ наказаній. Новый воинскій уставъ усвоилъ иной, сравнительно болѣе рациональный взглядъ на дисциплину ³³⁾. Ст. 79 устава постановляетъ: «въ случаѣ совершенія по приказанію начальства дѣянія, признаннаго судомъ преступнымъ, подчиненные подлежатъ отвѣтственности только тогда, когда они превысили данное имъ приказаніе, или же, исполняя приказаніе начальника, не могли не видѣть, что онъ имъ предписываетъ нарушить присягу и вѣрность службы, или совершить дѣяніе, явно преступное». Такимъ образомъ и нашъ уставъ признаетъ только условную обязательность приказа, хотя самая редакция закона отличается и многословіемъ и неточностью. Во-1-х, нашъ уставъ вовсе не требуетъ, чтобы приказъ относился до дѣлъ по службѣ: обязательнымъ считается всякій приказъ начальника ³⁴⁾; во-2-х, требуя, для отвѣтственности исполнителя, знанія о противозаконности приказа, уставъ принимаетъ объек-

³²⁾ Brauer, Handbuch des deutschen Militärstrafrechts, 1873, стр. 23—30; Ср. также Fleck, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das preussische Heer. 1869, стр. 89.

³³⁾ Хотя и теперь, особенно въ рѣшеніяхъ главнаго военного суда, слышатся отголоски стараго взгляда: такъ, онъ часто говоритъ „о нарушеніи священной для каждаго военно-служащаго обязанности безрекословнаго исполненія приказаній начальника“. Ср., напр., рѣшеніе ^{79/18} по дѣлу Игнатѣва. При этомъ нельзя не прибавить, что судъ смотритъ такимъ образомъ только на отношенія солдатъ къ офицерамъ, но отнюдь не распространяетъ этого начала на отношенія младшихъ офицеровъ къ старшимъ.

³⁴⁾ Такимъ образомъ приказъ офицера солдату, чтобы тотъ позалъ передъ нимъ на четверенькахъ или вымазалъ себѣ физиономію сажею, обязательенъ для послѣдняго. Нельзя не видѣть основнаго различія между германскимъ и нашимъ воинскимъ уставомъ: несмотря на пресловутую нѣмецкую дисциплину, на суровый прусскій милитаризмъ, тамъ воинская подчиненность, по закону, отнюдь не заключаетъ въ себѣ всецѣлаго поглощенія личности, а относится только къ служебнымъ отношеніямъ, такъ что приказъ, въ видѣ вышеприведенныхъ, были бы прямо противозаконны (по ст. 114) и, следовательно, не обязательны. Всего вѣроятнѣе это различіе объясняется тѣмъ, что германскій уставъ предназначается, какъ замѣчаетъ переводчикъ этого устава г. Томсенъ, для войскъ, относительно высокому умственному развитію и образованію которыхъ присписываютъ всѣ успѣхи послѣднихъ войнъ. Въ такомъ случаѣ, очевидно, что съ наступившимъ нынѣ измѣненіемъ у насъ воинской повинности, и воинскій уставъ долженъ быть пересмотрѣнъ въ самыхъ своихъ основахъ.

Тепр.

См. Комм. 271

271

79

тивную, а не субъективную оценку этого условия, такъ какъ онъ говоритъ «не могъ не видѣть», вмѣсто болѣе вѣрнаго положенія—«видѣлъ противозаконность»; въ-3-хъ, уставъ требуетъ, чтобы дѣяніе было не просто преступное, а явно преступное; наконецъ, въ-4-хъ, говоря объ отвѣтственности за исполненіе беззаконнаго приказа, уставъ умалчиваетъ о размѣрахъ этой отвѣтственности, умалчиваетъ о томъ, можетъ ли быть въ подобныхъ случаяхъ приказъ основаніемъ смятенія наказанія, что представляется особенно важнымъ въ виду именно значенія воинской дисциплины.

123. Но, говоря о безотвѣтственности исполнителя законный приказъ, мы, конечно, предполагаемъ, что исполнившій не преступилъ предѣлы приказа, т.-е. не совершилъ какого-либо дѣйствія, не бывшаго необходимымъ послѣдствіемъ приказа. Всякое превышеніе, конечно, влечетъ его личную отвѣтственность; если А приказалъ Б задержать кого-либо, а тотъ безъ всякой необходимости лишилъ задержаннаго жизни, то за убійство, конечно, отвѣчаетъ Б. Иногда только подобное превышеніе предѣловъ приказа можетъ разсматриваться, какъ причина снисхожденія.

Въ нашемъ уложеніи указанъ одинъ такой случай превышенія предѣловъ законной дѣятельности, а именно по ст. 110, на основаніи которой отвѣтственность за неосторожность уменьшается, когда подсудимый въ семь случаевъ увлекся излишнею въ исполненіи возложенныхъ на него обязанностей ревностью.

124. Если, впрочемъ, исполненный приказъ и не подходитъ подъ разрядъ освобождающихъ отъ отвѣтственности, но за то близко подходитъ подъ понятіе психическаго принужденія, то и онъ можетъ также не только вліять на уменьшеніе отвѣтственности, но иногда и вовсе освобождать отъ наказанія, но уже на основаніи общихъ началъ о значеніи принужденія.

Подобное положеніе можно представить себѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда исполнителя было извѣстно, что хотя приказавшій и не состоитъ его начальникомъ, но за то одного его слова достаточно, чтобы лишить ослушника мѣста, а вмѣстѣ съ тѣмъ и куса хлѣба, или когда подобныя же послѣдствія должны были повлечь неисполненіе незаконнаго приказа законнаго начальника. Наше уложеніе, по ст. 403, подвергаетъ подчиненнаго, исполнившаго противозаконный приказъ, всегда меньшей мѣрѣ отвѣтственности, а по 6 п. 134 ст. приказъ лицъ, имѣвшихъ по закону надъ виновнымъ высшую сильную власть, всегда разсматривается, какъ причина снисхожденія.

125. Наконецъ, могутъ быть такіе случаи, когда обязательность приказа существуетъ только въ воображеніи исполнителя, когда исполняется мнимо-обязательный приказъ. Случаи этого рода весьма часто встрѣчались въ нашей судебной практикѣ. Исполнитель дѣй-

ствительно думаетъ, что имъ распоряжается его непосредственный начальникъ, между тѣмъ какъ приказываетъ передѣтый мазурикъ, самозванецъ. Конечно, исполнитель, привлеченный къ отвѣтственности за совершенныя при этомъ какія-либо противозаконныя дѣянія, не можетъ отговариваться исполненіемъ приказа, но можетъ сослаться въ оправданіе свое на общія начала о значеніи заблужденія и обмана при уголовной отвѣтственности. То же самое должно быть примѣнено и въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо ошибочно предполагало непременность приказа, а потому и исполнило его.

2. Осуществленіе права.

126. Тотъ, кто осуществляетъ свое право, не можетъ отвѣчать за невыгодныя послѣдствія, которыя этимъ причиняются третьимъ лицамъ, за ограниченіе или даже лишеніе ихъ какихъ-либо благъ или выгодъ, если только самое пользованіе правомъ не поставлено закономъ въ зависимость отъ ненарушенія правъ третьихъ лицъ.

Случаи этого рода весьма разнообразны.

Прежде всего сюда относится осуществленіе дисциплинарной власти въ ея разнообразныхъ формахъ, хотя бы ея осуществленіе и заключало въ себѣ ограниченіе правъ подчиненнаго. Таковы, напр., случаи наказанія родителями дѣтей, воспитателями учениковъ; осуществленіе права, предоставленнаго капитану на кораблѣ, предсѣдателю въ судѣ и т. п.

Случаи осуществленія дисциплинарной власти устраиваютъ возможность общей регламентации, такъ какъ объемъ ея крайне разнообразенъ. Но во всякомъ случаѣ нельзя не замѣтить, что, за немногими исключеніями, дисциплинарная власть имѣетъ въ виду только определенную группу отношеній, а вовсе не содержитъ въ себѣ всецѣлаго подчиненія одной личности другой. Предсѣдатель суда, конечно, не отвѣчаетъ за замѣчаніе, сдѣланное сторонамъ на судѣ или за удаленіе кого-либо изъ залы засѣданій, какъ за оскорбленіе, но его власть и ограничивается этими случаями; приказъ учителя ученику выйти вонъ изъ класса — не можетъ считаться оскорбленіемъ; но подобное же приказаніе, данное въ частномъ домѣ, можетъ повлечь за собою отвѣтственность. Заключеніе въ карцеръ воспитанника не составляетъ никакого проступка; но сѣченіе, если оно не разрѣшено въ уставѣ, кулачная расправа и т. п. будутъ наказуемы. Однимъ словомъ, лицо, нарушившее чье-либо право, не подлежитъ отвѣтственности только тогда, когда его дѣйствіе входило въ районъ предоставленной ему закономъ дисциплинарной власти ³⁵⁾.

³⁵⁾ Вопросъ о значеніи дисциплинарной власти всего чаще встрѣчается въ дѣлахъ объ обидѣхъ и самоуправствѣ. Тамъ, между прочимъ, нашимъ угол. кассац. департ.

Исключениемъ изъ общаго правила является по нѣкоторымъ законодательствамъ, а въ томъ числѣ и по нашему, дисциплинарная власть родителей по отношенію къ дѣтямъ. Собственно говоря, предѣлъ этой власти долженъ бы быть опредѣляема существомъ обязанностей, наложенныхъ на родителей государствомъ; но наши гражданскіе законы, а за ними и уголовныя, идутъ гораздо далѣе и признають, напр., безусловно ненаказуемыми оскорбленія разнаго рода, наносимыя родителями дѣтямъ ³⁶⁾.

127. Но, разумѣется, превышеніе предѣловъ дисциплинарной власти подвергаетъ виновнаго отвѣтственности, хотя это обстоятельство можетъ иногда служить основаніемъ для смягченія наказанія.

Установленіе границъ дисциплинарной власти и опредѣленіе отвѣтственности за ея нарушеніе составляло постоянную заботу государства, въ особенности въ сферѣ тѣхъ отношеній, гдѣ подобное превышеніе было всего возможнѣе, какъ, напр., въ отношеніяхъ господина къ лицамъ ему подчиненнымъ. Такъ, уже русская правда (списокъ карамзинскій, ст. 73) постановляла: «аще ли господинъ бьетъ закоупа про дѣло, то безъ вины есть; бьетъ ли не смысла, ниянъ, безъ вины, то яко же свободному платити, тако и въ закоупѣ». По уложенію 1648 г. наказывалось уже и убійство родителями дѣтей (гл. XXII, ст. 3), хотя только одногоднимъ тюремнымъ заключеніемъ, вмѣсто смертной казни. Воинскій уставъ Петра В. говорилъ спеціально объ убійствѣ, причиненномъ при превышеніи дисциплинарной власти, допуская въ этомъ случаѣ уменьшеніе наказанія. Такъ, въ толкованіи на арт. 154 было сказано: «если случится, что нѣкоторый главный подчиненныхъ своихъ за нѣкоторыя причины захочетъ наказать, и такое въ достойной и должной его чиновой ревности зло учинится, что наказанный отъ того наказанія умретъ, то вѣдати надлежитъ, что оный главный, по мнѣнію правоучителей, не живомомъ, но жестоко имѣеть быть наказанъ... Въ толкованіи на арт. 163: «яко бы кто похотѣлъ жену свою или дитя наказать и оную такъ жестоко побьеть, что подлинно отъ того умретъ, то правда, что наказаніе легче бываетъ...» ³⁷⁾. Затѣмъ особенно подробно разсматривался вопросъ о превышеніи предѣловъ дисциплинарной власти и о причиненіи при этомъ кому-либо ранъ, убійствъ или смерти въ проектѣ 1813 года (ст. 363, 364, 416), причемъ проектъ относилъ сюда наказаніе родителями дѣтей, воспитателями воспитанниковъ, господиномъ крѣпостныхъ людей и пр.

Въ дѣйствующемъ законодательствѣ не содержится болѣе постановленій о совершеніи какихъ-либо общихъ преступленій при превышеніи власти, а встрѣчаются

признано, что не почитается обидою: а) заявленія порицанія лицамъ, находящимся въ услуженіи—^{70/410} баронессы Жомини; б) внушеніе наставника ученицъ или приказаніе ей выйдти вонъ—^{71/177} Рубинштейна; в) удаленіе кого-либо изъ собранія старшиною клуба или приглашеніе удалиться, если уставъ давалъ на это право—^{68/279} Фогеля, ^{68/357} Пороховщикова и др.

³⁶⁾ Такая же дисциплинарная власть принадлежала и мужу надъ женою, но теперь эта власть исчезла и въ нашемъ правѣ. Мнѣніе кассац. деп. сената о ненаказуемости обидъ между супругами, если и признать это толкованіе правильнымъ, не имѣеть отношенія къ данному вопросу. Ср. рѣшеніе 1869, № 551, по дѣлу Соколовскаго.

³⁷⁾ Сводъ законовъ (ст. 5), повторяя эти постановленія воинскаго устава, отнесъ ихъ къ постановленіямъ о неосторожности, а относительно главной категоріи дѣлъ этого рода—жестокаго обращенія съ крѣпостными, ограничился неопредѣленнымъ положеніемъ (ст. 435 по изд. 1842), что помѣщенны въ этихъ случаяхъ, по особому высочайшему усмотрѣнію, предаются и уголовному суду. Примѣры изъ нашей практики въ дѣлахъ этого рода см. въ моемъ изслѣдованіи о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 144.

только особыя положенія объ отвѣтственности за самый фактъ превышенія предѣловъ власти, таковы, напр., ст. 401, 402, 1378; то же въ воинскомъ уставѣ ст. 193, 194; но само собою понятно, что подобный пропускъ означаетъ, что въ этихъ случаяхъ примѣняются общія правила.

128. Но такъ какъ право дисциплинарной власти предполагаетъ обязанность опредѣленныхъ лицъ подчиняться распоряженіямъ этой власти, то естественно является вопросъ о томъ: какое значеніе имѣеть приказъ лица, имѣющаго подобную власть, по отношенію къ подчиненному? Можетъ ли сынъ, воспитанникъ, слуга оправдываться тѣмъ, что они выполняли приказъ лица, имѣющаго надъ ними власть? Отвѣтъ несомнѣнно долженъ быть отрицательный. Право дисциплинарной власти имѣеть значеніе только по отношенію къ данному опредѣленному лицу, подчиненному, а не распространяется на третьихъ лицъ; поэтому и приказъ этого рода не можетъ быть обязательнымъ и не можетъ освобождать отъ отвѣтственности³⁸⁾.

Но, разумѣется, и при подобныхъ отношеніяхъ приказъ можетъ имѣть иногда такое значеніе, что вполне приравнивается психическому принужденію; въ такомъ случаѣ, наказуемость можетъ не только ослабляться, но даже и вовсе уничтожаться, хотя и по другимъ основаніямъ. Уже уложеніе царя Алексѣя Михайловича признавало слугъ, учинившихъ что-либо по приказанію ихъ господъ (гл. XXII, ст. 12) преступными. То же начало проводитъ и свѣдъ законовъ, а за нимъ и дѣйствующее уложеніе; на основаніи, напр., 6 п. 134 ст. ул., приказъ разсматривается только какъ причина снисхожденія, хотя это и не устраняетъ, конечно, примѣненія въ извѣстныхъ случаяхъ ст. 100, когда подобный приказъ получаетъ значеніе принужденія, происходящаго отъ непреодолимой силы.

129. Но точно также безнаказаннымъ будетъ и тотъ, кто причиняетъ вредъ благамъ другаго при осуществленіи или пользованіи своимъ частнымъ правомъ. Обвиняемый въ завладѣніи или пользованіи чужимъ имуществомъ не подлежитъ отвѣтственности, какъ скоро онъ докажетъ, что его дѣйствія основываются на спеціальномъ договорѣ или на законно доказанномъ сервитутѣ и т. п. Но для подобной безнаказанности всегда предполагается, что осуществленіе или пользованіе правомъ заключаетъ въ себѣ нарушеніе права пострадавшаго. Собственникъ имущества не можетъ его сжечь, когда по близости находится чужая собственность; владѣлецъ земли не мо-

³⁸⁾ См. F. Hélie, théorie, т. I, № 283—284; точно также Ortolan, éléments, № 362, не признаетъ никакого значенія за таѣь-называемою crainte révérentielle.

284/116
16 17
124 30

жесть истребить или похитить посылы своего арендатора; хозяйинъ павшей зараженной скотины не можетъ бросить ее, гдѣ вздумается ³⁹⁾.

Осуществленіе своего права можетъ быть соединено съ нарушеніемъ или имущественныхъ или личныхъ правъ другого или, даже специальныхъ предписаній закона. Нарушеніе чужаго имущественнаго права при осуществленіи собственнаго можетъ быть безнаказанно, если содержаніе правъ относится къ одному объекту и притомъ одно юридически первенствуетъ передъ другимъ; поэтому, не можетъ быть преступнымъ невозвращеніе вещи добросовѣстнымъ владѣльцемъ, несмотря на требованіе собственника; не можетъ быть виновенъ собственникъ украденной вещи, если онъ, не дѣлая насилія владѣльцу, возвращаетъ ее себѣ. Если въ извѣстныхъ случаяхъ законъ требуетъ для возстановленія нарушеннаго права формальнаго содѣйствія судебной власти, то неисполненіе такого условія дѣлаетъ собственника виновнымъ въ нарушеніи этихъ специальныхъ требованій закона, но не въ нарушеніи правъ третьихъ лицъ ⁴⁰⁾. Но можетъ ли быть признано ненаказуемымъ нарушеніе чьихъ-либо личныхъ правъ при осуществленіи собственнаго права? Французскіе криминалисты, допуская при извѣстныхъ условіяхъ ненаказуемость *voies de fait simples ou réelles*, не признаютъ это ни въ какомъ случаѣ при *voies de fait personnelles*. Наша кассационная практика иначе отнеслась къ этому вопросу и, не установивъ общаго начала, признала цѣлый рядъ случаевъ ненаказуемаго насилія надъ личностью. Такъ, сенатъ высказалъ: а) что тотъ, чье право нарушено, имѣетъ право задержать силою нарушителя, если тотъ не останется на мѣстѣ добровольно или выкажетъ намѣреніе бѣжать (^{79/1025} Боголѣнова; ^{70/237} Блишниковъ; ^{71/302} Мигунова); б) что вообще лицо можетъ насильственно воспрепятствовать скрыть слѣды преступленія вѣредъ до прибытія полиціи (^{71/1380} Дубовекаго); в) даже самовольное производство обыска не преступно, если обвиняемый не могъ обратиться къ надлежащей судебной власти, хотя бы обыскъ былъ сдѣланъ при свидѣтеляхъ (^{70/1507} Бѣликова; ^{71/143} Тихоновой); что также ненаказуемо: г) задержаніе имущества должника, если одновременно съ этимъ лицо обратилось за содѣйствіемъ къ полиціи (^{71/306} Лежнева); д) выводъ изъ квартиры посетителя, начавшаго въ ней ссору (^{70/1388} Рославлева), или лица, просто не хотѣвшаго удалиться, несмотря на требованіе хозяина (^{70/1025} Боголѣнова; ^{71/767} Филеено); е) истребленіе чуждой утки, выгоняемой изъ сада (^{72/466} Трошинскаго). Такимъ образомъ сенатъ придаетъ очень большое значеніе осуществленію собственныхъ правъ, и главное, не указываетъ признаковъ, по которымъ можно бы было опредѣлить границы ненаказуемаго насилія. Въ существѣ дѣла всякое насиліе надъ личностью наказуемо; слѣдовательно, необходимо особое указаніе закона, чтобы оправдать подобное насиліе. Мнѣніемъ государственнаго совѣта отъ 15 мая 1867 г. дозволено, съ извѣстными условіями, задержать на мѣстѣ порубки лошадей порубщикова; поэтому, конечно, подобное задержаніе не преступно; точно также, и, др., на основаніи приложенія къ 31 ст. положенія 1862 г. объ учрежденіяхъ по рест. дѣл. предоставлено каждому владѣльцу земельнаго участка задержать своихъ владѣнныхъ скотъ или птицу, производящую или могущую произвести въ угодьяхъ поправу. Но на какомъ юридическомъ основаніи будетъ ненаказуемъ тотъ, кто самовольно и публично обыскалъ заподозрѣнное имъ лицо, вопреки волѣ послѣдняго, если еще притомъ подозрѣніе оказалось неосновательнымъ?

³⁹⁾ См. въ особенности Haus, principes, № 492—497; Koestlin, System, стр. 74. Болѣе подробное изложеніе этого вопроса входитъ въ ученіе о самоуправствѣ.

⁴⁰⁾ См. р. зг. к. д. ^{69/726} Шелеховой и цѣлый рядъ рѣшеній 1871 года, въ которыхъ сенатъ призналъ самоуправнаго дѣйствія ненаказуемыми, какъ скоро они не соединены съ насиліемъ. Ср. изданный мною мировой уставъ, тезисы 605 и сл.

130. Наконецъ, къ этой же категоріи нужно отнести и случаи дозволенной государствомъ частной мести, остатки, просуществовавшіе до нынѣ, этого, прежде столь обширнаго, права.

Оставляя въ сторонѣ періодъ до-государственного быта, эпоху господства частной и родовой мести, когда это право существовало въ полномъ объемѣ, мы найдемъ слѣды его и въ позднѣйшія эпохи. Таково просуществовавшее до конца римской имперіи право отца убить дочь, находящуюся подъ patria potestas и ея любовника, захваченныхъ въ прелюбодѣяніи; или подобное же право мужа, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда прелюбодѣй былъ низшаго сословія; остатки этого права до сихъ поръ сохранились въ кодексахъ французскомъ и бельгійскомъ, какъ особыя виды excuses légales ⁴¹⁾. Къ этой же категоріи должно быть отнесено признаніе ненаказуемости взаимныхъ обидъ, принятое въ большинствѣ дѣйствующихъ кодексовъ, а въ томъ числѣ и въ нашемъ.

3. Лишеніе лица покровительства законовъ.

131. Разнообразные случаи этого рода, игравшіе нѣкогда важную роль и въ доктринахъ и въ кодексахъ, утратили нынѣ всякое практическое значеніе, такъ что самое обзореніе ихъ имѣетъ по преимуществу историческій интересъ.

Государство, хотя и знаетъ извѣстные случаи, въ которыхъ отдѣльное лицо или лишается какого либо-права, или ограничивается въ пользованіи имъ, но подобное ограниченіе имѣетъ значеніе только относительно опредѣленныхъ конкретныхъ благъ или правъ, и притомъ или въ пользу государства, или въ интересахъ опредѣленной отдѣльной личности. Конкретное право, отнятое государствомъ, конечно, не можетъ быть нарушено, но полное уничтоженіе правоспособности не встрѣчается болѣе ни въ одномъ кодексѣ ⁴²⁾.

Къ категоріи лицъ безправныхъ относились:

а) Уроды — monstra, какъ существа, не имѣющія человѣческой личности, а слѣдовательно, и правъ.

Римское право признавало убійство уродовъ ненаказуемымъ: „monstrosos partus sine fraude coedunt“, выходя отчасти изъ понятія о семейномъ правѣ, отчасти изъ политическихъ соображеній; а средневѣковая юриспруденція примѣ-

⁴¹⁾ См. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 137; а о постановленіяхъ нашего права относительно случаевъ этого рода тамъ же, № 146. Ср. Waechter, Lehrbuch, § 54.

⁴²⁾ Abegg, Revision der Lehre von den angeblichstraflosen Tötungen в его Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. 1830; подробности указанія на литературу у Фейербаха, Lehrbuch, § 34, пр. 1; Waechter, Lehrbuch, § 57; Geib, Lehrbuch, стр. 215—218; Бернеръ, учебникъ, стр. 412; Scharer, в. с., стр. 126. Для древняго русскаго права, см. Чебышевъ-Дмитріевъ, о преступномъ дѣйствіи по древне-русскому праву, стр. 54 и сл.

шала сюда мистическое воззрѣніе о происхожденіи подобныхъ существъ отъ діавола. Затѣмъ, несмотря на борьбу канонистовъ, не только кодексы XVI, XVII, но даже и XVIII ст., какъ, напр., общее прусское земское право, рассматривали подобное нарушеніе, какъ полицейскій проступокъ. Изъ нѣмецкихъ криминалистовъ-теоретиковъ это воззрѣніе защищали не только Квисторпъ, Мартинъ, но гораздо позднѣе Фейербахъ, Грольманъ, Росспиртъ, Генке, Гейстеръ. Существующее и нынѣ въ нашемъ уложеніи смягченіе ответственности за убійство урода (ст. 1469) основывается не на признаніи безправности объекта, а чисто на субъективныхъ началахъ, на обстоятельствахъ, измѣняющихъ преступность воли ⁴³⁾.

б) Лица, принадлежащія къ извѣстному племени, напр., цыгане, или занимающія извѣстное общественное положеніе, напр. рабы.

Не говоря уже о фактическихъ преслѣдованіяхъ, которымъ подвергались лица извѣстной національности, напр., еврей, цыгане, мы встрѣчаемъ и въ положительныхъ кодексахъ XVI-го вѣка цѣлый рядъ постановленій, которыми объявлялись безнаказанными всякія насилія, совершенныя противъ нихъ. Относительно же рабовъ, напр., русская правда постановляла (ст. 102, спис. Карам.): «а въ холопѣ и въ рабѣ виры нѣтъ»; уставная двинская грамота 1397 г., ст. 11: «а кто оподарь огрѣшитса, ударить своего холопа или рабу, и случится смерть, въ томъ намѣстники не судятъ, ни вины не емлютъ». Но позднѣйшіе законы ограничили это право предѣлами дисциплинарной власти.

в) Признанные безправными по судебному приговору и притомъ или вообще, или по отношенію къ какой-либо отдѣльной категоріи правъ.

Относительно первыхъ случаевъ мы встрѣчаемъ рядъ примѣровъ во всѣхъ законодательствахъ. Такъ, древнее римское право считало таковыми лицъ, подлежащихъ *sacratio capitis maxima*; а право періода императорскаго — подверженыхъ проскрипціи, когда убійство ихъ не только не наказывалось, но даже вознаграждалось уплатою двухъ талантовъ за голову. Такой же характеръ имѣли въ германскомъ правѣ — *Friedlosigkeit* древнѣйшаго періода и *Acht*. Даже еще теоретики XVIII и XIX ст., какъ, напр., Фейербахъ, защищали ненаказуемость изгнанника, самовольно возвратившагося. Что касается до нашего законодательства, то ему были долго неизвѣстны наказанія такого рода. Но въ уложеніи 1648 уже встрѣчаются постановленія о безнаказанномъ убійствѣ измѣнника (глава 2-я ст. 15), за подобное убійство даже давалась награда, а въ воинскомъ уставѣ Петра Великаго постановляется относительно опельмованныхъ, что отъ нихъ челобитья не принимать, и суда имъ не давать; но и то уставъ прибавляетъ, что «развѣ кто до смерти его убьетъ, то яко убійца судиться будетъ». Дѣйствующее право, конечно, не знаетъ наказанія этого рода, такъ какъ и лишеніе всѣхъ правъ состоянія вовсе не лишаетъ наказаннаго охраны закона. Что касается до случаевъ частнаго пораженія правъ, то сюда относили обыкновенно безнаказанность убійства осужденнаго на смертную казнь и оскорбленія — лишеннаго чести. Наказуемость случаевъ этого рода, отрицаемая изъ теоретиковъ еще Фейербахомъ, не подлежитъ нынѣ никакому сомнѣнію ⁴⁴⁾.

⁴³⁾ См. подробный разборъ этого вопроса и его литературу въ моемъ изслѣдованіи о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 19—23.

⁴⁴⁾ Ср. Geib, Lehrbuch, стр. 218; Mittermaier zu Feuerbach, § 34, п. II; § 277, п. II.

г) Наконецъ, къ этой же категоріи относились, особенно въ древнемъ мірѣ, иностранцы, а позднѣе, непріятельскіе солдаты во время войны. Но несомнѣнно, что посягательство даже на права этихъ лицъ, если оно учинено не для обороны, не во время боя и не солдатами, должно разсматриваться какъ преступленіе, хотя, конечно, эта особенность отношеній между жертвою и виновнымъ должна быть принята во вниманіе при опредѣленіи мѣры наказанія.

Полное же изытіе непріятельскихъ войскъ изъ-подъ охраны закона можетъ быть развѣ только признано при войнѣ народной, партизанской ⁴⁵⁾.

4. НАРУШЕНІЕ ТРЕБОВАНІЙ ЗАКОНА, СОВЕРШАЕМОЕ РАДИ ИЗБѢЖАНІЯ ГРОЗЯЩЕЙ ОПАСНОСТИ.

132. Но всего болѣе интереса и въ теоретическомъ, и въ практическомъ отношеніяхъ представляютъ тѣ случаи, когда причиною, уничтожающею противозаконность даннаго факта, является опасность, грозившая какимъ-либо благамъ или правамъ совершившаго, охраняемымъ закономъ. Случаи этого рода обыкновенно сводятъ къ двумъ понятіямъ: необходимой оборонѣ, какъ безнаказаннаго причиненія вреда нападающему, и крайней необходимости, какъ такового же причиненія вреда третьимъ лицамъ, не участвовавшимъ въ нападении или нарушении требованій закона вообще ⁴⁶⁾.

Въ виду разнообразія фактовъ, сюда относящихся, и различія юридическихъ ихъ свойствъ, мы встрѣчаемся съ нѣсколькими попытками дѣленія ихъ на категоріи. Въ основу такого дѣленія кладутъ или различіе силы, создающей опасность, или различіе объекта, страдающаго при охранѣ.

При первомъ дѣленіи, къ необходимой оборонѣ относятъ опасность, происходящую отъ злой воли человека, а къ крайней необходимости—опасность, вызываемую силами природы; но такое различіе не представляется существеннымъ. Съ одной стороны, случаи истребленія чужаго имущества, совершеннаго кѣмъ-либо для избѣжанія опасности отъ бросившагося на него животнаго или для за-

⁴⁵⁾ См. указанія на литературу въ моемъ изслѣдованіи о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 8, прим. 5; И. Андреевскій, о правахъ иностранцевъ въ Россіи, 1854; Чебышевъ-Дмитріевъ, в. с., стр. 55; contra: А. Суховъ, „Юр. В.“ 1873, октябрь, стр. 48. См. также Geib, Lehrbuch, стр. 217; Herbst, Handbuch, I, стр. 76.

⁴⁶⁾ Съ этимъ сходно и дѣленіе, защищаемое Бернеромъ, Nothwehrtheorie, стр. 554, и другими, что оборона есть противоположеніе права не-праву, а крайняя необходимость права—праву. Впрочемъ, нѣкоторые писатели, какъ напр. Кестлингъ, какъ въ неше Revision, такъ и въ System, разсматриваютъ понятія о необходимой оборонѣ и крайней необходимости, какъ совершенно отличныя другъ отъ друга и покоящіяся на различныхъ началахъ.

щиты от разбойника, не представляет между собою ни съ практической, ни съ юридической точки зрѣнія никакого различія, а съ другой — нанесеніе одного и того же вреда для избѣжанія опасности самому нападающему или какому-либо третьему лицу оцѣняется юридически различно, хотя источник опасности будетъ одинъ и тотъ же.

Поэтому, болѣе правильнымъ является другое дѣленіе, отличающее причиненіе вреда нападающему, какъ оборону, отъ посягательства на права третьихъ лицъ, какъ проявленіе крайней необходимости.

Впрочемъ, нѣкоторые теоретики и положительныя законодательства ставятъ еще рядомъ съ этими двумя видами, какъ самостоятельные отдѣлы, ученіе о правѣ нужды и въ особенности о психическомъ принужденіи; но оба эти случая, какъ мы увидимъ далѣе, составляютъ только спеціальныя виды крайней необходимости.

А) Необходимая оборона ⁴⁷⁾.

133. Подъ необходимою обороною мы понимаемъ такое состояніе лица, при которомъ оно, защищая права или блага свои или другихъ лицъ отъ грозящей имъ опасности, причиняетъ нападающему какой-либо вредъ.

Такое состояніе, какъ причина безнаказанности нарушенія самыхъ важныхъ нормъ, требуетъ болѣе подробнаго анализа.

а) Юридическое основаніе обороны и ея условия.

134. Основанія ненаказуемости вреда, причиняемаго при оборонѣ, двойки: съ одной стороны, они заключаются въ элементъ субъектив-

⁴⁷⁾ Полетаевъ, необходимая оборона, „Жур. Мин. Юст.“ 1863, № 10; Копп, о необходимой оборонѣ „Моск. Унив. Извѣст.“, 1866 г.; С. Баршевъ, начала, стр. 37—43; В. Спасовичъ, учебникъ, стр. 105—111, 406—407; С. Будзинскій, начала, стр. 131—140; Н. Неклюдовъ, учебникъ Бернера, приложения, стр. 433—445; его же, руководство, т. II, стр. 46—48; А. Лохвицкій, курсъ, стр. 539—545; Кистяковский, курсъ, № 212—232; Gratener, über die Nothwehr, 1806; Oersted, über das Nothrecht, als ein einflussreiches Princip der Strafrechtspflege in N. Ar. d. Cr. Rechts. V; Sander, Beiträge zur Lehre von der Nothwehr, in A. d. Cr. R. 1841; Zachariae, Bemerkungen zur Lehre von der Nothwehr, in A. d. Cr. R. 1841; Zöpfel, Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr, in A. d. Cr. R. 1842 и 1843; Berner, die Nothwehtheorie, in A. d. Cr. R. 1843; C. Levita, das Recht der Nothwehr, 1856; A. Geyer, die Lehre von der Nothwehr 1857; H. Seeger, Bemerkungen über die Grundansichten des römischen und deutschen Rechtes von der Nothwehr, въ его Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858; W. Wessely, die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischen Rechte, 1862. Указанія на старыя монографіи у Karppler'a, Handbuch der Literatur des Criminalrechts, 1838, стр. 244 и сл.; также у Schwarze, Kommentar, стр. 230; Миттермайеръ въ примѣчаніяхъ къ учебнику Фейербаха, § 37; А. Feuerbach, Lebrbuch, §§ 36—39; С. Waechter, Lehrbuch, §§ 49—52; Koestlin, System, §§ 28—30; Hälschner, System, стр. 243—271; Geib, Lehrbuch, II, §§ 91—92; Бернеръ, учебникъ, §§ 86—88; Schaper in Holtzendorfs, Handbuch, стр. 137—148; Oppenhof, das Strafgesetzbuch, § 53; Schwarze, Commentar, стр. 229—235; Schütze, Lehrbuch, § 35; Morin, de la légitime défense, journal du droit criminel, 1844, стр. 321—330; Trébutien, cours, I, стр. 138—156; Ortolan, éléments, I, № 417—425; Haus, principes, № 471—491; F. Hélie, théorie, IV, № 1322—1345; Blanche, études, IV, № 66 и сл.

номъ, въ томъ, что воля дѣйствующаго безопасна для общества, а съ другой — въ объективномъ, въ невозможности существованія правового порядка при отрицаніи права обороны. Въ силу перваго элемента дѣйствія обороняющагося не противозаконны, а въ силу втораго — правомѣрны.

Разсматривая дѣйствія лица обороняющагося противъ опасности, ему грозящей, мы останавливаемся, конечно, прежде всего на сторонѣ субъективной, на отношеніи этого дѣянія къ волѣ лица, на значеніи этого направленія воли для общества. Государство считаетъ преступленіемъ не самое дѣйствіе, нарушающее норму, какъ таковое, а дѣйствіе, какъ выраженіе преступнаго намеренія; но тамъ, гдѣ стимуломъ воли служитъ принужденіе, гдѣ нарушение требованій общестія было только результатомъ опасности, грозящей правамъ или благамъ дѣйствующаго, тамъ нѣтъ основанія для уголовной реакціи, такъ какъ причина нарушения лежитъ не въ волѣ испорченной, грозящей обществу, а въ обстоятельствахъ, ей чуждыхъ. Такимъ образомъ, первая причина безнаказанности вреда, одѣланнаго при оборонѣ, заключается въ отсутствіи въ волѣ дѣйствующаго тѣхъ условий, которыя оправдываютъ уголовную реакцію. Какъ продуктъ принужденія, дѣйствія обороняющагося не противозаконны.

Но, всматриваясь ближе въ состояніе обороны, мы, кромѣ этой субъективной причины, легко усмотримъ и другую, объективную, не менѣе, если не болѣе важную.

Вторженіе въ права другаго, при оборонѣ, есть явленіе не самостоятельное, а производное, оно есть продуктъ отраженія посягательства на право: я употребляю силу, но этимъ предупреждаю уничтоженіе чьей-либо жизни, изнасилованіе, лишеніе имущества и т. д.; это свойство моего дѣянія не можетъ не имѣть значенія для его юридической оцѣнки.

Ненарушимость правового порядка, возможность для каждаго члена общества пользоваться правами и благами, ему принадлежащими, есть необходимое условіе существованія цивилизованнаго общества. Охрана эта въ обществахъ развитыхъ лежитъ на общественной власти и заключается, какъ въ уничтоженіи послѣдствій совершившихся нарушеній, такъ, главнымъ образомъ, въ предупрежденіи ихъ.

Но какъ въ той, такъ и въ другой сферѣ охранительной дѣятельности, государственная власть не можетъ дѣйствовать безъ помощи другихъ элементовъ общественной жизни. Семья, школа, община не только раздѣляютъ съ государствомъ власть карательную, въ формѣ дисциплинарной власти, но участвуютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и въ его заботахъ о предупрежденіи нарушеній.

На томъ же основаніи участвуетъ въ охранительной дѣятельности, а въ особенности въ предупредительной, отдѣльное лицо. Мало того, его дѣятельность занимаетъ въ этой сферѣ едва ли не главное мѣсто. Государство имѣетъ дѣло по преимуществу съ предупрежденіемъ преступленій *in genere*; оно можетъ устранять причины и условия возникновенія преступленій, но рѣдко въ состояніи предвидѣть и предупредить отдѣльное, готовящееся правонарушеніе. Государство, по справедливому замѣчанію Гельшнера, и не можетъ даже считать своею задачею быть охранителемъ каждаго индивидуума, въ каждый моментъ его бытія. Какъ рѣдко могло бы оно предупредить кражу или грабежъ, если бы ему не помогали благоразуміе, замки и запоры частныхъ лицъ!

Но государство, предупреждая преступленіе, не ограничивается только пассивными мѣрами: оно нерѣдко прибѣгаетъ къ активнымъ мѣропріятіямъ, стѣс-

пяющимъ свободу предполагаемыхъ правонарушителей, поэтому и предупредительная дѣятельность частныхъ лицъ можетъ получить характеръ насилія; такими и являются насильственные мѣры, употребляемыя при оборонѣ противъ грозящаго правонарушенія. Поэтому то и оборона является необходимымъ дополненіемъ охранительной дѣятельности государства, а насиліе, причиняемое нападающему, не только не можетъ считаться запрещеннымъ, какъ вредное для общества, но иногда оказывается желательнымъ, какъ элементъ, необходимый для поддержанія правоваго порядка,—является насиліемъ правомѣрнымъ.

Но разсматривая право обороны, какъ дополненіе права и обязанности государства предупреждать преступленія, мы этимъ вовсе не хотимъ сказать, что право частной обороны есть право производное отъ права государства и ему вполне подчиненное. Такому выводу противорѣчили бы какъ указанія исторіи всѣхъ законодательствъ, такъ и самое понятіе о существѣ субъективныхъ правъ и обязанностей.

Съ одной стороны, въ жизни государственной охрана права и предупрежденіе его нарушеній принадлежать, въ полномъ своемъ объемѣ, или общинѣ, или, еще ранѣе, отдѣльному лицу; затѣмъ, хотя при возникновеніи государства, въ силу первоначально даже не сознаваемого, а насильственно внесеннаго принципа раздѣленія дѣятельности, это право охраны переходитъ на государственную власть, но, конечно, предполагаетъ реальную, а не фиктивную охрану. Тамъ же, гдѣ лицо стоитъ съ глазу на глазъ съ опасностью, безъ всякой надежды на государственную помощь, тамъ снова приходится говорить о томъ первоначально, до-государственномъ состояніи, въ которомъ каждый былъ исключительнымъ охранителемъ своихъ правъ.

Съ другой стороны, къ тому же выводу мы должны будемъ придти, анализируя самое понятіе права, какъ въ объективномъ, такъ и въ субъективномъ смыслѣ. По вѣрному замѣчанію Геринга, понятіе о правѣ, какъ понятіе практическое, въ себѣ самомъ заключаетъ и идею оцѣли и понятіе о средствахъ ея достиженія. Цѣль—это господство правоваго порядка, общій миръ; средства—это постоянная борьба за право противъ не права. Обязанность борьбы за право одинаково характеризуетъ какъ институты права публичнаго, такъ и частнаго. Сообразно съ этимъ и понятіе обладанія правомъ заключаетъ въ себѣ не только право пользованія имъ, но и право охраны его отъ нарушенія⁴⁸⁾.

Въ виду этой правомѣрности обороны мы и говоримъ обыкновенно, что оборона есть осуществленіе права, что для государства крайне выгодно, чтобы у его гражданъ развивалось сознаніе ненарушимости ихъ законныхъ правъ и стремленіе защищать ихъ силою отъ нападений.

135. Право обороны до такой степени представляется естественнымъ учрежденіемъ, признаваемымъ у всѣхъ народовъ и во всѣ времена, что для доказательства его законности долго довольствовались простою ссылкой на естественное, прирожденное право. Такъ, еще римское право неоднократно высказывало этотъ взглядъ, говоря: что *vim enim vi defendere omnes leges, omniaque*

⁴⁸⁾ Весьма основательныя доказательства того, что право обороны не можетъ разсматриваться какъ право производное изъ понятія государственной охраны, а, наоборотъ, составляетъ независимое право отдѣльнаго лица, приводитъ Hälschner, System, стр. 252 и сл., Berner, Archiv. 1848 г. Значеніе борьбы за право, какъ существеннаго элемента самаго понятія о правѣ, превосходно развито Герингомъ въ его *der Kampf um's Recht*. 1872; специально по отношенію къ н. о. см. стр. 95 и сл.

jura permittunt (Fr. 45, § 4 D. 9, 2), что adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere (Fr. 4 D. ad. leg. Aqu. 9, 2). Особенно же краснорѣчиво развилъ это положеніе Цицеронъ въ рѣчи за Милона въ своемъ, такъ часто цитируемомъ и до сихъ поръ изреченіи: est igitur haec, judices, non scripta, sed nata lex, quam non dedicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripimus, hausimus, expressimus... На то же естественное право ссылались средне-вѣковые юристы, какъ Кларусъ, Дамгудеръ, Карпцовъ, и представители школы естественнаго права, какъ Гуго-Гроцій, Пуффендорфъ; ссылаются на него нерѣдко и новые писатели ⁴⁹⁾, хотя очевидно подобная ссылка на то, что само еще требуетъ доказательствъ, не составляетъ твердой основы.

Только съ конца прошлаго столѣтія появляются многообразныя попытки обоснованія права необходимой обороны ⁵⁰⁾.

Школа Канта, согласно съ его воззрѣніемъ на право, принимала, что всякое противозаконное нападеніе уничтожаетъ въ нападающемъ то право, котораго нарушеніе необходимо для поддержанія собственныхъ правъ угрожаемаго, даетъ, слѣдовательно, послѣдному право защиты. Но такъ какъ въ государствѣ граждане переносятъ свое право защиты на государство, то самозащита можетъ быть только въ томъ случаѣ, когда общественная власть не можетъ оказать защиты ⁵¹⁾. Но эта школа оставляла, впрочемъ, вовсе не доказанными свои основныя положенія, что нападеніе уничтожаетъ право нападающаго, и что такъ какъ каждый гражданинъ уступаетъ свое право охраны государству только подъ условіемъ дѣйствительной защиты, то тамъ, гдѣ таковой нѣтъ, снова каждый приобретаетъ свое примитивное право.

Также мало доказательствъ даетъ школа Фихте, которая, рассматривая необходимую оборону, какъ одинъ изъ видовъ состоянія нужды, признаетъ, что въ такомъ случаѣ уничтожается самая возможность сосуществованія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и государственнаго бытія, и наступаетъ такое состояніе, къ которому понятія права и не-права примѣняемы быть не могутъ ⁵²⁾, такъ что, собственно говоря, въ такомъ случаѣ дѣйствія нападающаго и защищающагося должны бы рассматриваться одинаково съ юридической точки зрѣнія, т.-е. какъ лежація въ сферѣ права.

Школа Гегеля ищетъ основанія для обороны тамъ же, гдѣ и наказанія, т.-е. въ самомъ существѣ не-права, въ его ничтожествѣ. Изъ этого ничтожества не-права вытекаетъ право и обязанность государства карать и предупреждать

⁴⁹⁾ Такъ, напр., Гейбъ, Lehrbuch, § 91. Также большинство французскихъ криминалистовъ: Ortolan, éléments, № 417; F. Hélie, IV, № 1323; Trébutien, cours, стр. 138. Средне-вѣковые криминалисты, какъ Карпцовъ, Matthäus и др. ссылались въ защиту обороны также на священное писаніе и видѣли въ ней религиозную обязанность, которой неисполненіе является грѣхомъ противъ Бога и проступкомъ противъ самого себя и государства. Ср. Wessely, в. с., стр. 36.

⁵⁰⁾ Обзоръ различныхъ теорій см. Koestlin, System, стр. 76 и сл.; Levita, стр. 22—30. Также Гейеръ, стр. 17—20. Я не указываю на ученіе, оправдывающее н. о. съ точки зрѣнія невмѣяемости лица защищающагося (Stelzer, Jarcke, Temme, Gye-Grünbeck), такъ какъ невѣрность его слишкомъ очевидна: н. о. вовсе не исключаетъ возможности дѣйствій вполне обдуманыхъ. Попытка Гейера доказать на основаніяхъ системы Гербарта, что н. о. не можетъ быть выведена изъ идеи права, а должна быть рассматриваема какъ безнаказанное возмездіе, отличается крайнею туманностью и несостоятельностью. Ср. Seeger, в. с., стр. 441.

⁵¹⁾ Самъ Кантъ только вскользь упоминаетъ о необходимой оборонѣ; его положенія были развиты его школою: Фейербахъ, Lehrbuch, § 36; Henke, Handbuch, I, стр. 206; ср. Баршевъ, начала, стр. 39—40.

⁵²⁾ Grävell, отчасти Zöpfel. См. разборъ этого хотя и оригинальнаго, но несостоятельнаго воззрѣнія у Кестлина, neue Revision, стр. 712 и сл., а также у Гельшнера.

неправду. Но если государство не имѣть возможности предупреждать, то въ подобныхъ случаяхъ по необходимости эта обязанность переходитъ на отдѣльныхъ гражданъ. Отрицать у гражданъ право противодѣйствія неправдѣ — значило бы допустить возможность реального бытія неправды, значило бы полагать ее какъ право, что было бы логически невозможно⁵³⁾. Понимая ничтожество неправды въ смыслѣ полнаго ея противорѣчія съ условиями организованной государственной жизни, мы, конечно, должны согласиться и съ выводами этой школы объ основаніяхъ обороны и съ ея положеніемъ, что въ оборонѣ заключаются элементы не только права, но и обязанности⁵⁴⁾. Но разсматривая, какъ многие изъ писателей этого направленія, внутреннюю ничтожность неправды, какъ атрибутъ понятія, мы не будемъ въ состояніи доказать: какимъ образомъ абсолютно ничтожное можетъ получить реальное бытіе, какимъ образомъ оказывается необходимою какая-либо дѣятельность, направленная къ уничтоженію того, что ничтожно само въ себѣ.

136. Будучи стѣсненіемъ или уничтоженіемъ права другого лица, оборона, какъ и предупредительная дѣятельность государства, нуждается въ установленіи точно определенныхъ границъ, при которыхъ защита является дозволенною и употребленіе силы находить для себя оправданіе.

Этотъ объемъ права обороны опредѣляется, съ одной стороны, въ виду интересовъ лица, страдающаго отъ насилія при оборонѣ, а съ другой — въ виду того, что въ государствѣ, правильно организованномъ, борьба съ правонарушеніями прежде всего принадлежитъ ему и его органамъ. Поэтому границы обороны измѣняются исторически⁵⁵⁾.

Въ жизни до-государственной, когда защита правъ принадлежитъ вполне отдѣльному пострадавшему лицу или его семьѣ, мы не можемъ отыскать необходимой обороны, какъ особаго института, такъ какъ право обороны сливается съ правомъ мести въ общемъ понятіи самоуправства; но за то съ матеріальной стороны, конечно, это право обороны не допускаетъ какихъ-либо особыхъ ограниченій. Съ развитіемъ государственности, или даже сильной организованной общественной власти, мы хотя и встрѣчаемся съ этимъ институтомъ, но въ то же время постоянно видимъ стремленіе по возможности стѣснить предѣлы обороны. Всякое самовольное осуществленіе права, всякая самовольная, помимосудебная

⁵³⁾ Въ особенности Кестлингъ, *neue Revision*, стр. 708; также Levita, отчасти Гефтеръ, *Halschner, System*, стр. 252 и сл., обращаетъ главное вниманіе на субъективное право. Изъ новыхъ гегельянцевъ въ особенности Мишле развиваетъ ученіе объ оборонѣ, какъ объ обязанности лица.

⁵⁴⁾ Но, разумѣется, гегельянцы разсматриваютъ право частной обороны, какъ производное отъ права государства; напротивъ, школа Каята разсматриваетъ оборону какъ примитивное явленіе, но за то видитъ въ ней, по второму замѣчанію Кестлинга, не право, а законенную фактическую силу.

⁵⁵⁾ Замѣчаніе Гейба, стр. 228, что н. о. не имѣетъ и не можетъ имѣть исторіи, справедливо только по отношенію къ признанію принципа обороны, но вовсе не приложимо къ ученію объ объемѣ обороны. См. Levita, в. с., стр. 160; лобопытныя указанія на разработку этого ученія у итальянскихъ юристовъ, см. у Зесгера, в. с., стр. 357.

охрана его, казалась вторженіемъ въ сферу правительственныхъ правъ, возвращеніемъ къ эпохѣ дикаго права. Поэтому мы и встрѣчаемъ въ законахъ подробное опредѣленіе благъ и правъ, которыя можно было охранять при оборонѣ, требованія равенства оружія и т. п. Только съ дальнѣйшимъ развитіемъ понятія о государствѣ не какъ объ институтѣ самоцѣльномъ, а существующемъ въ интересахъ составляющихъ его гражданъ, съ установленіемъ понятія о гражданской свободѣ—могло выработаться и ученіе о необходимой оборонѣ въ настоящемъ его видѣ ⁵⁶⁾.

Исторія ученія о необходимой оборонѣ въ нашемъ правѣ ⁵⁷⁾, особенно въ древнѣйшемъ его періодѣ, представляетъ полное сходство съ правомъ древнегерманскимъ и римскимъ. Въ эпоху господства частной мести—право самозащиты входитъ въ понятіе мести, какъ въ понятіе родовое, а потому не можетъ быть никакихъ особенныхъ постановленій о правѣ обороны. Если обычное право предоставляло отдѣльному лицу или его семьѣ наказанъ того, кто посягнулъ на его право; если оно не считало возможнымъ поставить какіе-нибудь предѣлы для его самоуправства: то не могло быть и рѣчи о какой-нибудь регламентаціи обороны; только одновременно съ попытками ограниченія и регулированія мести встрѣчаются отдѣльныя постановленія и объ оборонѣ. Такъ въ договорѣ Олега съ греками въ статьѣ 6-й прямо говорится: «ятъ будетъ въ томъ часѣ тать, егда татьбу створить, отъ погубившаго что-либо, *аще приотворитъ, татьбу творяи* и убіенъ будетъ: да не възышется смерть его... Аще въдасть руцѣ украдый да ятъ будетъ тѣмъ-же, у него же будетъ украдено, и связанъ будетъ, и отдасть то, еже смѣ створить, и створить трижды о семь». Русская правда останавливается главнымъ образомъ на охранѣ имущественныхъ правъ. Дозволяя убить татя, пойманнаго на мѣстѣ преступленія, въ пса мѣсто, даже безотносительно къ общественному положенію убитаго (Акад. спис. ст. 20: ... аже оубиють огнищанина оу клѣти... а тоже поконъ тивоуницю). Это право убійства очевидно относилось по преимуществу къ тѣмъ случаямъ, когда пойманный воръ оказывалъ сопротивление, такъ какъ уже по договору Олега воръ связанный не могъ быть убитъ безнаказанно, а Правда (ак. сл. ст. 38) еще яснѣе говорила: «аще ли до свѣта держать, то вести его на княжь дворъ, а ожели оубиють, а люди оубоудятъ видѣли связанъ, то платити въ немъ». Въ ростовскомъ спискѣ къ этой статьѣ сдѣлано любозытное добавленіе, встрѣчающееся, впрочемъ, и въ древне-нѣмецкомъ правѣ ⁵⁸⁾: «еже убіенъ тать, а подымуть ноги во дворѣ, ино убить; оли подымуть ноги за ворота, толи платити въ немъ» ⁵⁹⁾. Относительно же допустимости обороны противъ

любого татя въ законѣ не упоминается, что указываетъ на то, что въ древности право самозащиты было неограниченнымъ.

⁵⁶⁾ Доказательство этого изъ нѣмецкаго права см. у Koestlin, System, стр. 77; Levita, в. с., стр. 64 и сл.; Halschner, System, стр. 244 и сл. Для римскаго права въ особенности Seeger, в. с., стр. 180 и сл. См. также Geuer, стр. 87 и сл. Исторію института обороны по французскому праву см. у Ортолана, № 436 и сл.

⁵⁷⁾ См. Неклюдовъ, приложения къ учебнику Вернера, стр. 433; А. Суховъ, обычно-народныя и княжескія наказанія по древне-русскому праву. „Юр. В.“ 1873 г., кн. 7, стр. 55 и сл.

⁵⁸⁾ См. Н. Калачовъ, изслѣдованіе о русской правдѣ, стр. 113; Владимірскій-Будановъ, хрисоматія, стр. 37; Wilda, Strafrecht der Germanen, стр. 165; Grimm, Rechts-Altherthamer, изд. 1828, стр. 628 сопоставляетъ указанія „правды“ съ подобными же постановленіями сѣверныхъ правъ (Ostgotolag).

⁵⁹⁾ Въ договорѣ Мстислава съ нѣмецкими городами, 1229 г., содержится несправедливо болѣе безграничное право хозяина вещи относительно вора, а именно ст. 32 говорить: «который Роусинъ или Латинскій имать татя, надъ тѣмъ емоу своя вля, камъ его хочеть, тамъ дѣжить». Но Владимірскій-Будановъ, хрисоматія, стр. 117, замѣчаетъ, что вѣроятно при этомъ подразумѣвались какія-либо ограничительныя условія этого права.

посягательства на личность можно вывести доказательство из постановлений правды об убийствѣ или тѣлесномъ поврежденіи, вызванномъ убитымъ: «не терпя ли противу тому тнѣть мечемъ, то вини емоу въ томъ нѣтъ».

Загѣмъ ни въ уставныхъ, ни въ судебныхъ грамотахъ, ни въ судебникѣ⁶⁰⁾ не встрѣчается никакихъ постановлений о необходимой оборонѣ, но за то въ уложеніи царя Алексѣя Михайловича мы встрѣчаемъ цѣлый рядъ относящихся сюда постановлений, которые подтверждены въ новоуказныхъ статьяхъ 1669 года (П. С. З. т. I, № 441) и въ указѣ 1680 года ноября 10 (П. С. З., т. II, № 843.). Постановленія уложенія о необходимой оборонѣ не представляютъ никакой системы и разбросаны въ отдѣльныхъ главахъ (X гл., ст. 105, 200, 201; XXI ст. 59, 88, 89; XXII, ст. 16, 21), но на право обороны оно смотритъ весьма широко и иногда придаетъ ему какъ бы характеръ наказанія. Такъ въ ст. 200, гл. X, дозволяя убитъ нападающаго на домъ, уложеніе прибавляетъ характеристичное выраженіе: «а кто онъ убьетъ, и емоу то убійство учинится отъ себя: не прѣзжай въ чужой домъ насильствомъ». Оборона допускается въ защиту правъ собственныхъ и другихъ лицъ; въ защиту жизни, здоровья, дѣломудрія женщины, въ защиту имущества и притомъ не только въ случаѣ поимки вора на мѣстѣ, но даже и тогда, когда воръ бѣжалъ, но былъ догнанъ хозяиномъ и оказалъ ему сопротивление, и, наконецъ, въ защиту неприкосновенности жилища. Что касается до условій обороны, то уложеніе довольствуется только общимъ положеніемъ, чтобы оборона соответствовала нападенію, предполагая притомъ, что самое нападеніе было противозаконно, такъ какъ тагъ или разбойникъ никакимъ образомъ не могъ сопротивляться противъ пресѣдовавшихъ его и подлежалъ смертной казни даже за нанесеніе имъ ранъ⁶¹⁾ и чтобы послѣ ея оборонявшійся сдѣлалъ объявку, не дѣлая никакихъ дальнѣйшихъ стѣсненій.

Совсѣмъ иначе отнесся къ оборонѣ воинскій уставъ Петра 1716 года⁶²⁾ (П. С. З., т. V, № 3006), перенеся къ намъ стѣснительныя воззрѣнія на оборону, образовавшіяся въ Германіи подъ вліяніемъ феодальной борьбы и въ частности взглядъ на оборону Каролинны. Артикулъ 156, говоря о «нужномъ обороненіи» допускалъ «оборонительное супротивленіе для обороны живота своего» (Leib und Leben немецкаго текста), а толкованіе къ артикулу 185 прибавляло: «вора, который въ почи въ домъ ворветца, безъ страха наказанія умертвить, ежели его безъ своего опасенія преодолѣть было невозможно». Но расширяя въ подобныхъ случаяхъ право обороны и на имущественныя права, уставъ считалъ долгомъ прибавить: ибо надлежитъ разсудить, что воръ не для единой кражи, но чтобы и умертвить, въ домъ ночью врывается. Также стѣснительно смотрѣлъ уставъ и на мѣру обороны (толкованіе на артикулъ 157), требуя «что всякій долженъ (ежели задранъ будетъ) столько долго уступать едику возможно, и такъ безъ смертнаго убійства изъ страха снастись», запрещая, далѣе, всягя насильственныя дѣйствія противъ нападающаго, который уже уступилъ и бѣжалъ и наконецъ постановляя, чтобы «такимъ же образомъ обороняться, какимъ образомъ кто отъ кого нападенъ будетъ». Во всякомъ случаѣ тотъ, кто ссылается на оборону, долженъ не только

⁶⁰⁾ Но въ дополнительныхъ указахъ къ судебнику приведенъ одинъ весьма любопытный случай обороны: «если кто на кого въ городъ засѣлъ на подсадѣ, и тотъ остережется и его самого убьетъ». Ср. Власевъ, о вмѣненіи, стр. 216.

⁶¹⁾ Власевъ, о вмѣненіи, стр. 215; многія изъ постановлений уложенія объ оборонѣ взяты изъ литовскаго статута; такъ, отсюда заимствованы статьи о правѣ защиты противъ вора (гл. XIII, ст. 20), о нарушеніи домового права (гл. VII, ст. 4).

⁶²⁾ Тѣ же постановленія повторены и въ морскомъ уставѣ 1720 года (П. С. З. т. VI, № 3485).

доказать, что на него напали, но что онъ не могъ уступить или уйти безъ опасенія смертнаго ⁶³.

Проектъ 1813 года (ст. 19, 20, 21) отнесъ необходимую оборону къ обстоятельствамъ, при которыхъ преступленіе не вѣняется въ вину. Объемъ правъ защищаемыхъ обороною, представляется по проекту весьма широкимъ, такъ какъ оборона допускается въ защиту жизни, чести и имущества, какъ своего, такъ и другихъ лицъ, особливо ближнихъ. Но оборона противъ родителей ни въ какомъ случаѣ не допускалась (§ 378). По отношенію же къ условіямъ обороны, проектъ ограничился общими положеніями: чтобы опасность была настоящая и дѣйствительная, и чтобы оборона прекращалась, какъ скоро воспослѣдовала достаточная помощь и защита; но за то проектъ ввелъ одно новое условіе, чтобы защищающійся не упустилъ искать помощи правительства, или не имѣлъ способа прибѣгнуть къ сему средству. Объ убійствѣ, учиненномъ въ оборонѣ, требовалась заявка не позднѣе 3-хъ дней, иначе извиненіе обороною не принималось.

Сводъ законовъ (ст. 145—146, по изд. 1842 г.) ⁶⁴ поступилъ относительно обороны крайне оригинально, соединивъ въ одно обѣ системы, и уложеніе 1648 г. и воинскаго устава, несмотря на ихъ совершенную противоположность. Такимъ образомъ при исчисленіи благъ, охраняемыхъ обороною, онъ принялъ въ основу уложеніе, а при опредѣленіи условій обороны — воинскій уставъ. При этомъ, въ ст. 362, онъ самъ же отступилъ отъ системы своей общей части, признавъ, что смертоубійство не вѣняется въ преступленіе только тогда, когда оборона была отъ насильственнаго нападенія и при опасности собственной жизни.

Болѣе удачными представляются постановленія дѣйствующаго права (ст. 101—103 по изд. 1866) ⁶⁵, хотя и въ нихъ встрѣчаются, какъ мы увидимъ далѣе, существенныя промахи. Мировой уставъ только упоминаетъ объ оборонѣ, не давая ей никакого опредѣленія ⁶⁶.

137. Самыя же условія, характеризующія право необходимой обороны, какъ юридическаго института, сводятся къ двумъ главнымъ

⁶³ Для лицъ военныхъ, въ случаѣ нападенія на нихъ начальника, объемъ обороны еще болѣе служивался, такъ какъ артикулъ 24 говорилъ: „также и тотъ живота лишень будетъ, который въ сердцахъ противъ своего начальника за оружіе свое примется“; а въ толкованіи на этотъ артикулъ разъяснено: „никакой офицеръ, ни солдатъ, не можетъ оправдаться, хотя съ нимъ отъ фельдмаршала и генерала непристойнымъ образомъ поутулено будетъ, и ему отъ нихъ нѣкоторымъ образомъ оскорбленіе славы учинится. Ибо почтеніе генеральству все-конечно и весьма имѣть ненарушимо бытъ“. Начала воинскаго устава всего полнѣе сохранились въ воинскомъ уголовномъ уставѣ, 1859, ст. 113, 114. Нѣкоторыя указанія на оборону встрѣчаются еще въ манифестѣ о поединкахъ, 1787 г., ст. 50.

⁶⁴ Въ дополненіе къ этому существовали еще постановленія особенной части, ст. 362 и 392 (по изд. 1842). Въ постановленіяхъ свода 1832 г. было только одно отличіе, что въ нихъ не находилось правило о представленіи трупа убитаго.

⁶⁵ Кромѣ того, уложеніе говоритъ еще объ оборонѣ въ особенной части при убійствѣ (ст. 1467, 1471) и при преступленіяхъ противъ здоровья (ст. 1493, 1495), разбрасывая такимъ образомъ свои постановленія не только безъ нужды, но и во вредъ себѣ.

⁶⁶ Поэтому здѣсь должны быть примѣняемы постановленія уложенія. Особенности постановленія военныхъ законовъ будутъ указаны далѣе. Въ уставѣ сельско-судебномъ объ оборонѣ говоритъ ст. 458, причѣмъ законъ поясняетъ, что оборона признается необходимою только тогда, когда обороняющемуся не представлялось никакихъ средствъ воспрепятствовать нападающему; посему защищаться оружіемъ дозволяется только противъ насилія вооруженнаго; употреблять же оное противъ насилія безоружнаго можно не иначе, какъ въ томъ случаѣ, когда нападающій сильнѣе, когда нападеніе учинено наединѣ и притомъ съ опасностью жизни.

элементамъ: нападенію и защитѣ. При этомъ по отношенію къ нападенію необходимо изслѣдовать свойства той причины, которая вызываетъ право обороны и условія, при которыхъ нападеніе оправдываетъ оборону; а по отношенію къ защитѣ: какія права и блага могутъ быть охраняемы обороною и въ какомъ объемѣ оборона можетъ быть допущена.

б) Характеръ опасности, вызывающей оборону.

138. Смотри на оборону, какъ на безнаказанное причиненіе вреда тому, кто грозитъ опасностью нашимъ благамъ, мы можемъ представить три категоріи такихъ причинъ: животное, человекъ, находящійся въ состояніи невмѣняемости, и человекъ, обладающій способностью ко вмѣненію.

Нечего и говорить, что въ жизни мы предпринимаемъ весьма часто разнообразныя мѣры противъ силъ природы, грозящихъ тѣмъ или инымъ путемъ нашимъ благамъ; въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ причиною нападенія является животное, дикое или домашнее, мы, при защитѣ отъ такого нападенія, можемъ причинить вредъ, убить его, искалѣчить, и, конечно, такое причиненіе вреда можетъ быть подведено подъ понятіе необходимой обороны. Но такъ какъ отношеніе лица къ животному, въ правѣ вообще, а въ частности въ правѣ уголовномъ, не имѣютъ сами по себѣ юридическаго значенія, то и вопросъ объ оборонѣ противъ животныхъ, не представляя особой важности, обыкновенно оставляется безъ вниманія ⁶⁷⁾.

Этотъ вопросъ можетъ получить интересъ только въ томъ случаѣ, когда вредъ, причиненный животному, нарушаетъ право какого-либо лица. Положимъ, я, защищая себя отъ нападенія быка, гуся или другаго домашнего животного, искалѣчилъ или убилъ его, пастухъ убилъ чужую собаку, которая бросилась на его овецъ и грозила загрызть одну изъ нихъ; на мою собаку бросилась чужая собака и, защищая ее, я убилъ напавшую. Въ какихъ случаяхъ можетъ предъявить владѣлецъ убитаго животного искъ о вознагражденіи? Могу ли я сослаться, какъ на основаніе безответственности, на состояніе обороны или же на состояніе необходимости? Такъ какъ здѣсь идетъ дѣло о нарушеніи правъ третьихъ лицъ, не участвовавшихъ въ нападеніи, то, конечно, мое дѣяніе должно разсматриваться какъ совершенное въ состояніи необходимости и оцѣниваться сообразно съ юри-

⁶⁷⁾ Многія средневѣковыя нѣмецкія права прямо относили эти случаи къ необходимой оборонѣ. Ср. Heffter, Lehrbuch, § 41, пр. 2. Того же мнѣнія держится и Гертеръ, а за нимъ Levita, в. с., стр. 186, пр. 22. То же Gejer, в. с., стр. 26. Другаго мнѣнія Hälschner, System, стр. 263, такъ какъ по его взгляду необходимая оборона можетъ быть только противъ противозаконнаго нападенія; случаи же этого рода онъ относитъ къ крайней необходимости.

дическими условиями, характеризующими это состояніе. Иначе ставится вопросъ, когда животное было только орудіемъ дѣйствій лица, когда собаку на меня науськали, натравили; убивая ее, я обороняюсь отъ противозаконнаго нападенія лица.

139. Нападеніе со стороны сумасшедшаго, бѣшенаго, опасность, угрожающая нашимъ благамъ отъ дѣйствій ребенка или безчувственно пьянаго, по существу своему ничѣмъ не отличается отъ опасности, создаваемой силами природы, животными и т. п., а отраженіе подобнаго нападенія, причиненіе вреда нападающему, вполне подходитъ подъ понятіе обороны.

Съ этимъ согласны по большей части даже и сторонники той теоріи, которая допускаетъ необходимую оборону только въ защиту отъ противозаконнаго нападенія. Отношенія, возникающія въ этомъ случаѣ между нападающимъ и защищающимся, несомнѣнно имѣютъ юридическій характеръ, нарушаютъ законъ, да и кромѣ того, говоря о противозаконности нападенія, нужно разсматривать это условіе съ точки зрѣнія защищающагося, т.-е. имѣть въ виду противозаконность объективную, а не субъективную; а въ состояніи ли лицо, обороняющее себя, опредѣлить въ этотъ моментъ психическое состояніе того, кто на него нападетъ? ⁶⁸). По нашему праву случаи этого рода также могутъ быть отнесены къ необходимой оборонѣ, такъ какъ уложеніе въ ст. 101 говоритъ просто о «нападеніи», «нападающемъ», даже вовсе и не прибавляя къ этимъ словамъ эпитета «противозаконный».

140. Но само собою разумѣется, что обыкновеннымъ условіемъ, вызывающимъ и оправдывающимъ оборону, являются дѣйствія лица, находящагося въ состояніи вмѣняемости. При этомъ безразлично:

1) намѣренно или ненамѣренно было сдѣлано нападеніе на наши права, т.-е. оборона допускается не только противъ умышленнаго, но и противъ неосторожнаго или случайнаго посягательства на наши права или блага;

2) какую цѣль преслѣдовалъ нападающій, т.-е. было ли совершено нападеніе изъ личныхъ эгоистическихъ интересовъ нападающаго, или въ какихъ-либо иныхъ видахъ;

3) условна или безусловна была опасность, грозящая нашимъ правамъ, т.-е. оборона возможна какъ противъ лица, стремящагося

⁶⁸) Криминалисты, требующіе не только объективной, но и субъективной противозаконности, какъ, напр., Martin, Lehrbuch, § 45, пр. 4, очевидно смѣшиваютъ оборону съ наказаніемъ. Подобно Мартину относитъ и Hälschner, System, стр. 263, такую защиту къ состоянію крайней необходимости; то же Seeger, Schwarze, Полетаевъ. Ср. разборъ этого взгляда у Levita, в. с., стр. 185 и сл.; Wessely, в. с., стр. 56; Koestlin, Revision, стр. 726; Geyer, в. с., стр. 25; F. Hélie, IV, № 1331; Morin, в. с., стр. 322; Кистяковский, курсъ, № 219. Нѣкоторая спеціальная особенности относительно размѣровъ обороны въ подобныхъ случаяхъ см. далѣе.

нанести намъ удары или лишить насъ жизни, такъ и противъ лица, угрожающаго насиліемъ условно, если мы не выполнимъ требуемое имъ противозаконное дѣйствіе или, правильнѣе говоря, такое дѣйствіе, требовать выполнения котораго онъ не имѣлъ права; если, конечно, онъ только началъ приводить свою угрозу въ исполненіе.

в) Условия нападенія, оправдывающія оборону.

141. Такимъ образомъ всякій вредъ, причиняемый, для устранения опасности, тому, кто грозитъ нашимъ правамъ или благамъ, можетъ разсматриваться какъ оборона, отъ кого бы опасность ни происходила.

Но такое опредѣленіе обороны чрезъ мѣру широко и неточно; мы должны поближе разсмотрѣть тѣ условия нападенія, которыя оправдываютъ или, наоборотъ, устраняютъ оборону.

При этомъ надо замѣтить, что для наличности законной обороны необходимо существованіе всѣхъ этихъ условій въ совокупности, а вовсе не достаточно признанія какого-либо одного изъ нихъ⁶⁹⁾.

Къ числу этихъ условій относится прежде всего недозволённость нападенія закономъ. Оборона не можетъ существовать въ тѣхъ случаяхъ, когда уступка какого-либо права требуется закономъ въ интересахъ общественныхъ или государственныхъ.

Съ точки зрѣнія индивидуума всякое благо человѣка неприкосновенно, т.-е. можетъ быть охраняемо имъ противъ какой бы то ни было опасности, но въ обществѣ, а въ особенности въ государствѣ, это положеніе неминуемо измѣняется; причина этого лежитъ уже въ самой замѣтѣ понятія блага болѣе высшимъ понятіемъ права, замѣтѣ, рѣзко характеризующей всякое организованное общежитіе. Въ интересахъ сосуществованія, ради тѣхъ выгодъ, которыя доставляетъ организованная общественная жизнь, каждому члену государства приходится, добровольно или по необходимости, отказываться въ интересахъ общества, государства, отъ пользованія тѣмъ или другимъ благомъ, начиная отъ ничтожнаго имущественнаго блага и кончая высшимъ благомъ личности—жизнью.

Одни изъ этихъ ограниченій безусловно необходимы, такъ какъ они вытекаютъ изъ самаго существа общежитія, другія, напротивъ того, случайны, измѣнчивы, зависятъ отъ особенностей данной государственной организаціи. Сумма послѣднихъ ограниченій, разумѣется, тѣмъ значительнѣе, чѣмъ деспотичнѣе является государственный строй, чѣмъ болѣе подавлена отдѣльная личность и ея свобода, въ интересахъ ли господствующихъ классовъ, въ интересахъ ли государственной власти.

⁶⁹⁾ Хотя въ рѣшенія уг. кас. депар. по дѣлу Вартакова (71/1038) высказано противоположное мнѣніе, но неосновательность его совершенно очевидна.

Но, повторяю, во всякомъ государственномъ стройѣ существуетъ рядъ условий, при которыхъ отдѣльное лицо бываетъ вынуждено отказаться отъ какого-либо изъ своихъ правъ, такъ что неуступка этого блага будетъ недозволеннымъ актомъ, а насильственная охрана его не можетъ не считаться дѣйствіемъ противозаконнымъ.

Поэтому оборона не можетъ быть оправдана, какъ скоро самое нападеніе было законно ⁷⁰⁾.

142. Случаи такой недозволенной обороны весьма разнообразны; сюда относятся:

1) когда посягательство было вынуждено самимъ обороняющимся. Отсюда вытекаетъ извѣстное юридическое положеніе: не можетъ быть обороны противъ обороны.

Если какое-либо лицо собственными противозаконными дѣйствіями вызвало опасность для какихъ-либо своихъ благъ, то оно для своей защиты можетъ и обязано только прекратить свою преступную дѣятельность; совершеніе же съ его стороны какого-либо новаго насилія будетъ новымъ преступленіемъ. Такимъ образомъ, если воръ, захваченный на мѣстѣ преступленія хозяиномъ вещи, вмѣсто того, чтобы возвратить покраденное, употребитъ насиліе противъ захватившаго, то это насиліе будетъ новымъ преступленіемъ, а не обороною ⁷¹⁾.

Но эта вынужденность посягательства не должна быть смѣшиваема съ понятіемъ незаслуженности нападенія, которое ставилось условіемъ обороны многими теоретиками особенно прошлаго и начала нынѣшняго столѣтія, равно какъ и нѣкоторыми кодексами ⁷²⁾. Различіе этихъ понятій заключается въ ихъ объемѣ, такъ какъ большая разница въ понятіи нападенія, мною въ вынужденнаго и мною незаслуженнаго. Поэтому, если мы примемъ второе условіе и признаемъ, что оборона допустима только противъ нападенія незаслуженнаго, то мы должны согласиться и на такіе выводы:

а) Оборона не допустима не только противъ обороны, но и противъ превышенія предѣловъ обороны, такъ что воръ не можетъ защищаться противъ хозяина вещи и въ томъ случаѣ, когда, бросивъ украденное, уже затѣмъ былъ захваченъ хозяиномъ, желавшимъ выместить на немъ свою обиду. А между тѣмъ неправильность этого положенія вполне очевидна и по здравому смыслу, и по положи-

⁷⁰⁾ Относительно этого сходятся всѣ криминалисты. Кодексы же или вносятъ это условіе прямо въ опредѣленіе обороны, или же, какъ наше уложеніе, подразумеваютъ его. Впрочемъ, обыкновенно это условіе н. о. опредѣляется иначе, а именно, что оборона предполагаетъ противозаконность нападенія. Ср. въ особенности Hälschner, System, стр. 258. Подобнымъ же образомъ говорится иногда и въ законахъ, какъ, напр., въ германскомъ уложеніи, § 53. Но въ такомъ случаѣ приходится дать понятію „противозаконный“ совершенно особое значеніе, напр., признать, что противозаконное не тождественно съ понятіемъ наказуемаго нападенія; или придется признать преступнымъ нападеніе со стороны лица, не обладающаго вѣнчаемостью. Ср. Oppenhof, Strafrechtbuch, § 53, пр. 11.

⁷¹⁾ Нельзя не замѣтить, что въ этомъ случаѣ отсутствуетъ и другое условіе н. о. — невозможность устранить опасность инымъ ненасильственнымъ образомъ, такъ какъ мы предполагаемъ, что воръ могъ уничтожить грозящую ему опасность простымъ прекращеніемъ преступной дѣятельности.

⁷²⁾ Незаслуженность нападенія (Unverschuldetseynsollen des Angriffs), какъ условіе обороны ставили: Boehmer, Quistorp, Grolmann, Grundsätze, § 25; Feuerbach, Lehrbuch, § 38. Изъ кодексовъ на это условіе указывалъ Ганноверскій, § 79. Contra: Waechter, Lehrbuch, § 51, пр. 8; Koestlin, Levita, Hälschner.

тельному праву. Во всѣхъ кодексахъ превышеніе предѣловъ обороны разсматривается только какъ основаніе для смягченія отвѣтственности обороняющагося, но отнюдь не уничтожаетъ самой преступности дѣянія, а защита своихъ благъ противъ какого бы то ни было противозаконнаго, наказуемаго дѣянія безусловно допустима.

б) Оборона не служитъ извиненіемъ, если нападающій былъ возбужденъ къ насильственнымъ дѣйствіямъ самимъ обороняющимся. Такимъ образомъ виновникъ ссоры не можетъ обороняться противъ зачинщика драки, если только насильственные дѣйствія послѣдняго были вызваны ссорой; прелюбодѣй, застигнутый мужемъ in flagranti, не можетъ обороняться противъ него и т. д. ⁷³⁾ Очевидно, что и здѣсь происходитъ большое смѣшеніе понятій. Изъ того, что лицо, возбудившее нападающаго, отвѣчаетъ за свои дѣянія, если они преступны, отнюдь не слѣдуетъ, что дѣйствія нападающаго становятся безусловно безнаказанными; точно также состояніе возбужденности, аффектъ, хотя и можетъ служить основаніемъ для смягченія отвѣтственности и притомъ болѣе или менѣе значительнаго, но вовсе не уничтожаетъ преступнаго характера даннаго дѣйствія, а если дѣйствія нападающаго преступны, то и оборона противъ нихъ должна быть дозволена. Защитники разбираемаго мнѣнія очевидно смѣшиваютъ условія обороны съ условіями примѣненія наказанія.

в) Оборона не можетъ служить извиненіемъ, если оборонявшійся не только предвидѣлъ опасность, но могъ избѣгать ее, такъ какъ тотъ, кто такъ-сказать напрашивается на опасность, какъ бы вызываетъ ее. На этомъ основаніи тотъ, кто знаетъ, что въ лѣсу находится разбойникъ и притомъ можетъ обойти и избѣгать нападенія, но тѣмъ не менѣе идетъ на встрѣчу опасности, или тотъ, кто дѣйствуетъ на перекоръ взбѣшенному, нарочно дѣлаетъ что-нибудь, за что тотъ грозитъ побить, не имѣетъ уже права обороны ⁷⁴⁾. Разумѣется, если тотъ, кто вызвалъ нападеніе, тѣмъ не менѣе не теряетъ права на защиту, то еще менѣе возможно отрицать такое право въ настоящемъ случаѣ; нападеніе противозаконно и, слѣдовательно, оборона противъ него вполнѣ допустима ⁷⁵⁾.

2) когда это посягательство было осуществленіемъ какого-либо права частнаго лица; при этомъ все равно, было ли такое посягательство совершено самимъ обладателемъ права или кѣмъ-либо, дѣйствовавшимъ по его приказу или порученію,

По общему правилу осуществленіе права, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оно встрѣчается съ правами какихъ-либо третьихъ лицъ, и ограничиваетъ ихъ свободу или лишаетъ ихъ какихъ-либо благъ, требуетъ участія и помощи государственной власти. Всякое самовольное осуществленіе права обыкновенно разсматривается какъ самоуправство и подвергаетъ виновнаго отвѣтственности

⁷³⁾ Грольманъ, в. с. Ср. contra, Koestlin, Revision, стр. 727. Совершенно не вѣрно смотритъ на этотъ вопросъ Geuer, в. с., стр. 31, который исключаетъ оборону въ томъ случаѣ, если въ самомъ возбужденіи уже заключалось наказуемое дѣяніе, такъ какъ тогда вызванное нападеніе будетъ само обороною. Последнее предположеніе, очевидно, несостоятельно и уничтожаетъ значеніе всей аргументаціи.

⁷⁴⁾ Luden, Abhandlungen, II, стр. 495, пр. 2. Въ официальныхъ примѣчаніяхъ къ баварскому кодексу 1813 года прямо сказано, что тотъ, кто напередъ знаетъ, что онъ въ известномъ мѣстѣ подвергнется опасности, не можетъ уже въ свое оправданіе ссылаться на оборону. Разборъ этого мнѣнія у Levita, в. с., стр. 190.

⁷⁵⁾ Конечно, этотъ вопросъ можетъ разсматриваться еще и съ другой стороны, а именно, была ли опасность неотвратима иными способами.

и, разумѣется, противъ подобнаго самоуправства оборона вполне возможна. Но иногда положительное право допускаетъ въ извѣстныхъ случаяхъ возможность самому владѣльцу права осуществить это право безъ содѣйствія власти, тогда сопротивление этому осуществленію не можетъ быть разсматриваемо и оправдано какъ оборона ⁷⁶⁾.

Но допускается ли поэтому оборона противъ лица, находящагося въ состояніи крайней необходимости? Отвѣтъ на это долженъ быть утвердительный. Если А., спасаясь вмѣстѣ съ Б. на обломкѣ разбитаго судна, можетъ безнаказанно для спасенія своей жизни столкнуть Б., то также безнаказанно и Б. можетъ защищать себя противъ А. Но то же правило примѣняется и къ случаямъ такъ называемаго права нужды: лицо, находящееся въ такомъ состояніи, не отвѣчаетъ за свои дѣйствія, но это вовсе не означаетъ, чтобы оно осуществило свое право. Если А., для спасенія своей жизни отъ голода, можетъ украсть что-либо съѣстное, принадлежащее Б., то отсюда нельзя еще заключить, что Б., захватившій А. въ моментъ кражи, не можетъ защищать свое имущество, тѣмъ болѣе, что Б. можетъ и не знать о томъ положеніи, въ которомъ находится А. ⁷⁷⁾.

3) когда подобное посягательство было осуществленіемъ дисциплинарной власти.

Дисциплинарная власть, какъ дополненіе государственной карательной власти, налагая какія-либо взыскація за нарушенія специальныхъ правилъ, ею охраняемыхъ, дѣйствуетъ правомѣрно, а потому противъ ея дѣйствій, какъ правомѣрныхъ, оборона допущена быть не можетъ. Не можетъ быть права обороны противъ дѣйствій директора клуба, распорядившагося о выводѣ посѣтителя изъ собранія, если такое право предоставлено ему закономъ, противъ распоряженій председателя суда, приказавшаго очистить залу засѣданія и т. п. Но само собою разумѣется, что оборона вполне допустима противъ превышеній подобной власти; поэтому было бы странно утверждать, что сынъ безусловно не имѣетъ права обороны противъ отца и т. п. ⁷⁸⁾.

4) когда посягательство было осуществленіемъ требованій закона или исполненіемъ обязательнаго приказа.

Тамъ, гдѣ самъ законъ прямо требуетъ уступки какаго-либо права или отказа отъ пользованія какимъ нибудь благомъ, разумѣется, оборона его не можетъ быть допущена. Дѣйствія судебного пристава, описывающаго и арестующаго имущество по распоряженію суда, полицейскаго, отводящаго по законному приказу кого-либо въ тюрьму—правомѣрны и исключаютъ возможность законнаго сопротивленія.

5) когда нападеніе было вызвано обороняющимся, въ видахъ устраненія отвѣтственности за исполненіе задуманнаго имъ преступнаго умысла.

⁷⁶⁾ См. выше, № 129, примѣры изъ нашей судебной практики. Нѣкоторыя указанія можно видѣть въ 151 ст. м. у., подвергающей отвѣтственности за сопротивленіе при задержаніи животныхъ въ случаѣ потравы.

⁷⁷⁾ Противоположное мнѣніе защищаютъ Levita и Koestlin, такъ какъ они смотрятъ на Nothrecht какъ на право лица; также Wessely, в. с., стр. 51.

⁷⁸⁾ Даже французское право, не допуская при преступленіяхъ противъ родителей, а въ частности при отцеубійствѣ, извиняющихъ обстоятельствъ, не распространяетъ это начало на н. о. См. Trébutien, cours, стр. 145; F. Hélie, т. IV, № 1345; Schwarze, Kommentar, стр. 237; Bernier, учебникъ, стр. 425.

Во всѣхъ предшествующихъ случаяхъ, оборона утрачивала свое оправдывающее значеніе, не смотря на существованіе субъективнаго основанія безнаказанности. На меня напали, я защищаюсь и ради защиты причиняю вредъ, но тѣмъ же менѣе я отвѣчаю, потому что въ самомъ нападеніи есть такіе элементы, которые совершенно уничтожаютъ значеніе причинъ субъективныхъ. Но могутъ быть и другіе случаи, когда существуютъ объективныя причины безнаказанности, но они парализуются субъективными; когда нападеніе преступно, но характеръ воли, опредѣлившій оборону, таковъ, что служитъ основаніемъ наказуемости. Таковъ именно случай, выше указанный. А. задумалъ совершить убійство Б. и притомъ такъ, чтобы остаться за него безнаказаннымъ; въ этихъ видахъ онъ раздражаетъ Б., вызываетъ на нападеніе и убиваетъ, обороняясь. Очевидно, что въ подобномъ случаѣ оборона была только однимъ изъ моментовъ, которыми осуществлялся преступный умыселъ убійства.

143. Такимъ образомъ, оборона не можетъ служить оправданіемъ тамъ, гдѣ самое дѣйствіе правомѣрно; но вслѣдъ за этимъ стоитъ другой вопросъ: не имѣетъ ли при этомъ значенія и то обстоятельство, отъ кого происходитъ нападеніе? Другими словами: допустима ли оборона противъ дѣйствій органовъ власти ⁷⁹⁾?

Отвѣтъ на это долженъ быть, конечно, утвердительный. Законность обороны какъ по своему существу, такъ и по условіямъ, не стоитъ ни въ какомъ отношеніи къ званію и положенію нападающаго, т.-е. оборона не можетъ быть дозволена только противъ законныхъ дѣйствій власти. Все различіе состоитъ въ томъ, что кругъ случаевъ, въ которыхъ органы власти, преимущественно исполнительной, могутъ ограничивать свободу отдѣльныхъ гражданъ или лишить ихъ какого-либо блага, несравненно обширнѣе, чѣмъ частныхъ лицъ.

Только въ официальныхъ примѣчаніяхъ къ баварскому уложенію 1813 года встрѣчается такое положеніе, что хотя всякій можетъ безнаказанно не исполнять незаконный приказъ власти, но фактическое сопротивленіе такому распоряженію во всякомъ случаѣ не можетъ быть оправдано. Доводы теоретиковъ ⁸⁰⁾, отрицающихъ право обороны противъ органовъ власти, слишкомъ очевидно несостоятельны. Такъ Ягеманнъ ставитъ, какъ главный аргументъ, «что защитники

⁷⁹⁾ См. литературныя указанія и обзоръ мнѣній у К. Hiller, die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Begriffe des Vergehens der Widersetzlichkeit. 1873; Кистяковскій, курсъ, № 218. Любопытныя указанія по римскому праву см. у Зеегера, в. с. стр. 307—315.

⁸⁰⁾ Jagemann, über das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt, Archiv. 1842 и 1843; подробный разборъ теоріи Ягеманна уже сдѣлалъ въ 1843 въ томъ же архивѣ Сахаріе, über Strafbarkeit der Widersetzlichkeit. См. Levita, в. с., стр. 194 и сл.; Hiller, в. с., стр. 13—23, 63 и сл. Близко къ взгляду Ягеманна подходятъ Luden, Abhandlungen, стр. 494; Handbuch, I, стр. 400; у насъ Баршевъ, начала, стр. 37; Haub, principes, № 478 и рѣшенія французскаго кассационнаго суда, старающагося доказать, что незаконность дѣйствій агента власти не уполномочиваетъ частное лицо оказывать ему сопротивленіе съ насиліемъ.

противоположной теории невольно придут послѣдовательно къ такимъ выводамъ, которые они сами не сознаютъ ясно; что такимъ образомъ придется допустить оборону и противъ высшихъ сановниковъ и даже противъ высшей власти; придется проложить дорогу къ законной революціи. Но нужно ли доказывать, что понятіе обороны не зависитъ отъ рава органа власти, что женщина, которую хотятъ изнасиловать, не лишается права защиты только потому, что на нее посягаетъ министръ внутреннихъ дѣлъ, министръ-президентъ или иное какое-либо высокопоставленное лицо. Самъ же Ягеманнъ дѣлаетъ даже такое замѣчаніе, что какъ скоро чиновникъ дѣйствуетъ подъ вліяніемъ страсти, изъ своихъ личныхъ интересовъ, то онъ стоитъ внѣ защиты закона и можетъ быть возвращенъ въ надлежащія предѣлы. Что касается до замѣчанія о революціи, то оно еще страннѣе. Если народъ имѣетъ какія-либо политическія права, то охрана этихъ правъ отъ попытки ихъ нарушенія, разумѣется, будетъ законна, хотя бы попытка эта шла отъ представителей власти, а защищать эти права приходилось съ оружіемъ въ рукахъ; революціонными въ этомъ случаѣ будутъ дѣйствія власти, а не народа.

При этомъ и самая оцѣнка условій обороны противъ органовъ власти остается та же, какъ и при оборонѣ противъ частныхъ лицъ. Мы должны помнить, что рѣчь идетъ вовсе не объ оцѣнкѣ дѣйствій органовъ власти, а объ оцѣнкѣ дѣйствій лицъ, имъ сопротивляющихся, о томъ, заслуживаютъ ли они наказанія или нѣтъ; мы должны помнить, что прямой интересъ всякаго нормально организованнаго государства, чтобы у его гражданъ развивалось сознаніе неприкосновенности ихъ правъ, готовность защищать ихъ всѣми средствами, находящимися въ ихъ распоряженіи; мы должны помнить, какъ замѣчаетъ Гуфнагель, что даже для достоинства государства и его правительства необходимо предполагать, что оно отказывается отъ всякой солидарности съ своими органами, какъ скоро они дѣйствуютъ незаконно, лишаятъ ихъ своей поддержки и защиты⁸¹⁾.

На этомъ основаніи всякія попытки установить особые условія и ограниченія для обороны противъ органовъ власти оказываются несостоятельными. Таковы, напр.:

1) допустимость обороны только при посягательствѣ на права невознагражденныя, такъ какъ такое различіе не только противорѣчитъ существу обороны, но и дѣлаетъ оборону крайне условною, зависящею отъ взглядовъ отдѣльнаго лица⁸²⁾;

⁸¹⁾ См. Köstlin, neue Revision, стр. 724. Самъ Кестлинъ разсматриваетъ оборону противъ незаконныхъ дѣйствій власти не только какъ право, но и какъ обязанность гражданъ, такъ какъ иначе неправда получила бы реальное бытіе. „Несомнѣнно“, говоритъ онъ далѣе, „что для органовъ исполнительной власти неудобно такое положеніе, что граждане имѣютъ право сопротивляться нарушенію своихъ правъ, но это начало есть необходимый результатъ признанія принципа гражданской свободы. Опытъ указываетъ, что тамъ, гдѣ существуетъ подобное признаніе, оно оказываетъ блестящіе результаты. Гражданская свобода есть лучшая охрана закона.“

⁸²⁾ Это условіе ставитъ баденскій кодексъ art. 617; юртембергскій, ст. 174. Также Zachariae, über Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen öffentliche Beamte. Archiv, 1843, стр. 360; Ярке, Титманъ, см. Hiller, стр. 26.

2) положеніе, что оборона допускается, когда органъ власти дѣйствовать умышленно или, по крайней мѣрѣ, неосторожно; такъ какъ очевидно, что понятие обороны не имѣетъ отношенія къ характеру воли лица нападающаго;

3) предположеніе, что дѣйствія органовъ власти всегда правомѣрны, пока не будетъ доказано противное, такъ какъ презумпціи вообще утратили свое значеніе въ уголовномъ правѣ ⁸³⁾;

4) также не вполне удачно всего чаще встрѣчающееся опредѣленіе, что оборона допускается только противъ явно и очевидно незаконнаго поступка власти, такъ какъ понятіе явно противозаконнаго представляется крайне неопредѣленнымъ ⁸⁴⁾.

Вопросъ о томъ, когда дѣйствія органовъ власти утрачиваютъ законность и оправдываютъ оборону, разрѣшается, собственно говоря, особо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Въ теоріи могутъ быть только указаны нѣкоторые общія положенія ⁸⁵⁾.

1) Если органъ власти дѣйствуетъ не какъ официальное, а какъ частное лицо, то, конечно, и оборона разсматривается на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и оборона противъ частныхъ лицъ.

2) Если органъ власти, дѣйствуя въ исполненіе или по поводу исполненія своихъ служебныхъ обязанностей, совершаетъ посягательство, разсматриваемое какъ преступленіе, то противъ такого дѣйствія оборона дозволена. Напр., если бы городской вздумалъ похитить у проходящаго часы, полицеймейстеръ вознамѣрился кого-нибудь побить, то, разумѣется, оборона противъ нихъ законна. При этомъ безразлично, будетъ ли это преступленіе общее или специальное по должности, напр., слѣдователь вздумаетъ употребить пытку.

3) Если органъ власти совершаетъ дѣйствіе, не входящее въ кругъ его дѣятельности. Если, напр., чиновникъ министерства народнаго просвѣщенія пытается кого-нибудь арестовать, произвести обыскъ, то, конечно, оборона противъ него вполне законна.

4) Наконецъ, если органъ власти, дѣйствуя въ предѣлахъ своей компетенции, совершаетъ такой актъ, для законности котораго необходима наличность какихъ-либо особыхъ формъ и обрядовъ, то совершеніе подобнаго акта безъ соблюденія этихъ формъ оправдываетъ и оборону, напр., производство слѣдователемъ обыска ночью или безъ свидѣтелей, кромѣ случаевъ, указанныхъ въ законѣ.

При этомъ, конечно, необходимо имѣть въ виду взглядъ на эти дѣйствія обвиняемаго, такъ какъ, опять повторяю, весь вопросъ состоитъ въ томъ: заслуживаетъ ли онъ наказанія или нѣтъ.

Съ другой стороны, право обороны зависитъ главнымъ образомъ отъ формальной, а не отъ матеріальной справедливости дѣянія. Никто не можетъ сопротивляться противъ законно постановленнаго приговора суда, хотя бы и сознавалъ себя правымъ ⁸⁶⁾; точно также какъ лицо, выгоняемое кѣмъ-либо изъ квар-

⁸³⁾ Luden, Abhandlungen, II, стр. 494, пр. 2. См. разборъ у Кестлина, пене Revision, 725; Hiller, в. с., стр. 67.

⁸⁴⁾ Cp. Geib, Lehrbuch, II, стр. 229.

⁸⁵⁾ См. въ особенности Trébutien, cours, стр. 145—150. F. Hélie, IV, № 1331—1333. См. также Mittermaier zu Feuerbach, § 201, note XIII; примѣры изъ практики французскихъ судовъ у Поletaева, в. с., стр. 28.

⁸⁶⁾ Хотя Кестлинъ, а за нимъ и Лефита и говорятъ, что оборона допускается противъ матеріально несправедливыхъ дѣйствій власти, но, по справедливому замѣчанію Hälschner'a, они понимаютъ подъ этимъ дѣяніе, выполненное безъ соблюденія законныхъ формъ и обрядовъ.

тиры, не может сопротивляться, хотя бы и сознавало, что требования хозяина не имеют основания. Право обороны не должно быть смешиваемо с правом обжалования действий органов власти.

Тѣ же начала должны быть приняты и по нашему законодательству, т.-е. и по уложению оборона не допускается только против законных действий со стороны агентов власти.

Хотя уложение, статьи 101—103, совершенно умалчивает объ этомъ условіи, но правильность сдѣланнаго выше вывода можетъ быть подтверждена: во-1-хъ, общимъ смысломъ статьи 101, говорящей объ оборонѣ отъ преступнаго посягательства на какія-либо блага, безотносительно къ тому, отъ кого происходитъ опасность. Во-2-хъ, постановленіями нашего права о сопротивленіи и неповиновеніи властямъ, статьи 262, 270 и 272 уложения, 29 мирового устава, по которымъ для наказуемости сопротивленія безусловно требуется законность распоряженій или приказаній власти⁸⁷⁾. Въ-3-хъ, постановленіями статьи 82 воинскаго устава о наказаніяхъ, въ которой сказано, что хотя общія правила о необходимой оборонѣ и не примѣняются тамъ, гдѣ между нападающимъ и защищающимся существуютъ служебныя отношенія, но и при этихъ отношеніяхъ оборона все-таки возможна, какъ скоро противозаконное нападеніе угрожаетъ явною опасностью, а защита ограничивается мѣрами, необходимыми для личнаго самосохраненія⁸⁸⁾. Подобное постановленіе закона specialнаго, на основаніи общихъ правилъ толкованія, даетъ право сказать, что по общимъ законамъ, т.-е.

⁸⁷⁾ Это требованіе законности распоряженій, какъ необходимаго условія ответственности за сопротивленіе, подробно определено въ рядѣ рѣшеній сената. Ср. изданный мною уставъ о наказ. налаг. миров. судьями, тезисы 175 и сл. См. также Лохвицкій, курсъ стр. 379 и сл.; Полетаевъ, в. с., стр. 36.

⁸⁸⁾ Буквальный текстъ статьи 82 отличается крайне неудачною редакціею; она говорить: „общія правила о необходимой оборонѣ не примѣняются въ случаѣ нарушенія служебныхъ отношеній подчиненнаго къ начальнику, развѣ бы начальникъ дозволилъ себѣ противное законамъ и обязанностямъ службы нападеніе на подчиненнаго, угрожавшее явною ему опасностью; но въ семъ послѣднемъ случаѣ оборона должна ограничиться защитою въ мѣрѣ, необходимой для личнаго самосохраненія“. Въ чемъ же заключаются ограниченія? Сколько можно видѣть изъ текста, ограниченія относятся только къ объему блага охраняемыхъ, т.-е. по воинскому уставу оборона можетъ быть допущима только для охраны жизни и здоровья—личнаго самосохраненія, такъ что по уставу подчиненный, солдатъ, ни въ какомъ случаѣ не имѣетъ права обороны ни въ защиту чести, ни въ защиту имущества. Мало того, по тексту закона солдатъ не имѣетъ права подать помощь своей женѣ, сестрѣ и т. п., защищающейся противъ офицера, пытающагося ее изнасиловать. Врядъ ли представлялась составителямъ воинскаго устава возможность такихъ выводовъ. Замѣтимъ при этомъ, что уголовный кодексъ самой дисциплинированной арміи—нѣмецкой—не нашелъ нужнымъ создавать для военныхъ какія-либо особыя правила о необходимой оборонѣ, несмотря даже на то, что нѣкоторые specialныя ограниченія права обороны существовали въ прежнихъ нѣмецкихъ военныхъ кодексахъ, какъ, напр., въ ганновскомъ 1841 г., § 10. „Теперь же судѣ“, говоритъ Браuer, Handbuch des deutschen Militärstrafrechts. 1872, стр. 33, „долженъ рѣшить, до обстоятельствомъ даннаго дѣла, перевѣшала ли обязанность подчиненія или право обороны, долженъ ли, слѣдовательно, подчиненный отвѣчать за свою оборону или нѣтъ“. Ограниченія права обороны по воинскому уставу еще болѣе распространены въ рѣшеніяхъ главнаго военнаго суда. Признавъ, по известному дѣлу Богданова,^{89/84} что всякое насильственное дѣйствіе подчиненнаго противъ начальника, независимо отъ дѣли, съ которою оно совершено, совмѣщаетъ въ себѣ нарушеніе чинопочитанія и военной дисциплины, онъ долженъ былъ отнести къ этой категоріи и насиліе въ видѣ обороны. Такъ, по дѣлу Баранова,^{90/84} главный судъ призналъ, что рядовой Барановъ, защищавшійся съ пожемъ противъ нижнихъ чиновъ той же команды, угрожавшихъ его, ради шутки, запереть до смерти и нанесть притому рану ефрейтору, схватившему его сзади, можетъ оправдываться обороною только потому, что онъ не зналъ, что въ числѣ нападающихъ находился ефрейторъ и что нижніе чины дѣйствовали по предложенію (а не по законному приказанію) фельдфебеля.

по уложению, оборона противъ дѣйствій органа власти, даже противъ начальства обороняющагося допускается, какъ скоро эти дѣйствія противозаконны.

144. Оборона предполагаетъ дѣйствительно существующую опасность. Поэтому она начинается съ того момента, какъ скоро намѣреніе нападающаго выразилось опредѣленно какимъ бы то ни было образомъ, будутъ ли это угрозы или начало самаго преступления. Опѣнка наличности этого условия можетъ быть сдѣлана только въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, принимая притомъ во вниманіе состояніе лица защищающагося.

Будучи противодѣйствіемъ готовящемуся нарушенію права, необходимая оборона предполагаетъ, что опасность имѣть реальный характеръ, существуетъ въ дѣйствительности. Поэтому естественно является вопросъ о томъ, съ какого момента начинается право обороны и когда оканчивается; другими словами: какъ опредѣляются границы обороны во времени?

По вопросу о моментѣ, съ котораго начинается право обороны, много было спора въ доктринахъ средневѣковой и новой, особенно нѣмецкой, пытавшейся приурочить этотъ моментъ къ опредѣленной ступени воплощенія преступной воли; причемъ одни допускали необходимую оборону съ того момента, когда нападающій сдѣлалъ необходимыя приготовления, другіе съ того, когда нападающій совершилъ покушеніе и притомъ отдаленное или близкое⁸⁹⁾. Ошибка, очевидно, заключалась въ смѣшеніи обороны съ наказаніемъ; для примѣненія наказанія вопросъ о юридическомъ характерѣ поступка играетъ важную роль; при оборонѣ, наоборотъ, главнымъ является жизненное значеніе нападенія, его опасность. Поэтому иногда и самое покушеніе можетъ состоять изъ дѣйствія, не дающаго права на противодѣйствіе, а иногда простое заявленіе умысла, напр. угроза, можетъ быть сдѣлана при такихъ условіяхъ и обстоятельствахъ, что не оставляетъ никакого сомнѣнія въ реальномъ характерѣ опасности и требуетъ немедленнаго принятія мѣръ охраны⁹⁰⁾.

Но, признавая такимъ образомъ, что оборона допускается и противъ угрозы, мы должны, впрочемъ, различить двѣ ихъ категоріи: угрозу будущимъ зломъ условную или безусловную, и угрозу, какъ первый актъ нападенія, заявленіе нападающаго о началѣ дѣйствія. Конечно, только последняя категорія извиняетъ оборону; что касается до первой, то она, по справедливому замѣчанію Гельшнера⁹¹⁾, можетъ быть или основаніемъ доноса, или поводомъ къ гражданской

⁸⁹⁾ Ср. Levita, v. c., стр. 173 и сл.

⁹⁰⁾ Совершенно вѣрно выражало это начало римское право, говоря: *melius enim est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare*. Const. 1. (С. III, 27). То же самое весьма характеристично выражалъ воинскій уставъ Петра В., art. 157 толкованіе: „не долженъ есть отъ соперника себѣ перваго удара ожидать, ибо чрезъ такой первый ударъ можетъ тако учинится, что и противится весьма забудеть“. Хотя большинство французскихъ криминалистовъ, согласно съ текстомъ *code pénal*, который говоритъ о *nécessité actuelle*, требуютъ для наличности обороны „*voies de fait*“ со стороны нападающаго, и прибавляютъ, что недостаточно для обороны угрозы, даже смертъю, но въ то же время прямо заявляютъ, что оборона можетъ начаться прежде, чѣмъ насиліе осуществилось, прежде чѣмъ удары нанесены, т. е. принимаютъ то же толкованіе, какое принято и мною. Ср. *Tributien, cours*, стр. 143; *F. Hélie, théorie*, IV, № 1327. Потому и они признаютъ въ стрѣль въ челоуѣа, приближающагося съ обнаженнымъ оружіемъ и явнымъ намѣреніемъ ударить — обороною.

⁹¹⁾ *System*, стр. 258.

жалобѣ, къ provocatio ad agendum, наконецъ, къ просьбѣ о принятіи со стороны полиціи мѣръ охраны и т. п. Любопытный вопросъ возникаетъ въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ какого-либо права принялъ извѣстныя мѣры противъ возможнаго, но не опредѣленнаго правонарушенія, и отъ этихъ мѣръ дѣйствительно пострадало лицо, пытавшееся совершить правонарушеніе. Владѣлецъ дома, напр., или сада поставилъ, въ ограду отъ воровъ, въ саду капканы, самострѣлы, спустилъ собакъ и въ этотъ капканъ дѣйствительно попался воръ, собаки разорвали дѣйствительно виновнаго. Могутъ ли эти дѣйствія хозяина разсматриваться какъ мѣры обороны? Я думаю, что нѣтъ, потому что въ этомъ случаѣ хотя и есть противозаконное нападеніе, но не существуетъ никакихъ другихъ условій обороны. Случаи этого рода могутъ быть отнесены къ категоріи тѣхъ поступковъ, въ которыхъ лицо можетъ быть не наказуемо за причиненный имъ вредъ на томъ основаніи, что оно осуществляло свое право⁹²⁾. Въ этомъ же смыслѣ можетъ быть разъясняемо и выраженіе нашего закона: „употребленіе силы дозволяется для отраженія нападенія“, и также смотреть на это и практика сената (рѣш. уг. касс. деп. по дѣлу Шмидта и Яворскаго^{70/486}).

145. Право обороны прекращается, во-1-хъ, какъ скоро нападеніе прекратилось, каковы бы ни были причины этого прекращенія: нападающій самъ отказался отъ своего намѣренія, былъ схваченъ и остановленъ другими и т. д. Но, конечно, это прекращеніе нападенія должно быть дѣйствительное; одна приостановка нападенія не уничтожаетъ необходимости обороны.

Во-2-хъ, какъ скоро нападеніе дѣйствительно реализировалось, самое преступленіе окончилось; причиненіе вреда преступнику послѣ того уже, какъ преступленіе совершилось, какъ бы въ возмездіе за совершенное, будетъ частною местию, а самовольное возстановленіе уже нарушеннаго права будетъ самоуправствомъ.

Но при этомъ надо замѣтить, что говоря объ окончаніи преступленія, какъ предѣлъ права обороны, нужно имѣть въ виду не юридическій моментъ окончанія преступленія, а дѣйствительное нарушеніе того права, или лишеніе того блага, которому угрожало нападеніе⁹³⁾.

Это ученіе объ окончаніи права обороны возбуждаетъ много частныхъ вопросовъ, изъ которыхъ мы рассмотримъ важнѣйшіе.

1. Различеніе совершенія преступленія въ смыслѣ закона отъ окончанія правонарушения необходимо уже въ виду того, что иногда законъ опредѣляетъ не вѣрно

⁹²⁾ См. Bekker, Theorie, стр. 604; Böhlau, occidere, vel causam mortis praestare, G. A. XIII, стр. 472; Bar, die Lehre vom Causalzusammenhange. 1871, § 10. Но такъ какъ отъ подобныхъ мѣръ легко могутъ пострадать не только преступники, но иногда и лица просто неосмотрительныя, то, конечно, собственникъ долженъ употреблять эти мѣры съ надлежащею осторожностью: условія эти зависятъ какъ отъ обстоятельности мѣста, такъ и отъ характера самыхъ мѣръ предосторожности.

⁹³⁾ Ср. Levita, в. с., стр. 177; Koestlin, System, стр. 85; Hälschner, System, стр. 262; Wessely, в. с., стр. 59.

моментъ совершенія преступленія. Положимъ, напр., наше уложеніе считаетъ разбой оконченнымъ, какъ скоро произошло нападеніе, но было бы, конечно, абсурдомъ утверждать, что съ этимъ моментомъ оканчивается и право обороны и что насиліе, причиненное нападавшему разбойнику въ то время, когда онъ наноситъ удары и старается отнять вещь, не было бы обороною.

2. Есть преступленія, которыя по своему существу исключали бы возможность обороны, если бы мы требовали, какъ ея условія, не наступленія момента юридическаго ихъ совершенія: таковы всѣ правонарушенія, которыя дѣлаются известными владѣльцу нарушеннаго права уже послѣ ихъ совершенія, напр., кража, какъ тайное похищеніе, мошенничество, какъ обманное похищеніе и т. п. Но вопросъ станетъ иначе, если мы станемъ на фактическую точку зрѣнія: въ случаяхъ этого рода рѣчь идетъ объ утратѣ фактическаго владѣнія вещью съ одной стороны и приобрѣтеніи этого владѣнія съ другой, а этотъ моментъ не всегда совпадаетъ съ понятіемъ совершенія. Поэтому, если воръ будетъ захваченъ съ вещью хозяиномъ и не только не согласится на возвращеніе ея, но окажется сопротивленіе, то насиліе, употребленное хозяиномъ вещи для отнятія ея у вора, будетъ разсматриваться какъ оборона. При этомъ безразлично, былъ ли захваченъ воръ на самомъ мѣстѣ похищенія, или его догнали тотчасъ же съ захваченною вещью, и онъ силою воспротивился возвращенію вещи.

3. Болѣе спорнымъ является вопросъ о томъ, можетъ ли разсматриваться, какъ актъ обороны, выстрѣлъ, сдѣланный въ догонку бѣжавшаго вора, чтобы воспрепятствовать ему унести вещь? Основаніе спора заключается въ томъ, что трудно рѣшить: былъ ли сдѣланъ выстрѣлъ для воспрепятствованія уносу вещи, или же въ отмщеніе за покражу; въ послѣднемъ случаѣ дѣяніе будетъ несомнѣнно частною местию, а не обороною. Но если выстрѣлъ былъ сдѣланъ для воспрепятствованія побѣгу, то, конечно, это насиліе будетъ актомъ обороны, такъ какъ оно ничѣмъ не отличается отъ насилія надъ воровъ, захваченнымъ на мѣстѣ преступленія, и защита имущества до тѣхъ поръ будетъ имѣть характеръ обороны, пока будетъ существовать какая-нибудь подлежащая немедленному возстановленію владѣніе. Различіе же этихъ двухъ случаевъ возможно для суда, рѣшающаго дѣло по существу ⁹⁴). По справедливому замѣчанію Лефиты, насиліе тогда только дѣлается самоуправствомъ, когда между актомъ противозаконнаго отнятія и возстановленіемъ права нѣтъ никакой непрерывности.

4. Оборона, конечно, немислима при тѣхъ преступленіяхъ, въ которыхъ вредъ вполнѣ оканчивается однимъ актомъ, какъ скоро самый актъ совершился. Поэтому немислима оборона, напр., противъ личнаго оскорбленія, какъ скоро оскорбительное слово произнесено, дѣйствіе совершилось; насиліе будетъ отплатою, местию, но не обороною. Но вопросъ совершенно измѣняется, какъ скоро дѣяніе по своей внѣшней формѣ получаетъ значеніе преступленія, дліяющаго или продолжающагося; насильственныя дѣйствія, направленныя противъ виновника нападенія не утрачиваютъ характера обороны, хотя бы дѣяніе уже въ самыхъ первыхъ своихъ актахъ заключало полный составъ преступленія. Поэтому насильственныя дѣйствія противъ оскорбителя, разразившагося непрерывнымъ потокомъ ругани, будутъ обороною, какъ скоро они сдѣланы съ цѣлью предотвратить дальнѣйшія ругательства ⁹⁵). Охрана личной свободы допускается не только

⁹⁴) Нѣкоторые изъ новыхъ кодексовъ прямо относили этотъ случай къ н. о., таковы: вюртембергскій, art. 102; гессенскій, § 46; отчасти баденскій, § 93. Изъ теоретиковъ: Koestlin, Levita, Halschner, Berner, Wessely и др. См. Sander, Archiv 1841, стр. 90—98. Contra: Hye-Glüneck, Leonhardt, Breidenbach, Geayer.

⁹⁵) Ср. Levita, в. с., стр. 181 и сл. Справедливо замѣчаетъ онъ, что если можно обороняться противъ второй пощечины послѣ полученія первой, то нельзя отрицать

противъ лица, пытающагося запереть на влючъ, но и противъ того, который, заперевъ помѣщеніе, отказывается выпустить; это положеніе нисколько не измѣняется въ томъ случаѣ, когда виновный успѣлъ запереть комнату незамѣтно для заключеннаго, и тотъ долженъ былъ употребить насилие уже послѣ того, когда преступленіе юридически окончилось.

5. Отсюда вытекаетъ и то положеніе, что хотя по общему правилу оборона предполагаетъ положительное дѣйствіе со стороны нападающаго, но она возможна и противъ бездѣйствія, когда это бездѣйствіе въ соединеніи съ предшествующею положительною дѣятельностью лица составляетъ посягательство на блага. Таковы, напр., насильственныя дѣйствія противъ лица, замкнувшаго дверь и затѣмъ отказывающагося выпустить запертаго ⁹⁶⁾.

6. Разбираемымъ мною признакомъ понятіе обороны соприкасается съ понятіемъ частной мести и самоуправства (при тѣхъ посягательствахъ, при которыхъ возстановленіе нарушеннаго права возможно). По отношенію къ первому грань лежитъ прежде всего въ назначеніи дѣйствій: при оборонѣ насилие имѣетъ въ виду сохранить за собою обладаніе какимъ-либо правомъ или благомъ, а потому оно предполагаетъ, что это благо еще не отнято; при частной мести насилие имѣетъ въ виду причинить страданіе въ отплату, въ возмездіе за причиненное зло, поэтому месть предполагаетъ, что благо уже отнято. Труднѣе провести границу между обороною и самоуправствомъ, потому что оба они имѣютъ своею задачею: одно — сохранить нарушаемое, а другое — возстановить нарушенное право, дѣйствительное или предполагаемое, а понятія сохраненія и возстановленія тѣсно примыкаютъ другъ къ другу. Можно, какъ мнѣ кажется, принять такое толкованіе, что хотя мы также относимъ къ оборонѣ и случаи возстановленія права, только-что утраченнаго, напр., при захватѣ вора, но подъ однимъ условіемъ, чтобы возстановленіе слѣдовало немедленно за нарушеніемъ. Если же нарушитель находился нѣкоторое время въ спокойномъ обладаніи отнятымъ благомъ или правомъ, то самовольное, насильственное возстановленіе нарушеннаго права будетъ уже самоуправствомъ.

7. Условія, указанная выше, вполне примѣнны и къ нашему праву. Уложеніе въ ст. 101 говоритъ, что оборона допускается и въ томъ случаѣ, когда застигнутый при похищеніи какого-либо имущества преступникъ не прекратитъ по требованію хозяина начатаго имъ похищенія. Изъ смысла закона легко можно видѣть, что законодатель употребляетъ слово „начатое“ вовсе не для того, чтобы указать, что оборона допускается только противъ покушенія на кражу. Хозяинъ можетъ потребовать отъ вора возвращенія не только тѣхъ вещей, которыя воръ снималъ со стѣны или вынималъ изъ комода въ тотъ моментъ, когда его схватили, но и тѣхъ, которыя онъ уже положилъ въ карманъ. Но право обороны по уложенію не можетъ быть распространяемо на случаи нанесенія поврежденій бѣжавшему вору или разбойнику, такъ какъ по нашему праву нападеніе на одно имущественное право, безъ посягательства на личность владѣльца, не даетъ права обороны.

8. Съ другой стороны, законъ, по примѣру уложенія 1648 года, весьма рас-

права на оборону противъ втораго ругательства, если было произнесено первое. Но, повторяю, не можетъ быть и рѣчи объ оборонѣ, какъ скоро обида окончилась не только юридически, но и фактически; насилие будетъ въ такомъ случаѣ самовольною местию. При этомъ, конечно, общественное положеніе лица не можетъ имѣть никакого вліянія, и дѣйствія военнаго, употребившаго оружіе противъ обидчика, должны обсуждаться по тѣмъ же основаніямъ, какъ и всякаго другаго лица.

⁹⁶⁾ Ср. Wessely, в. с., стр. 47.

ширяет право обороны, относя сюда и тѣ насильственные мѣры, которыя употребляетъ владѣлецъ нарушеннаго права противъ вора, сопротивляющагося задержанію. Очевидно, что насильственное задержание вора, бросившаго вещь или отдавшато ее хозяину, но пытающагося скрыться отъ суда, никакимъ образомъ не можетъ входить въ понятие обороны противъ грозящей опасности, а составляетъ проявленіе особаго самостоятельнаго права лица. Притомъ это право существуетъ не только относительно вора, но и вообще всякаго преступника, пытающагося скрыться отъ правосудія.

146. Хотя оборона и составляетъ право лица, но тѣмъ не менѣе мы не должны забывать, что дѣйствія обороняющагося во всякомъ случаѣ заключаютъ въ себѣ нарушение правъ другаго, отнятіе блага, и притомъ иногда самаго высшаго — жизни; поэтому, конечно, подобное насиліе можетъ быть допущено только въ томъ случаѣ, когда опасность нельзя было отклонить иначе, безъ насилія. Но опредѣленіе и этого условія можетъ быть сдѣлано только сообразно съ особенностями отдѣльныхъ случаевъ; всякое требованіе а priori, выставившееся въ этомъ отношеніи теоріею или закономъ, какъ, напр., возможность бѣгства, призыва органовъ власти и т. д., оказывается несостоятельнымъ.

Устраненіе опасности безъ насилія возможно двумя способами: уклоненіемъ отъ опасности и призывомъ на помощь другихъ, въ особенности органовъ власти, а потому оба эти способа ставятся и до сихъ поръ и многими кодексами, и теоретиками въ число условій обороны. Для вѣрной оцѣнки этихъ условій и ихъ значенія мы должны сдѣлать прежде два замѣчанія:

Во-1-хъ, что лицо обороняющееся во всякомъ случаѣ защищаетъ свое право, что насиліе, причиненное обороняющимся, вызвано тѣмъ, противъ кого оно направилось, что пострадавшій могъ бы легко избѣжать вреда, прекративъ свое нападеніе, такъ что вредъ какъ бы принять имъ добровольно.

Во-2-хъ, что лицо, дѣйствующее подъ угрозою опасности, находится по большей части въ ненормальномъ душевномъ настроеніи, такъ что не въ состояніи правильно оцѣнить тѣ средства, при помощи которыхъ онъ можетъ устранить опасность, не прибѣгая къ насилію.

Переходя же къ отдѣльному разсмотрѣнію условій, при которыхъ опасность считается отвратимою, мы встрѣчаемъ здѣсь, во-1-хъ, возможность бѣгства въ моментъ опасности⁹⁷⁾. Собственно говоря, такая возможность существуетъ почти при всякомъ нападеніи, такъ что принятіе этого условія въ подобной общей формѣ было бы равносильно уничтоженію права обороны, что противорѣчило бы взглядамъ народа и принципамъ права и привело бы на практикѣ къ постоян-

⁹⁷⁾ Этотъ взглядъ защищаетъ, между прочимъ, Matthaeus, de criminibus; изъ французскихъ криминалистовъ Muyart de Vouglans, ставя невозможность бѣгства условіемъ обороны, однако дѣлаетъ исключеніе для дворянъ и для военныхъ, для которыхъ всегда постыдно бѣжать. Morin, v. c., стр. 327; Trébutien, cours, стр. 152. Гаусъ. № 480; также высказывается, какъ и Вульянъ, въ пользу военныхъ, въ особенности когда они въ формѣ. Будзинскій, начала, стр. 135, ставитъ условіемъ обороны невозможность неопаснаго и неопорнаго бѣгства.

нымъ нарушеніямъ, такъ какъ врядъ ли кто либо повиновался бы требованіямъ закона, напр., въ томъ случаѣ, когда бѣгствомъ онъ могъ бы облегчить нападающему достиженіе желаемаго.

Поэтому такое условіе обороны, какъ возможность бѣгства, было нѣсколько стѣснено, а именно тѣмъ, что бѣгство исключало возможность обороны въ томъ случаѣ, когда оно не имѣло позорящаго характера и не представляло никакой опасности для бѣжавшаго ⁹⁸⁾.

Но и съ этими ограниченіями это требованіе не состоятельно, такъ какъ оба признака крайне неопредѣленны. Что касается до перваго условія, то оно приводило и будетъ приводить къ самымъ страннымъ результатамъ, то вводя въ понятіе обороны различіе чести сословной, то еще болѣе неувимыя и крайне разнообразныя воззрѣнія на честь отдѣльныхъ индивидуумовъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда человѣкъ мирный, статскій, могъ бѣжать безъ зазора, тамъ для храбраго воина бѣгство являлось позоромъ, и онъ былъ бы въ правѣ обороняться; одни условія обороны были бы для благороднорожденныхъ и другіе для людей изъ плебса; одни, напр., для остзейскихъ бароновъ, другіе для евреевъ и т. д. Если же бросить сословныя различія съ ихъ разнообразными понятіями о храбрости и чести и стать на почву индивидуальныхъ воззрѣній, то дѣло еще болѣе осложнится. Когда бѣгство бываетъ не позорнымъ? Кто рѣшить вопросъ объ его безчестности? Конечно, судья—но горе подсудимому, если судья окажется трусомъ и, наоборотъ, право обороны получить широкой объемъ, если судья будетъ человѣкъ воинствующій. Да къ тому же, допустивъ судейскую оцѣнку, мы нарушимъ одно изъ коренныхъ положеній ученія объ оборонѣ, что наличность условій обороны оцѣнивается съ точки зрѣнія лица, находящагося въ опасности.

Итакъ, возможность не позорнаго бѣгства не можетъ быть поставлена условіемъ обороны.

Посмотримъ на другой признакъ—возможность не опаснаго бѣгства. Что значить «не опасное»? Не сопряженное съ опасностью потери того права или блага, которому угрожаютъ. Прежде всего это условіе связано съ характеромъ самаго права; если рѣчь идетъ о защитѣ неприкосновенности жилища, недвижности или такого движимаго имущества, которое унести невозможно, то это условіе, разумѣется, вовсе не примѣнимо, съ чѣмъ согласны и сами защитники этого взгляда. Такимъ образомъ, о возможности неопаснаго бѣгства можетъ быть рѣчь только при нападеніи на личныя права или на имущество, но уносимое. Если бы нападающій былъ безногій, то еще, конечно, можно бы было быть увѣреннымъ, что побѣгъ дастъ надлежащую охрану, а если этого условія нѣтъ? Какъ рѣшить, кто побѣжитъ притче? А что, если побѣжавшій споткнется и этимъ доставитъ весьма рискованный перевѣсъ нападающему? А что, если этотъ пустить чѣмъ-нибудь въ догонку? и т. д. Нужно ли серьезно разбирать несостоятельность подобнаго требованія?

Но если возможность бѣгства, хотя бы безопаснаго и не позорнаго, не можетъ быть поставлена условіемъ обороны, то иногда, разумѣется, оно можетъ быть основаніемъ для признанія превышенія предѣловъ обороны. На меня напали—я защищаюсь; моя защита соразмѣряется съ нападеніемъ; если я могъ устранить опасность, не прибѣгая къ насилію, напр. захопнуть у нападающаго подъ по-

⁹⁸⁾ Geyer, v. c., стр. 34: „тогда только можетъ защищающійся употребить насиліе, когда онъ испробовалъ напередъ другія ненасильственные мѣры, въ томъ числѣ *непозорное бѣгство*“. Въ дѣйствительности онъ имѣетъ въ виду неопасное бѣгство. Geib, Lehrbuch, стр. 232. Тоже, Генке, Ярке, Марцоль, Гефтеръ, Зеегеръ и др. Cp. Geyer, v. c., стр. 36; F. Hélie, théorie, IV, № 1329.

сомъ дверь, а, вмѣсто того, избилъ его до полусмерти, то я могу отвѣчать за превыше-
 шеніе мѣры обороны, такъ же, какъ буду отвѣчать вообще за употребленіе насилія,
 превышающаго необходимость⁹⁹⁾. Въ особенности же эти соображенія получаютъ
 значеніе, когда нападеніе было сдѣлано ребенкомъ, сумасшедшимъ, пьянымъ и т. п.

Еще менѣе основаній представляетъ другое требованіе, сродное съ предыду-
 щимъ, по которому оборона не служитъ извиненіемъ, какъ скоро обороняющійся
заранѣе зналъ, что онъ можетъ подвергнуться въ данномъ мѣстѣ опасности и
могъ уклониться отъ этого, не явившись на это мѣсто¹⁰⁰⁾.

Несостоятельность этого требованія заключается, во-1-хъ, въ противорѣчіи
 съ тѣмъ положеніемъ, что развитіе въ обществѣ стремленія охранять неприко-
 сновенность своихъ правъ не только не противорѣчитъ, но, напротивъ, вполне
 совпадаетъ съ условиями правильной государственной жизни, и во-2-хъ, въ томъ,
 что самое правило такъ неопредѣленно и изъ него на практикѣ приходится дѣ-
 лать такъ много исключеній, что оно утрачиваетъ всякое значеніе.

Ограниченія, которыя по необходимости допускаютъ даже самые ярые за-
 щитники этого условія, какъ, напр., Гейеръ, дѣлаются въ двоякомъ направле-
 ній. Во-1-хъ, въ виду основаній, по которымъ лицо не уклонилось отъ опасности;
 такъ, напр., это требованіе теряетъ силу, какъ скоро обороняющійся былъ обя-
 занъ явиться въ данное мѣсто въ силу своихъ служебныхъ или какихъ-либо част-
 ныхъ отношеній; но очевидно, что это условіе должно быть понимаемо шире.
 Позволю себѣ пояснить это примѣромъ. Положимъ, на смоленскомъ полѣ, въ Пе-
 тербургѣ, проявился чортъ, обдирающій прохожихъ (какъ было нѣсколько лѣтъ
 тому назадъ); очевидно, что не только городской, обязанный его изловить, имѣетъ
 въ случаѣ нужды противъ него право обороны, но и всякій скромный обыва-
 тель гавани, принужденный ежедневно возвращаться къ родному очагу. Но при-
 знавъ за ними право обороны, неужели мы откажемъ въ немъ тому, кто желаетъ
 пробраться чрезъ поле въ гавань, чтобы повидать возлюбленную своего сердца
 или сыграть съ пріятелемъ пухляку, или же они должны или отказаться отъ вы-
 полненія своего намѣренія, или добровольно уступить требующему платѣ и про-
 чую благодѣтельность? А въ какомъ положеніи будетъ, напр., газетный репортеръ, ко-
 торый попадетъ въ это поле только затѣмъ, чтобы посмотрѣть, что это за чортъ?
 и т. п. Во-2-хъ, ограниченія дѣлаются въ виду степени вѣроятности опасности,
 т.-е. я долженъ тогда только уклониться, подъ опасеніемъ лишиться права обо-
 роны, когда самое нападеніе представляетъ вполне вѣроятнымъ. Но неопредѣ-
 ленность и бесосновательность этого требованія еще болѣе очевидны. Какимъ об-
 разомъ измѣрять эту вѣроятность? Почему отъ нея будетъ зависѣть осуществле-
 ніе моего права? А если мы возьмемъ совокупность этихъ ограниченій, то, ко-
 нечно, они лишатъ всякой силы разбираемое положеніе и не дозволитъ смотре-
 рѣть на него, какъ на условіе обороны.

147. Еще распространеніе, какъ въ теоріи, такъ и въ кодексахъ, то поло-
 женіе, что оборона противъ нападенія мыслима только тамъ, гдѣ не существуетъ
 государственная охрана, или, другими словами, что оборона не служитъ извинені-

⁹⁹⁾ Köstlin, neue Revision, стр. 728, ставилъ бѣгство условіемъ обороны, но въ System, стр. 86, пр. 8, отказался отъ этого, признавъ, что возможность уклоненія отъ опасности можетъ быть разматриваема только, какъ условіе превышенія предѣловъ обо-
 роны. Тоже Бернеръ, Лефига, Вессели.

¹⁰⁰⁾ Крайне несостоятельныя, хотя и пространныя соображенія въ защиту этого взгляда у Geuer'a, в. с., стр. 34—35; а въ особенности стр. 37; то же условіе при-
 нимаютъ Генке, Ярге, Марецоль.

емъ, какъ скоро обороняющійся могъ прибѣгнуть къ помощи власти ¹⁰¹⁾. Между тѣмъ, если внимательнѣе разсмотримъ это требованіе, то мы увидимъ, что и оно имѣетъ только кажущееся значеніе.

Что касается до первой редакціи этого положенія, то она въ существѣ своемъ не заключаетъ никакого дѣйствительнаго условія обороны. Если опасность предотвращена дѣйствіями органовъ власти, то, конечно, нѣтъ нападенія на мои права и нѣтъ обороны. Если городской схватилъ человѣка, намѣревающагося избить меня или распорядиться моею собственностью, то не можетъ быть и рѣчи объ оборонѣ, такъ какъ не существуетъ и нападенія. Но для этого необходимо, чтобы устраненіе опасности было дѣйствительное, а не фиктивное; оборона можетъ быть допущена, хотя бы нападеніе было въ присутствіи органовъ власти, хотя бы они оказывали помощь обороняющемуся. Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ, что на меня напалъ кто-нибудь на глазахъ у полицейскаго, но тотъ и не думаетъ вступиться за меня. Лишаюсь ли я права обороны? Или другой примѣръ: на меня напало нѣсколько человѣкъ; полицейскій бросился на мою защиту; могу ли я вмѣшаться и помочь ему, или же я не имѣю этого права, хотя бы и видѣлъ, что онъ одинъ не будетъ въ состояніи справиться? Конечно, всякій отвѣтитъ утвердительно.

Итакъ, право обороны уничтожается только въ томъ случаѣ, когда опасность была дѣйствительно предотвращена дѣйствіями органовъ власти, хотя, впрочемъ, нельзя не прибавить, что оборона также не могла бы быть извиненіемъ, если бы опасность была устранена дѣйствіями частныхъ лицъ.

Также мало значенія имѣетъ и то условіе, по которому оборона не служитъ извиненіемъ, если можно было прибѣгнуть къ помощи власти. Если дѣйствительная помощь не устраняетъ права обороны, то еще менѣе можетъ значить одинъ призывъ власти, когда остается неизвѣстнымъ, придетъ ли этотъ органъ власти на помощь, придетъ ли своевременно и будетъ ли эта помощь достаточна. Да, кромѣ того, остается недоказаннымъ, почему въ подобномъ случаѣ частное лицо не можетъ обороняться собственными средствами, а должно прибѣгать къ помощи власти. Задача полиціи состоитъ, главнымъ образомъ, въ предупрежденіи общихъ и постоянныхъ причинъ правонарушеній; но она не можетъ охранять каждаго въ каждый моментъ его существованія.

И только тогда, когда защищающійся, сообразно съ обстоятельствами даннаго случая, призывъ на помощь полицейскаго чиновника, могъ охранить свое право безъ насилія или съ меньшимъ насиліемъ, мы можемъ говорить на общемъ основаніи о превышеніи предѣловъ обороны, можемъ считать виновнаго наказуемымъ.

Хотя наше уложеніе и ставитъ, по примѣру большинства нѣмецкихъ кодексовъ, въ число условій обороны—невозможность прибѣгнуть къ защитѣ мѣстнаго или ближайшаго начальства, но это вовсе не устраняетъ примѣненія и къ нашему праву того же толкованія. Изъ буквальнаго текста закона можно вполне сдѣлать то заключеніе, что оборона устраняется только дѣйствительною помощью власти, такъ какъ въ немъ говорится не объ одномъ призывѣ власти, а о невозможности прибѣгнуть къ ея защитѣ ¹⁰²⁾.

¹⁰¹⁾ Это условіе признаетъ даже и Levita, всего шире допускающій право обороны. Противъ этого требованія см. чрезвычайно основательная замѣчанія у Hälschner, System, стр. 255—256; Вернеръ, учебникъ, § 86. Германское уложеніе также не ставитъ этого требованія въ число условій обороны.

¹⁰²⁾ Ср. Полетаевъ, в. с., стр. 28 и сл.

г) Права и блага, защищаемыя отъ нападенія.

148. Вопросъ о правахъ и благахъ, защищаемыхъ при оборонѣ, возбуждавшій нѣкогда такъ много споровъ и въ теоріи, и въ положительномъ правѣ, разрѣшается нынѣ, за немногими исключеніями, общимъ положеніемъ: какъ скоро существуетъ наличность условій, допускающихъ право обороны, то она можетъ быть оправдана для защиты всякаго права или блага, какъ личнаго, такъ и имущественнаго, какъ вознаграждаемаго, такъ и не вознаграждаемаго, цѣннаго и маловажнаго, если только это право или благо принадлежитъ защищающемуся въ дѣйствительности, а не въ возможности. Это вытекаетъ какъ изъ самаго понятія обороны, такъ и изъ соображеній уголовной политики¹⁰³⁾.

Хотя теорія и отказалась нынѣ отъ всякихъ попытокъ ограничить районъ благъ, допускающихъ насильственную охрану, но въ нѣкоторыхъ кодексахъ, напр. въ нашемъ, до сихъ поръ можно встрѣтить остатки прежнихъ взглядовъ; поэтому обзоръ важнѣйшихъ изъ этихъ попытокъ не лишенъ интереса.

Попытки эти могутъ быть раздѣлены на двѣ группы: одни теоретики безусловно не допускаютъ охраны извѣстныхъ правъ или благъ, другіе только при извѣстномъ соотношеніи съ нарушаемыми правами. Такъ какъ въ послѣдней группѣ рѣчь идетъ собственно о мѣрѣ обороны, то мы и разсмотримъ въ настоящемъ отдѣлѣ только первую группу.

По отношенію къ жизни, тѣлесной неприкосновенности и свободѣ право обороны признается безспорнымъ. Точно также и теорія и практика безусловно признаютъ законною оборону противъ нападенія на цѣломудріе женщины¹⁰⁴⁾; причемъ нѣкоторые кодексы, напр., баварское уложеніе 1813 г., наше уложеніе и др. считаютъ необходимымъ специально оговорить это право, а въ другихъ оно подразумевается, какъ видъ охраны тѣлесной неприкосновенности, наравнѣ съ защитою мужчинъ отъ подобныхъ посягательствъ, напр., при оборонѣ противъ попытки мужеложства.

Споръ существуетъ, собственно говоря, только относительно права защиты имущественныхъ правъ и чести, и то по весьма различнымъ соображеніямъ и въ различномъ объемѣ. Во-1-хъ, допускаютъ оборону только въ томъ случаѣ, когда угрожаемыя имущественныя права невознаградимы. Но какъ опредѣлить поня-

¹⁰³⁾ См. въ особенности краснорѣчивую защиту этого положенія у Бернера, въ архивѣ 1848 г., стр. 570 и сл. Право охранять силою всякое право защищаютъ между прочимъ: Грольманъ, Вехтеръ, Гефтеръ, Кестлингъ, Лефита, Гейеръ, Зеегеръ, Бернеръ, Гейбъ, Ортоланъ, Trébutien. Также новое германское уложеніе, § 53, говоритъ о защитѣ всякаго права. Ср. Oppenhof, в. с., § 53, пр. 6—8; прусское — 1851; баварское — 1861. Напротивъ того, code pénal говоритъ только о н. о. „de soi-même ou d'autrui, т.-е., — по разъясненію комментаторовъ, исключаетъ возможность охраны имущества, кромѣ случаевъ, специально указанныхъ въ ст. 329. Ср. F. Hélie, IV, № 1324 и сл. Тоже ново-белгійское уложеніе. Совершенно несостоятельны въ этомъ отношеніи замѣчанія Morin, в. с., стр. 323 и сл.

¹⁰⁴⁾ Какъ говорили еще средневѣковые юристы: plus est stuprum, quam mors et plus est timor stupri, quam mortis et pro defensione sui honoris licitum est stupratorem occidere. Haus, principes, № 475, признаетъ право обороны только за женщиною честною. Ложность подобнаго взгляда врядъ ли нужно и доказывать.

тіе невознаградимости? Нужно-ли вывести его изъ существа самыхъ правъ, или же оно опредѣляется по обстоятельствамъ даннаго случая? Защитники перваго взгляда, по преимуществу средневѣковые писатели ¹⁰⁵), допускаютъ совершенно произвольное толкованіе, относя, напр., къ вознаградимымъ или, правильнѣе, возстановляемымъ правамъ—права на недвижимую собственность, а къ невознаградимымъ—на движимую. Произвольность подобнаго дѣленія слишкомъ очевидна. Если самое право на недвижимое имущество и можетъ быть вполне возстановлено государствомъ, то нельзя однако не замѣтить, что при посягательствѣ на недвижимость угрожаютъ не одному только голому праву собственности: стѣбить только представить себѣ тѣ измѣненія, которыя могутъ быть произведены въ имущество съ стороны захватившаго и притомъ во вредъ собственнику. Съ другой стороны, весьма часто захватъ движимостей представляется вполне вознаградимымъ или возстановимымъ, и притомъ или цо существу самыхъ предметовъ, или по инымъ обстоятельствамъ дѣла, напр., захватъ не потребляемыхъ или даже не подлежащихъ порчѣ предметовъ, или захватъ имущества оцѣнимаго, при состоятельности къ уплатѣ захватившаго. Что касается до невознаградимости *in concreto* ¹⁰⁶), то и этотъ взглядъ не только вполне противорѣчитъ существу права обороны, но вызываетъ фѣлый рядъ практическихъ недоразумѣній: какъ опредѣлить вознаградимостъ вѣда, въ особенностяхъ съ точки зрѣнія защищающагося? Въ состояніи ли онъ заняться въ это время рѣшеніемъ вопроса о состоятельности къ уплатѣ нападающаго? Какъ оцѣнить и вознаградить за самый фактъ нарушенія права?

Еще менѣе основанийъ представляетъ другое мнѣніе, недопускающее обороны при нападеніи на незначительныя имущественныя права ¹⁰⁷), такъ какъ вопросъ о цѣнности или значительности права имѣетъ слишкомъ субъективный характеръ.

Далѣе, указываютъ, что защита имущественнаго права: собственности или владѣнія, допустима только въ томъ случаѣ, когда посягательство на имущество соединено съ посягательствомъ на личность, т.-е., другими словами, оборона имущественныхъ правъ сама по себѣ не допускается ¹⁰⁸). Строго проведенное, это ограниченіе противорѣчило бы не только требованіямъ теоріи, но и постановленіямъ кодексовъ какъ старыхъ, такъ и новыхъ; а въ томъ видѣ, какъ оно принимается его защитниками, оно теряетъ всякое значеніе. Если оборона предполагаетъ нападеніе на личность, то она могла бы быть допустима только при тѣхъ посягательствахъ на имущество, въ которыхъ посягательство на личность владѣльца входитъ какъ составной элементъ, т.-е. противъ насильственнаго отнятія имущества; но все сторонники этого взгляда идутъ гораздо далѣе и допускаютъ оборону противъ всякаго нарушенія имущественнаго права, къ которому впоследствии присоединяется противодѣйствіе личности владѣльца. Если воръ, захваченный хозяиномъ, не возвращаетъ вещи, если лицо, старающееся повредить или

¹⁰⁵) Damhouder, Carpzow, Boehmer, изъ новыхъ писателей Фихте, Марецоль, Ср. у Levita, стр. 207 и сл.; Haus, principes, № 477.

¹⁰⁶) Нѣкоторые, какъ, напр., Фейербахъ, Lehrbuch, § 38, комбинируютъ оба условія, т.-е. не допускаютъ обороны, какъ скоро благо вознаградимо или само по себѣ, или по обстоятельствамъ даннаго случая. Тоже Генке, Марецоль.

¹⁰⁷) Такое мнѣніе защищаетъ Damhouder, Boehmer. Ср. Levita, стр. 205; Globig и Huster допускаютъ оборону, если обокраденный лишается средствъ существованія. Ср. Berner, Archiv, стр. 579.

¹⁰⁸) Luden, Abhandlungen, II, стр. 479—493. См. также объ этомъ у Зандера, Archiv, стр. 87 и сл. Тотъ же взглядъ, согласно съ опредѣленіемъ code pénal, защищаютъ французскіе криминалисты. Ср. F. Hélie, т. IV, № 1324, а также Carnot, Le Sellyer, Haus; contra-Trébutien, cours, стр. 141—143.

разрушить вещь, не прекращает своих действий, несмотря на требования хозяина, то против них может быть оборона. Но в каком же случае тогда не допускается оборона? Только тогда, отвечает главный защитник этого взгляда, Люденъ, когда преступник бѣжалъ съ вещью: выстрѣль вдогонку не будетъ обороною, такъ какъ имущественное право не допускается обороны. Но, не говоря уже о практической незначительности подобнаго изытiя, нельзя, какъ я доказывалъ выше, поставить оборону въ зависимость отъ быстроты ногъ нарушителя и владѣльца нарушеннаго права, такъ какъ владѣлецъ, успѣвшій догнать, могъ бы возстановить свое владѣнiе силою, а неуспѣвшій — лишается этого права.

Признавая, такимъ образомъ, несостоятельными эти ограниченiя, необходимо допустить, слѣдовательно, оборону въ защиту всякаго имущественнаго права, отъ кого бы опасность ни исходила, на какой бы элементъ права собственности нападенiе ни направлялось. Такимъ образомъ, оборона можетъ быть допущена не только противъ того, кто хочетъ безвозвратно лишить права собственности, напр., истребить имущество, но и противъ того, кто хочетъ лишить права владѣнiя или распоряженiя вещью временно или на срокъ болѣе или менѣе продолжительный. Оборона возможна при этомъ и противъ собственника вещи со стороны ея владѣльца, хотя бы и недобросовѣстнаго, если только собственникъ самъ не находится въ состоянiи обороны.

Параллельно съ защитою имущественнаго права разсматриваютъ нѣкоторые теоретики и кодексы охрану такъ-называемаго домоваго права, понимая подъ этимъ право хозяина какаго-либо помѣщенiя употребить силу противъ лица, пытающагося вторгнуться, вопреки воли хозяина, въ это помѣщенiе, или неоставляющаго это помѣщенiе, несмотря на требованiе хозяина. Право охраны неприкосновенности жилища, какъ совмѣстный продуктъ права собственности и владѣнiя, и права личной свободы и неприкосновенности, въ тѣхъ кодексахъ, которые, какъ германскiй, допускаютъ оборону для защиты всякаго права, подразумевается само собою; но въ другихъ, напр., во французскомъ ¹⁰⁹⁾ содержится особое опредѣленiе о случаяхъ этого рода. Такъ, во французскомъ праву оборона допускается только въ томъ случаѣ, когда попытка проникнуть въ помѣщенiе или разломать заперы была сдѣлана ночью; если же подобное посягательство было сдѣлано днемъ, то защита противъ вторгающагося разсматривается только какъ законное извиняющее обстоятельство (*excuse légale*).

Также неосновательно представляется попытка устраненiя права обороны при нападенiяхъ на честь ¹¹⁰⁾, такъ какъ, съ одной стороны, даже и защитники этого взгляда должны допустить право обороны противъ обидъ реальныхъ, въ виду невозможности разграничить честь и тѣлесную неприкосновенность, а съ другой — крайне трудно доказать, почему лишенiе свободы на нѣсколько часовъ содержитъ потерю вознаграждаемаго блага, а обхожденiе самое унижительное можетъ быть вполне вознаграждено судомъ. Другое же замѣчанiе, что обиды словесная рѣдко можетъ содержать въ себѣ условiя, требуемыя для обороны, не имѣетъ никакого значенiя, такъ какъ наличность подобныхъ условiй предпола-

¹⁰⁹⁾ Art. 329. Такiя же постановленiя въ баденскомъ улож., § 84; баварскомъ 1861 г., § 72. F. Hélie, théorie, IV, № 1337, указываетъ, что и въ этомъ случаѣ защищается не собственность, а неприкосновенность личнаго права. Но если вторгающiйся въ домъ днемъ грозитъ опасностью личнымъ правамъ, то и противъ него возможна оборона. Ortolan, éléments, № 445.

¹¹⁰⁾ Какъ это дѣлаютъ: Фейербахъ, Грольманъ, Ярке, Люденъ и др., а также французскiе криминалисты: F. Hélie, IV, № 1325; Trébutien, cours, стр. 140; contra: Koestlin, neue Revision, стр. 718, пр. 2; Hälschner, System, стр. 261; Mittermaier zu Feuerbach, § 38, пр. II; Вернеръ, учебникъ, § 87; Archiv, 1848, стр. 574; Geib Lehrbuch, стр. 235.

гается сама собою, а возможность существованія ихъ и при обидѣхъ была указана выше; о допустимости обороны противъ обидъ только для нѣкоторыхъ сословій или классовъ, напр., для военныхъ, теперь не можетъ быть и рѣчи ¹¹¹⁾.)

149. Что касается до нашего права, то уложеніе царя Алексѣя Михайловича, въ своихъ весьма пространныхъ постановленіяхъ о необходимой оборонѣ, допускало ее не только въ защиту личной неприкосновенности (гл. X, ст. 105 и 201), но и въ защиту цѣломудрія женщинъ (гл. XXII, ст. 16), неприкосновенности жилища (гл. X, ст. 200) и собственности (гл. XXI, ст. 88 и 89) въ томъ случаѣ, когда «кто за татемъ погонится съ сторонними людьми, и на дорогѣ, или на полѣ, или въ лѣсу тотъ тать изымати себя не дастъ, и учеть драться». Такое же перечисленіе сохранилось и въ сводѣ законовъ (ст. 146, по изд. 1842 г.), а оттуда перешло и въ дѣйствующее уложеніе. Статья 101 и теперь старается перечислить тѣ блага, насильственная охрана которыхъ можетъ разсматриваться какъ оборона, и этимъ возбуждаетъ рядъ недоразумѣній. Законъ именно говоритъ: «когда дѣйствительно подвергались опасности жизнь, здоровье или свобода оборонявшагося, или же нападающій вторгнулся съ насиліемъ въ жительство оборонявшагося. Необходимость обороны признается также и въ случаѣ, когда застигнутый при похищеніи или поврежденіи какого-либо имущества преступникъ силою противился своему задержанію или прекращенію начатаго имъ похищенія или поврежденія». Затѣмъ статья 102 говоритъ: «оборона также признается необходимою и со стороны женщины противъ посягающаго насильственно на ея цѣломудріе и честь». Это перечисленіе благъ, допускающихъ насильственную охрану, возбуждаетъ серьезныя недоразумѣнія. Необходимо рождается вопросъ о томъ: всякое ли благо можетъ быть охраняемо обороною? Законъ прямо говоритъ о защитѣ жизни, здоровья и свободы, затѣмъ, онъ говоритъ о посягательствѣ на цѣломудріе и честь женщины, но умалчиваетъ о посягательствѣ на цѣломудріе и честь мужчины, напр. при мужеложствѣ; хотя этотъ пропускъ и не представляется существеннымъ, такъ какъ подобное дѣяніе будетъ заключать въ себѣ посягательство на тѣлесную неприкосновенность или здоровье, о которомъ говоритъ законъ. По отношенію къ собственности оборона допускается не только противъ тѣхъ дѣяній, въ которыхъ насиліе надъ личностью является составнымъ элементомъ, какъ грабежъ и разбой ¹¹²⁾, но и вообще противъ всякаго посягательства, соединеннаго съ насиліемъ надъ владѣльцемъ, когда онъ силою противится возвращенію вещи или не прекращаетъ истребленія. Но оборона имущественнаго права сама по себѣ не допустима, а потому хозяинъ или владѣлецъ вещи не можетъ ссылаться на оборону, стрѣляя вдогонку убѣгающему вору или разбойнику, какъ бы безвозвратна ни казалась ему утрата вещи. Даже по тексту закона, какъ справедливо замѣчаетъ Лохвицкій ¹¹³⁾, хозяинъ не прежде можетъ употребить оружіе, какъ потребовавши отъ вора прекратить похищеніе, такъ что у хозяина отнимается вся выгода внезапнаго нападенія на похитителя; его заставляютъ уступить первый шагъ вору, ожидать, можетъ быть, смертельнаго удара. Что касается до

¹¹¹⁾ Въ особенности краснорѣчиво развиваетъ это доказательство различія размѣровъ обороны противъ обиды по сословіямъ Гратенауеръ, стр. 97 и сл.; ср. Levita v. c., стр. 205, пр. 43.

¹¹²⁾ Хотя законъ и говоритъ о нападеніи, сдѣланномъ воровъ или разбойниковъ, но, очевидно, здѣсь слово „воръ“ употреблено не въ техническомъ смыслѣ, т.-е. не въ смыслѣ совершающаго кражу, такъ какъ нападеніе при кражѣ немислимо. Ср. Лохвицкій, курсъ, стр. 541.

¹¹³⁾ Курсъ, стр. 510.

охраны неприкосновенности жилища, то уложение не ставитъ тѣхъ ограниченій, на которыя указываетъ code pénal; для обороны достаточно, чтобы кто-либо вторгнулся съ насиліемъ въ жилище другого, безразлично, было ли сдѣлано нападеніе днемъ или ночью, грозило ли оно опасностью жизни или другимъ благамъ, находящихся въ домѣ или нѣтъ ¹¹⁴⁾. Подъ самымъ жилищемъ, конечно, можно понимать помѣщеніе, въ которомъ обороняющійся имѣетъ исключительное право распоряженія, таковы: квартира, домъ, даже дворъ дома; но нельзя не прибавить, что терминъ «жилище» выбранъ довольно неудачно: можетъ ли, напр., хозяинъ лавки обороняться противъ лица, пытающагося насильственно вторгнуться въ лавку? ¹¹⁵⁾ Наконецъ, уложение вовсе не упоминаетъ объ оборонѣ чести. Что касается до обиды дѣйствіемъ, то оборона противъ нея можетъ быть оправдана, какъ противъ посягательства на здоровье, въ особенности въ виду того, что у насъ даже тяжкіе побои разсматриваются какъ обида; но противъ обиды словесной, по закону, оборона ни въ какомъ случаѣ не допускается ¹¹⁶⁾.

Еще болѣе ограниченій дѣлаетъ воинскій уставъ (ст. 81), говоря о «нападении на подчиненнаго, угрожавшемъ явною для него опасностью», «защитѣ, необходимой для личнаго самосохраненія». Даже при самомъ распространенномъ толкованіи текста можно только сказать, что оборона допускается, когда нападеніе грозитъ или лишеніемъ жизни, или тяжкимъ вредомъ здоровью, такъ что приходится думать о самосохраненіи. Поэтому не только подчиненный долженъ добровольно открыть свой кошелекъ начальствующему, желающему нарушить заповѣдь «не укради», по-христіански подставлять ланиты заушающему, не прекослова лежать подъ розгами, какъ бы противозаконны ни были распоряженія; но сомнительно, можетъ ли онъ даже обороняться, напр., противъ попытки мужеложства. Во всѣхъ этихъ случаяхъ для него остается то утѣшеніе, что начальствующій будетъ наказанъ за злоупотребленіе власти.

150. Оборона допускается не только для защиты собственныхъ правъ, но и правъ другого лица, находящагося въ подобномъ положеніи.

Это право охраны третьихъ лицъ можетъ быть выведено двоякимъ образомъ. Во-1-хъ, изъ юридическаго характера этого состоянія, въ силу котораго безнаказанность заключается не въ дѣятели, а въ дѣяніи; почему и всѣ лица, участвующія въ его совершеніи, являются ненаказуемыми, каково бы ни было ихъ участіе, т.-е. были ли они пособниками или главными виновными, дѣйствовали ли они по соглашенію и просьбѣ защищающагося, или по собственной инициативѣ.

¹¹⁴⁾ Но, разумѣется, и въ этомъ случаѣ предполагается наличность всѣхъ условій обороны. Не вѣрно смотритъ на вопросъ Лохвицкій, курсъ, стр. 541. Неклюдовъ, приложения, стр. 442, справедливо замѣчаетъ, что оборона должна быть допущена не только противъ вторгнувшагося, но и противъ вторгающагося. Первая постановленія объ оборонѣ дома своего, т.-е. помѣщенія въ обширномъ смыслѣ, встрѣчаются уже въ уложеніи 1648 года (X, 200), но тамъ имѣлась въ виду не неприкосновенность дома, а оборона личности хозяина.

¹¹⁵⁾ Польѣе определяетъ code pénal, который говоритъ: «l'escalade ou l'effraction de clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances».

¹¹⁶⁾ Напротивъ того, г. Неклюдовъ, приложения, стр. 445, руководство, стр. 48, положительно утверждаетъ, что по нашему праву допускается охрана чести, ссылаясь, страннымъ образомъ, на постановленіе закона о ненаказуемости взаимныхъ обидъ. Такимъ образомъ тотъ, кто на ругательство другого отвѣтилъ: „ты самъ подлець“, или нѣчто подобное, можетъ приводить въ свое оправданіе, что онъ этимъ отражалъ грозящее ему нападеніе.

Во-2-хъ, это право можетъ быть выведено и независимо отъ права самого защищающагося. Какъ скоро право обороны коренится въ необходимости воспрепятствовать совершенію неправа, то тамъ, гдѣ государство не въ состояніи противо-дѣйствовать злу, его мѣсто занимаетъ частное лицо, безотносительно къ тому, кому въ данномъ случаѣ угрожаетъ опасность ¹¹⁷⁾.

Поэтому, для признанія права защиты третьихъ лицъ нѣтъ необходимости въ особомъ упоминаніи о томъ положительнаго права. Съ другой стороны, нѣтъ необходимости, чтобы находящійся въ опасности крикомъ призывалъ на помощь, какъ требовали того старыя криминалисты, такъ какъ, по справедливому замѣчанію Кестлина, помощь постороннихъ особенно нужна тамъ, гдѣ обороняющійся кричать не можетъ. Также безразлично, могъ ли обороняющійся справиться одинъ или нѣтъ.

Въ нашемъ правѣ уже уложеніе царя Алексѣя Михайловича говорило о защитѣ третьихъ лицъ (гл. XXII, ст. 16), назначая даже наказанія, напр., для стороннихъ людей, которые, слыша вопль и крикъ разбиваемыхъ людей, не пойдутъ къ нимъ на помощь (гл. XXI, ст. 59; 1669, ст. 57), и эти постановленія перешли въ сводъ законовъ (ст. 146). Уложеніе также положительно упоминаетъ объ этомъ правѣ въ ст. 103: «во всѣхъ случаяхъ, означенныхъ выше сего, въ ст. 101 и 102, употребленіе мѣръ необходимой обороны дозволяется не только для собственной защиты, но и для защиты другихъ, находящихся въ такомъ же положеніи.» Поэтому употребляемое въ законѣ выраженіе: «необходимая личная оборона», оказывается не точнымъ.

Выходя изъ того же понятія объ оборонѣ, какъ о противодѣйствіи преступленію, нельзя не признать, что оборона возможна и противъ такихъ правонарушеній, которыя угрожаютъ не частнымъ лицамъ, а обществу или государству, если только такое посягательство заключаетъ въ себѣ всѣ условія, необходимыя для обороны. При этомъ безразлично, происходитъ ли это посягательство отъ частныхъ лицъ или отъ органовъ власти низшихъ или высшихъ ¹¹⁸⁾.

д) Вторженіе въ чужое право и его границы.

151. Оборона по своему существу предполагаетъ наличность сознанія, т.-е. заключаетъ въ себѣ умышленныя дѣйствія. Весьма часто, конечно, обороняющійся находится въ состояніи аффекта, за-

¹¹⁷⁾ Ср. Koestlin, neue Revision, стр. 734—736, Levita, в. с., стр. 270—275. Фихте и его послѣдователи разсматривали эту помощь, какъ юридическую обязанность, и это ученіе имѣетъ дѣйствительное значеніе въ тѣхъ законодательствахъ, которыя признають попустительство, т.-е. преступное бездѣйствіе, за такую же форму виновничества какъ и содѣяніе.

¹¹⁸⁾ Berner, Archiv, 1848 г., стр. 562, 563, дѣлаетъ по этому поводу такое, нѣсколько идиллическое замѣчаніе: „я утверждаю“, говоритъ онъ, „что оборона допускается для защиты всякаго права, слѣдовательно и правъ семейныхъ и политическихъ... Народъ, у котораго правительство пытается нарушить конституцію, имѣетъ, въ силу юридическаго инстинкта обороны, право возстанія, революціи. Это право не составляетъ только предмета политики, но должно быть признано уголовнымъ судьею какъ причина, уничтожающая наказуемость“.

пальчивости, но это отнюдь не исключает возможности выполнения обороны и въ состояніи хладнокровномъ, когда виновный тщательно и вполне обдумываетъ условия своихъ дѣйствій ¹¹⁹⁾.

Самый вредъ, причиняемый при оборонѣ нападающему, можетъ быть крайне разнообразенъ, начиная отъ нанесенія ранъ, увѣчий и кончая самою смертью. Иногда охрана права можетъ состоять въ лишеніи свободы, а иногда даже въ нарушеніи имущественныхъ правъ. Весьма часто этотъ вредъ имѣетъ смѣшанный характеръ, такъ какъ защищающійся можетъ, напр., нанести своему противнику раны и въ то же время изорвать на немъ платье, т.-е. причинить имущественный ущербъ. Однимъ словомъ, оборона можетъ состоять, какъ говоритъ наше уложеніе, «въ употребленіи силы и какихъ бы то ни было мѣръ для отраженія нападенія, равно какъ и въ нанесеніи притомъ нападающему ранъ, увѣчья и самой смерти». Почему и самое ученіе объ оборонѣ несомнѣнно относится къ общей части.

Съ внѣшней стороны охрана права, отраженіе грозившей опасности не предполагаетъ безусловно насильственныхъ дѣйствій противъ нарушителя права. Поэтому, конечно, можно различать два вида охраны правъ—не соединенную съ насиліемъ (*uneigentliches Nothwehr*) и соединенную съ насиліемъ (*eigentliches Nothwehr*); но это различіе не имѣетъ никакого значенія на томъ основаніи, что охрана, не соединенная съ насиліемъ, не нарушая ничьихъ правъ, не имѣетъ значенія въ уголовномъ правѣ. Вопросъ объ оборонѣ, какъ о причинѣ, уничтожающей преступность дѣянія, можетъ возникнуть только въ томъ случаѣ, когда самое дѣяніе нарушило чье-либо право ¹²⁰⁾.

Оборона вовсе не ограничивается однимъ только отраженіемъ, она можетъ заключаться и въ нападеніи. Лицо, которому грозитъ неминуемая опасность, не обязано выжидать перваго шага со стороны противника: иногда для него безусловно необходимо первому приступить къ дѣйствию. Далѣе, оборона вовсе не ограничивается однимъ только устраненіемъ дѣйствія,—она можетъ состоять и въ принужденіи къ дѣйствию ¹²¹⁾.

Притомъ, такъ какъ вопросъ объ оборонѣ можетъ возникнуть не только при преступленіяхъ противъ личныхъ правъ, но иногда и при преступленіяхъ противъ собственности, то очевидно, что и самое ученіе объ оборонѣ должно быть излагаемо не при отдѣльныхъ преступленіяхъ, а въ общей части. Но въ исторіи мы видимъ однако, что долгое время обращаютъ на себя вниманіе только въ некоторые случаи обороны, а именно причиненіе въ этомъ состояніи смерти или тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденій, почему и самое ученіе излагается обыкновенно въ раздѣлѣ объ убійствѣ. Такъ, въ нѣмецкомъ правѣ такой системы дер-

¹¹⁹⁾ См. рѣшеніе угол. кас. депар. ^{71/1038} Вартанова. См. также нѣмецкую практику у Оппенгофа, *Strafgesetzbuch*, § 53, пр. 2 и 3.

¹²⁰⁾ Koestlin, *System*, стр. 81, указываетъ, что это дѣленіе, вслѣдствіе разнообразнаго значенія, которое ему придавали теоретики, является даже вреднымъ.

¹²¹⁾ Cp. Schwarze, *Kommentar*, стр. 231.

жалась не только Каролина, но и нѣкоторые кодексы конца прошлаго и начала нынѣшняго столѣтїа, какъ, напр., изъ австрійскихъ: Theresiana, Josephina и кодексъ 1803; даже гораздо позднѣе брауншвейгскій кодексъ, § 166, не только отнесъ ученіе о необходимой оборонѣ къ особенной части, но даже и мотивировалъ это тѣмъ, что вопросъ объ оборонѣ встрѣчается только при убійствѣ и тѣлесныхъ поврежденїяхъ. Это возрѣніе отразилось и на теорїи, такъ что мы встрѣчаемъ не только у гlossаторовъ Каролины, но и у позднѣйшихъ теоретиковъ попытку отнестн ученіе объ оборонѣ къ особенной части ¹²²⁾, хотя уже Фейербахъ доказалъ несостоятельность такого прїема. Новѣйшіе нѣмецкіе кодексы, всѣ безъ исключенїя, разсматриваютъ оборону въ общей части; напротивъ того, французскій кодексъ разсматриваетъ необходимую оборону вслѣдъ за постановленїями объ убійствѣ и тѣлесныхъ поврежденїяхъ, въ раздѣлѣ озаглавленномъ: Homicide, blessures et coups non qualifiés crimes, ni délits; и эта его система сильно порицается французскими теоретиками. Наше уложеніе трактуетъ объ оборонѣ въ общей части, но совершенно бесполезно повторяетъ или, правильнѣе, дѣлаетъ спеціальныя ссылки на эти постановленїя и въ особенной части, а именно при убійствѣ (стат. 1471) и при тѣлесныхъ поврежденїяхъ (ст. 1495) ¹²³⁾.

152. Но во всякомъ случаѣ, говоря о необходимой оборонѣ, нужно предполагать, что вредъ былъ нанесенъ именно лицу нападающему, а не какому-либо третьему лицу.

Что касается до вреда, нанесеннаго третьимъ лицамъ, то здѣсь могутъ быть три случая:

а) вредъ третьимъ лицамъ былъ причиненъ случайно, непредвидимо, напр., защищающійся, бросая что-либо въ нападающаго или стрѣляя въ него, попадаетъ въ какое-либо третье лицо, бывшее стороннимъ свидѣтелемъ, или вмѣшавшееся въ дѣло даже для защиты обороняющагося. Конечно, этотъ вредъ долженъ обсуждаться по общимъ правиламъ о случаѣ и неосторожности, принимая въ расчетъ и то особое состояніе, въ которомъ находился обороняющійся.

б) вредъ причиненъ третьему лицу, хотя и сознательно, но для защиты себя отъ угрожающей опасности. Случай этого рода могутъ быть подведены подъ состояніе крайней необходимости.

в) вредъ причиненъ сознательно и злобно, напр., лицо защищающееся изъ злобы, зависти или досады вредитъ третьимъ лицамъ. Подобное дѣяніе составляетъ, конечно, отдѣльное, самостоятельное преступленіе.

153. Размѣры обороны могутъ опредѣляться двояко: или соотношенїемъ правъ охраняемаго и нарушаемаго, или соразмѣрностью защиты съ нападенїемъ.

Что касается до перваго положенїя, до сихъ поръ еще находя-

¹²²⁾ Какъ, напр., Zörfl, Archiv, стр. 37 и сл.; и страннымъ образомъ Миттермайеръ, въ прим. IV къ § 37 учебника Фейербаха. Ср. Вехтеръ, Lehrbuch, § 49, пр. 6; Levita, в. с., стр. 162 и сл.; Ortolan, éléments, № 439.

¹²³⁾ Трудно сказать, почему г. Лохвицкій въ своемъ курсѣ разсматриваетъ ученіе объ оборонѣ при убійствѣ, такъ какъ это не вѣрно и теоретически и несогласно съ системою нашего уложенїя.

цаго защитниковъ между теоретиками ¹²⁴⁾, то оно стоитъ въ тѣсной связи съ стремленіемъ ограничить право защиты имущественныхъ правъ. Но его основное положеніе, что вознаградимое право никогда не можетъ быть защищено насчетъ невознаграждаемаго, маловажнаго насчетъ существеннаго, несостоятельно и съ теоретической и съ практической стороны: какимъ образомъ, въ какомъ бы то ни было случаѣ неправо, попытка нарушить право можетъ быть признана нормальнымъ явленіемъ, а противодѣйствіе неправо, защита права, можетъ считаться дѣяніемъ недозволеннымъ? Какимъ образомъ опредѣлить а priori, какое право можетъ быть признано вознаградимымъ или маловажнымъ?

Несостоятельность этого начала ¹²⁵⁾ еще болѣе обнаружится при ближайшемъ разсмотрѣніи условий его дѣйствительнаго осуществленія. Благо нарушенное должно быть пропорціонально благу защищаемому, но кто же и какимъ образомъ будетъ оцѣнивать это соотношеніе? Тѣмъ болѣе, что далеко не всегда эта пропорціональность очевидна. Конечно, если мы возьмемъ такой случай, что кто-нибудь убилъ человѣка, желающаго отнять у него крошки хлѣба, которыя защищающійся бросалъ воробьямъ, то непропорциональность защиты очевидна; но зато всякій и назоветъ этотъ примѣръ абсурднымъ, невозможнымъ въ дѣйствительной жизни. Нужно ли, поэтому, принять объективный масштабъ оцѣнки, т. е. опредѣлять соотношеніе благъ въ законѣ или предоставить это опредѣленіе суду? Но такое положеніе противорѣчило бы всему ученію объ оборонѣ, въ которомъ преобладаетъ элементъ субъективный, т. е. оцѣнка съ точки зрѣнія защищающагося. Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ, напр., что дѣвушка защищается противъ лица, желающаго насильно влѣпнуть ей поцѣлуй въ губы или отрѣзать на память локонъ волосъ—будетъ ли зависѣть значеніе этого посягательства на тѣлесную неприкосновенность отъ личности защищающейся и отъ условий, при которыхъ совершается нападеніе? Одинаковое ли значеніе будетъ имѣть, напр., покушеніе отнять кошелекъ для концессіонера, хранящаго въ немъ карманныя деньги, или для человѣка, живущаго своимъ трудомъ и положившаго въ сей кошелекъ все свое мѣсячное жалованье? и т. д. Значитъ, оцѣнка должна быть

¹²⁴⁾ Это начало весьма часто защищали писатели XVI и XVII-го столѣтій, какъ, напр., Фаринаціусъ, Гуго-Гроцій, Пuffендорфъ; всего полнѣе проводить это начало *Muyart de Vouglans*: „потеря имущества не можетъ считаться безусловно не вознаградимой, какъ потеря жизни или чести, и, такимъ образомъ, нѣтъ никакой пропорціи между имуществомъ и жизнью того, кого должны убить для сохраненія имущества“. Ср. F. Hélie, *théorie*, IV, № 1324. Изъ новыхъ французскихъ криминалистовъ этотъ взглядъ защищаетъ *Ortolan, éléments*, I, № 422, 425, хотя и онъ говоритъ, что въ подобныхъ случаяхъ нужно пожертвовать своимъ правомъ, какъ скоро эта неравномѣрность правъ очевидна. Изъ нѣмецкихъ кодексовъ это требованіе было высказано въ *preussisches Landrecht*, ганноверскомъ, саксонскомъ 1855 г., отчасти баденскомъ, а изъ теоретиковъ за него *Tittman, Handbuch*, I, § 136. См. также *Geyer, v. s.*, стр. 39 и сл.; *Levita, v. s.*, стр. 213 — 216. (Причину прежней распространенности этого взгляда нужно искать въ смѣшеніи понятія обороны съ наказаніемъ.)

¹²⁵⁾ Чрезвычайно основательный и подробный разборъ этого положенія смотри у *Зандера, v. s.*, стр. 73—86; *Levita, v. s.*, стр. 219—227; *Hälschner, System*, стр. 265.

субъективная, т.-е. оборона тогда будет чрезмерна, когда для самого лица защищающегося представляется защищаемое имъ право ничтожнымъ сравнительно съ тѣмъ, котораго онъ долженъ лишиться.

Но и въ этомъ случаѣ является другой вопросъ: я, защищаясь, не могу дѣйствительно лишить нападающаго дѣянаго блага, напр., убить его или нанести тяжкую рану, или же я не могу предпринимать такихъ дѣйствій, которыя могутъ грозить подобными послѣдствіями?

Если мы возьмемъ первый случай и допустимъ, что лицо можетъ обороняться, но не производя известнаго результата, то мы введемъ крайне неудачный элементъ въ понятие обороны; можетъ ли обороняющійся отдавать себѣ ясный отчетъ о послѣдствіяхъ обороны, когда это далеко не всегда возможно и для лица, дѣйствующаго въ спокойномъ состояніи.

Если же законъ запретить даже употребленіе средствъ, могущихъ грозить опасностью для жизни другаго, то несостоятельность этого условія будетъ еще болѣе очевидна. Если у человѣка въ рукахъ часы, то онъ можетъ имъ защищаться противъ вора, желающаго отнять у него часы, а если у него въ рукахъ дубина, то онъ долженъ спокойно передать часы требующему. Врядъ ли можно признать такое требованіе психологически вѣрнымъ, а соблюденіе его возможнымъ на практикѣ¹²⁶).

А притомъ мы все-таки должны помнить, что рѣчь идетъ о лицѣ, защищающемъ свое право, что онъ тогда только можетъ употребить сильныя средства, когда другія оказались неэффективными, что человѣкъ, насильственно желающій пріобрѣсти докопъ въ видѣ сувенира, можетъ легко спасти свою жизнь, отказавшись отъ своего желанія.

Такимъ образомъ, по общему правилу соотношеніе между правами при оборонѣ не можетъ имѣть никакого значенія. Какъ единственное исключеніе изъ этого правила можетъ быть указанъ тотъ случай, когда оборона употребляется противъ дѣянія, хотя и недозволеннаго закономъ, но и непроступнаго, напр., противъ дѣйствій малолѣтняго, умалишеннаго и т. д.; когда, однимъ словомъ, въ оправданіе обороны на первый планъ выступаетъ элементъ субъективный, а не объективный. Если защищающійся сознаетъ, что нападающій сумасшедшій, то, разумѣется, отказъ отъ права, при несоразмѣрности блага защищаемаго и нарушаемаго, не будетъ противорѣчить обязанности каждаго охранять неприкосновенность права.

Но если нельзя поставить условіемъ обороны соотношеніе между правами нарушаемымъ и охраняемымъ, то отсюда никакъ нельзя заключить, чтобы оборона была безпредѣльна; защищающійся тогда только можетъ перейти къ насильственнымъ мѣрамъ, когда онъ испробовалъ средства не насильственныя, или, по крайней мѣрѣ, предполагалъ ихъ неэффективность; такъ какъ во всякомъ случаѣ насиліе при оборонѣ заключаетъ въ себѣ лишеніе блага, стѣсненіе свободы другаго лица¹²⁷).

¹²⁶) См. указанія на практическія затрудненія, вытекающія изъ подобнаго требованія у Брейденбаха, въ его комментаріи гессенскаго кодекса; Levita, стр. 221, пр. 56.

¹²⁷) Ср. Levita, в. с., стр. 242 и сл.: „опасность потерять самое ничтожное благо оправдываетъ употребленіе наибольшаго насилія, если нельзя было сохранить это благо съ меньшимъ насиліемъ и наоборотъ, опасность для самаго высшаго блага не можетъ оправдать самаго ничтожнаго насилія, если оно превосходило мѣру, необходимую для его защиты“.

При этомъ, конечно, нужно имѣть въ виду то положеніе, въ которомъ находился защищающійся; для третьяго лица, спокойно анализирующаго характеръ и силу нападенія и средства защиты, легко можетъ представиться возможность избѣгнуть опасности инымъ путемъ, даже безъ всякаго насилія. Однимъ словомъ, оцѣнка соразмѣрности защиты можетъ быть сдѣлана только въ виду представленія защищающагося о размѣрахъ опасности съ его субъективной точки зрѣнія; она должна быть различна для человѣка трусливаго и храбраго, вспыльчиваго и хладнокровнаго.

Это же начало принимается и наше уложеніе, которое не допускаетъ никакихъ искусственныхъ ограниченій размѣровъ обороны, требуя только, чтобы это употребленіе силы или причиненіе вреда опредѣлялось дѣйствительною опасностью. Въ этомъ отношеніи оно воротилось къ исконному русскому взгляду на оборону, высказанному и въ уложеніи царя Алексѣя Михайловича, такъ какъ, наоборотъ, воинскій уставъ Петра В. пытался перенести къ намъ начала средневѣковаго нѣмецкаго права, старавшагося по возможности стѣснить право обороны. Такъ, воинскій уставъ (артикуль 157, толкованіе) говорилъ, что оборона состоитъ: „въ умѣреніи, что обороненіе съ обиженіемъ равно есть, а имянно, чтобы такимъ же образомъ обороняться, какимъ образомъ кто отъ кого нападенъ будетъ. Ежели нападеніе учинится оружіемъ, то можно оружіемъ обороняться; ежели же безъ оружія, то и противитися безъ оружія надлежитъ“. Но это строгое положеніе проводилось, впрочемъ, непослѣдовательно: „притомъ же,—говорилось далѣе,—надобно смотрѣть, когда кто кого ударитъ рукою, и того сильнѣе, кого бьетъ, тогда обиженный можетъ оружіемъ обороняться. Ибо есть все равно, какъ и чѣмъ смертнѣйшій страхъ угроженъ будетъ. Если смертнѣйшій страхъ есть, то надлежитъ обороняться, какъ возможно“. Проектъ 1813 года отказался отъ этихъ ограниченій и довольствовался въ этомъ отношеніи только однимъ указаніемъ (§ 20 п. 3): „что онъ нападающему токмо дотолѣ вредилъ, доколѣ достаточная помощь или защита не воспослѣдовала“. Но сводъ законовъ (по изд. 1842 г., ст. 145, п. 1), опять говорилъ, что „оборона признается законною, когда она равна нападенію; посему защищаться оружіемъ дозволено токмо противъ насилія вооруженнаго; употребить же оное противъ насилія безоружнаго можно только тогда, когда нападающій сильнѣе, когда нападеніе учинено наединѣ, и притомъ съ опасностью жизни“.

е) Оборонительныя дѣйствія, не подходящія подъ понятіе законной обороны.

154. Такимъ образомъ, резюмируя все сказанное, мы признаемъ обороною такое юридическое положеніе лица, при которомъ не считается преступнымъ насиліе, причиненное нападающему, для устраненія недозволеннаго закономъ нападенія, грозящаго очевидно, иными средствами неотвратимую опасностью благамъ нашимъ или другихъ лицъ; на этомъ фактѣ покоится право частныхъ лицъ—право обороны. Но существованіе извѣстныхъ границъ обороны допускаетъ

возможность нарушения ея предѣловъ, предполагающее, разумѣется, что лицо дѣйствительно находилось въ такомъ положеніи, которое оправдывало оборону. На этомъ основаніи нарушение обороны должно быть отличаемо отъ случаевъ отсутствія какого-либо изъ условій обороны и въ особенности отъ состоянія мнимой обороны, когда право охраны не существовало въ дѣйствительности, а только предполагалось защищавшимся.

Превышеніе предѣловъ обороны состоитъ въ томъ, что обороняющийся употребилъ средства, не требуемыя необходимостью, т. е., напр., прибѣгнулъ къ самозащитѣ, когда существовала дѣйствительная охрана со стороны органовъ власти, прибѣгнулъ къ насильственнымъ мѣрамъ, когда могъ защищать себя безъ насилія, или, наконецъ, употребилъ безъ необходимости чрезмѣрное насиліе, напр., убійство, когда могъ ограничиться лишеніемъ свободы.

Хотя уже средневѣковые юристы, какъ, напр., изъ итальянцевъ Angelus Aretinus, изъ нѣмцевъ—Карпцовъ, стараются установить точное различіе между превышеніемъ предѣловъ обороны—*excessus defensionis, deculpata tutela* и отсутствіемъ ея условій, и въ особенности мнимую обороною—*indus praetextus defensionis*; но и до сихъ поръ смѣшеніе этихъ понятій встрѣчается весьма нередко и у теоретиковъ и въ законодательствѣ¹²⁸⁾. Для правильного ихъ разграниченія нужно имѣть въ виду, что мнимая оборона непременно предполагаетъ отсутствіе факта нападенія, безотносительно къ самому характеру защиты и ея размѣрамъ. Такимъ образомъ, одно только существованіе, напр., полной возможности прибѣгнуть къ защитѣ органовъ власти, или возможности уклониться отъ опасности не дѣлаетъ еще оборону мнимой¹²⁹⁾, такъ какъ, если защищающийся не сознавалъ существованія этой возможности, то его самозащита вполне законна, а если подобное сознаніе у него было, то мы имѣемъ простое превышеніе предѣловъ обороны, употребленіе средствъ защиты, не оправдываемыхъ необходимостью.

Трудность разграниченія еще болѣе усиливалась оттого, что подъ одну изъ разбираемыхъ категорій старались подвести такіе случаи, въ которыхъ собственно не могло быть и рѣчи объ оборонѣ, такъ какъ не было какого-либо изъ существенныхъ ея условій. Таково, напр., употребленіе насильственныхъ мѣръ противъ лица, хотя и угрожающаго нападеніемъ, но когда эта угроза, по мнѣнію самого защищающагося, не имѣла реального характера, или, другими словами, когда защита была преждевременна¹³⁰⁾. Такъ какъ въ подобномъ случаѣ дѣйствительнаго нападенія не было, то не могло быть и обороны, а потому не можетъ быть и рѣчи о превышеніи предѣловъ обороны; съ другой стороны, такъ

¹²⁸⁾ Ср. въ особенности у Hälschner'a, System, § 67, пр. 1; Koestlin, System, стр. 89; Wessely, в. с., стр. 91. Различіе во взглядахъ на то, что нужно относить къ превышенію предѣловъ обороны и что къ мнимой оборонѣ, объясняется, конечно, различіемъ во взглядахъ на самый принципъ права обороны. Совершенное смѣшеніе понятій превышенія обороны и мнимой обороны у Вудзинскаго, начала, стр. 137. Также не вѣрны и положенія Кистяговскаго, курсъ, № 230.

¹²⁹⁾ Какъ это утверждаютъ, напр., Фейербахъ, Аберггъ, Гелфтеръ, Лефита и др.

¹³⁰⁾ Этотъ случай относить къ мнимой оборонѣ Levita, в. с., стр. 262, пр. 104.

как мы предположили, что употреблявший насиліе сознавалъ, что нѣтъ нападенія, то нельзя говорить и о мнимой оборонѣ. Мы такимъ образомъ имѣемъ дѣло съ угрозою, вызвавшей насильственные дѣйствія, ответственность за которыя если и можетъ быть уменьшена, то въ виду общихъ правилъ о вліяніи на наказуемость вызова, провокаціи. Другой примѣръ—употребленіе насилія послѣ того, какъ нападеніе окончилось, потому ли, что нападающій отказался отъ своего намѣренія, или потому, что онъ его дѣйствительно осуществилъ, когда притомъ это окончаніе нападенія было признаваемо самимъ обороняющимся¹³¹⁾. Если мы и здѣсь будемъ имѣть въ виду, что для обороны необходимо, чтобы нападеніе еще не прекратилось, то мы опять-таки не можемъ считать подобныя дѣйствія ни превышеніемъ обороны, такъ какъ не было нападенія, ни мнимою обороною, такъ какъ защищавшійся признавалъ окончаніе опасности. Подобные случаи будутъ отпущеніемъ за совершившееся правонарушеніе, или за покушеніе на него, и, конечно, фактъ предшествующаго нападенія можетъ, по общимъ правиламъ, служить основаніемъ для смягченія наказанія за насиліе.

Превышеніе обороны и причиненіе при этомъ вреда можетъ быть какъ неосторожное, такъ и вполне сознательное, умышленное. Конечно, и въ томъ и въ другомъ случаѣ, лицо, превысившее свое право, должно подлежать ответственности; но, съ другой стороны, нельзя не признать, что состояніе обороны, въ которомъ находился обвиняемый, не можетъ не имѣть вліянія на степень ответственности: нельзя требовать полной внимательности къ своимъ дѣйствіямъ отъ человѣка, защищающаго свое право, нельзя не принять въ расчетъ справедливости того раздраженія, невозможности самообладанія, которыя весьма естественны у лица, находящагося въ состояніи обороны; эти особенныя условія могутъ даже въ нѣкоторыхъ случаяхъ оправдывать и полную безнаказанность превысившаго предѣлы обороны¹³²⁾.

Хотя, собственно говоря, наказуемость превышенія предѣловъ обороны и даже опредѣленіе вліянія этого состоянія на степень ответственности вытекаетъ изъ общаго ученія объ умыслѣ и неосторожности, но тѣмъ не менѣе большинство кодексовъ считаетъ необходимымъ дѣлать спеціальныя указанія на случаи этого рода¹³³⁾.

¹³¹⁾ Grattenauer, Heffter, Koestlin, neue Revision, стр. 733, относятъ эти случаи къ превышенію предѣловъ обороны, а Koestlin же позднѣе, въ System, стр. 89, и Levita, в. с., стр. 263, къ мнимой оборонѣ. Вѣрно смотритъ на этотъ вопросъ Schwarze, Kommentar, стр. 234.

¹³²⁾ Levita, в. с., стр. 247—262; Geib, Lehrbuch, § 92; Hälschner, System, § 67; Schwarze, комментируя новое нѣмецкое уложеніе, говоритъ, что превышеніе предѣловъ можетъ быть только неосторожное, но съ этимъ положеніемъ трудно согласиться. Тоже Кистяковскій, курсъ, № 229.

¹³³⁾ Причина этого заключается, по справедливому замѣчанію Levita, в. с., стр. 256, въ излишней ограниченности судейской власти по отношенію къ наказанію неосторожныхъ и аффектированныхъ дѣяній. Нѣмецкіе кодексы, начиная еще съ баварскаго уложенія 1813 года, признавали превышеніе предѣловъ обороны по необдуманности или подъ вліяніемъ страха ненаказуемымъ; такъ, между прочимъ, прусскій, § 41, баварскій

Что касается до нашего права, то сводъ законовъ, ставя цѣлый рядъ условій для законной обороны и, слѣдовательно, весьма часто допуская нарушение ея предѣловъ, вовсе умалчиваетъ объ отвѣтственности за подобное нарушение ¹³⁴⁾. Уложение же, статья 101, говоритъ слѣдующее: «всякій, напрасный, сдѣланный нападающему послѣ уже отвращения отъ него грозившей опасности, вредъ, признается злоупотребленіемъ обороны и виновный въ томъ долженъ быть подвергаться наказанію, которое опредѣляется по мѣрѣ причиненнаго имъ вреда, по роду побужденія, коему онъ слѣдовалъ и другимъ обстоятельствамъ дѣла». Затѣмъ то же повторяетъ уложеніе при постановленіяхъ объ убійствѣ (ст. 1467), назначая за такое злоупотребленіе или выговоръ, или арестъ отъ 3-хъ до 7 дней или тюремное заключеніе отъ 4-хъ до 8-ми мѣсяцевъ и церковное покаяніе ¹³⁵⁾—и въ раздѣлѣ, трактующемъ о преступленіяхъ противъ здоровья (ст. 1493), гдѣ назначается выговоръ или арестъ отъ 7 дней до 3-хъ недѣль (строже чѣмъ при убійствѣ) или тюрьма отъ 2—4 мѣсяцевъ. Но всѣ эти постановленія оказываются совершенно неудовлетворительными. Прежде всего, законъ называетъ злоупотребленіемъ обороны или превышеніемъ ея предѣловъ случаи, вовсе сюда не относящіеся, такъ какъ онъ имѣетъ въ виду только причиненіе насилія послѣ уже отвращения грозившей опасности, т.-е., какъ мы видѣли, случаи или отщепенія, или мнимой обороны ¹³⁶⁾. Такимъ образомъ, по буквальному тексту закона, въ особенности ст. 101, нельзя сдѣлать никакого заключенія объ отвѣтственности за превышеніе предѣловъ обороны; только развѣ на основаніи общаго смысла всѣхъ постановленій уложенія объ оборонѣ ¹³⁷⁾ можно подвести подъ эти статьи и случаи дѣйствительнаго превышенія предѣловъ обороны. Кромѣ того, законъ говоритъ о смягченіи наказанія при убійствѣ и тѣлесныхъ поврежденіяхъ и вовсе умалчиваетъ объ отвѣтственности при подобныхъ условіяхъ за лишеніе свободы и имущественныя поврежденія и, наконецъ, вовсе не признаетъ возможности оставить превышеніе предѣловъ обороны безнаказаннымъ, хотя бы оно и было сдѣлано по неосторожности.

155. Совсѣмъ иначе представляются тѣ случаи, когда нападеніе не заключало въ себѣ всѣхъ условій необходимой обороны, и это сознавалъ самъ обороняющійся. Разумѣется, здѣсь нельзя гово-

1861, § 72. Также новое германское уложеніе, § 53 п. 2, говоритъ: „превышеніе необходимой обороны наказуемо, какъ скоро виновный перешелъ предѣлы защиты подъ вліяніемъ смущенія, испуга или страха“. Французскій кодексъ вовсе умалчиваетъ о превышеніи предѣловъ обороны. Ср. Hélie, théorie, IV, № 1341—1342.

¹³⁴⁾ Въ первый разъ постановленіе о превышеніи предѣловъ обороны встрѣчается въ воинскомъ уставѣ Петра В., который говоритъ: „ежели съется, что преступитель правила нужнаго обороненія преступилъ, и не такъ прилжно смотрѣль, то онъ понеже въ началѣ достойные причины имѣль къ нужному обороненію, не животою, но по разсужденію судейскому жестоко, тюрьмою, штрафомъ денежнымъ, или шпиритеномъ имѣть быть наказанъ, купно же надлежитъ на него и церковное покаяніе наложить“, а по морскому уставу дозволялось приговаривать и къ смертной казни, и къ еаторгѣ. Затѣмъ въ проектѣ 1813 года относительно превышенія предѣловъ было постановлено, — что такое „преступленіе почитается неумышленнымъ, развѣ умыселъ его точно доказанъ“.

¹³⁵⁾ См. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, т. I, № 142. Но при ближайшемъ разсмотрѣніи этого вопроса, я долженъ былъ теперь иначе опредѣлить границы превышенія предѣловъ обороны и мнимой обороны, а вмѣстѣ съ тѣмъ иначе отнестись и къ значенію статьи 1467-й.

¹³⁶⁾ Спасовичъ, учебникъ, стр. 407, находитъ однако постановленія уложенія правльными. Тоже Лохвицкій, курсъ, стр. 544.

¹³⁷⁾ Принималъ именно, что центръ этихъ постановленій составляетъ выраженіе: „превыждаетъ полагаемое сею необходимостью предѣлы“, а что выраженіе: „послѣ отвращения опасности“, употреблено какъ примѣръ, поясняющій это общее положеніе.

речь о преступности дѣянія; виновный подлежит наказанію сообразно съ субъективными условіями даннаго факта.

Случай, сюда относящійся, весьма разнообразен, но могутъ быть сведены къ одному положенію — употребленію насилія, когда не было нападенія или не существовало одного или нѣсколькихъ изъ его условій. Такимъ образомъ сюда подойдутъ: насиліе преждевременное, употребленное противъ еще не начавшагося нападенія; насиліе слишкомъ позднее, когда уже нападеніе фактически окончилось, и наконецъ, насиліе противъ законныхъ дѣйствій какого-либо лица.

156. Въ предшествующемъ случаѣ мы предполагаемъ, что условія обороны отсутствуютъ и объективно и субъективно; но могутъ быть случаи, когда хотя условія обороны фактически и не существуютъ, но это ихъ отсутствіе не сознается обвиняемымъ. Это состояніе мнимой обороны, т.-е., такое состояніе лица, при которомъ оно дѣйствуетъ, предполагая за собою право обороны, между тѣмъ какъ въ дѣйствительности нападенія не существуетъ. Отличительные признаки этого состоянія съ объективной стороны — отсутствіе нападенія, оправдывающаго защиту, а съ субъективной — предположеніе о дѣйствительности опасности.

Слѣдовательно, возможны два случая мнимой обороны: а) когда нападеніе вовсе не существовало. Представимъ себѣ такой казусный случай, что кто-нибудь идетъ на встрѣчу другому съ распростертыми объятіями, а тотъ, предполагая въ немъ встрѣтить врага, употребляетъ противъ него оборону, которая, очевидно, мнимая. б) Когда посягательство на право было законное. Кто-нибудь, напр., принявъ участковаго пристава за мошенника и сопротивляется его дѣйствіямъ — оборона будетъ мнимая.

Вопросъ объ отвѣтственности при мнимой оборонѣ будетъ разрѣшаться на основаніи ученія о вліяніи на отвѣтственность заблужденія въ фактическихъ обстоятельствахъ дѣйствія.

При этомъ, конечно, случаи мнимой обороны одинаково возможны какъ при защитѣ собственныхъ правъ, такъ и при защитѣ правъ третьихъ лицъ, такъ какъ и здѣсь недостаточно, чтобы подававшій помощь третьему лицу думалъ, что тотъ находится въ состояніи обороны, но необходимо, чтобы это третье лицо дѣйствительно находилось въ такомъ положеніи.

ж) Обязанность объявленія объ оборонѣ.

157. Чѣмъ слабѣе развита полицейско-судебная дѣятельность государства, тѣмъ болѣе является заботъ въ законодательствѣ о томъ, чтобы подъ видомъ обороны не скрылось дѣйствительное преступленіе. Съ этою цѣлью въ законѣ, во-1-хъ, ставились особенныя правила о доказательствахъ обороны и, во-2-хъ, вмѣнялось въ обязан-

ность защищавшемуся немедленно довести о совершившемся до свѣдѣнія органовъ власти ¹³⁸).

Что касается до перваго условія, то оно окончательно исчезло вмѣстѣ съ отмѣною формальной теоріи доказательствъ, вмѣстѣ съ изгнаніемъ изъ уголовного права системы презумпцій всякаго рода. Точно также, за немногими исключеніями, отброшено и второе требованіе главнымъ образомъ потому, что придавая обязанности увѣдомленія существенное значеніе, т.-е. разсматривая ее, какъ условіе обороны, мы или возвращаемся снова къ теоріи законныхъ доказательствъ, со всѣми ея невыгодами (когда, напр., лицо, не заявившее объ оборонѣ въ опредѣленный срокъ, лишалось права ссылаться на оборону), или же лишаемъ ее всякаго практическаго значенія, когда требованіе о заявкѣ выставляется только какъ желаніе законодателя ¹³⁹).

Старо-нѣмецкое право ставило условіемъ обороны, чтобы убившій оставался у трупа, такъ какъ предполагалось, что дѣйствительный убойца не въ состояніи этого выполнить. Далѣе требовалось, чтобы защищавшійся крикомъ собралъ сосѣдей, иногда, въ особенности, напр., по *Sachsenspiegel*'ю, требовалось, чтобы о случившемся въ тотъ же день оборонявшійся заявилъ судѣ и т. п. ¹⁴⁰). Изъ новыхъ кодексовъ особенныя условія для доказательства необходимой обороны ставило еще баварское уложеніе 1813 года, а обязанность увѣдомленія властей встрѣчается въ законодательствахъ брауншвейгскомъ, вюртембергскомъ. Но новѣйшіе кодексы: прусскій, баварскій, общегерманскій — совершенно умалчиваютъ объ обонхъ условіяхъ.

Въ нашемъ правѣ уложеніе царя Алексѣя Михайловича ставило условіемъ обороны немедленную заявку о совершившемся судьямъ: «домъ свой обороняя, кого изъ нихъ убьеть до смерти, и привезеть тѣхъ побитыхъ къ судьямъ»; тотъ кто тата убьеть на погонѣ, долженъ „того убитаго или раненаго тата съ полчннымъ, что онъ покралъ, потому же привести въ приказъ съ погонщики вмѣстѣ“. Всего же полнѣе выражено это условіе въ статьѣ 89, главы XXI: „и кого изъ тѣхъ татей убьютъ или ранятъ, и того убитаго или раненаго явити околннимъ людямъ вскорѣ, и привести въ приказъ и записать, и тѣмъ отъ того убійства свободится“. Относительно же самаго доказательства обороны уложеніе не ставило никакихъ особыхъ правилъ, довольствуясь общимъ положеніемъ: „а сыщется про то до прима“; напротивъ того, воинскій уставъ Петра, въ артикулѣ 157, говоритъ: „оный, который предлагаетъ, что онъ, обороняя себя, онаго убилъ, имѣеть доказать, что онъ не зачинщикъ драки былъ, но отъ убитаго нападенъ и зацѣпленъ, и что онъ безъ опасенія смертнаго уступить или уйти не могъ“. Затѣмъ манифестъ о поединкахъ 21-го апрѣля 1787 года въ ст. 50, подтверждая всѣ

¹³⁸) Я не вхожу здѣсь въ разсмотрѣніе чисто процессуальныхъ особенностей обороны, напр., постановки вопросовъ на судѣ съ присяжными, такъ какъ это не относится къ матеріальному праву. См. Шварце, комментарий, стр. 235.

¹³⁹) Будинскій, начала, стр. 140, замѣчаетъ, что этого донесенія требуетъ полицейскій порядокъ, но трудно сказать, что онъ понимаетъ подъ этимъ выраженіемъ. То же говоритъ Вернеръ, учебникъ, стр. 433. Geyer, в. с., стр. 48 и сл.

¹⁴⁰) Ср. Levita, в. с., стр. 119 и сл.; Geyer, в. с., стр. 122 и сл.

предшествующія правила объ оборонѣ, прибавлялъ: „о сей оборонѣ объявить немедленно военноподначальнику или градоначальнику“. Сводъ законовъ, повторяя постановленія уложенія 1648 г., остался настолько вѣренъ ему, что требовалъ объявленія окольнымъ людямъ и мѣстному начальству о послѣдствіяхъ обороны, съ представлениемъ убитога или раненаго, только при оборонѣ противъ воровъ и разбойниковъ. Дѣйствующее уложеніе также говоритъ, что „обороняющійся обязанъ о всѣхъ обстоятельствахъ и послѣдствіяхъ своей необходимой обороны немедленно объявить сосѣднимъ жителямъ, а при первой возможности и ближайшему начальству“. Но какое значеніе имѣетъ это требованіе: очевидно, что неисполненіе его не уничтожаетъ возможности доказывать оборону, тѣмъ болѣе что подобное ограниченіе имѣло бы характеръ формальнаго доказательства, а потому, какъ процессуальное, отрицалось бы правилами устава уголов. судопр. о доказательствахъ. Точно также это неисполненіе не влечетъ никакихъ другихъ вредныхъ послѣдствій для оборонявшагося, такъ что оно можетъ быть разсматриваемо только какъ простое желаніе законодателя.

В. Крайняя необходимость ¹⁴¹⁾

а) Юридическия основанія состоянія крайней необходимости и его условія.

158. Рядомъ съ обороною, какъ безнаказаннымъ причиненіемъ вреда нападающему, стоитъ крайняя необходимость, какъ посягательство на права третьихъ лицъ или нарушеніе закона, совершенное въ защиту отъ опасности, угрожающей дѣйствующему. Различіе между этими двумя состояніями заключается, повидимому, только въ измѣненіи объекта, страдающаго отъ защиты, но, всматриваясь ближе, мы увидимъ, что это различіе довольно существенно и относится отчасти къ самому основному принципу, отчасти къ отдѣльнымъ условіямъ этихъ институтовъ.

При оборонѣ нарушеніе терять преступный характеръ по двумъ основаніямъ: во-1-хъ, по особенностямъ воли дѣйствующаго, и, во-2-хъ, потому, что такое насиліе является необходимымъ усло-

¹⁴¹⁾ В. Спасовичъ, учебникъ, стр. 103—105, 145; С. Будзинскій, начала, стр. 125—130, 140—144; Н. Неклюдовъ, приложенія, стр. 420—424; его же, руководство, II, стр. 44—46; А. Лохвицкій, курсъ, стр. 123—128; Кистаковскій, учебникъ, № 200—208. См. монографіи о необходимой оборонѣ: Бернера, Лефиты, Гейера, а въ особенности Вессели; Marquardsen, die Lehre vom Nothstande in A. d. Cr. R. 1857, стр. 396 и сл.; Berner, Dissert. de impunitate propter summam necessitatem proposita. 1861; подробныя указанія на прежнюю литературу у Кестлина, System, § 37, пр. 6; А. Feuerbach, Lehrbuch, §§ 36, 91, 321; С. Waechter, Lehrbuch, § 55—56; его же, sächsisches Strafrecht, стр. 359—390; Köstlin, System, стр. 112—118; Hälschper, System, § 68—69; Geib, Lehrbuch, II, стр. 220—227; Бернеръ, учебникъ, § 85; Schaper in Holtzendorfs, Handbuch, стр. 132—136, 169—171; Oppenhof, Strafgesetzbuch, § 52 и 54; Schwarze, Commentar, стр. 228—229, 235—237; Rossi, traité, II, стр. 77—87; Trébutien, cours, I, стр. 129—138; Ortolan, éléments, I, № 353—376; Haus, principes, № 534—543; F. Hélie, théorie, I, № 275—280.

віємъ поддержанія правового порядка. Въ силу перваго основанія дѣйствія обороняющагося разсматриваются какъ непреступныя, а въ силу втораго—какъ правомѣрныя.

Положеніе измѣняется, какъ скоро рѣчь идетъ о крайней необходимости. Субъективныя основанія существуютъ и здѣсь; точно также лицо опредѣляется къ дѣйствію принужденіемъ, опасностью для собственныхъ правъ, но нѣтъ основаній объективныхъ. Вредъ, причиняемый при крайней необходимости, вовсе не служитъ для предупрежденія правонарушенія, а онъ, такъ-сказать, только служитъ для перенесенія нарушенія права съ одного объекта на другой. Мнѣ угрожаютъ смертью, я спасаю себя, но за то умираетъ лицо Б.; мое имущество должно погибнуть, я спасаю его, но истребляется имущество лица Б. Объективный элементъ моихъ дѣйствій можетъ разсматриваться какъ безразличный для общества (погибель одного члена вмѣсто другаго), но ни въ какомъ случаѣ нельзя считать его желательнымъ и необходимымъ для общественнаго существованія. Дѣянія, совершенныя въ состояніи крайней необходимости, не противозаконны, такъ какъ для нужды законъ не писанъ ¹⁴²⁾, но не правомѣрны.

Это различіе въ общественномъ значеніи, а вмѣстѣ съ тѣмъ и въ существѣ дѣйствій, входящихъ въ оборону и относящихся къ крайней необходимости, отражается и на условіяхъ, которыя считаются необходимыми для ихъ бытія въ теоріи и въ законѣ.

Всякое насиліе, необходимое для отраженія дѣйствительнаго нападенія на какое-либо благо, дозволено, такъ какъ оно требуется существомъ правового порядка; въ этомъ отношеніи оборона безгранична, ея единственная мѣра—сила нападенія. Гражданинъ не только можетъ, но и долженъ защищать свое право, но въ томъ, конечно, смыслѣ, что защита для него юридически обязательна, но она обязательна морально, какъ залогъ и гарантія правильной общественной жизни.

Насиліе, причиняемое въ состояніи необходимости, не можетъ быть такъ безгранично: не всегда перемѣна объекта страдающаго отъ правонарушенія бываетъ безразлична для общества. Поэтому являются случаи, въ которыхъ принужденіе не считается достаточною причиною для признанія дѣянія не противозаконнымъ, въ которыхъ, наоборотъ, общество требуетъ, чтобы подвергшійся нападенію скорѣе отказался бы отъ своего права, а не вторгался въ права

¹⁴²⁾ Или, какъ говоритъ другая наша пословица: „нужда лиха, и голодь не тетка, а голодный и архіерей украдетъ“. Подобныя же поговорки встрѣчаются у всѣхъ народовъ, иногда переходя и въ право; такъ римское право говорило: *quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*; каноническое—*necessitas legem non habet*; въ нѣмецкомъ правѣ также встрѣчается то положеніе, что *Noth hat kein Gebot*. Положенія, указанія въ текстѣ, защищаетъ весьма краснорѣчиво Rossi, *traité*, II, стр. 80, но непоследовательно относитъ это только къ случаямъ защиты жизни на счетъ какихъ-либо правъ другаго лица.

третьих лицъ, и въ случаѣ неисполненія этого требованія считаетъ данное лицо вполнѣ отвѣтственнымъ за совершенное имъ нарушеніе нормы.

159. Что касается до теоретическихъ попытокъ представить основанія непротивозаконности вреда, причиненнаго въ состояніи необходимости, то онѣ, въ особенности въ Германіи, крайне разнообразны¹⁴³⁾, различаясь притомъ другъ отъ друга не только въ опредѣленіи объема и условій крайней необходимости, но самаго ея существа и юридическаго значенія. Я приведу важнѣйшія изъ нихъ.

Кантъ, по вѣрному замѣчанію Кестлина, построилъ теорію необходимости, хотя и вполнѣ согласно съ своими основными воззрѣніями на право, но за то въ полной противоположности съ ученіемъ о наказаніи. Никакая нужда, говорить онъ, не можетъ сдѣлать преступное не преступнымъ, но если сталкивается жизнь съ жизнью, то убійство одного другимъ не наказуемо; относительно его не существуетъ никакого уголовного закона, такъ какъ наказаніе, которымъ угрожаетъ законъ, не можетъ быть сильнѣе потери жизни; подобный уголовный законъ не имѣлъ бы никакого дѣйствія, такъ какъ угроза зломъ только возможнымъ не можетъ перевѣсить страха зла дѣйствительнаго. Такимъ образомъ дѣяніе, совершаемое въ состояніи крайней необходимости, разсматривается какъ преступное (*factum non inculpabile*), но не наказуемое (*non impunitabile*), такъ что вся аргументація оказывается въ духѣ теорій полезности, и въ частности теоріи Фейербаха, который въ этомъ пунктѣ примыкаетъ къ теоріи Канта. Непослѣдовательно было притомъ въ этомъ ученіи ограниченіе понятія необходимости столкновеніемъ жизни съ жизнью, такъ какъ недействительность угрозы закона можетъ встрѣтиться и при другихъ случаяхъ коллизіи правъ. Въ этомъ—болѣе обширномъ—смыслѣ и разсматриваетъ это состояніе Фейербахъ (§ 91), какъ такое состояніе, въ которомъ хотя и не уничтожается сознаніе уголовного запрета, но уничтожается вліяніе его на желательную способность. Самое же ученіе о необходимости Фейербахъ относитъ, разумѣется, къ категоріи причинъ, уничтожающихъ вѣнненіе¹⁴⁴⁾, хотя опять-таки непослѣдовательно ограничиваетъ его защитой только благъ невознаграждаемыхъ. Ошибочность субъективной теоріи Фейербаха, бывшей, впрочемъ, естественнымъ продуктомъ его теоріи психическаго принужденія, заключалась въ неправильномъ отнесеніи состоянія необходимости къ причинамъ, уничтожающимъ вѣнненіе. Вѣрнѣе смотрѣла на вопросъ другая группа представителей субъективнаго воззрѣнія, считавшая виновнаго безотвѣтственнымъ потому, что его воля опредѣлялась такимъ вліяніемъ, для преодоленія котораго требуется душевная сила (героизмъ), по общему

¹⁴³⁾ Ср. Hälschner, System, § 68; Koestlin, neue Revision, стр. 599; Levita, в. с., стр. 3 и сл.; Waechter, sächs. Str., стр. 360—365; Wessely, в. с., стр. 10 и сл. Существуютъ писатели, впрочемъ, весьма немногіе, которые вовсе отрицаютъ ученіе о необходимости, какъ основаніи ненаказуемости, какъ, напр., Barbeugac, въ его примѣчаніяхъ къ Пуфендорфу. Начало этого взгляда коренится еще въ принципахъ стоической философіи—*coactus volui, sed volui*. Ср. F. Hélie, théorie, I, № 276.

¹⁴⁴⁾ Хотя эти положенія объ уничтоженіи вѣнненія при состояніи необходимости, очевидно, покоятся на началахъ теоріи устрашенія, но ихъ принимаютъ не только многіе кодексы, но и такіе криминалисты, которые прямо порицаютъ теорію вѣнненія Фейербаха, какъ, напр., Henke, Handbuch, I, стр. 335—338, Rosshirt, Bauer, Tittmann, Geyer, Mittermaier, пр. къ § 91. См. Waechter, sächs. Str. стр. 357, пр. 1, 384—385. Тоже, согласно со взглядомъ *code pénal*, F. Hélie, Haus, Ortolan. Способность выбора и, слѣдовательно, вѣнненность остается и въ подобномъ положеніи, уничтожаются только тѣ условія воли, въ силу которыхъ самое дѣяніе становится преступнымъ.

опыту, встрѣчаюшаяся весьма рѣдко ¹⁴⁵⁾, т.-е., другими словами, видѣвшая основу безнаказанности въ качествахъ воли, уничтожающихъ преступность дѣйствія. Поэтому она и говорила, что дѣянія, совершенныя по необходимости, являясь по вышнему виду нарушениями закона, тѣмъ не менѣе не должны вызывать уголовной реакціи ¹⁴⁶⁾.

Иначе относились къ данному вопросу теоріи объективныя, хотѣвшія и здѣсь, какъ и при оборонѣ, отыскать основанія безнаказанности въ самомъ существѣ дѣянія, безотносительно къ волѣ дѣйствующаго.

Зачатки этого взгляда можно уже видѣть въ теоріи Фихте, который говорилъ, что правовыя отношенія существуютъ только при возможности сосуществованія людей, а такъ какъ при коллизіи права уничтожается самая возможность такого сосуществованія, то состояніе крайней необходимости представляетъ явленіе, лежащее внѣ сферы юридическихъ отношеній ¹⁴⁷⁾, такъ что и вредъ, причиненный въ подобномъ положеніи, нельзя признать ни законнымъ, ни противозаконнымъ. При этомъ взглядѣ оставалось, съ одной стороны, совершенно недоказаннымъ, почему столкновение правъ уничтожаетъ бытіе права, между тѣмъ какъ, наоборотъ, право возникаетъ только тамъ и только потому, что существуютъ столкновенія между индивидами; правовыя нормы, по самому ихъ назначенію, должны служить основаніемъ для разрѣшенія подобныхъ столкновеній; съ другой стороны, по этой теоріи пришлось бы крайне расширить понятіе необходимости, такъ какъ, напр., при столкновеніи ничтожнаго права съ правомъ на жизнь, при невозможности ихъ совмѣстнаго существованія, нужно бы было также признать уничтоженіе господства права.

Полнѣе было развито объективное направленіе въ школѣ Гегеля (Кестлинъ, Лефита, Вессели, отчасти Абертъ), которая прежде всего различала два понятія: право нужды—Nothrecht и состояніе необходимости—Nothstand. Подъ правомъ нужды понимаетъ эта школа, тѣ случаи, когда своя или чужая жизнь защищается при помощи нарушенія чужаго имущественнаго права. Основанія права нужды лежатъ въ понятіи о личномъ бытіи, жизни, какъ совокупности всѣхъ отдѣльныхъ благъ, какъ суммѣ правъ, какъ основѣ правоспособности. Какъ скоро жизнь сталкивается съ имущественнымъ правомъ, т.-е. полное бытіе свободы съ ея частнымъ проявленіемъ, то первое должно существовать на счетъ втораго, такъ какъ при подобномъ столкновеніи, съ одной стороны, является возможность нарушенія самаго бытія и, слѣдовательно, уничтоженія самой основы права, а съ другой—нарушеніе ограниченаго проявленія свободы, безъ отрица-

¹⁴⁵⁾ Geib, Lehrbuch, стр. 220—221; особенно же Waechter, sächs. Strafrecht, стр. 364, 389; Schwarze, Commentar, стр. 235; Schütze, Lehrbuch, I, стр. 103.

¹⁴⁶⁾ Не вполне опредѣленною въ исходномъ своемъ пунктѣ является теорія Гельшнера, § 68, стоящая какъ бы на границѣ между взглядомъ объективнымъ и субъективнымъ. Гельшнеръ находитъ, что спасеніе своего права на счетъ правъ другаго можетъ не быть уголовною неправою при двухъ условіяхъ: когда это нарушеніе чужаго права было дѣйствительно необходимо, и когда оно было предпринято для сохраненія права, возможно большаго по своему объему въ данномъ случаѣ. Такое дѣяніе не содержитъ противоположенія праву какъ таковому, а составляетъ только нарушеніе отдѣльнаго субъективнаго права, а потому и можетъ быть разсматриваемо, какъ неправда гражданская, а не уголовная. Неопредѣленность заключается именно въ положеніи, что насиліе надъ другимъ правомъ, совершенное по необходимости, не содержитъ въ себѣ противоположенія правовому порядку и притомъ именно тогда, когда существуетъ извѣстное соотношеніе въ правахъ.

¹⁴⁷⁾ Nothrecht ist das Recht, sich als gänzlich exempt von aller Rechtsgesetzgebung zu betrachten. Къ этому же взгляду примкнули Grolman, Grundsätze, § 23; Вехтеръ, Lehrbuch, § 55; но онъ отказался отъ этого взгляда впоследствии. Ср. Waechter, sächs. Str. стр. 360, пр. 2.

нія права, какъ такового, и даже безъ отрицанія правоспособности лица, котораго имущественныя права нарушаются ¹⁴⁸). Защита жизни въ подобныхъ случаяхъ составляетъ право лица и исключаетъ даже возможность обороны противъ него. По поводу этого построения ученія о правѣ нужды нельзя прежде всего не замѣтить, что при послѣдовательномъ проведеніи принципа нужно бы было признать право охранять жизнь на счетъ какого бы то ни было частнаго, ограниченаго права, какъ это и сдѣлали отчасти нѣкоторые изъ гегельянцевъ, напр., Кестлинъ, распространяющій Nothrecht даже на случаи перфорации, гдѣ коллидируетъ дѣйствительная жизнь съ возможною и на другіе подобные же факты ¹⁴⁹). Но и при этомъ расширеніи понятія права нужды самое его основаніе останется все-таки крайне неяснымъ, особенно съ точки зрѣнія гегельянцевъ. Право непривосновенно, имѣетъ реальное бытіе какъ въ своей основѣ, такъ и въ отдѣльныхъ проявленіяхъ; эта дѣйствительность права ему присуща, а не зависитъ отъ какихъ-либо стороннихъ соображеній; какимъ же образомъ отрицаніе права, хотя бы и въ отдѣльныхъ его частяхъ, не будетъ неправомъ, требующимъ уничтоженія, а сдѣлается правомъ. Жизнь, бытіе индивидуума есть основа отдѣльныхъ правъ, ему принадлежащихъ, но какимъ же образомъ можетъ разсматриваться оно какъ основа правоспособности другой личности? А между тѣмъ на этомъ положеніи построено все ученіе о правѣ нужды. Отъ права нужды отличается эта школа состояніе крайней необходимости въ тѣсномъ смыслѣ, относя сюда случаи коллизіи отдѣльныхъ правъ между собою—личныхъ съ личными или имущественныхъ съ имущественными, или личныхъ съ имущественными ¹⁵⁰), и признавая при подобномъ отношеніи только возможность смягченія ответственности. Но такое игнорированіе субъективной стороны не только противорѣчитъ положительному праву, но расходится и съ самою идеею о существѣ на-казанія ¹⁵¹).

Притомъ этотъ взглядъ объективной школы не даетъ никакого разрѣшенія для тѣхъ случаевъ, когда по необходимости нарушается законъ вообще, безъ вреда отдѣльной личности; когда, напр., женщина подъ вліяніемъ угрозъ согла-

¹⁴⁸) Koestlin, neue Revision, стр. 597: „weil die Totalität des Wohls, das Leben mit dem Dasein der Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit überhaupt in Eins zusammenfällt“. Levita, в. с., стр. 3; Koestlin въ своей System значительно уклоняется отъ объективнаго взгляда и придаетъ гораздо болѣе значенія состоянію крайней необходимости въ тѣсномъ смыслѣ.

¹⁴⁹) Кестлинъ въ neue Revision, впрочемъ, выражается объ этомъ очень неопредѣленно, упоминая вообще о соотношеніи жизни съ правами отдѣльной личности, но въ своей System, § 37, прямо принимаетъ право нужды во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ жизнь сталкивается съ отдѣльнымъ правомъ личности. Ср. Waechter, sächs. Str., стр. 364, пр. 5 и 6; Geyer, в. с., стр. 7.

¹⁵⁰) Levita, в. с., стр. 14, относитъ сюда: столкновение разныхъ правъ, психическое принужденіе и физическое принужденіе, нарушая тѣмъ самымъ основной законъ логики—единство дѣлящаго признака.

¹⁵¹) Это сознаютъ и нѣкоторые изъ сторонниковъ этого взгляда, такъ Вессели, в. с., стр. 15, признаетъ, вслѣдъ за Кантомъ, посягательство на жизнь для спасенія жизни фактомъ преступнымъ но не наказуемымъ, и притомъ не по юридическимъ началамъ, но по соображеніямъ уголовной политики. Логика сильно страдаетъ отъ подобныхъ эклектическихъ попытокъ. Бернеръ, учебникъ, стр. 419, хотя и различаетъ право нужды и крайнюю необходимость, но считаетъ оба случая причиною ненаказуемости, крайнюю необходимость вслѣдствіе извиняемости, а право нужды—какъ право. Доводы его, впрочемъ, крайне странны; такъ, напр., для обоснованія права нужды онъ довольствуется только такимъ *однимъ* положеніемъ, что невотроженіе въ подобныхъ случаяхъ въ чужое право означало бы не нравственность возвышенную, а простую глупость.

шается на кровосмѣшеніе, смотритель тюрьмы на освобожденіе арестантовъ и т. п.

160. Постановленія о крайней необходимости въ нашемъ правѣ встрѣчаются гораздо позже постановленій объ оборонѣ, а именно только въ уложеніи 1648 года ¹⁵²⁾, и то въ одномъ исключительномъ случаѣ. Глава X, ст. 282—283 говорить: «А будетъ кто у кого собаку убьеть нарочнымъ дѣломъ, и на немъ по сыску велѣть за ту собаку допряма указную цѣну отдать истцу». «А будетъ кто собаку убьеть ручнымъ боемъ, бороняся отъ себя, и ему за ту собаку не платить и въ вину ему того не ставить». Гораздо подробнѣе говорить о крайней необходимости воинскій уставъ 1716 года. Такъ арт. 154, опредѣляя смертоубійство, относить сюда только такіе случаи, когда лишеніе жизни было сдѣлано «безъ нужды и безъ смертнаго страху», т. е., другими словами, не считаетъ убійство преступнымъ, когда оно было вынуждено страхомъ за собственную жизнь; далѣе, въ артикулѣ 180, говоря объ ответственности за истребленіе чужаго имущества, уставъ прибавляетъ: «развѣ по необходимой нуждѣ востребуется и на то позволится», т. е. будетъ дано дозволеніе законнаго начальства. Наконецъ, извѣстное толкованіе на ст. 195 говоритъ: «наказаніе воровства обыкновенно умалется или весьма оставляется, ежели кто изъ крайней голодной нужды (которую онъ доказать имѣеть) съѣстное, или питейное или иное что не великой цѣны украдетъ». Крайне сѣстительно отнесся къ данному вопросу проектъ 1813 года, вовсе отказываясь признать въ крайней необходимости обстоятельство, устраниющее ответственность. По ст. 91, совершеніе преступленія по крайней бѣдности и нуждѣ, для спасенія себя отъ неизбѣжной гибели, разсматривалось только какъ обстоятельство, уменьшающее ответственность, а въ ст. 551 указывалось, что за кражу съѣстныхъ припасовъ или другихъ необходимыхъ потребностей, въ случаѣ доказанной крайней нужды, когда украдено столько, сколько для насыщенія или удовлетворенія надобно было, судить по полицейскимъ законамъ. Постановленія свода законовъ, по обычаю, крайне неопредѣленны и противорѣчивы. Ст. 147 (изд. 1842 г.) говорила: «что преступленіе, учиненное кѣмъ-либо по насильству, не вѣняется въ вину, когда будетъ доказано и судомъ признано, что принужденіе точно было насильственнымъ и непреодолимо», но эта статья не опредѣляла, что понимать подъ принужденіемъ, и ссылалась на такія статьи воинскаго устава, которыя вовсе сюда не подходили. Затѣмъ во-2-мъ п. 141 ст. сводъ относилъ къ обстоятельствамъ, уменьшающимъ вину, и тотъ случай, когда доказано будетъ, что преступленіе учинено по крайней нуждѣ и бѣдности, цитируя и здѣсь, какъ источникъ, приведенное выше толкованіе на артикулѣ 195 воин. устава. Въ раздѣлѣ же убійства и воровства никакихъ особливыхъ постановленій о крайней необходимости не находилось.

Также далеко неудачными представляются постановленія дѣйствующаго права, ст. 100, какъ по своей неопредѣленности, такъ и по невѣрности самаго взгляда на данный институтъ, какъ это будетъ указано далѣе. Мировой уставъ

¹⁵²⁾ Указанія Неклюдова, приложенія, стр. 420 и сл., на постановленія древнѣйшаго права совершенно не вѣрны, потому что постановленія такъ-называемаго устава Ярослава о земскихъ дѣлахъ составляютъ, какъ извѣстно, простой переводъ изъ Юстищановыхъ книгъ, а постановленія русской правды (Карамз. спис. ст. 68, Троицк. ст. 50) о растратѣ чужаго имущества имѣють въ виду истребленіе имущества по несчастному случаю, въ противоположность вину, а вовсе не истребленіе въ защиту своихъ правъ. Ср. Владимірскій-Будановъ, христоматія, стр. 65. Также не вѣрна ссылка г. Неклюдова на ст. 18, гл. XXII, уложенія 1648.

довольствуется общим замѣчаніемъ, что проступки не вѣняются въ вину, когда они совершены по принужденію отъ непреодолимой силы, такъ что для его разъясненія необходимо имѣть въ виду постановленія уложенія ¹⁵³⁾.

161. Изъ всѣхъ обстоятельствъ, уничтожающихъ противозаконность дѣянія, состояніе крайней необходимости всего ближе смыкается къ ученію о причинахъ, уничтожающихъ способность къ вѣненію. Страхъ опасности, вызывающій вторженіе въ чужія права, можетъ достигнуть такихъ размѣровъ, что уничтожаетъ способность къ самоопредѣленію, къ оцѣнкѣ совершающагося, но и тогда оба эти понятія не должны быть смѣшиваемы, какъ въ интересахъ теоретическихъ, такъ и со стороны практической, въ виду различія ихъ юридическаго значенія.

Хотя и существуетъ дѣлая школа, рассматривающая крайнюю необходимость, а въ особенности психическое принужденіе, какъ причину невѣняемости, но несостоятельность этого взгляда совершенно очевидна. Съ одной стороны, парализація умственной дѣятельности, подъ вліяніемъ аффектовъ страха или ужаса, можетъ существовать и при отсутствіи тѣхъ условій, которыя характеризуютъ юридическое понятіе необходимости, съ другой—еще чаще—лицо, находящееся въ подобномъ положеніи, можетъ дѣйствовать вполне хладнокровно и обдуманно, сознавая всѣ фактическія и юридическія условія своей дѣятельности. Даже тамъ, гдѣ состояніе невѣняемости и необходимости совпадаютъ, они должны быть различаемы другъ отъ друга, во-1-хъ, въ виду различнаго вліянія ихъ на отвѣтственность соучастниковъ; во-2-хъ, въ виду того, что пораженіе психической дѣятельности иногда сохраняетъ свое вліяніе на отвѣтственность и тогда, когда состояніе необходимости уже теряетъ всякое значеніе, напр., когда виновный переступилъ предѣлы необходимости, когда онъ защищалъ низшее право на счетъ высшаго, когда онъ, охраняя свои права, нарушилъ свои спеціальныя обязанности и т. д.

Переходя же къ разсмотрѣнію юридическихъ условій этого института, мы и здѣсь, какъ и въ состояніи обороны, должны различать два составные элемента: нападеніе и защиту; слѣдовательно, должны разсмотрѣть тѣ же самыя вопросы, какъ и въ ученіи о необходимой оборонѣ.

б) Причины, создающія состояніе необходимости.

162. Причинами подобнаго положенія могутъ быть или силы природы, или дѣйствія чловѣка.

¹⁵³⁾ Противоположное мнѣніе высказываетъ г. Неелюдовъ, какъ въ „приложеніяхъ“, стр. 424, такъ и въ „руководствѣ“, стр. 46. Но несостоятельность этого взгляда, противорѣчающаго основнымъ положеніямъ о взаимныхъ отношеніяхъ закона главнаго и вспомогательнаго, подтверждается даже и его собственными соображеніями, см. руководство, стр. 32, пр. 1.

Въ ученіи объ оборонѣ, какъ мы видѣли, силы природы, какъ источникъ опасности, не имѣють почти никакого юридическаго значенія; наоборотъ, въ ученіи о необходимости онѣ выдвигаются на первое мѣсто и большинство кодексовъ и теоретиковъ, говоря о крайней необходимости, имѣють въ виду или по преимуществу, или даже исключительно случаи этого рода.

Таковыми причинами опасности могутъ быть, во-первыхъ, дѣйствія силъ стихійныхъ: капитанъ корабля во время бури для спасенія судна и людей выбрасываетъ за бортъ товары; хозяинъ дома, которому грозитъ пожаръ, разламываетъ примыкающія къ его стѣнѣ постройки сосѣда и т. п. Далѣе, дѣйствія животныхъ: я, защищаясь отъ собаки, быка, истребляю чужое имущество, или, возьмемъ школьный примѣръ, — спасающіеся отъ стаи волковъ бросаютъ имъ на свѣденіе одного изъ своихъ товарищей. Наконецъ, физиологическіе или, общіе, биологическіе процессы, совершающіеся въ самомъ дѣятелѣ и угрожающіе ему опасностью. Таковы, напр., случаи посягательства на чье-либо право, совершенные подъ влияніемъ ощущеній голода, холода; сюда же должны быть отнесены случаи такъ-называемой перфорации, т. е. истребленія младенца въ утробѣ, при невозможности естественнаго родоразрѣшенія и т. п.

163. Вторую группу составляютъ тѣ случаи, при которыхъ кто-либо, защищаясь отъ нападеній безумнаго, пьянаго, причиняетъ вредъ третьимъ лицамъ. Съ этой же точки зрѣнія должны быть разсматриваемы и тѣ факты, когда опасное положеніе произведено лицомъ, хотя и находящимся въ состояніи вмѣняемости, но дѣйствовавшимъ случайно, или, правильнѣе говоря, не сознавая и не имѣя въ виду того положенія, въ которое поставили другаго его дѣйствія.

164. Наконецъ, къ третьей категоріи относится опасность, вызываемая злою волею лица. Въ свою очередь и здѣсь возможны два рода случаевъ: 1) нападающій грозитъ непосредственно правамъ и благамъ лица — другими словами, лицо находится въ состояніи обороны, но, защищаясь, причиняетъ вредъ не тому, кто нападаетъ, а третьему лицу, напр., на меня напали и хотять побить, а я, вмѣсто себя, подставляю подъ ударъ перваго попавшагося подъ руку; 2) нападающій грозитъ моимъ правамъ условно, если я не выполню требуемаго имъ нарушенія чьихъ-либо правъ или вообще закона. Причемъ безразлично, будетъ ли это требованіе выражено общимъ образомъ — я долженъ вообще причинить указанному лицу какое-либо зло, или оно будетъ специализировано — я долженъ со-

вершить убійство, подлогъ; безразлично, употреблялъ ли принуждающій только словесныя угрозы или же физическія мученія: пытку, болѣе или менѣе продолжительное лишеніе свободы и т. п.

Иногда изъ понятія крайней необходимости выдѣляютъ тотъ случай, когда вредъ причиненъ лицомъ, являющимся какъ бы орудіемъ въ рукахъ другаго, а въ особенности, когда средствомъ принужденія были словесныя угрозы, и даютъ ему самостоятельное мѣсто въ системѣ подъ именемъ психическаго принужденія—*vis compulsiva*. Но уже Фейербахъ¹⁵⁴⁾ подвелъ его подъ понятіе крайней необходимости. Дѣйствительно, правильность этого взгляда подтверждается сравненіемъ случаевъ того и другаго рода. Лицу А. предстояла дилемма: или погибнуть самому, или погубить другаго; конечно А. могъ выбрать первое, и тогда мы можемъ быть говорили бы о героизмѣ лица, о высокомъ значеніи самоотреченія, смотря, конечно, по мотивамъ, опредѣлившимъ выборъ, но А. выбралъ второе, и мы говоримъ, что въ его дѣяніи все-таки нѣтъ условій, необходимыхъ для понятія преступленія. Теперь представимъ себѣ другой примѣръ. Лицо А. требуетъ отъ Б., чтобы онъ выстрѣлилъ въ В., грозя въ противномъ случаѣ лишить его жизни; опять та же дилемма, та же возможность выбора и тоже отсутствіе условій преступности въ случаѣ подчиненія требованію¹⁵⁵⁾.

Но, разсматривая такимъ образомъ принужденіе психическое, какъ видъ крайней необходимости, мы однако предполагаемъ, что лицо принуждаемое было интеллектуальнымъ, а не физическимъ орудіемъ въ рукахъ преступника, что для него существовала возможность слѣдить выборъ, рѣшиться; тамъ же, гдѣ было физическое принужденіе (*vis absoluta*), гдѣ преступникъ дѣйствовалъ даннымъ лицомъ, какъ всякимъ другимъ матеріальнымъ орудіемъ, напр. билъ кого-либо его рукою, о состояніи необходимости, какъ продуктѣ выбора и сознательной рѣшимости, не можетъ быть и рѣчи.

Изъ новыхъ кодексовъ германское уложеніе разсматриваетъ отдѣльно принужденіе, происшедшее отъ психическаго (но не физическаго) насилія со стороны члвѣка (§ 52) и принужденіе, происходящее отъ силъ природы (§ 54), которое оно и называетъ состояніемъ необходимости¹⁵⁶⁾; напротивъ того *code pénal*, § 64, гово-

¹⁵⁴⁾ Фейербахъ, *Lehrbuch*, § 91, различалъ слѣдующіе случаи крайней необходимости: 1) совершеніе дѣянія въ состояніи нестерпимыхъ мученій, и 2) въ виду опасности, происходящей или отъ несчастнаго случая, или отъ противозаконнаго насилія другаго лица. Ср. *Mittermaier zu Feuerbach*, § 91, пр. II; § 36, пр. I; *Ortolan, éléments*, II, № 363. То же принимаютъ и многіе изъ криминалистовъ, не разделяющіе взгляда Фейербаха на крайнюю необходимость: *Hälschner, System*, § 41. См. въ особенности *Waechter, sächs. Str.*, стр. 356—358, 383; *Бернеръ, Лефита*, напротивъ того, отдѣляютъ психическое принужденіе отъ крайней необходимости; *Geib, Lehrbuch*, II, стр. 220. Онъ мотивируетъ это тѣмъ, что при психическомъ принужденіи угрожаемому точно указанъ и самый выходъ изъ опаснаго положенія, а при кр. н. представляется болѣе свободы въ выборѣ исхода; поэтому онъ считаетъ состояніе кр. н. болѣе преступнымъ; очевидно, что это различіе случайное. *Marquardsen*, в. с. стр. 400.

¹⁵⁵⁾ Самое различіе терминовъ „принужденіе“ и „необходимость“ зависитъ только отъ различныхъ точекъ дѣянія на одно и то же явленіе. Разсматривая дѣйствія даннаго лица по отношенію къ причинѣ, ихъ вызвавшей, мы говоримъ о принужденіи, а разсматривая тѣ же дѣйствія по отношенію къ ихъ результатамъ, мы говоримъ о необходимости: необходимость вызывается принужденіемъ; принужденіе создаетъ необходимость. Безъ всякаго основанія разделять эти два понятія Спасовичъ въ учебникѣ, стр. 145. Также неправильно опредѣленіе у Кистяковскаго, учебникъ, № 200, а въ § 202, онъ противорѣчитъ своему же опредѣленію.

¹⁵⁶⁾ Хотя въ этомъ отношеніи германское уложеніе держится той системы, которая преобладала въ прежнихъ нѣмецкихъ кодексахъ, но такое раздѣленіе двухъ тождествен-

рять о принужденіи отъ такой силы, которой нельзя было сопротивляться ¹⁵⁷⁾. Такимъ же общимъ образомъ говорить, въ ст. 100, и наше уложение о принужденіи отъ превосходящей силы, не дѣлая никакихъ болѣе подробныхъ ея опредѣленій, такъ что подъ дѣйствіе статьи 100 могутъ быть вполнѣ подведены всѣ, разсмотрѣнные выше, виды крайней необходимости ¹⁵⁸⁾.

в) Условія опасности при крайней необходимости.

165. Завися отъ субъективныхъ причинъ, которыя, какъ мы видѣли, отчасти обосновываютъ и необходимую оборону, крайняя необходимость во многомъ сходится съ нею и относительно условій, характеризующихъ нападеніе.

Прежде всего законъ не можетъ признать состояніе необходимости тамъ, гдѣ онъ не признаетъ права обороны; такимъ образомъ не можетъ быть оправдано причиненіе кому-либо вреда или вообще нарушеніе закона, совершенное для защиты какихъ-либо правъ или благъ, которымъ угрожаютъ законныя дѣйствія органовъ государственной или общественной власти или даже и частныхъ лицъ. Если по судебному приговору описывается имущество и хозяинъ его обманнымъ образомъ подмѣнить свое имущество чужимъ, то онъ не можетъ сослаться на крайнюю необходимость; арестантъ, совершившій какое-либо насильственное дѣйствіе надъ стражею для освобожденія

ныхъ понятій представляется и не нужнымъ и практически вреднымъ, такъ какъ отъ этого часто зависитъ различіе въ самомъ объемѣ кр. н. Ср. обстоятельный разборъ такого дѣленія уже у Вехтера, *sächs. Str.*, стр. 385—387. Еще несостоятельны въ этомъ отношеніи были постановленія прусскаго уложенія 1851, которое, подобно баварскому 1813, говорило только объ угрозахъ, разсматривая это состояніе, какъ причину невѣроятности. Hälschner, *System*, § 69; Waechter, *v. s.*, стр. 387—389; правильнаго взгляда держались кодексы: брауншвейгскій, саксонскій. Всю ближе къ нашему уложенію подходятъ выраженія австрійскаго кодекса 1852, § 2, *lit. g.*, который уничтожаетъ отвѣтственность въ случаѣ совершенія дѣянія подъ влияніемъ непреодолимаго принужденія.

¹⁵⁷⁾ Хотя многіе изъ нѣмецкихъ криминалистовъ, какъ Вехтеръ, Шварце, Гольдаммеръ, объясняютъ неправильный взглядъ на данный вопросъ прусскаго кодекса влияніемъ французскаго права, но это объясненіе противорѣчитъ какъ тексту *code pénal*, такъ и мнѣнію французскихъ криминалистовъ, которые прямо подводятъ подъ ст. 64 какъ психическое принужденіе, такъ и крайнюю необходимость; они даже относятъ сюда же и принужденіе физическое. Ortolan, *éléments*, № 373; Haus, *principes*, № 536. Trébutien, *v. s.*, стр. 132, относитъ сюда и исполненіе требованія закона или приказа законной власти. Нѣсколько иначе смотритъ F. Hélie, см. въ изданіи Нипельса, I, № 905 и сл.

¹⁵⁸⁾ г. Лохвицкій, *курсь*, стр. 126, говоритъ совершенно бездоказательно, „что всѣ выраженія ст. 100, взятыя въ совокупности, сравненіе съ другими кодексами и судебными толкованіями показываетъ, что здѣсь говорится о силѣ *внѣшней*“, не объясняя, впрочемъ, что понимаетъ онъ подъ этимъ выраженіемъ. Еще страннѣе его разсужденія на стр. 127—128, о принужденіи отъ силъ природы и о границахъ принужденія и обороны, Нѣкоторые французскіе криминалисты, напр., Trébutien, F. Hélie, также говорятъ о „*cause extérieure à l'agent*“, но противоположая эти случаи влиянію страстей и увлеченій. Ср. въ особенности Herbst, *Handbuch*, стр. 69, № 2.

денія себя изъ тюрьмы, не можетъ ссылаться на то, что онъ былъ вынужденъ къ такому дѣйствию необходимостью спасти свою свободу ¹⁵⁹).

166. Гораздо сложнѣе становится вопросъ тамъ, гдѣ опасное положеніе вызвано самимъ лицомъ, ссылающимся на необходимость. Такъ какъ при крайней необходимости причины, устраняющія отвѣтственность, имѣють чисто субъективный характеръ, то для оцѣнки подобнаго условія необходимо приложить общія начала объ отвѣтственности за умыселъ и неосторожность ¹⁶⁰).

Здѣсь возможны слѣдующія комбинаціи:

1) Лицо, совершая какое-либо дѣйствіе, хотя и вызвало опасность для своихъ собственныхъ правъ, но при такихъ условіяхъ, что оно не только не предвидѣло, но и не могло предвидѣть этой опасности, оно, конечно, будетъ находиться въ такомъ положеніи, при которомъ вредъ, имъ причиненный, можетъ оправдываться необходимостью. Такъ лицо, случайно поджегшее домъ и причинившее затѣмъ, для спасенія своей жизни, нарушеніе чьихъ-либо правъ, разумѣется, находится въ состояніи крайней необходимости; или, напр., лицо, прокутившее свое имущество и затѣмъ оказавшееся въ состояніи голодной нужды, находится въ этотъ моментъ въ такомъ же положеніи, какъ и тотъ, которому грозитъ голодная смерть вслѣдствіе кораблекрушенія, пожара.

2) Если же лицо могло предвидѣть, что, совершая извѣстное дѣйствіе, оно поставитъ себя въ такое положеніе, изъ котораго возможенъ только одинъ выходъ посредствомъ правонарушенія, то, конечно, это правонарушеніе можетъ быть ему вѣнчано, какъ неосторожность. При этомъ безразлично, было ли самое дѣяніе дозволено закономъ или запрещено; мало того, тотъ же самый принципъ отвѣтственности долженъ быть примѣненъ и къ тѣмъ случаямъ, когда вредъ причиненъ нападающимъ на чье-либо право при самомъ нападеніи. Такимъ образомъ, тотъ, кто, напр., безразсудно раскачавъ лодку, уронилъ себя и своего спутника въ воду и затѣмъ, спасая себя, утопилъ другаго, или ночной воръ, по неосторожности учинившій поджогъ и затѣмъ для спасенія себя принужденный погубить кого-либо изъ находящихся въ домѣ, — могутъ разсматриваться какъ виновники неосторожнаго лишенія жизни. Конечно, при самой оцѣнкѣ неосторожности нужно принять во вниманіе то сложное отношеніе, въ которомъ находится первоначальное дѣйствіе лица и причиненный вредъ и то положеніе, въ которомъ находилось данное лицо.

3) Наконецъ, возможно, что лицо совершило извѣстное дѣйствіе, сознавая,

¹⁵⁹) См. Haus, principes, № 541; Wessely, в. с., стр. 22, — можетъ ли свидѣтель оправдывать данное имъ на судѣ ложное показаніе тѣмъ, что онъ долженъ былъ въ противномъ случаѣ сознаться въ преступленіи?

¹⁶⁰) Многие изъ пѣмецкихъ кодексовъ ставятъ отсутствіе вызова условіемъ крайней необходимости (unverschuldete Nothstand), какъ, напр., новое германское уложеніе; другіе же не допускають оправданія въ тѣхъ случаяхъ, когда опасное положеніе было вызвано преступными дѣйствіями виновнаго. Ср. объ этомъ вопросѣ Waechter, sächs. Str., стр. 373—378; Geib, Lehrbuch, стр. 223; Wessely, в. с., стр. 25. Если разсматривать состояніе необходимости съ точки зрѣнія невѣроятности дѣйствующаго, то, разумѣется, вызванность опасности терять всякое значеніе. Ср. Geyer, Rechtslexicon, II, стр. 179.

что отъ этого произойдетъ для него такое опасное положеніе, которое должно привести къ нарушенію закона, или даже умышленно поставило себя въ такое положеніе, чтобы имѣть предлогъ для безнаказанности за умышленное или правонарушеніе. Конечно, въ такомъ случаѣ симулированное состояніе необходимости, предшествующее правонарушенію, теряетъ всякое значеніе.

Тѣ же начала должны быть примѣняемы и въ тѣхъ случаяхъ, когда понятіе необходимости какъ бы совпадаетъ съ понятіемъ обороны: я, напр., раздражилъ чужую собаку, быка, и затѣмъ, защищаясь, убилъ ихъ. Я отвѣчаю или за неосторожное истребленіе чужаго имущества, когда я дразнилъ по легкомыслію, изъ шалости, или за умышленное, если я дразнилъ именно, чтобы воспользоваться этимъ и убить. И въ томъ и въ другомъ случаѣ, конечно, существуетъ полное основаніе для обязанности вознаграждать за вредъ, какъ только будетъ доказано, что я дѣйствительно вызвалъ опасность.

167. Еще болѣе значенія, чѣмъ при оборонѣ, получаетъ неотвратимость опасности при крайней необходимости. На этомъ основаніи безнаказанное причиненіе вреда третьимъ лицамъ можетъ быть, конечно, допущено только въ томъ случаѣ, когда грозящая опасность имѣетъ характеръ неминувости, когда отъ этой опасности нельзя спастись иначе, какъ нарушивъ чье-либо право, или, какъ говорить наше уложеніе, когда вредъ причиненъ въ защиту отъ опасности, въ то самое время неотвратимой другими средствами. Мы не можемъ забывать, что здѣсь основанія ненаказуемости имѣютъ только субъективный характеръ, что мы имѣемъ дѣло съ вторженіемъ въ сферу права, а не съ борьбою противъ неправды, что, поэтому, существованіе какого бы то ни было средства, какой бы то ни было возможности избѣжать опасности уничтожаетъ необходимость нарушенія.

Но нельзя не прибавить, впрочемъ, что и въ этихъ случаяхъ оцѣнка существованія этихъ условій должна быть не объективная, а субъективная, т.-е. съ точки зрѣнія лица, подвергающагося опасности, мы не должны забывать, какъ часто встрѣчается въ подобныхъ случаяхъ состояніе страха, испуга, какъ близко соприкасается состояніе необходимости съ причинами, уничтожающими вмѣняемость.

г) Блага, охраняемые въ состояніи необходимости.

168. Подобно оборонѣ, и крайняя необходимость можетъ служить основаніемъ ненаказуемости насилія, употребленнаго въ защиту какого бы то ни было права или блага.

Можно ли перечислить тѣ блага, защита которыхъ можно вторгнуться въ

сферу правъ другого лица, или же нужно довольствоваться общимъ положеніемъ, что возможна защита всякаго права? Мы видѣли уже, въ ученіи объ оборонѣ, какъ мало по малу это послѣднее положеніе вытѣснило различныя ограниченія, принимаемыя и теорією и законодательствомъ, но въ ученіи о крайней необходимости до сихъ поръ господствуетъ взглядъ противоположный; до сихъ поръ не только кодексы, но и большинство теоретиковъ стараются перечислить тѣ блага, защищая которыя можно сослаться на необходимость. Между тѣмъ стоитъ только вспомнить основной принципъ ненаказуемости дѣяній этого рода, и мы необходимо должны признать, что подобныя условія могутъ встрѣтиться при защитѣ всякаго блага. Я могу убить другого, охраняя свою жизнь—это бесспорно; но представимъ себѣ, что женщина, защищаясь отъ лица, желающаго ее изнасиловать, схватила чужую, можетъ быть весьма цѣнную палку и изломала ее о физиономію нападающаго: должна ли она отвѣчать за истребленіе чужаго имущества? Отвѣчаетъ ли тотъ, кто для защиты своей свободы выбьетъ раму въ чужой квартирѣ? Отвѣчаетъ ли хозяинъ дома, который, защищая свой домъ отъ грозящаго ему пожара, разрушить постройку сосѣда, примыкающую къ его дому? и т. п. ¹⁶¹⁾.

Очевидно, что различіе во взглядахъ на объемъ благъ, защищаемыхъ при крайней необходимости, зависить отъ самаго взгляда на основаніе ея безнаказанности. Такъ, защитники ученій Канта и Фихте, будучи послѣдовательными, должны бы были допустить существованіе необходимости при защитѣ всякаго права, а послѣдователи школы Гегеля только при защитѣ жизни; но въ дѣйствительности мы найдемъ, что не только въ законахъ, но и у теоретиковъ перечисленіе благъ, допускающихъ насильственную охрану, представляется совершенно произвольнымъ. Такъ, допускаютъ нарушеніе чьихъ-либо правъ или вообще закона только при защитѣ жизни—Кантъ, Фихте, Гегель, Аберггъ, Кестлингъ, Лефита, Росси, а изъ законодательствъ—вюртембергское, баденское; въ защиту только жизни и здоровья, Фейербахъ, Вехтеръ ¹⁶²⁾, Люденъ, Гефтеръ, Трѣбуттенъ,—изъ кодексовъ брауншвейгское, ганноверское, саксонское, ново-германское ¹⁶³⁾. Особенно же несостоятельными представляются тѣ писатели, которые допускаютъ при крайней необходимости защиту только жизни, а при психическомъ принужденіи—жизни и здоровья, какъ, напр., Гейбъ.

169. Состояніе необходимости можетъ быть основаніемъ ненаказуемости и при защитѣ другихъ лицъ. Ненаказуемость охраны

¹⁶¹⁾ То же положеніе, хотя и на другихъ основаніяхъ, защищаетъ Hälschner, System, § 68; Haus, principes, № 539; Geyer, Rechtslexicon, II, стр. 179; изъ кодексовъ баварскій, 1861 г.; австрійскій, 1852. Ср. Вессели, в. с., стр. 20; Бернеръ, учебникъ, стр. 418, пр. 2, относитъ сюда и прусское. Всего полѣзе было признано право защиты имущества на счетъ чужаго имущества въ римскомъ правѣ, напр., для спасенія дома во время пожара, собственныхъ товаровъ во время кораблекрушенія и пр. Ср. Вессели, в. с., стр. 5.

¹⁶²⁾ Впрочемъ, въ своемъ учебникѣ онъ признавалъ ненаказуемымъ и защиту имущества на счетъ имущества, но рассматривалъ этотъ случай отдѣльно отъ крайней необходимости.

¹⁶³⁾ Такъ что оно положительно исключаетъ оправданіе необходимостью въ случаѣ опасности для чести или имущества. Oppenhof, Strafgesetzbuch, § 52, пр. 12. Широкое толкованіе выраженію: „Gefahr für Leib“ даетъ Шварце, Commentar, стр. 236. Ср. объ этомъ вопросѣ Waechter, sächs. Str., стр. 367—368; Кистяковский, учебникъ, № 204.

другихъ лицъ можетъ быть доказана: во-1-хъ, существомъ самаго понятія необходимости и, во-2-хъ, ея юридическими свойствами.

Дѣяніе, предпринятое въ защиту другаго лица, находящагося въ крайности, не можетъ считаться опаснымъ для общества, заслуживающимъ наказанія, потому что и здѣсь мы встрѣчаемъ такое же перемѣшеніе объекта правонарушенія, какъ и при охранѣ личныхъ правъ. Это положеніе всего болѣе можетъ выясниться при разсмотрѣніи случаевъ, сюда относящихся. При мнѣ на ребенка напала собака или другое животное; защищая его, я убилъ это животное—виновенъ ли я въ истребленіи имущества? Спасая одного изъ утопающихъ, я, для спасенія его жизни, долженъ былъ оттолкнуть другаго и тѣмъ лишилъ его возможности спасти себя; докторъ, по требованію беременной, въ виду невозможности естественнаго родоразрѣшенія, сдѣлалъ перфорачію; капитанъ корабля, въ виду невозможности сохранить весь грузъ, выкинулъ часть его и тѣмъ спасъ остальное—можно ли разсматривать всѣ эти дѣйствія какъ преступныя, заслуживающія наказанія?

Другое основаніе—чисто-юридическое. Причины, уничтожающія наказуемость дѣяній, совершенныхъ по необходимости, лежатъ не въ лицѣ дѣйствующемъ, а въ дѣяніи, въ его отношеніи къ дѣйствующему. Не потому данный фактъ ненаказуемъ, 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. Но если причина безнаказанности заключается не въ дѣятель, а въ дѣяніи, то безнаказанны всѣ лица, принимавшія участіе въ этомъ дѣяніи, какую бы роль они ни играли, были ли они главными или второстепенными виновниками.

Само собою разумѣется, что это признаніе безнаказанности защиты третьихъ лицъ, находящихся въ состояніи крайней необходимости, стоитъ въ прямой зависимости отъ основнаго взгляда на это состояніе. Такимъ образомъ, Капто-Фейербаховская школа, разсматривая необходимость, какъ причину невмѣняемости, не могла, конечно, допустить возможность безнаказанной защиты третьихъ лицъ. Къ такому же выводу должна была придти послѣдовательно и школа Фихте, такъ какъ юридическія отношенія прекращаются только между тѣмъ, кто находится въ состояніи нужды, и тѣмъ, на чей счетъ онъ долженъ былъ спастись. Напротивъ того, школа гегелянцевъ, въ тѣхъ узкихъ предѣлахъ, въ которыхъ она допускала право нужды, признавала это право какъ для защиты своихъ правъ, такъ и правъ третьихъ лицъ ¹⁶⁴).

При этомъ, конечно, право защиты третьихъ лицъ вовсе не зависитъ отъ того отношенія, въ которомъ они находились къ помогаемому: для оправданія помощи нужно только, чтобы они дѣйствительно находились въ крайнемъ положеніи ¹⁶⁵).

Даже и въ тѣхъ кодексахъ, равно какъ и у теоретиковъ, которые допускаютъ

¹⁶⁴) См. Waechter, sächs. Str., стр. 368—372; Geib, Lehrbuch, стр. 224—225; Вессели, в. с., стр. 26—34, допускаетъ при Nothrecht защиту всякаго третьяго лица, а при Nothstand—только близкихъ лицъ. Будзинскій, начала, стр. 130, находитъ спасеніе жизни посторонняго лица на счетъ жизни другаго даже противнымъ морали. Ср. Спасовичъ, учебникъ, стр. 103.

¹⁶⁵) Того же мнѣнія держался: Гельшнеръ, System, § 68; Бернеръ, учебникъ, § 85; Ortolan, éléments, № 358, Haus, principes, № 539. Можно представить себѣ даже такіе случаи, гдѣ лица, которымъ грозитъ опасность, совершенно неопредѣлены, напр., въ случаяхъ экспроприачіи или конфискаціи хлѣбныхъ запасовъ во время голода.

возможность охраны третьих лиц, находящихся въ опасномъ состояніи, встрѣчаются попытки ограничить число тѣхъ лицъ, которымъ можетъ быть оказываема помощь. При этомъ, основанія для этого ограниченія ищутъ не въ условіяхъ положенія того лица, которому помогали, а въ его отношеніяхъ къ помогавшему. Такъ большинство нѣмецкихъ кодексовъ допускаютъ только возможность помощи близкимъ лицамъ¹⁶⁶. Но кто же близкія (angehörige) лица? Одни довольствуются общимъ названіемъ, не давая ему опредѣленія, другіе ограничиваются самою общою характеристикою, называя близкими, напр., тѣхъ, о которыхъ обвиняемый долженъ былъ заботиться; но большинство считаетъ необходимымъ точно перечислить лицъ, подходящихъ подъ эту категорію. Такую систему принимаетъ, напр., новое нѣмецкое уложеніе, ст. 52, которое говоритъ: «какъ близкія лица, должны разсматриваться: родственники и свойственники по восходящей и нисходящей линіи, усыновители и воспитатели, равно какъ и усыновленные и воспитанники; супруги, братья и сестры и ихъ супруги и обрученные». Очевидно, что подобное перечисленіе представляется совершенно формальнымъ, совершенно не соответствующимъ существу разсматриваемаго вопроса, а потому и несостоятельнымъ. Какъ часто между старыми закадычными пріятелями, школьными товарищами, встрѣчаются отношенія гораздо болѣе близкія, чѣмъ между родственниками. Чтѣ дѣлать, если кто нибудь находится въ болѣе близкихъ отношеніяхъ къ двоюродному, а не къ родному брату. Или представимъ себѣ такой случай: тонуть двѣ дѣвушки—спасти одну можно только на счетъ другой—нылкій юноша, бросившись на помощь, предпочитаетъ спасти хорошенькую на счетъ дурной, молоденькую на счетъ старой,—что же: долженъ ли онъ отвѣчать за свой поступокъ? Долженъ ли онъ оставить ихъ обѣихъ на произволъ судьбы, такъ какъ онъ не находится ни къ одной изъ нихъ въ тѣхъ отношеніяхъ, о которыхъ говоритъ законъ? Нужно ли доказывать несостоятельность подобнаго положенія? Также мало оснований представлять и другое мнѣніе, оправдывающее вмѣшательство только въ томъ случаѣ, когда лицо было обязано по своему званію помочь находящемуся въ нуждѣ; такова, напр., обязанность врача совершить перфорацию при невозможности естественнаго родоразрѣшенія¹⁶⁷. Точно также и въ подобномъ случаѣ извращается самое существо отношеній, возникающихъ при состояніи необходимости, а съ другой стороны, и самое признаніе подобнаго права только за лицами, занимающими извѣстное положеніе, представляется совершенно произвольнымъ.

170. Что касается до нашего права, то районъ блага, для защиты которыхъ можно совершить правонарушенія, крайне ограниченъ, такъ какъ ст. 100 уложенія говоритъ объ опасности, «грозящей его жизни». Если держаться буквально текста закона, то приходится сдѣлать слѣдующіе выводы. По отношенію къ собственнымъ благамъ уложеніе допускаетъ только охрану жизни, устраняя возможность защиты не только имущества, чести, свободы, но даже и тѣлесной неприкосновенности: дѣвушка, которая, защищаясь отъ лица, пытающагося ее изнасиловать, истребить или испортить чужую вещь, по буквѣ закона не можетъ оправдываться необходимостью. Нечего и говорить, что практика не можетъ строго согласоваться съ этими постановленіями, въ особенности при оцѣнкѣ виновности присяжными, тѣмъ болѣе, что при спасеніи себя отъ грозившей опас-

¹⁶⁶) Вюртембергское, брауншвейгское, баденское, саксонское, баварское; изъ криминалистовъ: Вехтеръ, Гейбъ, Шварце.

¹⁶⁷) Geib, Lehrbuch, II, стр. 225.

ности иногда весьма трудно рѣшить, какому именно благу угрожаетъ эта опасность ¹⁶⁸).

Что касается до защиты другихъ лицъ, то хотя уложеніе и здѣсь, повидимому, держится самаго строгаго взгляда, говоря только о защитѣ собственной жизни, но строгость этого правила смягчается общимъ положеніемъ о ненаказуемости соучастниковъ непротивозаконнаго дѣянія. Поэтому лицо, помогавшее другому, котораго жизнь подвергалась опасности, не можетъ подлежать наказанію и по уложенію, какую бы роль ни играло это постороннее лицо при оказаніи помощи и въ какихъ бы отношеніяхъ ни находилось оно къ погибающему, т.-е. безразлично, была ли оказана помощь человѣку совершенно постороннему или близкому родственнику ¹⁶⁹).

д) Вторженіе въ чужія права и его границы.

171. Какъ и при оборонѣ, характеръ воли лица, защищающаго свои права по необходимости, не представляетъ особаго значенія. Его дѣйствія могутъ быть вполне обдуманны, хладнокровны, могутъ быть совершены въ горячности, вызванной страхомъ.

Что касается до внѣшней стороны дѣяній, совершаемыхъ въ состояніи крайней необходимости, то они въ этомъ отношеніи должны быть раздѣлены на двѣ категоріи.

Къ 1-й должны быть отнесены тѣ случаи, въ которыхъ по необходимости нарушается законъ, но безъ нарушенія чьего-либо субъективнаго права. Случаи этого рода встрѣчаются весьма часто. Женщина, подъ влияніемъ угрозы лишить ее жизни, или не вытерпѣвъ физическихъ мученій, склонилась на кровосмѣшеніе, прелюбодѣяніе; кто либо при тѣхъ же условіяхъ даетъ ложное свидѣтельское показаніе; лицо А, спасаясь отъ напавшей на него собаки, забѣжало съ зажженной папироскою во рту въ такое мѣсто, гдѣ курить запрещено, и т. д. Во всѣхъ этихъ примѣрахъ, конечно, нарушеніе закона не будетъ наказуемо, такъ какъ оно было совершено для избѣжанія неотвратимой опасности, грозящей какимъ-либо благамъ лица.

При этомъ безразлично, какого рода правонарушеніе было совершено виновнымъ, т.-е. необходимость имѣетъ одинаковое значеніе, какъ при тяжкихъ преступленіяхъ, каково, напр., положимъ, кровосмѣшеніе, такъ и при незначитель-

¹⁶⁸) Даже и въ самомъ законѣ мы можемъ найти нѣкоторыя, хотя и косвенныя указанія на возможность отступленія отъ строгаго текста статьи 100. Такъ по 1-му п. ст. 157 м. у. не вѣняются въ вину мелочныя порубки, сдѣланныя пробѣжающими въ лѣсу для необходимой въ пути починки, за исключеніемъ лишь деревь, посѣянныхъ и посаженныхъ. Ср. Лохвицкій, курсъ, стр. 125.

¹⁶⁹) Невѣрное мнѣніе было высказано мною по этому вопросу въ изслѣдованіи о преступленіяхъ противъ жизни, т. 1, № 129.

ныхъ полицейскихъ нарушеніяхъ; она сохраняетъ свое значеніе даже и при тѣхъ дѣяніяхъ, въ которыхъ законъ смотритъ главнымъ образомъ на объективную сторону, не обращая вниманія на характеристику преступной воли, подвергая, напр., одинаковымъ наказаніямъ за умыселъ и неосторожность. Исключеніе изъ указаннаго правила составляютъ только нарушенія специальныхъ обязанностей, при которыхъ законъ устраняетъ всякое вліяніе необходимости ¹⁷⁰⁾.

172. Къ 2-й группѣ должны быть отнесены тѣ случаи, въ которыхъ лицо, по необходимости, не только нарушаетъ законъ, но и посягаетъ на какія-либо права отдѣльнаго лица, будутъ ли эти права имущественныя или личныя, начиная отъ низшихъ и кончая самыми высшими. Собственно эти случаи и имѣютъ исключительно въ виду, когда говорятъ о крайней необходимости, опредѣляя ее какъ особый видъ коллизіи правъ.

Не трудно видѣть, что ограниченіе объема крайней необходимости только случаями втораго рода не имѣетъ никакого основанія, такъ какъ эти факты, по своей юридической конструкціи, совершенно сходны съ отнесенными къ первой категоріи. Мало того, тѣ теоретики, которые допускаютъ подобное ограниченіе, принуждены вовсе умалчивать о случаяхъ первой группы, такъ какъ нѣтъ никакого другаго института въ уголовномъ правѣ, къ которому они могли бы быть отнесены.

Наше уложеніе общимъ образомъ говоритъ, что содѣянное не вмѣняется въ вину, учинившему *противозаконное дѣяніе* вслѣдствіе принужденія; слѣдовательно, даетъ полное право примѣнить постановленія статьи 100 къ обѣимъ вышеуказаннымъ категоріямъ.

173. Но, разумѣется, это дозволенное закономъ вторженіе въ сферу правъ третьихъ лицъ должно имѣть точно опредѣленныя границы; эти границы имѣютъ совершенно иной характеръ, нежели при оборонѣ.

При оборонѣ мѣра оборонительныхъ дѣйствій опредѣляется характеромъ и силою нападенія, но, очевидно, что этотъ масштабъ не можетъ быть приложенъ къ состоянію необходимости. Тамъ эта мѣра имѣетъ полное основаніе, такъ какъ имѣется въ виду борьба съ нападеніемъ, устраненіе или прекращеніе его; но при необходимости, гдѣ нѣтъ борьбы съ неправомъ, гдѣ рѣчь идетъ о вторженіи въ сферу правъ третьихъ лицъ, не имѣющихъ никакого отношенія къ нападающему, масштабъ для опредѣленія размѣровъ вторженія долженъ быть иной.

Сила и размѣры нападенія могутъ имѣть значеніе только при опредѣленіи одного изъ условий вторженія, — а именно неизбѣжности и неотвратимости опасности, или же могутъ служить доказательствомъ того, что нападеніе не только подвергало опасности данное лицо, но и произвело въ немъ такое психическое состояніе, при которомъ оно утратило обладаніе своими умственными способностями.

¹⁷⁰⁾ Ortolan, éléments, II, № 376. Почти всѣ законодательства говорятъ, напр., о нарушении служебной обязанности, а именно превышеніе власти, вслѣдствіе необходимости. Ср. уложеніе, ст. 340. Ср. также случай, указанный въ 93 ст. м. у.

Границы вторженія при состояніи крайней необходимости должны быть выводимы из ея юридическаго обоснованія. Вредъ, причиняемый находящимся въ такомъ положеніи, считается ненаказуемымъ потому, что въ немъ нѣтъ достаточныхъ субъективныхъ условий для примѣненія уголовной кары, а самое дѣйствіе притомъ для общества безразлично. Но такое положеніе совершенно измѣнится, какъ скоро перенесеніе вреда съ одного субъекта на другой оказывается для общества далеко не безразличнымъ. Въ такихъ случаяхъ оно можетъ потребовать, чтобы каждый членъ общества пожертвовалъ своимъ угрожаемымъ правомъ, а не вторгнулся въ сферу правъ третьихъ лицъ, не нарушалъ закона, и будетъ считаться наказуемымъ такое вторженіе, хотя бы виновный и ссылался въ свое оправданіе на опасность, грозившую его личнымъ благамъ.

174. Наказуемость вторженія въ чужія права можетъ зависѣть отъ двухъ причинъ: а) отъ особыхъ обязанностей, лежащихъ на лицѣ, и б) отъ несоответственности права нарушаемаго и защищаемаго по ихъ важности.

Въ обществѣ мы весьма нерѣдко встрѣчаемся съ такого рода дѣятельностью, въ существѣ которой заключается обязанность борьбы съ опасностями разнаго рода; лица, на которыхъ возлагается такая дѣятельность, не могутъ, конечно, оправдываться опасностью въ случаѣ нарушенія ими своихъ обязанностей, если они только дѣйствовали сознательно. Солдатъ не можетъ оправдывать свой побѣгъ съ поля сраженія опасностью для своей жизни; пожарный не можетъ на этомъ же основаніи отказаться участвовать въ тушеніи пожара и т. д.

При этомъ, конечно, безразлично, были ли приняты эти обязанности даннымъ лицомъ добровольно, по свободному соглашенію, или же онѣ наложены на него, помимо его воли, какъ одна изъ повинностей государственныхъ.

Но въ какихъ же случаяхъ существованіе особой обязанности уничтожаетъ возможность оправдывать нарушение закона необходимостью? Достаточно ли для этого доказать существованіе какихъ-либо специальныхъ обязанностей даннаго лица, или же необходимо особое указаніе закона? Очевидно, что одного принятія особенныхъ обязанностей недостаточно, такъ какъ, собственно говоря, всякое лицо, нарушающее по необходимости законъ, нарушаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и свою обязанность, а съ другой стороны, въ принятіи на себя особой служебной дѣятельности вовсе не заключается, eo ipso, отказъ отъ собственныхъ правъ или благъ въ случаѣ необходимости спасти ихъ на счетъ нарушенія обязанностей. Можетъ-ли смотритель тюрьмы, у котораго требуютъ ключи отъ арестантскихъ камеръ, подъ угрозой лишить его жизни въ случаѣ отказа, безнаказанно согласиться на ихъ выдачу? Долженъ ли сторожъ присутственнаго мѣста умереть, а не допустить похитить хранящихся въ томъ мѣстѣ бумаги? Очевидно, что для утвердительнаго отвѣта на это мы не имѣемъ никакихъ юридическихъ оснований, и должны признать, что для того, чтобы данное лицо отвѣчало за дѣяніе,

совершенное для спасенія отъ опасности собственныхъ благъ, необходимо специальное указаніе закона ¹⁷¹⁾.

Эти соображенія вполне примѣнимы и къ нашему праву. Хотя уложеніе во все не упоминаетъ объ этомъ условіи, но его существованіе можетъ быть доказано на основаніи постановленій специальныхъ законовъ. Такъ, воинскій уставъ о наказаніяхъ въ ст. 80 говоритъ: «всякое нарушеніе обязанностей службы изъ страха личной опасности, если въ самомъ законѣ не положено особаго за то наказанія, наказывается съ тою же строгостью, какъ и совершенное съ намѣреніемъ» ¹⁷²⁾. То же повторяетъ военно-морской уставъ. Но уже изъ самаго текста закона видно, что и для лицъ военнаго званія состояніе необходимости не можетъ служить оправданіемъ только въ томъ случаѣ, когда совершенное ими дѣяніе составляетъ нарушеніе обязанностей службы; въ этого условія ихъ дѣйствія подчиняются общимъ правиламъ.

175. Точно также не можетъ быть выгодно для общества, когда низшее, иногда совершенно незначительное право, охраняется посредствомъ нарушенія права высшаго; когда, напр., сохраненіе имущества лица А. обусловлено потерей жизни лица Б.; общество можетъ потребовать отъ своихъ членовъ, чтобы они въ подобныхъ случаяхъ отказались отъ узкихъ, эгоистическихъ воззрѣній и, если они сознательно не исполняютъ подобныхъ требованій, подвергать ихъ уголовной карѣ.

Такимъ образомъ состояніе крайней необходимости не можетъ служить основаніемъ безнаказанности, какъ скоро приходилось защищать низшее право насчетъ высшаго; оно непременно предполагаетъ, что защищаемое право выше, или, по крайней мѣрѣ, равно съ нарушаемымъ.

Недопустимость защиты низшаго права насчетъ высшаго признается всеми криминалистами и кодексами; но затѣмъ не только защитники объективнаго ученія, но и многие изъ писателей, даже принимающихъ понятіе крайней необходимости въ самомъ обширномъ смыслѣ, какъ, напр., Бернеръ и отчасти Гельшнеръ, различаютъ два вида столкновеній правъ: высшаго съ низшимъ — право пужды, и равнаго съ равнымъ — крайняя необходимость. Но этому различію нельзя придавать никакого юридическаго значенія. Такъ, мы уже видѣли, что это различіе не имѣетъ никакого вліянія на отвѣтственность соучастниковъ, такъ какъ несомнѣнно, что они не подлежатъ наказанію и въ томъ случаѣ, когда дѣло идетъ о столкновеніи равныхъ правъ; точно также нельзя согласиться и съ тѣмъ положеніемъ, что противъ лица, осуществляющаго право пужды, нѣтъ обороны, такъ какъ такое положеніе не соответствовало бы существу обороны. Представимъ себѣ, что кто-нибудь можетъ спасти свою жизнь насчетъ тяжкаго повреж-

¹⁷¹⁾ См. обстоятельный разборъ этого вопроса у Вехтера, в. с., стр. 378—379; Вессели, в. с., стр. 22.

¹⁷²⁾ Такое же правило содержитъ и воинскій уставъ о наказаніяхъ германской имперіи, ст. 49. Ср. Вгауер, Handbuch, des deutschen Militärstrafrechts. 1872, стр. 37. См. также уложеніе, ст. 1083, 1225 1226.

5-127

денія здоровья другаго: можетъ ли этотъ послѣдній защищаться противъ нападающаго? Будетъ ли подлежать наказанію хозяинъ, охраняющій свое имущество отъ похитителя, если окажется, что похититель находится въ состояніи нужды? Различіе права нужды и состоянія необходимости можетъ имѣть значеніе развѣ только при обсужденіи вопроса о превышеніи предѣловъ необходимости.

*нрѣско
нрѣско
нрѣско*

Что касается до отдѣльныхъ случаевъ нарушенія права по необходимости то изъ нихъ особое вниманіе обыкновенно обращаютъ: кража изъ голода и перфорация.

*Канонич
Канонич*

Что касается до перваго ¹⁷³⁾, то уже каноническое право, ссылаясь на случаи, приводимые въ евангеліи, признало ненаказуемого вѣражу, совершенную для избѣжанія голодной смерти; за нимъ Каролина (art. 166) также прямо объявила ненаказуемою покражу съѣстныхъ припасовъ при подобныхъ условіяхъ. Даже первыя попытки обосновать теоретически право необходимости имѣли въ виду именно случаи этого рода, какъ, напр., у Руго-Гроція, Пuffендорфа; требовалось только, чтобы существовала дѣйствительно голодная нужда (*rechte Hungersnoth*), а не простая бѣдность и чтобы похититель не имѣлъ другаго средства сохранить свою жизнь. Новые кодексы, находя совершенно справедливо, что въ подобномъ случаѣ существуютъ всѣ общія условія крайней необходимости, не содержатъ никакихъ специальныхъ постановленій объ этомъ вопросѣ ¹⁷⁴⁾. Это же начало было признано и въ нашемъ правѣ, еще по воинскому уставу Петра В. Даже и еще ранѣе, въ переводѣ изъ юстиниановыхъ книгъ, встрѣчается весьма широкое положеніе относительно подобныхъ случаевъ, а именно: «аще нѣдѣи въ виноградѣ, или въ сады входятъ въ чужіе, аще съести токмо винограда, неповинны суть». Такое же начало безспорно примѣняется и къ дѣйствующему праву; лицо, укравшее что-либо, не подлежитъ наказанію, если эта кража была совершена имъ, какъ единственное средство спасти отъ голодной смерти себя или другое лицо, находящееся въ подобномъ положеніи. Это подтверждается какъ текстомъ статьи 100, говорящей вообще о совершеніи противозаконнаго дѣянія подъ вліяніемъ непреодолимой силы, такъ и нѣкоторыми специальными постановленіями. Такъ, въ уставѣ о торговомъ мореплаваніи (см. т. XI, ст. 1063) постановлено: «въ случаѣ крайняго недостатка жизненныхъ припасовъ, корабельщикъ, встрѣтившись на пути съ другимъ кораблемъ или судномъ, можетъ занимать оныя по взаимному условію съ ведущимъ сіе судно корабельщикомъ, и даже противъ его воли и согласія, буде бы оны, презрѣвъ правило челоуѣколюбія, отказалъ въ пособіи терпящему крайность» ¹⁷⁵⁾. Подобному толкованію отнюдь не противорѣчатъ и постановленія 7 п. 134 ст., повторенныя во 2 п. 1663 и 1674 ст. уложенія и 2 п. 171 и 176 ст. мир. устава, на основаніи которыхъ совершеніе кражи и мо-

*нрѣско
нрѣско*

У. Фил

*У. Фил
2 п. 1663
181
44*

¹⁷³⁾ Ср. Wessely, в. с., стр. 5—6, 10—11; Гельшнеръ, System, стр. 262; Feuerbach, Lehrbuch, § 321; оны ограничивается, впрочемъ, только случаями покражу съѣстныхъ припасовъ. Любопытный примѣръ приводитъ Ortolan, éléments, I, № 364; то же Haus, principes, № 537.

¹⁷⁴⁾ Между французскими криминалистами существуетъ споръ по данному вопросу: Эли, théorie, I, № 280, не допускаетъ примѣненія въ этихъ случаяхъ ст. 64, но Carnot, Dalloz, Ortolanъ, Гаусъ, держатся противоположнаго мнѣнія. См. также Mittermaier zu Feuerbach, § 321, пр. II. По новому германскому кодексу прямо примѣняется въ этомъ случаѣ постановленіе о крайней необходимости. См. Oppenhof, Strafgesetzbuch, § 54, пр. 6. На ложную совершенно почву становится Rossi, traité, II, стр. 83—87, рассматривая этотъ вопросъ исключительно съ точки зрѣнія лица, котораго право нарушается, а потому и приходитъ къ самопротиворѣчію. Подъ его вліяніемъ Trébutien, II, стр. 132.

¹⁷⁵⁾ Это право подтверждено и въ уложеніи, въ ст. 1230; см. также о правѣ выкинуть для спасенія корабля грузъ въ ст. 1238.

шенничества или вообще преступленія по крайности и неизбѣно никакихъ средствъ къ пропитанію и работѣ, признаются заслуживающими снисхожденія, такъ какъ этотъ случай не представляетъ тождества съ крайнею необходимостью. Для примѣненія статьи 100 необходимо, чтобы обвиняемому угрожала опасность голодной смерти, а для примѣненія ст. 1663 и др. достаточно доказать, что подсудимый находился въ состояніи нужды, но не достигшемъ еще крайнихъ размѣровъ. Всякое иное толкованіе придавало бы уложенію безнравственный характеръ, такъ какъ если нашъ законъ даетъ право лишить другаго жизни для спасенія своей, то можетъ ли онъ признавать наказуемымъ нарушеніе чьего-либо права собственности, совершенное по тѣмъ же причинамъ, можетъ ли онъ придавать неприкосновенности собственности болѣе значенія нежели неприкосновенности жизни ¹⁷⁶⁾.

Также несомнѣнно подходятъ подъ понятіе крайней необходимости и случаи такъ называемой перфорациі, т.-е. истребленіе младенца въ утробѣ, при невозможности родоразрѣшенія естественнымъ путемъ ¹⁷⁷⁾. Медицина указываетъ намъ рядъ случаевъ, въ которыхъ или анатомическія особенности, или патологическое состояніе беременной дѣлаютъ не возможными не только своевременные, но и преждевременные искусственные роды. Въ подобныхъ случаяхъ, или нужно ждать зрѣлости младенца и вынуть его изъ утробы посредствомъ цесарскаго сѣченія, или же раздробить младенца въ утробѣ и вынуть его по частямъ, т.-е. произвести перфорацию. Но, какъ свидѣтельствуетъ опытъ акушеровъ, условія, при которыхъ можно рассчитывать на благопріятный исходъ цесарскаго сѣченія, представляются весьма рѣдко; въ громадномъ большинствѣ случаевъ эта операція оканчивается смертью не только оперируемой, но и младенца. Въ виду этого смертельнаго исхода цесарской операціи, для беременной является дилемма: или посягнуть на жизнь младенца, или пожертвовать своею жизнью ради весьма мало-вѣроятнаго притомъ спасенія жизни младенца, т.-е., другими словами, беременная будетъ находиться въ состояніи необходимости, вполнѣ оправдывающей съ ея стороны требованіе перфорациі. Что касается до медика, то его дѣйствія въ подобныхъ случаяхъ должны быть признаны безнаказанными по общимъ вышеуказаннымъ правиламъ о помощи лицамъ, находящимся въ состояніи крайней нужды. При этомъ совершенно безразлично, совершилъ ли онъ эти дѣйствія по требованію самой беременной, или приступилъ къ нимъ по собственному усмотрѣнію, когда, напр., беременная находилась въ безсознательномъ состояніи. Операція

¹⁷⁶⁾ Лохвицкій, въ первомъ изданіи своего курса, высказывалъ, впрочемъ, иное мнѣніе: „законъ не признаетъ и не можетъ признавать въ принципѣ, чтобы голодный имѣлъ право украсть даже хлѣбъ. Признаніе такого положенія равнялось бы разрушенію права частной собственности“, забывая при этихъ громкихъ, но бессодержательныхъ фразахъ, что законъ, дозволяя, напр., лишить другаго жизни по необходимости, вовсе не разрушаетъ этимъ принципа неприкосновенности жизни. Ссылка же его на другіе кодексы и практику обнаруживала обычное невѣдѣніе ни теоріи, ни литературы уголовного права. Во второмъ изданіи, стр. 126, г. Лохвицкій не проводитъ уже это свое положеніе такъ сурово, какъ въ первомъ, допуская ненаказуемость кражи, во-1-хъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда голодъ доводитъ до сумасшествія, и во-2-хъ, когда человѣкъ голодный находится внѣ общественныхъ условій, очевидно, не замѣчалъ, что это второе, весьма, правда, неопредѣленное исключеніе, побиваетъ его собственное основное положеніе. Вся аргументація г. Лохвицкаго построена, повидному, на столь же несостоятельномъ мнѣніи Эли, théorie, № 280, но и тотъ допускаетъ ненаказуемость кражи отъ голода, считая это только вопросомъ факта, рѣшаемымъ присяжными.

¹⁷⁷⁾ Безнаказанность перфорациі признаютъ и тѣ писатели, которые допускаютъ ненаказуемость только при правѣ нужды, какъ, напр., Кестлинь, Лефита, прибѣгая для этого, впрочемъ, къ весьма большимъ натяжкамъ. Подробный разборъ этого интереснаго вопроса относится къ ученію объ истребленіи плода. См. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни по русскому праву, т. II, № 248—250.

остаётся, разумѣтся, безнаказанною и въ томъ случаѣ, когда медикъ дѣйство-
валъ даже и вопреки желанію матери, если только успѣхъ цесарскаго сѣченія
представлялъ мало вѣроятій, такъ какъ, спасая жизнь родильницы, хотя бы и
противъ ея воли, онъ исполнялъ свой долгъ, и такъ какъ для признанія безна-
казанности подачи помощи умирающему, хотя бы насчетъ жизни другаго, вовсе
не требуется особенной просьбы со стороны находящагося въ опасности.

а какъ разрешить вопросъ о смерти?

176. Но, признавая, что для оправданія нарушения закона по необходимости требуется известное соотношеніе между правомъ защищаемымъ и важностью нарушения, мы встрѣаемся неминуемо съ вопросомъ о томъ: кто и какимъ образомъ будетъ таксировать наши права, ихъ сравнительное значеніе по отношенію другъ къ другу или къ требованіямъ закона?

Отвѣтъ на это, сообразно съ самымъ существомъ даннаго ученія, можетъ быть только условный, то-есть такое соотношеніе должно быть опредѣляемо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

Школа гегельянцевъ, съ ея узкимъ понятіемъ о правѣ нужды, какъ столкновеніи жизни съ имущественнымъ или другимъ отдѣльнымъ личнымъ правомъ, считала возможнымъ сдѣлать такую таксацію a priori, такъ какъ жизнь, какъ основа и сумма всѣхъ правъ, разумѣтся, представляется высшимъ сравнительно съ каждымъ отдѣльнымъ правомъ; но подобная оцѣнка становится невозможною, какъ скоро мы признаемъ значеніе необходимости и при столкновеніи отдѣльныхъ правъ личности. Можно ли сказать впередъ, что право на тѣлесную неприкосновенность выше права личной свободы, или что каждое изъ нихъ безусловно выше любого имущественнаго права ¹⁷⁸⁾. Очевидно, что, отвѣчая утвердительно, мы признали бы такую фикцію, которая вовсе не соответствуетъ жизненнымъ возрѣвнѣямъ и которая постоянно нарушалась бы на практикѣ. Такимъ образомъ тамъ, гдѣ идетъ рѣчь о столкновеніи жизни съ какимъ-нибудь отдѣльнымъ правомъ, мы всегда можемъ признавать жизнь благомъ высшимъ, но когда мы имѣемъ дѣло съ столкновеніемъ отдѣльныхъ правъ, личныхъ или имущественныхъ, то вопросъ объ ихъ сравнительной важности можетъ быть рѣшенъ только сообразно съ индивидуальными особенностями даннаго случая ¹⁷⁹⁾.

Эта индивидуальная оцѣнка можетъ зависѣть: а) отъ качественного значенія сталкивающихся правъ, такъ какъ нѣтъ сомнѣнія, напр., что для спасенія здоровья отъ грозящаго тяжкаго увѣчья, или полнаго его разстройства, для защиты отъ попытки изнасилованія, можно пожертвовать не только чужимъ имущественнымъ правомъ, но даже лишить кого-либо временно свободы; б) отъ количественнаго значенія права; такъ, несомнѣнно, что защита, напр., документа или вообще имущества, въ которомъ заключается все достояніе лица или его семьи, съ утратою котораго связана потеря его чести, добраго имени, будетъ

¹⁷⁸⁾ Schaper, в. с., стр. 132, пытается разрѣшить этотъ вопросъ такою формулою: „выше то право, которое обуславливаетъ и заключаетъ въ себѣ другое низшее, выше дѣйствительное и существующее—сравнительно съ возможнымъ и формирующимся“. Но, конечно, подобное опредѣленіе имѣетъ только мнимое значеніе. Также несостоятельно у него и практическое примѣненіе этого начала.

¹⁷⁹⁾ Ortolan, éléments, II, № 357. Оригинальный примѣръ защиты чести на счетъ чужаго имущества приводитъ Schaper, в. с., стр. 134, пр. 6.

имѣть иное значеніе, нежели защита вещи, хотя бы и цѣнной, но не имѣющей никакого особаго значенія для владѣльца; в) отъ условій мѣста и времени, при которыхъ произошло столкновеніе. Лишеніе свободы, хотя бы и весьма кратковременное, будетъ имѣть весьма важное значеніе, когда, напр., отъ этого лишенія подвергается опасности жизнь или честь близкихъ лицъ.

При этомъ, конечно, особенно въ случаяхъ сомнительныхъ, нужно имѣть въ виду то положеніе лица, въ которомъ онъ находился—подъ гнетомъ принуждающей его силы, такъ какъ это принужденіе легко можетъ оказать вліяніе на психическую дѣятельность, и такъ какъ мы должны помнить, что весь вопросъ состоитъ въ томъ: находятся ли въ волѣ лица такіе элементы, которые оправдывали бы примѣненіе къ нему уголовныхъ наказаній ¹⁸⁰⁾.

е) Превышеніе предѣловъ необходимости.

177. Также какъ и при оборонѣ, вполне возможно, что лицо, находящееся въ крайнемъ положеніи, защищая свои права, превыситъ необходимые для того предѣлы, употребитъ насиліе, несоответствующее степени опасности; въ подобныхъ случаяхъ, конечно, оно подлежитъ отвѣтственности за совершенное имъ. Отвѣтственность эта должна опредѣляться, сообразно съ условіями его дѣйствій, по общимъ правиламъ объ умыслѣ и неосторожности, причемъ должно быть принято во вниманіе и то положеніе, въ которомъ обвиняемый передъ тѣмъ находился. Отъ человѣка, котораго правамъ грозила дѣйствительная опасность, конечно, нельзя требовать, чтобы онъ дѣйствовалъ вполне разсудительно и внимательно.

Наше уложеніе, какъ и западные кодексы, не исключая ново-германскаго ¹⁸¹⁾, не содержитъ никакихъ специальныхъ постановленій по этому вопросу, ни въ общей, ни въ особенной части, такъ что случаи этого рода должны быть разсматриваемы на основаніи общихъ постановленій объ умыслѣ и неосторожности. Но такое умолчаніе закона у насъ представляется едва ли правильнымъ въ виду слишкомъ узкихъ предѣловъ въ выборѣ наказанія, которые предоставлены судѣ при наличности обстоятельствъ, уменьшающихъ вину.

Иной характеръ, какъ и при оборонѣ, представляютъ тѣ случаи, когда не существовало самой опасности или какого-либо изъ существенныхъ условій нападенія. Если такое отсутствіе существовало не только объективно, но и субъективно, въ сознаніи самаго дѣйствующаго, то виновный будетъ, конечно, отвѣчать за совершенное имъ правонарушеніе; а если же онъ ошибочно предпола-

¹⁸⁰⁾ Что касается до процессуальныхъ условій состоянія крайней необходимости, то нѣкоторые даже изъ новыхъ кодексовъ, напр., вюртембергскій, art. 106; брауншвейгскій, § 168, требуютъ, и въ случаяхъ совершенія чего-либо по нуждѣ, немедленнаго заявленія о томъ правительству, но наше уложеніе, ставя такое условіе при оборонѣ, умалчиваетъ о немъ въ данномъ случаѣ.

¹⁸¹⁾ Ср. Oppenhof, Strafgesetzbuch, § 54, пр. 10.

галь, что находится въ состоянїи законной необходимости (мнимая необходимость), то для оцѣнки его дѣйствій нужно принять въ расчетъ ученіе объ ошибкахъ и заблужденїи.

5. СОГЛАСІЕ ПОСТРАДАВШАГО ¹⁸²⁾.

178. Наконецъ, къ числу обстоятельствъ, уничтожающихъ преступный характеръ нарушенїи закона, можетъ быть отнесено при извѣстныхъ условїяхъ и согласїе пострадавшаго, такъ какъ, разсматривая преступленїе, какъ посягательство на юридическія нормы въ ихъ конкретномъ бытїи, мы можемъ легко представить себѣ случаи, въ которыхъ, въ силу такового согласїа, самое посягательство на нормы становится юридически невозможнымъ.

Вопросъ о значенїи согласїа пострадавшаго являлся и является до сихъ поръ въ теорїи предметомъ безконечнаго спора и притомъ не только въ частностяхъ, но и въ самомъ своемъ принципѣ, такъ какъ его разрѣшенїе зависитъ отъ взгляда на юридическую сущность преступленїа. Въ самомъ дѣлѣ, разсматривая преступленїе какъ нарушенїе чего-либо субъективнаго права, мы, сообразно съ его существомъ, должны признать, что отказъ отъ права его владѣльца уничтожаетъ преступность нарушенїа; но отвѣтъ, конечно, будетъ иной, если мы будемъ опредѣлять преступленїе, какъ нарушенїе права объективнаго, нарушенїе юридическаго порядка. Въ принципѣ такое нарушенїе вовсе не можетъ завистъ отъ воли страдающаго, такъ какъ субъективное право имѣетъ характеръ производный, основывается на объективныхъ нормахъ права, на которыя и посягаетъ преступникъ. Но, какъ мы видѣли, въ этой формѣ нельзя согласиться ни съ однимъ изъ приведенныхъ опредѣленїи преступленїа, такъ какъ оно хотя и является посягательствомъ на юридическія нормы, но въ ихъ реальномъ бытїи, въ формѣ субъективныхъ правъ и обязанностей, такъ что нарушенїе субъективнаго права необходимо является средствомъ преступленїа, а отсюда естественно

¹⁸²⁾ Stübel, über die Natur der Handlung, wenn Jemand ein nach dem Sittengesetz, unveräussliches Gut der Andern, mit dessen Einwilligung beschädigt, oder demselben ganz entzieht im strafrechtlichen Rücksicht. N. A. des Cr., R. B. IX, стр. 552—599; Hepp, über den Rechtssatz: volenti non fit injuria. N. A., XI, стр. 65, 239 и сл.; Aegg, über die an einem Einwilligenden verübte Tödtung. N. A. 1840, стр. 434 и сл.; Dorn, Tödtung auf Verlangen der Getödteten, G. A. I, стр. 325 и сл.; Böhlau, volenti non fit injuria, G. A., V, стр. 489 и сл.; Mittermaier, die Beihilfe zum Selbstmord und die Tödtung eines Einwilligenden nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Gesetzgebung, Rechtssprechung und Wissenschaft geprüft, G. A., IX, стр. 438 и сл.; Wessely, über die Wirkung der Einwilligung des Verletzten auf den Thatbestand und die Strafbarkeit eines Delictes, in Haimel's österr. Vierteljahres schrift, I, стр. 217 и сл.; Waechter, über den Satz: volenti non fit injuria Gerichtssaal, 1868; Luden, Abhandlungen, II, стр. 396 и сл.; A. Feuerbach, Lehrbuch, § 35, въ примѣчанїяхъ Миттермайера указанїа на литературу; C. Waechter, Lehrbuch, § 59; Koestlin, System, § 36; Hälschner, System, I, стр. 231—240; Geib, Lehrbuch, стр. 211—215; Берпевъ, учебникъ, § 83; Schaper, in Holtendorfs Handbuch, стр. 127—131; Schütze, Lehrbuch, стр. 95—96; Paus, principes. № 498—501; F. Hélie, théorie, III, № 1094 — 1103; Баршеръ, спорный юридическій вопросъ, „Русскій Вѣстникъ“, 1863, № 8; С. Баршевъ, начала, стр. 26—31; В. Спасовичъ, учебникъ, стр. 97—99; Неклюдовъ, приложения, стр. 411—412.

1 вытекает и вопрос о томъ: не можетъ ли, при извѣстныхъ условіяхъ, согласіа пострадавшаго сдѣлать данное дѣйствіе средствомъ негоднымъ для правонарушенія?

179. Въ доктринахъ вопросъ о значеніи согласія пострадавшаго былъ уже поднятъ средневѣковыми юристами въ XVI-мъ и XVII столѣтіяхъ, но они касались только отдѣльныхъ пунктовъ этого ученія, разбирая его при убійствѣ и обидѣ. Болѣе общимъ образомъ онъ былъ постановленъ только съ конца прошлаго столѣтія, въ особенности съ Фейербаха. При этомъ теоретики распались на нѣсколько самыхъ разнообразныхъ возрѣшій.

Съ одной стороны, послѣдователи Канта, разсматривая право, какъ взаимно признанныя границы свободы всѣхъ и каждаго, а неправду—какъ самовольное вторженіе въ сферу свободы другихъ, признавали конечно, что всякое нарушеніе правъ какого-либо лица, совершенное съ его согласія, не можетъ быть наказуемымъ, такъ какъ оно не нарушаетъ ничьей свободы ¹⁸³). Но это возрѣшье, не говоря уже о рѣзкомъ противорѣчій его съ практикою и положительнымъ правомъ, не могло быть даже послѣдовательно проведено при всѣхъ преступленіяхъ, въ особенности съ публичнымъ, общественнымъ характеромъ, благодаря невѣрному пониманію самаго существа преступленія ¹⁸⁴).

Въ близкой связи съ этимъ возрѣшнемъ стояла другая попытка, разсматривающая нарушеніе чьихъ-либо правъ съ согласія владѣльца, какъ особый видъ соучастія въ посягательствѣ на собственныя права ¹⁸⁵). Рабъ, говорили защитники этого взгляда, державшій мечъ, на который бросился его господинъ, можетъ одинаково разсматриваться и какъ пособникъ самоубійства, и какъ виновникъ убійства съ согласія жертвы, а такъ какъ мы признаемъ теперь посягательство на собственныя права, а въ частности самоубійство, не преступнымъ дѣяніемъ, то и участіе въ немъ, въ какой бы формѣ оно ни выражалось, также не можетъ считаться преступленіемъ. Но защитники этого положенія забываютъ,

¹⁸³) Wächter, Lehrbuch, § 59; въ особенности Henke, Handbuch, I, стр. 231—236; Tittmann, Schröter, Feuerbach, въ первомъ изданіи своего учебника. Ср. Hälschner, System, стр. 234, пр. 7.

¹⁸⁴) Еще менѣ основанийъ представляетъ попытка разрѣшенія этого вопроса съ точки зрѣнія договорныхъ отношеній. Съ одной стороны, самая дѣйствительность договора и юридическое значеніе основанныхъ на немъ дѣйствій стоитъ въ зависимости отъ законности содержанія договора — *facta, quae contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est.* L. 6. Cod. de pact. (2, 3), а съ другой—вопросъ о наказаніи за преступленіе есть вопросъ права публичнаго и не можетъ быть поставленъ въ зависимость отъ частнаго произвола—*jus publicum privatorum pactis, mutari non potest.* L. 38. Dig. de pact. (2, 14).

¹⁸⁵) Отчасти это начало было высказано еще Штюбелемъ, позднѣ Генке, но въ особенности защищаетъ эту теорію Эли, *théorie*, III, № 1096. Онъ говоритъ: „такъ какъ главный элементъ въ самоубійствѣ составляетъ желаніе лишить себя жизни, а не самое дѣйствіе, то съ этой стороны должны мы разсматривать и убійство по согласію; тотъ, кто самъ наводитъ на себя дуло пистолета, и тотъ, кто бѣжитъ подъ выстрѣлы, одинаково совершаютъ самоубійство; дальѣ, точно также безразлично для понятія самоубійства, держите ли вы пистолетъ сами или вкладываете его въ машину, вами къ тому приспособленную, или кладете его въ руки человѣка, не знающаго о назначеніи этого орудія, слѣднаго и т. п.; безразлично, наконецъ, сами ли вы спустили курокъ или онъ былъ спущенъ другими. Дѣйствія лица, приказавшаго убить себя, будутъ самоубійствомъ, а дѣйствія лицъ постороннихъ, выполнявшихъ это его желаніе, будутъ, слѣдовательно, пособничествомъ или соучастіемъ въ самоубійствѣ“. См. разборъ этого ученія у Миттермайера, въ архивѣ Гольдаммера, IX, стр. 438; Wessely, в. с., стр. 241 и сл.; также Hälschner, System, часть особенная, стр. 68; изъ французскихъ криминалистовъ: Dalloz, répertoire, art. „complice“, № 62; Haus, principes, № 499, пр. 21.

что здѣсь можетъ быть рѣчь только объ извѣстномъ сходствѣ, аналогіи, но не о тождествѣ; они забываютъ, во-1-хъ, что когда разсматривается вопросъ объ отвѣтственности за совершеніе какого-либо дѣянія, съ согласія владѣльца нарушеннаго права, то судъ можетъ и долженъ разбирать его не по отношенію къ виновности пострадавшаго, а по отношенію къ совершившему. Во-2-хъ, не всегда въ этихъ случаяхъ виновный является пособникомъ, но весьма часто оказывается главнымъ дѣятелемъ, подстрекателемъ, играетъ роль совершенно самостоятельную, независимую; мало того, иногда самый владѣлецъ права вовсе и не участвуетъ фактически въ совершившемся дѣяніи, какъ, напр., при многихъ имущественныхъ правонарушенияхъ. Въ-3-хъ, не всегда непроступность дѣяствій одного изъ соучастниковъ обуславливаетъ признаніе непроступными и дѣяствій другихъ, чему доказательствомъ могутъ служить нѣкоторые виды преступленій по службѣ. Въ-4-хъ, даже признавая, напр., случаи совершенія правонарушенія по согласію пособничествомъ къ посягательству на собственные права, вовсе нельзя доказать еще этимъ абсолютную ихъ безнаказанность; государство, смотря по обстоятельствамъ дѣла, можетъ, напр., наказывать и соучастіе въ самоубійствѣ, какъ самостоятельное преступленіе, а такія основанія еще скорѣе могутъ встрѣтиться при убійствѣ съ согласія убитаго. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что существуетъ большая разница въ дѣяствіяхъ челоука, который помогъ своему старому другу достать ядъ, послѣ того какъ убѣдился въ невозможности отклонить его отъ самоубійства и, напр., того, кто, желая воспользоваться имуществомъ лица, находящагося въ ненормальномъ умственномъ состояніи, выманиваетъ у него согласіе на лишеніе жизни. Наконецъ, въ-5-хъ, вопросъ о вліяніи согласія пострадавшаго не можетъ быть даже и въ принципѣ отождествляемъ съ вопросомъ о посягательствѣ на собственные права¹⁸⁶). Право регулируетъ отношенія членовъ общества между собою, а потому при посягательствѣ на собственные блага не существуетъ преступленія за отсутствіемъ самаго объекта нарушенія, но это начало не примѣнимо къ правонарушительнымъ дѣяствіямъ третьихъ лицъ, хотя бы и совершеннымъ съ согласія владѣльца¹⁸⁷).

Совсѣмъ иначе, конечно, должны были отнестись къ данному вопросу защитники полной независимости права отъ частной воли. Будучи послѣдовательными, они должны бы были признать, что согласіе пострадавшаго ни въ какомъ случаѣ не устраняетъ преступности дѣяствія; но такъ какъ подобное положеніе должно было бы привести на практикѣ къ дѣлому ряду абсурдныхъ выводовъ,

¹⁸⁶) Какъ это дѣлаетъ, напр., Кестлинъ, въ неue Revision, стр. 685, признавая за то преступленіемъ и посягательство на собственные неотчуждаемыя права; иначе смотритъ онъ въ системѣ, стр. 104; подробно защищаетъ этотъ взглядъ Шютце, Lehrbuch, стр. 95—96; Вернеръ, учебникъ, § 83.

¹⁸⁷) Это различіе еще болѣе выяснится, если мы обратимъ вниманіе на характеръ воли дѣйствующихъ. При убійствѣ по согласію, напр., обвиняемый можетъ дѣйствовать изъ состраданія, изъ любви, но можетъ осуществлять и чувства эгоистичныя — ненависть, злобу, дѣйствовать изъ корыстныхъ побужденій; признавая самоубійство аналогичнымъ случаямъ этого рода, придется также различить виновности лица, убившаго себя для полученія страховой суммы и убившаго себя отъ скуки. Далѣе, если актъ согласія составляетъ основной признакъ, въ силу котораго отождествляются объ группы дѣяній, то попробуемъ провести это начало послѣдовательно; представимъ себѣ, что этотъ признакъ, т.-е. согласіе лишившагося жизни, отпадаетъ; въ такомъ случаѣ самоубійство становится неосторожнымъ лишеніемъ себя жизни, т.-е. дѣяніемъ, безусловно ненаказуемымъ, а убійство по согласію становится убійствомъ умысленнымъ или неосторожнымъ, т.-е. дѣяніемъ безусловно наказуемымъ; или, далѣе: предположимъ, что согласіе было необходимо—составъ самоубійства не измѣняется, а убійство по согласію становится обыкновеннымъ убійствомъ. Въ виду всего этого можно развѣ только говорить, напр., о сходствѣ въ наказуемости соучастія въ самоубійствѣ и убійствѣ по согласію тамъ, гдѣ оба эти дѣянія считаются преступными, но отнюдь не объ отождествленіи ихъ.

то большинство теоретиковъ выбрало средній путь, сдѣлавшійся теперь, за весьма немногими исключениями, господствующимъ. Такимъ образомъ, обыкновенно различаютъ двѣ категории правъ, находящихся въ субъективномъ распоряженіи лица — отчуждаемыя и неотчуждаемыя, допуская, что согласие пострадавшаго безусловно уничтожаетъ преступность дѣянія только при посягательствахъ на права первой категории. При опредѣленіи же значенія согласія въ случаяхъ посягательства на права не отчуждаемыя опять встрѣчается различіе: одни не придаютъ при этихъ условіяхъ согласію пострадавшаго никакого значенія ¹⁸⁸⁾, а другіе смотрятъ тогда на преступленіе, только какъ на нарушеніе полицейскихъ требованій государства ¹⁸⁹⁾.

Но и эта господствующая теорія представляетъ во многихъ отношеніяхъ значительныя недоразумѣнія, какъ это можно уже видѣть изъ самаго ея отношенія къ посягательствамъ на неотчуждаемыя права. Во-1-хъ, самое понятіе о благахъ отчуждаемыхъ и неотчуждаемыхъ оказывается крайне разнообразнымъ и, слѣдовательно, весьма шаткимъ. Такъ, у писателей объективнаго направленія, напр., у Гельшнера, неотчуждаемыми благами считаются не только жизнь, свобода, душевно-тѣлесная неприкосновенность, но даже и честь, не смотря на ея производное значеніе; мало того, по этому мнѣнію, и право собственности въ существѣ своемъ неотчуждаемо, или, какъ говорить, напр., Кестлинъ, разумнымъ и дѣйствительнымъ образомъ не отчуждаемо, такъ что можетъ быть передаваемо только проявленіе этого права въ отношеніи къ отдѣльнымъ вещамъ. Вслѣдствіе этого Гельшнеръ въ заключеніе прибавляетъ: что различіе правъ отчуждаемыхъ и неотчуждаемыхъ является скорѣе кажущимся, чѣмъ дѣйствительнымъ. Между тѣмъ сторонники субъективизма, какъ Фейербахъ въ послѣднихъ изданіяхъ своего учебника, совершенно наоборотъ, смотрятъ даже на всѣ личныя права, какъ на отчуждаемыя и причисляютъ къ правамъ неотчуждаемымъ только одну жизнь. Во-2-хъ, основанія, по которымъ извѣстныя права объявляются неотчуждаемыми, большей части или крайне шатки или весьма неопредѣленны. Такъ, Кестлинъ считаетъ неотчуждаемыми существенныя условія личности, «потому что подобное отчужденіе всегда имѣетъ своимъ основаніемъ особенную волю, но никогда не можетъ быть оправдано субстанціальною волею». Бернеръ считаетъ неотчуждаемыми тѣ права, «которые составляютъ условія нравственной природы человѣка», а Гельшнеръ довольствуется еще болѣе неяснымъ положеніемъ, что неотчуждаемы права, составляющія опредѣленіе существа личности (Wesensbestimmtheit der Person), а потому и изъятія отъ всякаго юридическаго распоряженія ими со стороны ихъ обладателя; что безнравственное никогда не можетъ быть содержаніемъ субъективнаго права лица и что подобное, для самого лица несуще-

¹⁸⁸⁾ Фейербахъ, въ послѣднихъ изданіяхъ своего учебника; Грольманъ, Гельшнеръ, хотя послѣдній до такой степени расширяетъ въ принципѣ понятія неотчуждаемыхъ правъ, что Рейбъ, учебникъ, стр. 213, причисляетъ его къ крайней объективной школѣ. Къ этой же категоріи должно быть отнесено большинство французскихъ криминалистовъ, какъ, напр., Россіе, traité, II, стр. 19, хотя онъ не опредѣляетъ, какими благами не можетъ распоряжаться частное лицо, а, съ другой стороны, допускаетъ, что дѣяніе, оставаясь преступнымъ, можетъ быть ненаказуемо со стороны государства по соображеніямъ уголовной политики; Ortolan, éléments, I, № 549. Сюда же нужно причислить, собственно говоря, и теорію Кестлина, такъ какъ она отличается скорѣе по формѣ, нежели по содержанію. По его мнѣнію, всякое право по существу не отчуждаемо, а могутъ быть отчуждаемы только отдѣльныя проявленія права, а это въ свою очередь возможно не при всѣхъ правахъ; поэтому права могутъ быть дѣлимы на такія, которыя въ своихъ проявленіяхъ дробимы и отдѣлимы отъ своей субстанціи, и такія, которыя этого свойства не имѣютъ. Наиболѣе полныя возраженія противъ этой попытки различенія правъ отчуждаемыхъ и неотчуждаемыхъ см. у Генпа, в. с., стр. 76 и сл.

¹⁸⁹⁾ Stübel, Thatbestand, § 106; тоже въ архивѣ, т. IX, стр. 555, 565—578.

ствующее право распоряженія не может имѣть никакихъ юридическихъ послѣдствій при перенесеніи его на другаго. Такимъ образомъ, Гельшнеръ оставляетъ недоказаннымъ, съ одной стороны, то, что отречение отъ блага, защищаемого закономъ отъ посягательства, всегда безнравственно ¹⁹⁰⁾, а съ другой, — что подобная передача никогда не имѣетъ юридическихъ послѣдствій, хотя противъ этого возбуждаются сильныя возраженія при разборѣ положительнаго права, напр., при разборѣ юридической конструкціи понятій блуда и изнасилованія ¹⁹¹⁾. Въ-3-хъ, защитники этой теоріи, проводя ее послѣдовательно, приходятъ къ такимъ результатамъ, которые указываютъ на неосновательность исходной точки, или же дѣлаютъ такія отступленія отъ своихъ началъ, что самое правило становится шаткимъ. Всего нагляднѣе можно проверить эти замѣчанія на случаяхъ посягательства на честь. Поцѣлуй, сорванный съ губокъ хорошенькой женщины безъ ея согласія, будетъ разсматриваться какъ обидя; но можно ли говорить объ обидѣ, когда дано предварительное разрѣшеніе? Или, ударъ кого-либо по спинѣ составляетъ или обиду или насилие, но существуетъ ли насилие, если ударенный предварительно попросилъ вытянуть его хорошенько по лопаткамъ? И вотъ, напр., Кестлинъ, сознавая всю невозможность примѣненія въ подобныхъ случаяхъ защищаемого имъ начала, отдѣливается простымъ замѣчаніемъ, что такой поцѣлуй не составляетъ обиды ¹⁹²⁾, а Гельшнеръ прибавляетъ, что хотя честь по существу своему и не принадлежитъ къ благамъ отчуждаемымъ, но что такъ какъ право на честь относится къ правамъ, приобретаемымъ лицомъ, то фактически лицо настолько обладаетъ честью, насколько оно того хочетъ. Точно также оказывается у него, что и посягательство на свободу согласившагося на то фактически не преступно, такъ какъ и въ этихъ случаяхъ будетъ самоограниченіе, а не отчужденіе права.

Поэтому рациональнаго основанія для разрѣшенія вопроса о значеніи согласія пострадавшаго можно искать только въ тѣхъ взаимныхъ отношеніяхъ, въ которыхъ находятся объективное и субъективное права при отдѣльныхъ группахъ нарушеній. Преступленіе является посягательствомъ на юридическую норму въ ея реальномъ бытіи; слѣдовательно, воплоти возможны такіе случаи, при которыхъ согласіе владѣльца субъективнаго права дѣлаетъ данное дѣяніе негоднымъ средствомъ для посягательства на норму, а точное указаніе такихъ случаевъ можетъ быть сдѣлано только при болѣе подробномъ анализѣ тѣхъ нормъ, нарушеніе которыхъ даетъ содержаніе преступленію ¹⁹³⁾.

¹⁹⁰⁾ Hälschner, System, стр. 236. Эта теорія безнравственности отчужденія правъ личности скорѣе является злобной ироніей при современныхъ условіяхъ общественной жизни. Вспомнимъ только положеніе и обстановку пролетаріата, гдѣ труду приходится отчуждать въ пользу капитала не только свое личное человеческое достоинство, но только свободу, но и самое здоровье, за право не умереть съ голода хоть нѣкоторое время. Неужели же къ страшному положенію несчастныхъ рѣшится, хотя бы и самый отвѣщенный моралистъ, приложить еще клеймо безнравственности. Всѣхъ неопредѣленнѣе въ этомъ отношеніи Бернеръ, учебникъ, стр. 403—404. Краснорѣчиво говорить о высокой степени низости души при отчужденіи правъ С. Баршевъ, стр. 27 и сл.

¹⁹¹⁾ См. обстоятельныя возраженія у Людена, в. с., стр. 415 и сл. О попыткѣ свести понятіе объ отчуждаемыхъ и неотчуждаемыхъ правахъ на различіе правъ приобретенныхъ и приобретенныхъ, см. у Гелпа, в. с., стр. 81 и сл.

¹⁹²⁾ Koestlin, neue Revision, стр. 689; гораздо далѣе идетъ онъ въ своей системѣ, стр. 102; Гельшнеръ, в. с., стр. 233, даже говоритъ: „согласіе при обидѣ, хотя и не переноситъ на другое лицо никакого права на совершеніе подобнаго посягательства, тѣмъ не менѣе должно быть признано равносильнымъ такому дѣянію, въ силу котораго согласившійся признается не обладающимъ честью въ томъ размѣрѣ, въ которомъ она можетъ быть унижена даннымъ дѣйствіемъ“.

¹⁹³⁾ См. въ защиту этого взгляда Mittermaier zu Feuerbach's, Lehrbuch, § 39, прим.; Herbst, Handbuch, стр. 76 — 77; Wessely, в. с., стр. 232 и сл.; Schaper,

180. Разсматривая же отдѣльныя правонарушенія по отношенію къ разбираемому вопросу, мы должны прежде всего отдѣлить всѣ преступленія, посягающія на государство, его учрежденія и дѣятельность, или на общественныя установленія, признанныя и охраняемыя государствомъ. Отдѣльное лицо, завѣдывающее какой-либо отраслью государственной дѣятельности, охраняющее неприкосновенность извѣстныхъ постановленій, и т. д., не можетъ разсматриваться какъ владѣтель права, располагающій имъ по своему усмотрѣнію; поэтому согласіе подобнаго лица на совершеніе какого-либо нарушенія въ такомъ только случаѣ можетъ имѣть юридическую силу, когда въ самомъ законѣ предусмтрѣно и опредѣлено значеніе такого согласія.

Хотя обыкновенно вопросъ о значеніи согласія разсматривается только по отношенію къ преступленіямъ противъ частныхъ лицъ, но несомнѣнно, что онъ можетъ встрѣтиться и при преступленіяхъ общественнаго характера. Положимъ, въ какомъ-либо общественномъ пруду запрещено ловить рыбу, въ публичномъ саду запрещено рвать цвѣты и т. п.; будетъ ли отвѣчать тотъ, кто совершитъ запрещенныя дѣйствія съ согласія завѣдывающаго садомъ или прудомъ? Отвѣтъ на это будетъ различенъ: если управляющему было предоставлено право на подобное дозволеніе, то объ отвѣтственности обвиняемаго не можетъ быть и рѣчи; далѣе, если распорядитель присвоилъ себѣ право распоряженія безъ всякаго законнаго основанія, а обвиняемый предполагалъ за нимъ такое право, то хотя его дѣйствія и могутъ быть иногда признаны ненаказуемыми, но уже на основаніи ученія о вліяніи невѣдѣнія и заблужденія; наконецъ, въ томъ случаѣ, когда согласіе было вынуждено, или получено посредствомъ подкупа, или иныхъ какихъ-либо преступныхъ дѣйствій, или когда обвиняемому было извѣстно, что распорядитель не имѣетъ подобнаго права, то онъ, разумѣется, отвѣчаетъ за совершенное. При этомъ при общественныхъ преступленіяхъ, по самому ихъ существу, согласіе, или дозволеніе, какъ таковое, можетъ явиться причиною, уничтожающею противозаконность дѣвія, только въ исключительныхъ случаяхъ, т.-е. тамъ, гдѣ оно основывается на прямомъ текстѣ закона.

181. Иначе ставится вопросъ при тѣхъ преступленіяхъ, гдѣ лицо страдающее является дѣйствительнымъ обладателемъ уничтоженнаго блага или нарушеннаго права. Примѣняясь къ современному положительному праву, мы должны въ этой группѣ снова различать, во-1-хъ, тѣ дѣвія, въ которыхъ законъ охраняетъ не неприкосновенность самаго блага, пользующагося юридическою охра-

в. с., стр. 128; Haus, principes, № 500; отчасти Geib, Lehrbuch, II, стр. 213 — 214. Это воззрѣніе фактически принято и въ большинствѣ новыхъ кодексовъ. Весьма вѣрные указанія дѣлаетъ Waechter, Gerichtssaal. 1868; contra: Koestlin, neue Revision, стр. 689; Hälschner, System, стр. 235; Schütze, Lehrbuch, стр. 95.

ною, а безпрепятственное обладание или распоряжение имъ, и притомъ, или потому, что самое бытие известнаго блага или права само по себѣ, безотносительно къ обладанию имъ известнымъ лицомъ, юридически безразлично, каково, напр., бытие материальныхъ вещей, или потому, что самое благо не есть что-либо реальное, дѣйствительно существующее, а только возможное, условное, какъ напр., честь, свобода. Въ этихъ случаяхъ согласіе лица пострадавшаго уничтожаетъ самое основаніе охраны, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самую возможность нарушенія нормы ¹⁹⁴⁾. Во-2-хъ тѣ, въ которыхъ законъ охраняетъ известное благо само по себѣ, независимо отъ чьего либо права на это благо.

Первое мѣсто между дѣяніями этой группы занимаютъ преступленія противъ собственности, въ обширномъ смыслѣ этого слова. Институты имущественныхъ правъ опредѣляютъ и охраняютъ не самое бытие предметовъ, даже не самое пребываніе ихъ въ опредѣленномъ обладаніи, а ненарушимость владѣнія или распоряженія предметами со стороны известнаго лица; гарантируютъ ненарушимость разнообразныхъ проявленій воли лица, обладающаго какимъ-либо имущественнымъ правомъ или благомъ—по отношенію къ этому праву. Поэтому дѣяніе, совершенное надъ какимъ-либо предметомъ въ силу такого проявленія воли его обладателя, не только не можетъ быть противозаконно, но воплѣ правомѣрно. Взятіе или истребленіе вещи съ согласія владѣльца не составляетъ преступленія, а, наоборотъ, преслѣдованіе дѣйствій этого рода было бы нарушеніемъ института имущественныхъ правъ.

Гораздо болѣе спора вызываютъ преступленія противъ чести. Но стоитъ взять только нѣсколько примѣровъ, чтобы убѣдиться, что и въ этихъ случаяхъ согласіе уничтожаетъ преступность. Представимъ себѣ, что вашъ знакомый, въ порывѣ самопорицанія за сдѣланную имъ глупость, проситъ обозвать его дуракомъ, или прохожій покорнѣе проситъ по какому бы ни было поводу сдѣлать ему милость наплевать въ глаза, или, наконецъ, кто-либо проситъ оказать ему удовольствіе вытянуть его по спинѣ, вы, по своему мягкосердію, выполняете желаніе ближняго, а затѣмъ оказывается, что васъ, вмѣсто благодарности, тянутъ къ мировому. Очевидно, что уже здравый смыслъ не допускаетъ признать въ подобныхъ случаяхъ наличие обиды, и дѣйствительно, подобный выводъ былъ бы не согласенъ ни съ самымъ понятіемъ о чести, ни съ понятіемъ ея умаленія — обиды. Разматривая обиду въ обширномъ смыслѣ, какъ выраженіе презрѣнія къ личности другаго, совершенное такими дѣйствіями, знаками или словами, которые могутъ или разрушить доброе имя или оскорбить чувство собственного достоинства, мы непременно предполагаемъ, что этотъ унижительный характеръ поступка существуетъ не только объективно—въ глазахъ обидчика или постороннихъ лицъ, но и субъективно—въ глазахъ обиженнаго, такъ какъ безъ этого условія не можетъ быть нарушенія личнаго достоинства. Если кто-либо смотритъ на данный поступокъ не какъ на унижительный, а какъ на безразличный или даже почетный, то онъ не можетъ быть и обиднымъ для него (исключая, разумѣется, вопроса объ ошибкахъ и заблужденіи). Но если понятіе обиды немислимо безъ на-

¹⁹⁴⁾ Ср. Schaper, в. с., стр. 129.

личности сознания и признания обиженным оскорбительности известных действий, то его согласие на совершение данного поступка, само собою разумется, уничтожает субъективный элемент обиды, а вместе с тем дѣлает и самую обиду несуществующею. Поэтому и при этих преступленіях государство охраняет не самое благо, честь, недоступную даже для таковой охраны, а право пользоваться этимъ благомъ, право на честь.

Рядомъ съ обидою становятся обыкновенно преступленія плотскія, направленные противъ дѣломудрія. Преступленія эти заключаютъ въ себѣ два элемента: общественный и личный, такъ какъ они преслѣдуются или какъ нарушенія полицейскихъ постановленій, регулирующихъ плотскія отношенія въ государствѣ, или какъ посягательства на одно изъ правъ личности. Что касается до перваго элемента, то согласие объекта самое полное, самое добровольное не можетъ имѣть никакого значенія для наказуемости виновныхъ; но насколько эти дѣянія являются посягательствомъ на личное право, конечно, согласие уничтожаетъ преступность акта, такъ какъ законъ охраняетъ не самое дѣломудріе, а право лица свободно распоряжаться своею личностью въ этомъ отношеніи. Изнасилованіе немыслимо съ согласія лица, а плотская связь по взаимному согласію можетъ только считаться, при известныхъ условіяхъ, общественнымъ нарушеніемъ, а не посягательствомъ на личныя права.

Такое же значеніе имѣетъ согласие при преступленіяхъ противъ свободы, понимая ее въ томъ ограниченномъ смыслѣ, въ какомъ употребляютъ это выраженіе уголовные кодексы, т. е., въ смыслѣ свободы распоряженія собою и своими дѣйствіями. Не можетъ считаться преступнымъ тотъ, кто заперъ другаго въ комнатѣ по его желанію, или тотъ, кто связалъ другому руки по его просьбѣ; дача какому бы то ни было порученія, распоряженіе другимъ, хотя бы обращающае его въ машину, приравнивающее къ положенію раба, если оно сдѣлано дѣйствительно съ согласія послѣдняго, не можетъ разсматриваться, какъ посягательство на личную свободу, и не можетъ быть наказуемо, если не заключаетъ въ себѣ какихъ-либо иныхъ преступныхъ элементовъ. Законъ опять-таки считаетъ преступнымъ не самое распоряженіе другимъ, какъ несвободнымъ существомъ, а нарушеніе права каждаго распоряжаться собою по своему усмотрѣнію. Этому началу отнюдь не противорѣчитъ то, что договоры, не соответствующіе добрымъ нравамъ, не дѣйствительны, такъ что не имѣетъ силы такой договоръ, которымъ бы одно лицо ставилось въ крѣпостную зависимость, дѣлалось рабомъ другаго; или то, что допуская договоры личнаго найма, порученія, законъ, въ случаѣ его нарушенія, допускаетъ юридическое принужденіе не по отношенію къ личной свободѣ контрагента, а по отношенію къ его имуществу, такъ какъ очевидно, что эти постановленія не имѣютъ ничего общаго съ вопросомъ, разсматриваемымъ мною. Безнаказанное ограниченіе свободы непременно предполагаетъ согласие лица, данное именно въ этомъ случаѣ, на это ограниченіе; признаніе же не дѣйствительными известныхъ договоровъ, устраненіе личнаго принужденія, при неисполненіи ихъ, указываетъ только на то, что государство не допускаетъ права требовать совершенія дѣйствій, ограничивающихъ свободу другаго, помимо его воли. Наконецъ, по отношенію къ посягательствамъ на тѣлесную неприкосновенность, прежде всего нельзя не признать, что согласие лица уничтожаетъ ответственность во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ причиненіе физической боли, тѣлеснаго разстройства играетъ второстепенную вспомогательную роль, гдѣ главное значеніе имѣетъ соединенное съ подобными дѣйствіями нравственное насиліе надъ личностью, нарушеніе неприкосновенности правъ, однимъ словомъ, тѣ виды преступленій противъ тѣлесной неприкосновенности, которые во многихъ западныхъ кодексахъ, вмѣстѣ съ реальными обидами, составляютъ одну обширную группу

правонарушеній подъ именемъ насильственныхъ дѣйствій. Налѣпленіе кому-либо безъ нужды на тѣло горчичника или мушки, тасканіе за волосы, уколы булавкою и т. п. составляютъ наказуемыя насильственные дѣйствія, могутъ быть подвдими подъ понятіе истязаній и мученій, но, конечно, нельзя и говорить объ уголовной отвѣтственности, если всѣ эти операціи продѣланы съ дозволенія или по желанію пострадавшаго. Остаются, слѣдовательно, болѣе тяжкія поврежденія организма, причиненіе тѣлеснаго разстройства. Но какъ провести границу между маловажнымъ и тяжкимъ поврежденіями; по какимъ соображеніямъ государство будетъ охранять здоровье индивидуума, противъ его воли, отъ тяжелыхъ поврежденій и вовсе не заботиться о маловажныхъ. Человѣкъ, по просьбѣ другаго, оттаскавшій его за волосы не отвѣчаетъ, но почему будетъ отвѣчать тотъ, кто, также по желанію пострадавшаго, выдергалъ ему бороду по волоску; если не отвѣчаетъ тотъ, кто сдѣлалъ другому уколъ булавкой, то на какомъ основаніи будетъ наказуемъ отрѣзавшій по соглашенію кому-либо палець, предполагая, конечно, что нѣтъ никакихъ другихъ условій наказуемости. Припомнимъ, наконецъ, многоизвѣстнаго гоголевскаго сапожника Шиллера въ тотъ моментъ, когда онъ поручаетъ своему камраду Гофману отрѣзать ему носъ; что если бы поручикъ Пироговъ не помѣшалъ этой операціи, могъ ли бы Гофманъ быть привлеченъ къ уголовной отвѣтственности за увѣче? Если кто либо въ интересахъ науки соглашается испробовать надъ собою малоизвѣстный способъ леченія, трудную операцію, соглашается, напр., на процессъ перелитія крови, прививки какой-нибудь заразительной болѣзни и т. п., а затѣмъ оказывается, что опытъ былъ произведенъ неудачно, что онъ оставилъ неизгладимые слѣды въ организмѣ согласившагося, даже грозитъ опасностью для его жизни,—можетъ ли быть привлеченъ къ отвѣтственности врачъ, дѣлавшій операцію, какъ виновникъ умышеннаго изувѣченія, отравленія?

Такимъ образомъ и окажется, что въ раздѣлѣ частныхъ преступленій, а именно при посягательствахъ на имущество, честь, свободу, тѣлесную неприкосновенность, согласіе пострадавшаго безусловно уничтожаетъ отвѣтственность, и что то же начало, повидимому, нужно примѣнить и къ посягательствамъ на здоровье ¹⁹⁵⁾.

182. Тамъ же, гдѣ законъ охраняетъ отъ нарушеній не только право распоряженія или обладанія благомъ, но и самое благо, какъ таковое, согласіе пострадавшаго, конечно, не можетъ устранять противозаконность дѣянія. Самый объемъ благъ, охраняемыхъ независимо отъ права распоряженія ими, измѣняется исторически, и теперь, по большинству дѣйствующихъ законовъ, къ этой категоріи можетъ быть отнесено развѣ только одно благо—жизнь ¹⁹⁶⁾.

¹⁹⁵⁾ Это же мнѣніе защищаетъ Шварце, *Kommentar*, стр. 219.

¹⁹⁶⁾ Хотя и наказуемость убійства по согласію нельзя признать началомъ безспорно-признаннымъ во всѣхъ кодексахъ; такъ, напр., доказательство ненаказуемости случаевъ этого рода въ римскомъ и старо-нѣмецкомъ правѣ см. у Людена, в. с., стр. 431—463; contra—Koeslin, *System*, стр. 106; Нерр, в. с., стр. 242 и сл. Haus, *principes*, № 498, замѣчаетъ, что въ этихъ случаяхъ не уничтожается иногда даже и обязанность вознагражденія за вредъ и убытки; такъ, напр., вдова и дѣти умершаго на дуэли могутъ требовать обезпеченія отъ его противника. Крайне слабы доводы у Бернера, учебникъ, стр. 410.

Хотя наказуемость убійства по согласію и признается большинством нынѣ дѣйствующихъ кодексовъ, а въ особенности практикою, но самое существованіе такого исключенія объясняется только исторически, такъ какъ при современныхъ условіяхъ государственнаго, а въ особенности социальнаго строя самое основаніе охраны жизни, независимо отъ права на ея неприкосновенность, представляется весьма шаткимъ, а послѣдовательное проведеніе его даже почти невозможнымъ. Можно разсматривать отказъ отъ права на жизнь какъ дѣяніе безнравственное, религиозное, подобно тому какъ смотрятъ иногда и на самоубійство, но какія же юридическія основанія мы приведемъ для признанія его преступности? Будучи послѣдовательнымъ, государство должно бы было запретить всѣ тѣ занятія, въ которыхъ человѣкъ изъ-за насущнаго хлѣба подвергается весьма вѣроятной опасности потерять свою жизнь и притомъ въ срокъ, иногда весьма короткій¹⁹⁷⁾. Другое дѣло, если такимъ отчужденіемъ права на жизнь нарушаются какіе-либо полицейскіе интересы, когда государство преслѣдуетъ какой-либо вредный социальный предразсудокъ, выражающійся этимъ путемъ. Наказуемость убійства по согласію, съ этой точки зрѣнія, вполне возможна, но уже по этимъ самостоятельнымъ соображеніямъ, которыя притомъ могутъ встрѣтиться и при всякомъ иномъ случаѣ посягательства на какое-либо право съ согласія его владѣльца. При этомъ, разумѣется, надобно имѣть въ виду, что такъ какъ при частныхъ преступленіяхъ, по общему правилу, охраняются чьи-либо права на благо, а не самое благо, то наказуемость убійства по согласію не можетъ предполагаться, а должна основываться на прямомъ указаніи закона.

183. Но, конечно, и въ тѣхъ частныхъ преступленіяхъ, въ которыхъ согласіе пострадавшаго уничтожаетъ преступность дѣянія, для примѣненія этого положенія къ отдѣльнымъ случаямъ необходима наличность слѣдующихъ условій.

1. Предполагается, что согласившійся былъ дѣеспособенъ въ моментъ дачи согласія, такъ что оно можетъ дѣйствительно разсматриваться какъ продуктъ его воли.

На этомъ основаніи согласіе не можетъ быть оправданіемъ, если пострадавшій былъ сумасшедшій, безчувственно пьяный, ребенокъ и т. д., вообще находился въ такомъ состояніи, въ какомъ его дѣйствія не представляются юридически свободными. Иногда такая недѣеспособность пострадавшаго доказывается только на основаніи обстоятельствъ даннаго дѣла, а иногда предполагается закономъ, какъ, напр., относительно дѣтей моложе извѣстнаго возраста. Весьма наглядное подтвержденіе этому представляютъ случаи плотской связи съ малолѣтнею (14, герр. 13 лѣтъ по нашему уложенію),—совершенной не только безъ насилія, но даже и съ ея согласія, законъ, какъ извѣстно, тѣмъ не менѣе разсматриваетъ эти случаи, какъ видъ изнасилованія. Конечно, тамъ, гдѣ отчужденіе какого-либо права можетъ быть дѣлаемо не самимъ недѣеспособнымъ, а его представителемъ, согласіе послѣдняго имѣетъ такое же значеніе, какъ и самого владѣльца права¹⁹⁸⁾. При этомъ, разумѣется, дѣйствительность согласія вовсе не обуславливается обдуманностью, хладнокровнымъ состояніемъ согласившагося; согласіе, данное въ порывѣ увлеченія, экзальтаціи, имѣетъ такое же значеніе.

¹⁹⁷⁾ Holtzendorf, Handbuch, III, Tödtung, стр. 445, замѣчаетъ, что преступность и наказуемость убійства лица согласившагося до сихъ поръ не вошли еще въ народное сознаніе, такъ что легко могутъ встрѣтиться случаи совершенія такого убійства bona fide.

¹⁹⁸⁾ Ср. Wessely, в. с., стр. 261—263.

Но если, таким образом, для безответственности требуется дѣеспособность согласившагося, то какъ поступать въ тѣхъ случаяхъ, когда обвиняемый предполагалъ, хотя и ошибочно, пострадавшаго дѣеспособнымъ? А., взявъ, напр., вещь съ разрѣшенія ея хозяина, вовсе и не подозревая, что онъ умалишенный; Б. имѣлъ связь съ дѣвучкою при такихъ обстоятельствахъ, что онъ не могъ и думать, что она не достигла 14 лѣтъ. Очевидно, что въ подобныхъ случаяхъ вопросъ о виновности долженъ уже обсуждаться съ точки зрѣнія ученія о вліяніи ошибки и заблужденія, но о согласіи, какъ о причинѣ, уничтожающей противозаконность дѣянія, не можетъ быть и рѣчи.

2) Лицо должно дѣйствительно имѣть право уступки или распоряженія тѣмъ правомъ или благомъ, которое было предметомъ посягательства.

Поэтому согласіе не только утрачиваетъ всякую силу въ тѣхъ случаяхъ, когда согласившійся только симулировалъ право свое на вещь, напр., уступить вещь чужую, выдавъ ее за свою, но оно не можетъ имѣть значенія и тогда, когда уступающій, будучи дѣйствительнымъ обладателемъ даннаго права, не могъ, по какимъ-либо причинамъ, распорядиться имъ именно этимъ способомъ, какъ, напр., во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда законъ считаетъ преступнымъ даже и посягательство на это благо со стороны самого его владѣльца. Причины такого ограниченія весьма разнообразны: они могутъ заключаться, напр., въ особомъ личномъ положеніи уступающаго или приобретающаго, въ особенныхъ условіяхъ, при которыхъ совершилось отчужденіе, въ свойствѣ тѣхъ побужденій, которыя опредѣлили отчужденіе и т. д. Поэтому, напр., безусловно наказуемъ поджогъ дома, хотя бы сдѣланный и съ согласія его владѣльца, но когда отъ такого поджога грозила опасность имуществу или личности другихъ: истребленіе плода остается преступленіемъ, хотя бы оно было совершено надъ беременною, давшею на то свое согласіе; растрата или присвоеніе заарестованнаго имущества, также наказуемы, хотя бы и были совершены съ согласія его собственника и т. д. Конечно, и здѣсь существованіе добросовѣстнаго заблужденія должно имѣть свою силу

3) Сообразно съ этимъ, во всѣхъ разбираемыхъ случаяхъ согласіе пострадавшаго уничтожаетъ ответственность за дѣяніе только какъ за нарушеніе личныхъ правъ. Но если то же дѣяніе заключаетъ въ себѣ нарушеніе интересовъ общественныхъ и государственныхъ, то въ этомъ отношеніи такое согласіе не можетъ имѣть никакого вліянія.

Положеніе это признается безспорнымъ и теоріею и практикою. Обида по согласію, хотя и не наказуема, какъ таковая, но виновный можетъ, напр., быть привлеченъ къ ответственности за нарушеніе тишины и спокойствія, за оскорбленіе общественной нравственности и т. д., какъ скоро совершенный имъ поступокъ заключалъ необходимые для того элементы. Позволеніе, данное со стороны прокурора или предсѣдательствующаго въ судѣ, подсудимому или его защитнику обругать ихъ, напр., въ защитительной рѣчи, отнюдь не устраняетъ ответственности совершившаго за оскорбленіе должностнаго лица, при отправленіи обязанностей службы¹⁹⁹⁾. Точно также плотская вѣбращая связь по взаимному согласію не можетъ разсматриваться какъ преступленіе противъ частныхъ лицъ, но можетъ быть въ нѣкоторыхъ случаяхъ наказуема, въ силу своихъ противооб-

¹⁹⁹⁾ Много примѣровъ этого рода приводитъ Wessely, в. с., стр. 251 и сл.

ещественных элементов, напр., как кровосмещение, мужеложство и т. п. Далѣ, на этомъ же основаніи подлежатъ ответственности: изувѣченіе кого-либо для освобожденія отъ рекрутской повинности; оскотленіе другаго изъ религіозныхъ побужденій, хотя и съ его согласія и т. д. ²⁰⁰⁾ Наконецъ, по этимъ же соображеніямъ можетъ быть наказуема дуэль, даже и въ тѣхъ кодексахъ, которые не называютъ убійство по согласію, такъ какъ государство будетъ преслѣдовать это дѣяніе въ виду предразсудка, крайне вреднаго для общественнаго порядка ²⁰¹⁾.

4) Согласіе теряетъ всякую силу, какъ скоро оно было вынуждено или добыто посредствомъ обмана.

Относительно этого условія, конечно, не можетъ быть и сомнѣнія. Законъ считаетъ преступнымъ не только дѣйствія лица, непосредственно нарушающія право, но и нарушеніе правоваго порядка, при помощи вынужденныхъ дѣйствій другаго лица, хотя бы и самаго владѣльца права. Поэтому дѣяніе остается грабежемъ или разбоемъ и въ томъ случаѣ, когда виновный не самъ взял вещь, а заставилъ выдать ее. При этомъ все равно, было ли вынуждено это дѣйствіе отдѣльнымъ актомъ воли обвиняемаго, или было продуктомъ цѣлой суммы отношеній, существующихъ между имъ и пострадавшимъ, было обусловлено подчиненіемъ одного лица другому. Поэтому, жестокое обращеніе родителей съ дѣтьми, мужа съ женою, можетъ считаться преступленіемъ, хотя бы со стороны пострадавшихъ не было никакого протеста, хотя бы обвиненный ссылался на ихъ согласіе. Но, разумѣется, понятіе вынужденнаго согласія должно быть отлнчаемо отъ согласія выпрошеннаго. Для действительности согласія безразлично, было ли оно дано по собственной инициативѣ согласившагося, или было вызвано какими-либо посторонними обстоятельствами, напр., убѣжденіями третьяго лица, или даже и самого обвиняемаго, какими мотивами руководствовались, какъ дававшій согласіе, такъ и испрашивающій его. Для безнаказанности даже исполнѣ достаточно, чтобы пострадавшій только безразлично относился къ потерѣ разрушаемаго или отнимаемаго права или блага, не заявляя прямо своей воли. Самый же вопросъ о томъ, было ли согласіе вынуждено или выпрошено, какъ чисто фактической, можетъ быть рѣшенъ только судомъ, разсматривающимъ дѣло по существу.

Съ другой стороны, существованіе въ законѣ такихъ преступленій, какъ мошенничество, обольщеніе, обманное вовлеченіе въ бракъ и т. п. ясно указываетъ, что согласіе пострадавшаго, полученное путемъ обмана, отнюдь не устраняетъ преступности дѣйствій виновнаго, предполагая, конечно, при этомъ наличность другихъ условій преступленія; поэтому, напр., полученіе согласія на плотскую связь съ незамужней, посредствомъ обмана, тогда только дѣлаетъ виновнаго ответственнымъ, когда самый обманъ заключался въ торжественномъ обманѣи женитьбѣ; для бытія мошенничества необходимъ обманъ въ фактахъ, а потому полученіе вещи съ согласія владѣльца, добытаго посредствомъ ложныхъ увѣреній, обманѣи, не составляетъ еще мошенничества, и т. д.

5) Существованіе согласія на совершеніе даннаго дѣянія должно быть доказано, но при этомъ вовсе не требуется, чтобы согласіе было прямо выражено пострадавшимъ. Для безнаказанности иногда

²⁰⁰⁾ Любопытные случаи этого рода представлять: завѣдомо ложное обвиненіе кого-либо въ преступленіи, сдѣланное съ согласія обвиненнаго, напр., съ цѣлью отсрочить отправку его на каторгу; принятіе чужаго имени съ согласія его владѣльца; употребленіе чужаго паспорта при тѣхъ же условіяхъ и т. д.

²⁰¹⁾ См. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, т. II, № 270.

Вулицейск
Султановъ
Дакучинъ

достаточно согласія молчаливаго, подразумеваемаго, или заявленнаго конклюдентными дѣйствіями, какъ скоро бытіе такого согласія можетъ быть подтверждено обстоятельствами дѣла, или тѣми отношеніями, въ которыхъ обвиняемый находился передъ тѣмъ къ пострадавшему ²⁰²).

Такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ не о гражданскихъ послѣдствіяхъ дѣянія, а объ уголовной отвѣтственности совершившаго, то невозможно отрицать значенія подразумеваемаго согласія. Представимъ себѣ такой случай, что кто-нибудь зашелъ къ своему другу съ тѣмъ, чтобы взять у него какую-нибудь вещь, книгу, и, не заставъ его дома, самовольно взялъ этотъ предметъ, вынулъ найденное у него вино, съѣлъ что-либо и т. п., — можно ли обвинять такое лицо въ кражѣ или истребленіи имущества? Особенно часто могутъ встрѣтиться случаи этого рода при присвоеніи или растратѣ чужаго имущества, и несомнѣнно, что виновный будетъ освобожденъ отъ уголовной отвѣтственности, какъ скоро докажетъ, что хотя онъ и не былъ прямо уполномоченъ на совершеніе даннаго дѣйствія, но что онъ поступалъ добросовѣстно, имѣя основаніе разсчитывать, что владѣлецъ вещи дастъ подобное согласіе. Точно также для наличности изнасилованія не достаточно отсутствія прямого согласія изнасилованной, а необходимо доказать, что она сопротивлялась и это сопротивленіе имѣло дѣйствительный, а не мнимый характеръ; сопротивленіе притворное, т. е., другими словами, подразумеваемое согласіе дѣлаетъ связь добровольною, а не насильственною ²⁰³.

6) Согласіе, будетъ ли оно подразумеваемое или прямо выраженное, во всякомъ случаѣ должно опредѣлять самое дѣйствіе виновнаго, т. е. должно быть дано или прежде или во время совершенія дѣянія; поэтому оно должно быть отличаемо отъ прощенія, которое можетъ имѣть только процессуальное значеніе, какъ условіе прекращенія уголовного дѣла при такъ-называемыхъ частныхъ преступленіяхъ. Точно также согласіе, хотя и данное владѣльцемъ права, но затѣмъ взятое обратно, не можетъ имѣть никакого значенія.

Согласіе на совершеніе какого-либо правонарушительнаго дѣйствія и прощеніе виновнаго представляютъ два понятія, совершенно различныя какъ по ихъ существу, такъ и по юридическому значенію; поэтому нельзя согласиться съ тѣмъ мнѣніемъ, которое ставитъ разрѣшеніе вопроса о значеніи согласія въ зависимость отъ ученія о правѣ частнаго преслѣдованія за преступленія ²⁰⁴. Не трудно

²⁰²) Если, конечно, самъ законъ не содержитъ иного условія; такъ, напр., по германскому уложенію убійство по согласію тогда только наказывается снисходительно, когда оно совершено по прямому, ясно выраженному (ausdrückliche und ernstliche Verlangen) требованію пострадавшаго; въ противномъ же случаѣ оно остается простымъ убійствомъ. Holtzendorf, Handbuch, III, Tödtung, стр. 445.

²⁰³) Ср. Wessely, в. с., стр. 264.

²⁰⁴) Какъ, напр., Geiß, Lehrbuch, II, стр. 215. Schaper, в. с., стр. 128, хотя, по видимому, и соглашается съ мнѣніемъ Гейба, но затѣмъ, перечисляя частныя преступленія по новому германскому уложенію, тѣмъ самымъ даетъ доказательства невѣрности этого взгляда. Contra: Schütze, Lehrbuch, стр. 95, пр. 8.

видѣть, напр., хотя бы по нашему праву, что существуютъ преступленія, въ которыхъ согласіе пострадавшаго уничтожаетъ отвѣтственность, а между тѣмъ самыя дѣянія преслѣдуются помимо частной жалобы, какъ, напр., при кражѣ, утайкѣ, и наоборотъ, невчиненіе иска очень часто вовсе не означаетъ, что пострадавшій былъ согласенъ на совершеніе этого факта, а только указываетъ, что онъ не находитъ для себя никакого интереса въ преслѣдованіи виновнаго. Въ особенности же наглядно обнаруживается это различіе въ тѣхъ преступленіяхъ, гдѣ право преслѣдованія принадлежитъ не одному пострадавшему, но и третьимъ лицамъ; какъ напр., при изнасилованіи и растлѣніи малолѣтнихъ. Дѣянія эти преслѣдуются, между прочимъ, по жалобѣ опекуна или попечителя, но слѣдуетъ ли отсюда, что предварительное согласіе этихъ лицъ уничтожаетъ отвѣтственность виновнаго? Напротивъ того, сами согласившіеся будутъ наказаны или какъ соучастники этихъ преступленій, или, по ст. 993 ул., какъ виновные въ развращеніи нравственности малолѣтнихъ. Точно также прелюбодѣяніе преслѣдуется по частной жалобѣ мужа, но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы законъ считалъ эти дѣянія при его согласіи безусловно ненаказуемыми; напротивъ того, и самъ мужъ можетъ иногда быть привлеченъ къ отвѣтственности (по ст. 999), какъ сводникъ.

Согласіе должно имѣть опредѣленный характеръ, т. е. относиться къ опредѣленному времени и къ опредѣленному дѣйствию. Но при этомъ безразлично было ли оно безусловное или условное; поэтому, напр., убійство по согласію будетъ существовать и въ томъ случаѣ, когда согласіе было дано подъ условіемъ самоубійства совершающаго. Но согласіе хотя и данное, но затѣмъ взятое назадъ, теряетъ свою силу ²⁰⁵⁾.

184. При тѣхъ же частныхъ преступленіяхъ, при которыхъ по дѣйствующимъ законодательствамъ согласіе пострадавшаго не уничтожаетъ преступности дѣянія, оно несомнѣнно должно вліять на самую степень отвѣтственности. Мы не можемъ сравнивать, напримеръ, убійство по волѣ, или съ согласія жертвы, съ обыкновеннымъ убійствомъ. Причины этого заключаются не столько въ самомъ актѣ согласія, сколько въ обусловливаемомъ этимъ обстоятельствомъ характерѣ воли виновнаго.

Даже защитники теории, не придававшей никакого значенія согласію пострадавшаго, по отношенію къ самому понятію преступления, тѣмъ не менѣе разсматривали его какъ основаніе для смятенія. Выводы ихъ покоились на томъ положеніи, что хотя субстанціальная воля личности и нарушается въ подобномъ случаѣ, но активная воля согласившагося остается ненарушеною, а потому самое противоположеніе субъективнаго произвола виновнаго противъ юридическаго порядка будетъ иное, чѣмъ при отсутствіи согласія ²⁰⁶⁾.

Но особенно очевиднымъ является необходимость смятенія, какъ скоро мы обратимъ вниманіе на то отношеніе, въ которомъ находятся случаи совершенія преступленія по согласію къ характеру воли лица. Конечно, тамъ, гдѣ согласіе

²⁰⁵⁾ Wessely, v. c., стр. 266.

²⁰⁶⁾ Ср. Hälschner, System, стр. 240; Koestlin, neue Revision, стр. 691; Бернеръ, учебникъ, § 83; Geib, Lehrbuch, II, стр. 213.

хотя и не было вынуждено, по обвиняемъ, осуществляя желаніе другаго, дѣйствовать съ злобнымъ или корыстнымъ намѣреніемъ, нѣтъ основанія для снисхожденія; но судебная практика указываетъ намъ, что подобные случаи встрѣчаются сравнительно рѣдко, что гораздо чаще оказывается, что виновный дѣйствовалъ вовсе не съ намѣреніемъ вредить ближнему, а съ намѣреніемъ оказать благодѣяніе, изъ сожалѣнія, изъ ложно понятаго чувства чести и т. п. ²⁰⁷⁾. Въ особенности часто встрѣчаются такіа условія при убійствѣ съ согласія убитаго. Представимъ себѣ, напримѣръ, что солдатъ на полѣ битвы закалываетъ своего сотоварища, тяжко страдающаго отъ полученной имъ смертельной раны, закалываетъ, снисходя къ его настоятельной просьбѣ, съ тѣмъ, чтобы прекратить его страданія; докторъ, по тѣмъ же причинамъ, даетъ отраву умирающему и т. д. Или возьмемъ примѣръ болѣе романческаго свойства, хотя, впрочемъ, являющійся нерѣдко въ судебной практикѣ: двое влюбленныхъ, встрѣчая неустранимыя препятствія къ ихъ взаимному соединенію, рѣшаются лучше прекратить свое существованіе, нежели разстаться другъ съ другомъ; обязанность выполнить этотъ планъ падаетъ на одного изъ нихъ, онъ дѣйствительно убиваетъ другаго, но затѣмъ его самоубійство не состоялось или по случайнымъ причинамъ, или потому, что у него не достало рѣшимости нанести смертельный ударъ сакому себѣ. Можно ли не найти здѣсь самыхъ сильныхъ основаній для смятенія отвѣтственности, можно ли приравнять эти случаи къ обыкновенному убійству?

185. Такъ какъ въ большинствѣ современныхъ кодексовъ, а въ томъ числѣ и въ нашемъ уложеніи, не содержится никакихъ особыхъ постановленій по данному вопросу, то вышеприведенныя соображенія вполне могутъ быть приложимы и къ толкованію дѣйствующихъ законовъ.

Изъ кодексовъ нѣмецкихъ нынѣшняго столѣтія только баварское 1813 года и австрійское 1852 г. ²⁰⁸⁾, содержали общее постановленіе о вліяніи согласія на отвѣтственность; а именно, баварское уложеніе, § 123, постановляло, что согласіе пострадавшаго не дѣлаетъ преступленіе ни безнаказаннымъ, ни менѣе наказуемымъ, но что однако взятіе или не общепасное поврежденіе чужой собственности при этомъ условіи не наказуемо. Затѣмъ, большинство позднѣйшихъ нѣмецкихъ кодексовъ, не касаясь этого вопроса въ общей части, упоминали о нѣкоторыхъ случаяхъ этого рода въ особенной части, назначая за убійство по согласію уменьшенное наказаніе ²⁰⁹⁾. Иную систему приняли кодексы прусскій 1851

²⁰⁷⁾ Доказательства въ пользу этого возрѣнія собраны еще у Штубеля, Archiv IX, стр. 578. Этого же взгляда держится большинство французскихъ криминалистовъ, въ особенности же защищаетъ его Эли, в. с., III, № 1097. См. также Abegg, Untersuchungen. 1830, стр. 63; Osenbrüggen, Kasuistik des Criminalrechts. 1857. Но изъ нашихъ криминалистовъ С. Баршевъ, „Рус. Вѣст.“, стр. 793, не допускаетъ въ подобныхъ случаяхъ никакого снисхожденія къ виновному.

²⁰⁸⁾ Ср. Herbst, Handbuch, § 4; Wessely, в. с., стр. 236.

²⁰⁹⁾ Таковы постановленія кодексовъ: баденскаго, § 207; брауншвейскаго, § 147; гессенскаго, § 257; юртембергскаго, § 239; саксонскаго, § 157. См. вообще о постановленіяхъ нѣмецкихъ кодексовъ по этому вопросу: Waechter, Gerichtssaal. 1868, стр. 6 и сл.; John, Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund. 1868, стр. 430. Историческій же очеркъ данаго ученія см. у Koestlin'a, System, стр. 104 и сл.; Wessely, в. с., стр. 226 и сл.

Бав. улож.
Штуб. 173
Эли
Вѣст. 173
Бав.
173

года и баварский 1861 г., которые, по примѣру французскаго, не упоминали о вліяніи согласія даже и при убійствѣ, и тѣмъ дали возможность практикѣ, напр. въ Пруссіи, признать случаи этого рода однимъ изъ видовъ убійства и даже подвергать виновнаго общимъ наказаніямъ наравнѣ съ обыкновеннымъ убійцею ²¹⁰). Напротивъ того, ново-германское уложеніе, § 216, воротилось къ старо-нѣмецкому взгляду и прямо постановило, что если убійство было вызвано прямымъ и настоящимъ требованіемъ убитаго, то виновный подлежитъ только тюремному заключенію отъ 3—5 лѣтъ ²¹¹). Французское уложеніе 1810 г. не содержитъ никакихъ специальныхъ правилъ по этому предмету даже въ отдѣлѣ убійства, а французская кассационная практика подводитъ эти случаи подъ понятіе обыкновеннаго убійства, мотивируя свое рѣшеніе тѣмъ, что ничья частная воля не можетъ сдѣлать дозволеннымъ актъ, караемый закономъ безъ всякихъ дальнѣйшихъ условий; что подобное лишеніе жизни заключаетъ въ себѣ всѣ необходимые элементы, входящіе въ понятіе *meurtre* или *assassinat*; что ни въ какомъ случаѣ подобное дѣяніе не можетъ быть подведено не только подъ понятіе самоубійства или пособничества къ нему, но согласіе жертвы даже не можетъ быть признано ни какъ *excuse légale*, ни какъ *fait justificatif*. При этомъ рѣшеніи остался кассационный сенатъ и до послѣдняго времени, несмотря на постоянный и дружный протестъ, который вызывало это толкованіе и въ литературѣ, и въ жизни, въ особенности въ рѣшеніяхъ присяжныхъ ²¹²).

Что касается до нашего права, то ни сводъ законовъ, ни уложеніе не содержатъ никакихъ прямыхъ постановленій о значеніи согласія пострадавшаго, и притомъ ни въ общей, ни въ особенной части, такъ что для разрѣшенія этого вопроса необходимо останавливаться исключительно на понятіи о составѣ отдѣльныхъ преступленій. Сообразно съ этимъ, можно признать и по нашему праву, что преступленія не только противъ имущества и чести, но и противъ свободы становятся ненаказуемыми, какъ скоро виновный дѣйствовалъ съ согласія пострадавшаго, если только въ данномъ случаѣ владѣлецъ права могъ сдѣлать подобную уступку и самое дѣяніе не содержало въ себѣ нарушенія общественныхъ или государственныхъ интересовъ.

Такимъ образомъ въ нашемъ законѣ лишеніе свободы, какъ простое, такъ и квалифицированное, какъ краткосрочное, такъ, сравнительно, и долгосрочное (статьи 1540—1544) наказуемо только тогда, когда оно было противозаконно и самовольно, а иногда, напр. въ ст. 1540 уложенія, требуется еще, чтобы оно было и насильственно. Но продажа или отдача въ рабство азіатцамъ или инымъ иноплемненнымъ, кого-либо изъ состоящихъ подъ покровительствомъ русскихъ зако-

²¹⁰) Такое толкованіе даннаго вопроса было сдѣлано прусскимъ оберъ-трибуналомъ въ его рѣшеніяхъ 18-го апрѣля 1853 г. и 21-го мая 1860 г. См. G. A., V, стр. 326, VIII, стр. 415. По дѣлу Каспарека даже сами судьи выразили протестъ противъ постановленій кодекса, находя ихъ несоответствующими сознанію народа о правѣ. Ср. также Abegg, G. A., XIII, стр. 388. Вехтеръ, в. с., стр. 9, находитъ, что по общему духу постановленій баварскаго уложенія 1861 г. убійство по согласію, на основаніи его, должно быть признано ненаказуемымъ.

²¹¹) Holtzendorf, в. с., стр. 448, замѣчаетъ, что трехлѣтній *minimum* слишкомъ высокъ и въ особенности непропорціоналенъ съ полною безнаказанностью пособничества къ самоубійству.

²¹²) Рѣшенія кассационнаго департамента отъ 16-го ноябр. 1827, 23-го іюня 1838, 17-го іюля и 21-го авг. 1851 г., гдѣ и были высказаны приведенные выше мотивы, сообразно съ мнѣніемъ оберъ-прокурора Дюлена. Ср. Morin, *journal du dr. crim.* 1838; Blanche, *études*, II, № 46. Эли, *théorie*, III, № 1095, сильно протестуетъ противъ этого рѣшенія. За рѣшеніе Trébutien, *cours*, I, стр. 191. Англійское право также не придаетъ согласію никакого значенія. Ср. Mittermaier zu Feuerbach, § 35, прим.

новъ (ст. 1410), равно какъ и какое бы то ни было участіе въ торгѣ африкански неграми (ст. 1411), подвергаетъ виновныхъ ответственности, хотя бы они и дѣйствовали съ согласія самихъ проданныхъ. Уголовная ответственность опредѣляется въ этихъ случаяхъ по соображеніямъ государственнымъ и международнымъ, а потому согласіе самаго пострадавшаго, по прямому указанію закона, теряетъ свою силу.

Далѣе, такое же толкованіе, по моему мнѣнію, должно быть принято и по отношенію къ преступленіямъ противъ здоровья. Какъ на доказательства, подтверждающія справедливость этого положенія, можно указать на ст. 523 улож., по которой наказываются лица, изувѣчившія другаго для избавленія его отъ рекрутства. Законъ различаетъ въ этой статьѣ два вида преступныхъ дѣяній: изувѣченіе безъ согласія пострадавшаго и съ согласія; въ первомъ случаѣ виновный подлежитъ всегда высшей мѣрѣ наказанія, положеннаго за предумышленное причиненіе легкаго увѣчья, т.-е. ссылкѣ на житье въ Сибирь или заключенію въ арестантскія отдѣленія по 2-й степени 31-й статьи, а во второмъ онъ подвергается, maximum, заключенію въ смирительномъ домѣ на 2 года. Но если законъ такимъ образомъ обращаетъ вниманіе на согласіе пострадавшаго даже при томъ видѣ преступленій противъ здоровья, при которомъ наказуемо и самоизувѣченіе, и притомъ считаетъ это обстоятельство основаніемъ смягченія, то мы не можемъ уже допустить, что законъ игнорируетъ согласіе и не придаетъ ему никакого значенія при другихъ преступленіяхъ этой группы. Напротивъ того, изъ этого умолчанія закона о поврежденіи здоровья съ согласія пострадавшаго, мы должны заключить, что случаи этого рода, по духу нашего законодательства, ненаказуемы ²¹³⁾.

Иначе ставится вопросъ о значеніи согласія при убійствѣ. Такъ какъ наше уложеніе наказываетъ самоубійство и соучастіе въ немъ, разсматривая притомъ послѣднее, какъ пособничество къ обыкновенному убійству, то не можетъ быть и рѣчи о безнаказанности убійства по согласію. Весь вопросъ сводится къ тому, какъ и по какой статьѣ можетъ быть наказуемъ виновный при подобныхъ обстоятельствахъ? Въ интересахъ подсудимаго, конечно, было бы нѣсколько выгоды примѣнять здѣсь ст. 1475, тѣмъ болѣе, что текстъ этого закона говоритъ о какомъ бы то ни было участіи въ самоубійствѣ ²¹⁴⁾, но при болѣе подробномъ анализѣ этой статьи, такое толкованіе представляется не правильнымъ. Статья 1475 безусловно предполагаетъ, что умершій самъ наложилъ на себя руки, былъ дѣятелемъ, виновникомъ, а съ этой стороны, какъ я уже указывалъ выше, убійство по согласію не можетъ быть приравнено къ участію въ самоубійствѣ. Поэтому, и за отсутствіемъ иныхъ специальныхъ постановленій приходится приравнять эти случаи къ обыкновенному убійству. Въ этомъ смыслѣ рѣшался вопросъ и въ нашей практикѣ, которая обыкновенно не придавала никакого значенія согласію жертвы при убійствѣ ²¹⁵⁾, хотя противъ этой системы можно сдѣлать весьма

²¹³⁾ Въ подтвержденіе этого же мнѣнія можно сослаться на ст. 1462 и 1463, трактующія объ истребленіи плода съ согласія беременной женщины и безъ онаго. См. также Неклюдовъ; приложения, стр. 411—412.

²¹⁴⁾ Баршевъ, Русскій Вѣстникъ, думаетъ, что въ этихъ случаяхъ примѣняется статья 1475, но находитъ что при этомъ уложеніе поступаетъ неправильно, такъ какъ дѣйствующій можетъ быть не только пособникомъ, но и главнымъ виновникомъ.

²¹⁵⁾ См. напр. интересное дѣло Кампрада, обвиняемаго въ убійствѣ своей невесты Амаліи Джорданъ и въ покушеніи на самоубійство, Ж. М. Ю. 1861, № 6. Сенатъ не только подвелъ этотъ случай подъ понятіе убійства, но и нашелъ даже здѣсь обстоятельства, отягчающія ответственность, именно предумышленность и то, что виновный выманилъ свою невесту въ сѣни (4 п. 1453).

справедливыя возраженія. Этимъ безразличіемъ наше уложеніе ставитъ на одну доску случаи, весьма различныя по своей преступности, и не обращаетъ вниманія на тѣ факты, въ которыхъ воля лица, опредѣляясь мотивами, не представляющими ни особой безнравственности, ни опасности для общества, должна бы была вызывать болѣе снисхожденіе къ виновному. На этомъ основаніи и у насъ, при рассмотрѣніи дѣлъ этого рода съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, вполне можно ожидать повторенія того же явленія, которое замѣчалось въ практикѣ французской и прусской, т.-е. постоянныхъ оправдательныхъ приговоровъ²¹⁶). Народная совѣсть явится въ этомъ случаѣ исправителемъ закона и путемъ постоянного несоблюденія невольно побудитъ и законодателя къ такой же уступкѣ, какая была сдѣлана при изданіи новаго германскаго уложенія.

Дѣло Манина Суд.

СЛѢДУ

²¹⁶) Дѣйствительно нѣсколько процессовъ этого рода, напечатанныхъ за послѣднее время въ нашихъ газетахъ, вполне подтверждаютъ эти предположенія. Для примѣра укажу на весьма любопытное дѣло Манина, Суд. Вѣст. 1869 года, № 264; Манинъ былъ также оправданъ присяжными, признавшими, что онъ дѣйствовалъ въ умоиступленіи.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

1. Содержаніе общей части уголовного права	Стр. 1
--	-----------

КНИГА I-я. УЧЕНИЕ О ПРЕСТУПЛЕНИИ.

Понятіе о составѣ преступленія.

2. Опреѣленіе термина „составъ преступленія“	3
3. Различіе выраженій „составъ преступленія“ и „понятіе преступленія“	4
4. Различныя дѣленія состава преступленія	4
5. Составные элементы преступленія	5

ОТДѢЛЪ I.

ВИНОВНИКЪ ПРЕСТУПЛЕНІЯ.

§ 1. Кто можетъ быть виновникомъ преступленія?

6. Лицо физическое, какъ виновникъ преступленія	6
7. Историческіе примѣры наказуемости животныхъ	6
8. Юридическое лицо, какъ субъектъ преступленія	8
9. Отношеніе различныхъ теорій о существѣ юридическихъ лицъ къ вопросу объ ихъ отвѣтственности	10
10. Обзоръ доводовъ въ защиту ненаказуемости лицъ юридическихъ	12
11. Отвѣтственность представителей юридическихъ лицъ и административныя взысканія, налагаемыя на юридическія лица	13
12. Постановленія нашего права объ отвѣтственности юридическихъ лицъ	15
13. Уголовная отвѣтственность различнаго рода союзовъ, сходныхъ съ юридическими лицами	17
14. Условія, при которыхъ физическое лицо можетъ быть субъектомъ преступленія	17

§ 2. Способность ко вмѣненію, какъ условіе отвѣтственности.

15. Дѣеспособность субъекта и ея значеніе въ уголовномъ правѣ	18
---	----

I. Способность ко вмѣненію и ея элементы.

16. Отношеніе понятія о вмѣняемости къ идеѣ о существѣ наказанія	20
17. Свобода воли, какъ основаніе способности ко вмѣненію	21

18. Учение Кестлина об условиях вменяемости	22
19. Теория Бернера	26
20. Разбор отношения учения о свободе воли к учению о вменяемости и наказании	27
21. Оценка оснований теории свободной воли	30
22. Теория нецессаризма, как основание вменяемости	36
23. Теория А. Юха, как представителя школы сенсуалистов	37
24. Теория френологов: а) теория краниоскопов	40
25. б) теория Данквардта	44
26. Теория психiatров: а) теория Despine	45
27. б) теория Томсона	47
28. Теория Фишера, как представителя материалистической школы	48
29. Теория предрестинационистов	50
30. Теория примынения к человеческим действиям закона больших чисел: а) теория Кетле	51
31. б) теория Бокля	56
32. в) теория немецких исследователей моральной статистики: Вагнера, Левенгардта, Дробиша	58
33. Разбор отношения теории нецессарианцев к учению о вменяемости и наказании	61
34. Законосообразность человеческих действий, как исходный принцип вменяемости	63
35. Значение терминов: вменение, вменяемость, способность ко вменению	68
36. Условия вменения: а) сознание совершаемого	69
37. б) оценка сознательного и выбор определения	70
38. Способность ко вменению и ее условия. Неполная вменяемость	70
39. Причины, уничтожающие способность ко вменению	71
40. Постановления об этих причинах положительного права	72
41. Объем примынения причин, уничтожающих вменяемость в уголовном праве	73
42. Различие причин, уничтожающих способность ко вменению и причин, устраняющих самое вменение или противозаконность действия	74
43. Законное предположение существования способности ко вменению	75
44. Процессуальные правила о признании невменяемости обвиняемого	76

II. Причины, уничтожающие способность ко вменению.

45. Деление их на категории	78
---------------------------------------	----

1. Неразвитость способности ко вменению.

46. Различные состояния, сюда относящиеся	79
а) Возраст	
47. Тройное значение юного возраста преступника в праве уголовном	79
48. Определение границ отдельных периодов возраста в законе	83
49. Основания такого деления	84
50. Законодательные постановления о возрасте. Система французская	85
51. Система римская	87

52. Система нѣмецкая	88
53. Постановленія нашего права до изданія уложенія 1845 года	89
54. Постановленія о возрастѣ уложенія о наказаніяхъ. Возрастъ до 7-ми лѣтъ	92
55. Возрастъ отъ 7—10-ти лѣтъ	92
56. Возрастъ отъ 10—14-ти лѣтъ	94
57. Возрастъ отъ 14—17-ти лѣтъ	96
58. Возрастъ отъ 17—21-го года	98
59. Нѣкоторыя спеціальныя правила о смягченіи отвѣтственности для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ	101
60. Постановленія о повтореніи преступленій малолѣтними и несовершеннолѣтними	102
61. Недостатки постановленій уложенія о возрастѣ	105
62. Постановленія о возрастѣ мирового устава	107
63. Постановленія о возрастѣ нѣкоторыхъ спеціальныхъ уставовъ	109
64. Констатированіе возраста подсудимаго на судѣ	111
65. Вліяніе возраста на подсудность уголовныхъ дѣлъ	112
66. Постановка особаго вопроса о разуміи	112

б) Идіотизмъ.

67. Различныя виды умственнаго безсилія и ихъ вліяніе на уголовную отвѣтственность	113
68. Постановленія нашего права	115

в) Органическіе недостатки.

69. Глухонѣмота и ея вліяніе на способность ко вмѣненію	116
70. Постановленія о глухонѣмотѣ западныхъ законодательствъ	118
71. Постановленія нашего права	119
72. Отсутствие другихъ органовъ чувствъ	120

г) Состояніе дикости.

73. Дикость и суетворное невѣжество и ихъ вліяніе на вмѣняемость	120
--	-----

2. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, УНИЧТОЖАЮЩАЯ ПРИОБРѢТЕННУЮ СПОСОБНОСТЬ КО ВМѢНЕНІЮ.

74. Дѣленіе ихъ на группы	122
-------------------------------------	-----

А. Ненормальныя состоянія организма.

а) Опьянѣніе.

75. Вліяніе опьянѣнія на вмѣняемость. Состояніе запоя, какъ причина, уничтожающая способность ко вмѣненію	122
76. Степени опьянѣнія простаго и ихъ вліяніе на вмѣняемость	124
77. Значеніе въ уголовномъ правѣ причинъ, вызвавшихъ опьянѣніе	126
78. Постановленія западныхъ кодексовъ	129
79. Постановленія объ опьянѣніи нашего права до изданія уложенія	130
80. Постановленія объ опьянѣніи дѣйствующаго права	131
81. Отношеніе къ вопросу объ опьянѣніи нашей судебной практики	134
82. Случаи, въ которыхъ не примѣняются общія правила о вліяніи опьянѣнія на отвѣтственность	135
83. Безсознательное состояніе, происходящее отъ принятія одуряющихъ веществъ	138

б) Голодь.

84. Состояніе голода, какъ причина невмѣяемости	138
---	-----

в) АФФЕКТЫ И СТРАСТИ.

85. Значеніе аффектовъ для уголовной ответственности виновнаго	139
86. Постановленія объ аффектахъ нашего права	141

г) Сонныя состоянія.

87. Сонное состояніе, просонки и лунатизмъ, какъ причины, устраняющія вмѣяемость	142
88. Постановленія по этому вопросу нашего права	143
89. Вліяніе соннаго состоянія на ответственность за нѣкоторыя спеціальныя на- рушенія	144

д) Одряхлѣніе.

90. Одряхлѣніе, какъ причина, устраняющая способность ко вмѣяенію	144
91. Престарѣлость, какъ основаніе смягченія и замѣны наказанія	145
92. Порядокъ замѣны наказаній престарѣлымъ	147

Б. Болѣзненныя состоянія организма, вліяющія на душевную дѣятельность.

93. Болѣзненныя состоянія организма и ихъ вліяніе на вмѣяемость	148
94. Примѣры болѣзненныхъ состояній этого рода	149

В. Душевные болѣзни.

95. Общія положенія о вліяніи душевныхъ болѣзней на вмѣяемость	152
96. Нѣкоторые спеціальныя вопросы, сюда относящіеся	154
97. Постановленія о душевныхъ болѣзняхъ нашего права	157
98. Психическое разстройство послѣ совершенія преступленія и его вліяніе	160

§ 3. Вліяніе на ответственность физическихъ качествъ субъекта.

99. Физическія качества виновнаго и ихъ вліяніе на ответственность	160
--	-----

§ 4. Общественное и государственное положеніе виновника, какъ условіе ответственности.

100. Изъятія по началамъ государственнаго права. Юридическая безответственность Монарха	161
101. Вліяніе общественнаго и государственнаго положенія виновнаго на его уголовную ответственность	163
102. Изъятія на основаніи трактатовъ. Неподсудность китайцевъ	166
103. Изъятіе по принципу вѣземельности представителей верховной власти иностранныхъ государствъ	167
104. Изъятіе на томъ же основаніи дипломатическихъ агентовъ	168
105. Постановленія о дипломатическихъ агентахъ нашего права	171
106. Изъятіе иностранныхъ вспомогательныхъ войскъ и экипажа иностранныхъ кораблей	172
107. Званіе иностранца, какъ обстоятельство вліяющее на ответственность	174

ОТДѢЛЪ П.

ОБЪЕКТЪ ПРЕСТУПЛЕНІЯ.

§ 1. Преступленіе, какъ нарушеніе юридическихъ нормъ.

08. Юридическая норма, какъ объектъ преступленія 175

§ 2. Наличие юридическихъ нормъ, какъ необходимое условіе преступленія.

109. Посягательство на собственныя блага 177
110. Вещи, какъ объекты преступленія 178
111. Отвлеченныя понятія, какъ объекты преступленія 179

§ 3. Вліяніе на преступленіе свойствъ нарушаемаго блага.

112. Вліяніе на отвѣтственность особенныхъ свойствъ пострадавшаго лица 180
113. Вліяніе на отвѣтственность свойствъ вещей, на которыя направляется преступленіе 182

§ 4. Причины, уничтожающія противозаконность дѣянія.

114. Условный характеръ юридическихъ нормъ, какъ объекта преступленія 183
115. Различныя виды обстоятельствъ, уничтожающихъ противозаконность дѣянія 184

1. Исполненіе закона и обязательнаго приказа.

116. Непротивозаконность дѣянія, зависящая отъ ограниченія чьихъ-либо правъ закономъ 184
117. Условія примѣненія этого положенія 186
118. Постановленія по этому вопросу нашего права 187
119. Распоряженіе компетентной власти, какъ условіе законности дѣйствій 188

120. Приказъ, какъ причина безнаказанности и его условія	189
121. Постановленія объ обязательномъ приказѣ нашего права	191
122. Значеніе обязательнаго приказа въ отношеніяхъ военно-служащихъ	192
123. Превышеніе приказа	194
124. Необязательный приказъ, какъ основаніе снисхожденія	194
125. Мнимо-обязательный приказъ	194

2. ОСУЩЕСТВЛЕНІЕ ПРАВА.

126. Осуществленіе дисциплинарной власти	195
127. Превышеніе предѣловъ дисциплинарной власти	196
128. Исполненіе приказа лица, имѣющаго дисциплинарную власть	197
129. Осуществленіе частнаго права	197
130. Узаконенная частная месть	199

3. ЛИШЕНІЕ ПОСТРАДАВШАГО ПОКРОВИТЕЛЬСТВА ЗАКОНОВЪ.

131. Историческіе примѣры случаевъ этого рода	199
---	-----

4. НАРУШЕНІЕ ТРЕБОВАНІЯ ЗАКОНА, СОВЕРШАЕМОЕ РАДИ ИЗБѢЖАНІЯ ГРОзяЩЕЙ ОПАСНОСТИ.

132. Виды случаевъ, сюда относящихся	201
--	-----

А) Необходимая оборона.

133. Опредѣленіе понятія о необходимой оборонѣ	202
а) Юридическое основаніе обороны.	
134. Субъективныя и объективныя основанія права обороны	202
135. Обзоръ теорій о происхожденіи права обороны	204
136. Историческое развитіе ученія объ оборонѣ въ нашемъ правѣ	206
137. Условія обороны	209

б) Характеръ опасности, вызывающей оборону.

138. Опасность, происходящая отъ животнаго	210
139. Опасность отъ лица, необладающаго способностью ко вмѣненію	211
140. Опасность отъ лица, обладающаго вмѣняемостью	211

в) Условія нападенія, оправдывающія оборону.

141. Недозволенное закономъ нападеніе, какъ условіе обороны	212
142. Случаи законнаго нападенія, устраняющіе право обороны	213
143. Оборона противъ дѣйствій органовъ власти	216
144. Дѣйствительная опасность, какъ условіе обороны	220
145. Прекращеніе права обороны	221
146. Неотвратимость опасности. Возможность бѣгства, какъ условіе обороны	224
147. Возможность призыва органовъ власти	226

г) Права и блага, защищаемые от нападения.

148. Оборона собственных прав	228
149. Постановления об этом нашего права	231
150. Охрана прав других частных лиц или прав общественных	232

д) Вторжение в чужое право и его границы.

151. Характер вреда, причиняемого при обороне	233
152. Вред, причиняемый при обороне третьим лицам	235
153. Размеры обороны	235

е) Оборонительные действия, неподходящие под понятие законной обороны.

154. Превышение предельных оборонительных действий и влияние его на уголовную ответственность	238
155. Отсутствие законных условий обороны	241
156. Мнимая оборона	242

ж) Обязанность объявления об обороне.

157. Процессуальное значение объявления об обороне органам власти	242
---	-----

Б) Крайняя необходимость.

а) Юридические основания состояния крайней необходимости.

158. Субъективные основания безнаказанности действий этого рода	244
159. Теоретические объяснения юридического значения крайней необходимости	246
160. Постановления о крайней необходимости нашего права до издания уложения	249
161. Отличие крайней необходимости от причин, уничтожающих способность к вменяемости. Условия крайней необходимости	250

б) Причины, создающие состояние необходимости.

162. Сила природы, как источник опасности	250
163. Действия лица, необладающего способностью к вменяемости	251
164. Вменяемые действия лица	251

в) Условия опасности при крайней необходимости.

165. Опасность от нападения, дозволенного законом	253
166. Опасность вызванная	254
167. Неминуемость и неотвратимость опасности	255

г) Блага, охраняемые в состоянии необходимости.

168. Защита личных благ	255
169. Помощь, оказываемая другим лицам	256
170. Постановления нашего права	258

д) Вторжение въ чужія права и его границы.

171. Нарушенія закона, совершенныя по необходимости	259
172. Нарушеніе по необходимости чьихъ-либо правъ	260
173. Границы вторженія при крайней необходимости	260
174. Существованіе особой обязанности, какъ граница необходимости	261
175. Соотношеніе между правомъ нарушаемымъ и защищаемымъ	262
176. Опредѣленіе соотношенія между правами	265

е) Превышеніе предѣловъ необходимости.

177. Различныя случаи, сюда относящіеся	266
---	-----

5. Согласіе пострадавшаго.

178. Согласіе пострадавшаго, какъ условіе непроступности дѣянія	267
179. Обзоръ ученій о вліяніи согласія пострадавшаго на отвѣтственность	268
180. Значеніе согласія при преступленіяхъ общественныхъ	272
181. Значеніе согласія при преступленіяхъ противъ частныхъ лицъ	272
182. Значеніе согласія при убійствѣ	275
183. Условія, при которыхъ согласіе уничтожаетъ преступность дѣянія	276
184. Согласіе пострадавшаго, какъ основаніе смягченія	280
185. Постановленія законодательства о вліяніи согласія пострадавшаго	281

Смп. 197^а

200 XVIII XIX

204 X

242 X

276 X

228 X

260 ? Визу